



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

DEPARTAMENTO DE DEREITO PÚBLICO

JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE: ANÁLISIS CRÍTICO COMPARATIVO EN
LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ECUATORIANO Y ESPAÑOL

TERESA NUQUES MARTÍNEZ

DIRECTORES:

DRS. AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN Y

XULIO-XOSÉ FERREIRO BAAMONDE

A CORUÑA - 2016

**Jurisdicción y arbitraje: Análisis crítico
comparativo en los ordenamientos jurídicos
ecuatoriano y español**

Teresa Nuques Martínez

Tesis doctoral realizada bajo la dirección de los Profesores Drs.
Agustín–Jesús Pérez-Cruz Martín y
Xulio-Xosé Ferreiro Baamonde

Área de Derecho Procesal

Programa Oficial de Doctorado en Derecho

Regulado por R.D. 1393/2007, de 29 de octubre

Fdo.: Agustín-J. Pérez-Cruz Martín

Codirector

Fdo.: Xulio-X. Ferreiro Baamonde

Codirector

Fdo.: Teresa Nuques

Doctoranda

RESUMEN

El derecho de libertad, se encuentra consagrado por los distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, una de sus manifestaciones más interesante es la autonomía de la voluntad de las partes, y es precisamente en ejercicio de esa autonomía que éstas pueden pactar métodos alternos a la justicia ordinaria para la solución de sus controversias, de esa manera las partes pueden someter al conocimiento y resolución de árbitros sus conflictos siempre que versen en materia transigible. En el arbitraje el rol de la jurisprudencia es trascendente, ya que la forma como se van pronunciando las Cortes Arbitrales, así como los tribunales que tienen la responsabilidad de llevar a cabo el control de legalidad, vía acción de nulidad, así como la tutela constitucional, emiten fallos que han ayudado significativa a la construcción de esta interesante figura jurídica.

ABSTRACT

Legislation around the world includes the right to freedom. An interesting expression of it is the principle of the party autonomy which enable the parties to freely agree different procedures than the ordinary justice. In this way, parties arrange the procedure to be followed by the arbitral tribunal, which must be about legal matters. Case law plays a significant role for legislation in diverse countries. Those awards help to build a body of law regarding causes of nullity and other different recourse against the final award.

A mis padres: Alberto e Hilda

AGRADECIMIENTOS

Quisiera Agradecer a Dios y a mi familia que me han dado el soporte necesario para realizar este trabajo.

A mi hermana Isabel, colega y amiga quien compartió conmigo un sinnúmero de conversaciones y discusiones sobre esta investigación. Por tantos consejos mil gracias

A mis directores los doctores Agustín Pérez Cruz- Martín y Xulio Xosé Ferreiro Baamonde, por la ayuda desinteresada, el esfuerzo, el consejo como expertos de derecho que son, pero sobre todo por la paciencia y el tiempo dedicado a este trabajo

A todos quienes de una u otra forma hicieron posible la realización de este trabajo.

A la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, por el apoyo incondicional en todo este tiempo.

Índice

1. Índice	vii
2. Abreviaturas	xi
3. Introducción	1
3.1. Marco Teórico Conceptual.....	1
4. Planteamiento del problema.....	16
4.1. Importancia teórica.....	17
4.2. Importancia práctica	25
CAPÍTULO I GENERALIDADES DEL ARBITRAJE	33
1. El arbitraje en el tiempo: una historia común para el mundo.....	35
2. Naturaleza jurídica del arbitraje.....	56
2.1. Teoría jurisdiccional	58
2.2. Teoría Contractualista.....	67
2.3. Teoría Mixta	79
2.4. Teoría Autónoma	82
2.5. Opinión personal acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje	85
3. Principios que inspiran el arbitraje	99
3.1. Principio de la separabilidad de la cláusula arbitral	100
3.2. <i>Kompetenz et Kompetenz</i>	111
3.3 Pro Arbitraje	122
3.4. Principio de Audiencia	129
3.5. Principio de contradicción	136

CAPÍTULO II.....	143
JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE	143
1. El sistema arbitral y la jurisdicción.....	145
2. La jurisdicción y el proceso arbitral.....	152
2.1. Convenio Arbitral.....	152
2.2. Los Árbitros	187
2.3. Constitución del tribunal arbitral	207
2.4. Procedimiento arbitral	211
3. La coerción y la ejecución en el arbitraje.....	245
4. Fuerza del laudo arbitral y sus efectos	251
5. Efectos y control	261
CAPÍTULO III.....	265
ARBITRAJE Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	265
1. Orígenes y generalidades	267
2. La tutela judicial efectiva, derechos garantizados.	274
3. La tutela judicial efectiva en los ordenamientos jurídicos ecuatoriano y español.....	280
4. Tutela judicial efectiva de los derechos y la causal de nulidad del laudo.	287
CAPITULO IV	289
SISTEMA ARBITRAL CONTROL CONSTITUCIONAL Y JUDICIAL DEL PROCESO Y DEL LAUDO Y EL ALCANCE DEL CONTROL	289
1. Breves consideraciones constitucionales.	291
2. Control de legalidad.....	298
3. Control de constitucionalidad.....	380

4. La consulta de constitucionalidad.	387
5. Otros aspectos constitucionales del arbitraje.	388
Conclusiones.....	393
Fuentes	399
Fuentes bibliográficas_Toc448916352	400
Fuentes jurisprudenciales	437

Abreviaturas

A.P./AA.PP	Audiencia Provincial/Audiencias Provinciales
BOE.	Boletín Oficial del Estado
CADH	Convención Americana de Derecho Humanos
C.C.Ec.	Corte Constitucional de Ecuador
C.Cv.	Código Civil español
C.Cv.Ec.	Código Civil ecuatoriano
C.E.	Constitución Española
C.E.D.H.	Convenio Europeo de Derechos Humanos
C.Ec.	Constitución de Ecuador
Cfr.	Confróntese
C.O.F.J.	Código Orgánico de la Función Judicial
COGEP	Código Orgánico General de los Procesos
C.O.G.P.	Código Orgánico General de los Procesos
CPCC	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina
C.P.Cv.	Código de Procedimiento Civil
C.P.R.	Constitución Política de la República de 1998
D.O.	Diario Oficial

L.	Ley
L.A.	Ley de Arbitraje de 2003
L.A./1988	Ley de Arbitraje de 1988
L.A.Ec.	Ley de Arbitraje ecuatoriana
L.A.M.	Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador
L.E.Cv.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.O.	Ley Orgánica
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial
L.O.G.J.C.C.	Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad
L.O.S.N.C.P.	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
L.O.T.C.	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
M.F.	Ministerio Fiscal
núm.	Número
Ob. cit.	Obra citada
Pág./Págs.	Página/Páginas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RD	Real Decreto
R.O.	Registro Oficial
S.AP/SS.AP	Sentencia/s de Audiencia Provincial

S.C.I.DH.	Sentencia de la Corte Iberoamericana de los Derechos Humanos
S.T.C./SS. TC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
S.T.C.Ec.	Sentencia del Tribunal Constitucional de Ecuador
S.T.E.D.H.	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
S.TS/SS.TS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
S.T.S.J.	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
T.C.	Tribunal Constitucional
T.C.Ec.	Tribunal Constitucional de Ecuador
T.S.	Tribunal Supremo
Trab. cit.	Trabajo citado
T.S.J	Tribunal Superior de Justicia
Vid.	<i>Vide</i>

1. Introducción

1.1. Marco Teórico Conceptual

Durante los últimos años, en el Ecuador, se han experimentado cambios jurídicos importantes. Esta afirmación se sustenta en la nueva concepción del Estado y la adopción de tendencias constitucionales¹ relativamente novedosas desarrolladas sobre todo en países europeos. Así, el año 2008, constituye un hito en materia constitucional, puesto que fue adoptada la constitución que rige hasta los presentes días, y que reconoce al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia².

Hasta el año 2008 el Ecuador era concebido como un Estado de Derecho, esto es, aquel que se fundamenta en la prevalencia del principio de legalidad, en

¹ Carbonell, M., Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales, Cevallos editora jurídica, Quito, 2010, define: *"El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o separar poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas 'materiales' o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivo"* (Pág. 24); Pietro Sánchez, L. *Neoconstitucionalismo*. Diccionario de derecho constitucional. Editorial Porrúa, México, 2005, cita: *"En ese sentido con este nombre se alude tanto a un modelo de Estado de derecho como a un tipo de teoría de derecho requerida para explicar dicho modelo y también se refiere a la ideología o filosofía política que permite justificar la fórmula del Estado Constitucional de derecho"*. (Págs. 420-423).

Para Atienza Rodríguez, M. Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, Madrid, 2013, manifiesta que: *"las concepciones del derecho han entrados en crisis como consecuencia de la irrupción, en el siglo XX del paradigma del constitucionalismo (para algunos neoconstitucionalismo)"* (Pág. 28).

² Artículo 1. *"El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible."

virtud del cual las actuaciones, tanto públicas como privadas, deben guardar concordancia con lo previsto en la ley³. La existencia de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia conlleva salir del legalismo como principio inspirador, para abrirle paso a los principios constitucionales que permitirán el desarrollo de los derechos que se consagran en las Constituciones. El cambio trascendente que se señala se hace evidente en algunos aspectos fundamentales, y concretamente en la forma como se plantea el derecho, cómo éste es interpretado y cómo debe ser aplicado; es importante destacar, como ya lo ha afirmado la jurisprudencia constitucional⁴, que este Estado Constitucional no debe confundirse con que el ordenamiento jurídico de inferior jerarquía ha desaparecido o deja de ser aplicable, nada más alejado de la realidad; pero sí significa que la Constitución pasa a ser la norma con la que se regulan, en forma directa, las relaciones de los particulares con el Estado, y de los particulares entre sí.

Debe observarse, pues, la estructura jurídica contemplada en la C.Ec., a partir de la lectura de sus artículos 424 y 425⁵ que establecen en forma clara la supremacía de la Constitución y de los Tratados Internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables que los contenidos en la norma constitucional, construyendo a partir de estas dos normas el ordenamiento

³ Vid.: Castro Patiño, I. Presentación del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. en Zambrano Pasquel, A. Editorial Edilex S.A., Guayaquil, 2011, (Págs.15-22).

⁴ Sentencia, Núm. 155 – 12 – SEP – CC, de 17 de abril, Caso 1037-10-EP CC.

⁵ Artículo 424 C.Ec.:*“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”

Artículo. 425 C. Ec.:*“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”

jurídico de inferior jerarquía, esto es, Leyes orgánicas, Leyes ordinarias, normas regionales y ordenanzas distritales, y otras normas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente. Así, al decir de Zavala Egas⁶, la supremacía consiste en *“una técnica que construye la forma constitucional, es decir, todo lo que se incluye en lo Constitucional tiene la cualidad de suprema normativa”*.

Esta nueva forma de concebir el Estado, y consecuentemente el ordenamiento jurídico que lo rige, produce, además, una forma diferente de interpretación y aplicación del Derecho⁷; conlleva además el incorporar a los derechos humanos, lo que se puede apreciar ampliamente tanto en el contenido del artículo 424 de la norma suprema, como en el contenido del artículo 11 respecto de la forma de aplicación de los derechos⁸.

⁶ Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, Edilex, S. A. Editores, Perú, 2012, Págs. 89-90.

⁷ Vid.: Carbonell. M. “El Neconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), El Canon Neoconstitucional, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010, menciona: *“El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental; desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.”*(Pág. 167).

Por su parte, Oyarte, R., “Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado”, Cooperación de Estudios e Impresiones (CEP), Ecuador, 2015, define *“Las normas constitucionales no son simples enunciados o simples declaraciones de principios, por lo que sus disposiciones deben aplicarse aun cuando el legislador no las haya desarrollado (arts. 11, Núm. 3, inc. 2°, y 426, CE, 142 inc. 1°, LOGJCC y 4, inc. 1° COFJ). Con ello se quiere establecer que la vigencia de la constitución no está condicionada a la voluntad del legislador, pues el desarrollo del texto fundamental es su obligación negándose, de modo definitivo, la existencia de normas programáticas o no efectivas dentro del texto constitucional.(...)El principio de aplicación directa de la Constitución consiste en que no se requiere que los preceptos constitucionales sean desarrollados por normas secundarias para ser efectivos, sea que se refieran a derechos fundamentales o, en general, a normas contenidas en el código político (...)”* (Págs. 977-980).

⁸ Artículo 11 C.Ec. *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH,

Se ha destacado⁹, que uno de los aspectos que implican una verdadera evolución en cuanto a la implementación del Estado Constitucional de Derechos y

discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

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

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los partes por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”

⁹ Vid.: Guastini, R. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. en Carbonell, M., Neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid, 2011, menciona: “Por el contrario, en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es

Justicia ha sido la aplicación directa e inmediata de la Constitución, dejando de ser una norma programática para constituirse en una norma plenamente operativa; sin embargo, es de reconocer que esto no es una novedad en el Ecuador, puesto que la C.E., ya reconocía la aplicación directa de la misma.

Dentro de la tendencia constitucional, llamada, por algunos¹⁰, “neoconstitucionalismo”, se desarrolla este estado constitucional o garantista de derechos¹¹, que hace imperativa la aplicación del derecho desde una perspectiva

moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas- pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta.(...) Conviene observar, por otra parte, que esta quinta condición de constitucionalización está estrechamente vinculada tanto a la tercera como a la cuarta porque la aplicación directa de la constitución presupone, por un lado, que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; por otro lado, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva.” (Págs. 55-56).

En otra idea Comanducci, P. “El neoconstitucionalismo ideológico”, en Escudero Alday R. (ed.), Democracia, principios e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho, Ara editores, Lima, 2010, señala: *“El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta ya no refleje la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.” (Pág. 249).*

¹⁰ Vid.: Alarcón Peña, P. “El estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales”, en Benavides Ordoñez, J y Escudero Soliz, J. (eds.), Manual de Justicia constitucional ecuatoriana, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Ecuador, 2014, señala que: *“El sistema Constitucional ecuatoriano evidencia desde su normativa constitucional una serie de avances importantes relacionados principalmente con las garantías constitucionales, sean estas normativas, jurisdiccionales o institucionales. Aquello obedece principalmente a un cambio sustancial en el modelo de Estado asumido por el Ecuador a partir de la Constitución de la República del 2008. Bajo esa consideración resulta imprescindible tener como referente central del presente estudio a los efectos que ha traído el nuevo Modelo de Estado ecuatoriano respecto de las garantías constitucionales” (Pág. 99).*

¹¹ Zavala Egas, J. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilex S.A. Editores, Guayaquil, 2010 respecto del Estado Garantista, afirma que: *“... La concepción del Estado garantista es la del Estado constitucional de derecho, es decir, aquel que se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en el rechazo al ejercicio del poder arbitrario. Es*

de derechos humanos, reconocidos tanto en la norma constitucional como en tratados internacionales de derechos humanos, tendencia que además está claramente plasmada en constituciones de países europeos, como en la C.E. y en América Latina en la colombiana del año 1991¹².

Afirma Carbonell que el neoconstitucionalismo tiene como finalidad: “(...) *explicar una serie de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XIX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos (...)*”¹³.

Si se revisa la C.Ec., se constata, en palabras de Carbonell¹⁴, que, en efecto, el constituyente ecuatoriano consagró un *amplio catálogo de derechos*

aquel en el que el legalismo no es suficiente para considerar frenado o limitado al poder legislativo que, libérrimo en cuanto a dotar de cualquier contenido a las leyes, puede ejercerse, junto a su aplicación automática por partícula de los jueces, en forma autoritaria y despótica. El Estado que asume el garantismo, en cambio, es el que vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos...” (Pág. 276).

¹² Vid.: Zavala Egas, J. Comentarios a la ley orgánica ... ob. cit., al analizar la relación que existe entre ordenamiento jurídico y normas constitucionales, afirma que: “...Es de toda evidencia que el derecho declarado por la norma constitucional, no vacía el Ordenamiento jurídico previo, tan solo tiene ese efecto con el fragmento normativo que pasa a ser incompatible o lo contradice y que, por esta razón, queda sin validez. Por tanto, lejos de la presumida autosuficiencia o plenitud del derecho constitucional entre a regir después que el legislador ha intervenido y el contenido del derecho lo vincula para su actualización. El derecho constitucional, para su desarrollo, requiere la mediación de la ley, aun cuando esta afirmación no implique una necesidad cronológica, sino meramente lógica. El efecto directo del contenido del derecho constitucional se traduce en la vinculación con el legislador...” (Pág. 245).

¹³ Carbonell, M. y García, Jaramillo L. El canon Neoconstitucional, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010, (Págs. 161-162).

¹⁴ El Canon... Ob. cit., (Págs. 161-162).

fundamentales, que están plenamente reconocidos por el Estado y que por tanto hacen exigible su tutela y protección por parte de éste, lo cual se hace evidente a través de —una también amplia gama— de garantías constitucionales que los hacen efectivos y que procederán conforme los casos previstos en la Constitución.

Expresa Guastini¹⁵, que un Estado está constitucionalizado si se observa el cumplimiento de determinadas condiciones básicas, a saber:

1. La existencia de una Constitución rígida;
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución;
3. La fuerza vinculante de la Constitución, entendida ésta como un conjunto de normas programáticas;
4. La sobre interpretación de la Constitución;
5. La aplicación directa de la Constitución, cuyas normas no se dirigen únicamente al Estado, sino que norman también relaciones entre particulares;
6. La interpretación adecuadora de las leyes; y,
7. La influencia de la Constitución sobre el debate político.

No corresponde aquí realizar un análisis de cada una de estas condiciones en esta fase de la investigación, sin embargo resulta importante destacarlas en este punto por los cambios normativos que, al amparo de éstas tendencias, se están produciendo, y por las actuaciones de entes públicos, que asumiendo ciertos “roles”, van a ser determinantes en la forma de estructura y diseño del arbitraje en el Ecuador, en comparación y con referencia a cómo se

¹⁵ Guastini R., *Estudios de Teoría Constitucional*, 1ª edición, 2001, (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros> – consultado el 29 de marzo de 2016-, Págs. 153-164.

Lleva ésta institución en otros países, concretamente en España. Para concluir estas breves líneas sobre la realidad constitucional del Ecuador, que como se indicó, resulta determinante para comprender los cambios normativos por los que atraviesa el país, es importante resaltar que un aspecto trascendente de esta nueva arquitectura constitucional lo constituye la presencia de una Corte Constitucional, dentro de un sistema de control constitucional que ha sido concebido por la propia Corte como concentrado¹⁶, donde el control constitucional le corresponde a ésta (artículo 429 C.Ec.¹⁷), diferenciando así al Estado de Derecho, en el cual la interpretación de la norma suprema estaba reservada al órgano legislativo, denominado entonces como Congreso Nacional, del Estado Constitucional, en el cual la interpretación constitucional se ha atribuido de modo exclusivo a un órgano de control, que para el caso de Ecuador es la Corte Constitucional.

El reconocimiento y tutela del arbitraje y demás mecanismos alternativos de solución de conflictos en la Constitución; el derecho de los colectivos de implementar estos mecanismos alternativos; el papel de la Corte Constitucional respecto de los laudos arbitrales; el rol de la Procuraduría General del Estado y su vinculación con la interpretación constitucional en el arbitraje público; y finalmente la preocupante implementación del C.O.G.P. y su relación con el arbitraje son algunos aspectos fundamentales que motivan esta investigación, que se realiza

¹⁶ Cfr.: Oyarte Rafael, Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado. Quito: CEP, 2014, señala que: *“La Corte Constitucional ejerce control concentrado, abstracto y a posteriori de constitucionalidad de actos normativos y actos administrativos generales, mediando demanda de inconstitucionalidad (arts. 436, N° 2 y 4, y 439 CE), pero si un juez en casusa concreta considera que un precepto es contrario a la Constitución ya no podría inaplicarlo, sino que debe suspender la tramitación de la causa y remitir ene consulta el expediente a la Corte Constitucional para que sea la Corte Constitucional la que resuelva sobre la constitucionalidad o no de la norma (art. 428 CE)”* (pág. 965)

¹⁷ Artículo 429. *“La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.”*

además, con el desarrollo de la institución, cuyos principios y fundamento deben ser analizados de la mano con la nueva estructura constitucional.

Todo ordenamiento jurídico comprende una serie de valores y principios que inspiran el contenido de las normas y reglas que lo componen. En algunos casos estos principios se encuentran desarrollados en forma clara en la norma constitucional o resaltan con la sola lectura de la norma; sin embargo, en determinadas ocasiones éstos subyacen en el contenido de la misma, sin necesidad de estar redactados en forma explícita, porque de la lectura e interpretación de las normas resulta evidente su existencia.

En materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos¹⁸, y concretamente en materia de arbitraje, se encuentran con principios básicos que

¹⁸ El conflicto es inevitable en las relaciones sociales. La resolución de esos conflictos debe entenderse en un sentido específico, esto es, el de otorgar una solución permanente a la controversia sea que se trate de una solución analítica como lo señala John Burton o sea como la resolución de conflictos bajo el entendimiento del abogado o del mediador, en todo caso nos referimos a la solución permanente de un conflicto -*vid*: Burton, J. La resolución de conflictos como sistema político. Instituto de Análisis y Resolución de Conflictos, George Mason University, Fairfax, Virginia, 2000), al referirse a los varios significados que puede tener la resolución de conflictos, señala que: “Resolución de conflicto tiene diversos significados para diferentes personas. Para el estratega militar, puede significar el medio más sofisticado de disuasión, e incluso el primer ataque contra un enemigo potencial, si ello se considera necesario para prevenir un enfrentamiento prolongado. Resolver un conflicto puede incluir para un abogado una resolución judicial basada en normas y argumentos legales; incluso la pena de muerte puede considerarse como resolución en determinadas circunstancias. Para el negociador en empresas, resolución implica convenios fijados a través de pactos, incluso si ello supone la pérdida de puestos de trabajo. Para un mediador tradicional, puede significar forzar algún compromiso razonable, aunque ello sea a costa de un posible sentimiento de injusticia hacia la parte más débil. Para nuestros propósitos, resolución de conflicto significa la terminación del conflicto a través de métodos analíticos y que se dirigen a la raíz del problema. Resolución de conflicto, como opuesto a una mera gestión o 'ajuste', se orienta a un resultado que, de acuerdo con las partes implicadas, es una solución permanente del problema. Puesto que busca acceder a las fuentes de los problemas, la resolución de conflicto pretende no meramente resolver el conflicto social inmediato, la disputa inmediata ya sea familiar o étnica, sino, a la vez, arrojar luz sobre la naturaleza genérica del problema y, de este modo, contribuir a la eliminación de sus fuentes y a la prevención de otros procesos. Es, en resumen, una solución analítica del problema.” (Pág. 99).

Interesante resulta también la opinión de Almagro Nosete, J., quien señala que: “El derecho a la jurisdicción”. En Consideraciones de Derecho Procesal. Editorial Librería Bosch.

rigen la materia, que se encuentran contenidos en el artículo 97 C.Ec., que textualmente dispone: *“Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.*

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

Como se ha señalado, en líneas anteriores, existen principios consagrados en forma expresa en la norma constitucional, y existen otros que subyacen en la misma. Si se lee sin mayor profundidad el artículo 97 de la CRE se observa que lo que hace es reconocer la facultad que tienen los colectivos de adoptar uno cualquiera de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que reconoce la norma suprema, pero si se lee con profundidad, comprendiendo en su integridad la norma constitucional, se observará que en subyace el principio preponderante en arbitraje, cual es la autonomía de la voluntad.

Barcelona, 1987, sostiene que: *“Característica común de las denominadas teorías sociológicas, formuladas para justificar el proceso, como resolución de un conflicto social, es la de acentuar la nota de necesidad social que el mismo representa en punto a la ordenada y pacífica convivencia,...*

Y esta nota es cierta; sin la implantación del mecanismo jurídico del proceso, la paz social peligraría porque la justicia, base de esa paz no podría realizarse.” (Págn. 119); posteriormente realiza una serie de interesantes reflexiones sobre la naturaleza jurídica del conflicto, reparando en autorizadas opiniones dogmáticas (Guasp Delgado), así como la polémica, mantenida al respecto, entre Carnelutti y Calamandrei.

Por su parte, Caivano, R. J. Control Judicial en el Arbitraje, Abeledo Perrot editorial, 1ª edición, Buenos Aires, 2011 ha afirmado: *“Por lo que la divergencia (real o meramente percibida) de intereses se caracteriza al conflicto no puede asimilarse a la pelea, ni el conflicto tiene una connotación negativa. Habrá confrontación si no existe otro ese es el camino que las partes eligen para solucionarlos: en caso contrario, sólo existirá una situación neutra (dos personas que saben - o creen- que sus intereses son opuestos), de la que puede derivar una gestión constructiva y beneficiosa para ambos o una gestión competitiva en la que cada uno procurará obtener la satisfacción de sus intereses a expensas del otro.”* (Pág. 3).

Se reconoce, entonces, en este artículo el fundamento de la teoría contractualista que permite explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, y permite comprender como ésta se articula con el sistema de administración de justicia del Estado. Sobre este aspecto es necesario hacer referencia al sustento doctrinario que se encuentra en la teoría del contrato social desarrollada por Rousseau¹⁹, en virtud de la cual se crea, mediante una entelequia, un contrato entre el Estado y los hombres, de tal suerte que renunciando éstos, parcialmente, a su libertad en favor del colectivo organizado bajo la denominación de Estado se encuentra fundamento o sustento a su poder y constituye además un límite a la autoridad estatal, dando fundamento a sus actuaciones que deben buscar o conseguir, con base a tal renuncia, el bien común, que es a su vez, el sustento de la democracia.

De acuerdo con González de Cossío²⁰, la definición de la naturaleza jurídica del arbitraje es importante debido a que tiene un impacto directo en la regulación y práctica del arbitraje: *“La actitud que el derecho y los tribunales nacionales tomen en relación con los procedimientos y el laudo arbitral depende en gran medida en la concepción en la que se tenga la naturaleza jurídica del arbitraje.”*

Es así como el citado autor analiza las cuatro teorías más relevantes sobre las cuales se puede concebir la naturaleza jurídica del arbitraje, siendo estas a) la jurisdiccional, b) la contractual, c) la mixta o híbrida y d) la autónoma o sui generis. Análisis en el cual se profundizará más adelante.

La C.Ec., en el Capítulo cuarto, desarrolla lo correspondiente a la Función Judicial. El contenido de este capítulo tiene una mejor redacción que textos

¹⁹ Rousseau, J. J. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. El contrato social, trads. López López, J. y Berges C., Editorial: Folio, Colección Obras Fundamentales de la Filosofía. Barcelona, 1999.

²⁰ Arbitraje..., ob. cit., Pág. 17.

anteriores, para comprender lo desarrollado en su integridad, y terminar diferencias que tradicionalmente han existido respecto a quienes ejercen jurisdicción y cuándo existe unidad jurisdiccional²¹. En la sección octava del referido capítulo, a partir del artículo 190, se reconocen y garantizan al arbitraje, la mediación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos.

El artículo 190 C.Ec., antes referido, resulta relevante porque contiene el reconocimiento constitucional de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre ellos el arbitraje; pero lo que más se ha de destacar de este artículo es que contiene el reconocimiento de la voluntad del constituyente de que la administración de justicia sea organizada y ejercida a través de los mecanismos tradicionales para resolver los conflictos (administración de justicia estatal u ordinaria) o alejarse de los medios tradicionales y adoptar, según lo contemplado en la ley, fórmulas de solución de controversias.

Es a partir de este mismo artículo que se estructura al arbitraje como parte del sistema de administración de justicia del Estado, y a partir de este diseño, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia antes descrito, se despliega el ordenamiento jurídico de inferior jerarquía que lo afianza y reconoce.

En consecuencia, el arbitraje, en su contextualización a partir de la nueva estructura constitucional del Ecuador, se lo puede observar en primer lugar a partir del artículo 97 de la C.Ec., que reconoce el derecho de los colectivos a adoptar mecanismos alternativos de solución de controversias, siguiendo con el contenido

²¹ Oyarte, R. "Derecho Constitucional ... ob. cit. sostiene que: "El código Orgánico de la Función judicial asimila la administración de justicia que hace esa función del Estado con el arbitraje, al indicar que la primera es un "servicio público" y que el arbitraje es una forma de este servicio público artículo 17 COFJ además de indicar que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales (artículo 7 incisos 4 COFJ) cosa que también hace el Código de Procedimiento Civil (artículo 5 y 17)", sin embargo de notar la forma como lo expresa la constitución el autor critica que se confunda una función pública y el ejercicio de una potestad con un servicio público." (Pág. 833).

del artículo 190 de la C.Ec., que revisado brevemente, para luego descender, conforme la jerarquía normativa del artículo 425 del mismo cuerpo normativo, al C.O.F.J.²², que en los artículos 7 y 17²³ desarrolla principios respecto al arbitraje. El artículo 7 del C.O.F.J. termina, en el caso del Ecuador, la discusión doctrinaria acerca de la naturaleza del arbitraje, disponiendo que éste es de naturaleza jurisdiccional, y en el segundo (artículo 17) se dispone, entre otros aspectos, que el arbitraje constituye una especie de servicio público, toda vez que la administración de justicia ha sido calificada como tal por el referido cuerpo normativo. Por su parte los artículos 3, 5, 17, 18 y 19 del C.P.Cv.²⁴, constituyen, a

²² Publicado en el Suplemento del R.O. núm. 544 del 9 de marzo de 2009, Ley s/n.

²³ Artículo 7. *“Principios de legalidad, jurisdicción y competencia.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.*

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

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

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

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.”

Artículo 17. *“Principio de servicio a la comunidad.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.*

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

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

²⁴ Vid.: Suplemento del R.O., Núm. 506, de 22 de mayo de 2015, se ha publicado el COGEP; y a su vez la Disposición Final Segunda de dicho cuerpo legal, ordena: *“El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan periodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley. Las disposiciones que regulan el remate ... Resolución 07-2015 ... 2 entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente Ley”*. Por lo que el 22 de mayo del 2016, entrará en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), y la estructura jurídica de Ecuador completará el cambio evolutivo. El sistema procesal escrito será reemplazado por la oralidad en las materias no penales, que son las que faltan, porque ya se aplica en el área penal.

la fecha de elaboración de este trabajo, todavía²⁵, el cuerpo normativo ordinario que regula los procesos civiles en el Ecuador; a estas normas hay que sumar la ley especial que regula la materia y que constituye la base normativa para los reglamentos de los diferentes centros de arbitrajes reconocidos, los que deberán obrar en el ámbito de su competencia.

Aunque más adelante se abordarán algunos aspectos relativos a la exigencia contenida en el segundo inciso del artículo 190 de la C.Ec., es oportuno hacer una apreciación que es importante destacar. El artículo 4 de la L.A.M., expresamente señala: *“Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:*

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;*
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;*
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,*

²⁵ *Vid.*: R.O., núm. 56, 22 de mayo del año 2015, de promulgación, en Ecuador, el C.O.G.P., disponiéndose una *vacatio legis* de doce meses a partir de su publicación en el R.O. (D.F. Segunda). Este cuerpo normativo nace del intento del legislador ecuatoriano de condensar en un solo instrumento normativo, las normas adjetivas que regulan procesos de distintas materias, entre ellas la materia civil. A partir de su entrada en vigencia, esta norma será de aplicación supletoria a ley de arbitraje ecuatoriana, sustituyendo al C.P.Cv., que, para entonces, habrá perdido su vigencia.

d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.”

Cabe preguntarse si estos requisitos integran la esencia del convenio o son simplemente requisitos formales exigidos por la Ley. Ante estas consideraciones es procedente realizar algunos comentarios:

1. Es de la esencia del arbitraje que sea evidente la voluntad de las personas para someter sus controversias a este mecanismo alternativo de solución de controversias, por lo que cuando se trata del sector público es obligatorio que éste sea suscrito por quien está autorizado a contratar por dicha institución.

En este sentido la C.C.Ec, se pronunció sobre el requisito del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado²⁶ para acudir al arbitraje, contenido en el artículo 190 de la C.Ec. Estableciendo que la Carta Magna que, en caso de que se presente un arbitraje que tenga origen en un contrato firmado por las partes antes de que entre en vigencia la Constitución, ante la incertidumbre de cuál sería la normativa aplicable se debe de optar por elegir la vigente al momento de la suscripción del contrato. Por lo que el Tribunal puede resultar competente aun sin contar con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado

2. Respecto al literal b) del artículo referido, se considera que el sometimiento a arbitraje solamente procede para las relaciones contractuales del Estado.

²⁶ Sentencia, Núm. 270-15-SEP-CC (2015)

Si bien las nuevas tendencias doctrinales en materia de derecho administrativo admiten que en materia de responsabilidad extracontractual se podrían someter controversias al arbitraje, esta posibilidad se ve restringida por la inexistencia del elemento volitivo presente en el conflicto en que se presente.

3. Es suficiente, en lo que respecta a la letra c) del artículo 3 la remisión a la ley.

Aunque este artículo 4 de la LAM es previo a la Constitución vigente, es posible sustentar que esta es la forma como se encuentra regulado el segundo inciso del artículo 190 de la C.Ec., respecto a la exigencia del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado²⁷. Por lo que en ese entendido, es posible considerar que el pronunciamiento de este órgano del Estado no es un requisito esencial del convenio arbitral, por lo que su ausencia no altera la validez del convenio.

4. Planteamiento del problema.

²⁷ La Procuraduría General del Estado es el órgano técnico encargado de la defensa del Estado y sus instituciones, en las causas en que es llamado a comparecer, además tiene facultades consultivas para inteligencia de la ley, en los temas que le corresponden, así como también de asesoría para la celebración de contratos en que esté inmersa una institución del Estado. Este órgano cumple una función similar a la Abogacía General del Estado, integrado en el Ministerio de Justicia en España.

De conformidad con lo previsto en el artículo 237 de la C.Ec. *“Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:*

1. *La representación judicial del Estado.*
2. *El patrocinio del Estado y de sus instituciones.*
3. *El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.*
4. *Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.”*

4.1. Importancia teórica

Por las consideraciones previamente expuestas en el marco teórico conceptual, respecto al desarrollo del constitucionalismo en el Ecuador, y las particulares características del Estado, a partir de la construcción del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, resulta imposible realizar el análisis, estudio y llegar a conclusiones respecto de cualquier institución jurídica, entre ellas el arbitraje, sin analizar el marco constitucional referencial dentro del que se encuentra inserta tal institución. En la presente investigación se abordaran diferentes aspectos del arbitraje, desde la perspectiva de la Constitución, que, reconoce y tutela la institución, por las particulares circunstancias jurídicas, vigentes en el Ecuador actualmente, a pesar de ello, el presente trabajo destacara la importancia del arbitraje como una manifestación del principio de libertad²⁸.

De las condiciones previamente señaladas, en opinión de Guastini²⁹, destaca, vinculándolas y relacionándolas con las normas vigentes, las siguientes: existencia de una constitución rígida, garantías jurisdiccionales incorporadas al texto de las normas constitucionales, la fuerza vinculante de la Norma Suprema, la aplicación directa e inmediata de las normas contenidas en la Constitución y la sobre interpretación de la Constitución.

Respecto a la existencia de una Constitución de carácter rígida, se hace evidente en el texto constitucional no sólo por incluir un procedimiento

²⁸ En este sentido, Sánchez Garrido, afirma: "En consecuencia es claro que a pesar de lo que dice el art. 117.1 de la CE todo ciudadano para conseguir que se le administre justicia puede optar por dos caminos: acudir a la jurisdicción del Estado sometiéndose a lo que dicten Jueces y Magistrados o convenir, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que sean uno o más árbitros los que decidan el conflicto. Pero, y esto es lo que conviene subrayar, uno y otro están integrados en el sistema constitucional de Administración de Justicia: el primero, está expresamente contemplado en la Constitución, y el segundo, a través del juego de la libertad que es uno de los valores supremos de nuestra Constitución; en este sentido se ha pronunciado el TC en la Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre." (El arbitraje y mediación como medio de solución de conflictos. Ciudadano y Valores. Fundación. Documentos para el Debate. Fundación FAES. Madrid, 2012, Pág. 6.

²⁹ Estudios de Teoría Constitucional..., ob. cit., Págs. 153-164.

determinado para el trámite de enmiendas o reformas parciales de la misma contenido en los artículos 441 y 442³⁰, respectivamente, disponiendo que será la Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos corresponde en cada caso (artículo 443 C.Ec.), los mismos que difieren y tienen mayor exigencia que para reformas de una norma jurídica, de inferior jerarquía, parte del ordenamiento jurídico; sino porque existen cierto tipo de normas, que carácter pétrea, que solamente podrán ser reformadas mediante una Asamblea Constituyente, conforme el procedimiento determinado en el artículo 444 de la CRE que dispone que ésta solamente podrá ser convocada a través de una consulta popular, disponiendo quienes pueden convocarla, que deberá incluir además la forma de cómo se deben seleccionar sus representantes y las normas que regularán el proceso electoral.

³⁰ Artículo 441 C.Ec.. *“La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:*

1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

Artículo. 442. “La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.”.

Con respecto al carácter rígido³¹ de la C.E., establece, al igual que la ecuatoriana, en sus artículos 166 y 169 que el procedimiento a seguir, en caso de reformarla total o parcialmente. Así mismo, dispone, en sus artículos 82 y siguientes, el procedimiento a seguir para la elaboración de enmiendas de leyes³².

Respecto a la fuerza vinculante de la C.Ec., que se hace evidente en el artículo 426, disponiendo la sujeción y obligatoriedad del cumplimiento de la misma, dictando norma expresa para determinadas autoridades públicas; como se había expuesto, si bien esta es una importante característica de un Estado Constitucionalizado, no es menos cierto que ésta no constituye una novedad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, puesto que ya en la del año 1998 se reconocían normas de ésta naturaleza.

Al igual que en la C.Ec., el artículo 9 de la C.E.³³ dispone la fuerza vinculante de la misma estableciendo que los ciudadanos y los poderes públicos se encuentran sujetos a ella.

En cuanto a la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionalmente consagradas, esto deviene como consecuencia de lo ya

³¹ Vid.: Oyarte, R. "Derecho Constitucional...", ob. cit. haciendo referencia a la supremacía de la constitución sobre cualquier otra norma positiva señala que: "(...) *por esta causa es que en la misma constitución se determinan los trámites y procedimientos que debe seguir su propia reforma. Si, por el contrario, una norma inferior determinase los procedimientos de reforma constitucional se estaría dejando gran parte de la supremacía de la Constitución en la voluntad del legislador ordinario, por lo que su carácter de norma superior no se encontraría resguardado por la propia Carta Fundamental (...). Es entonces el grado de rigidez de una constitución la que determina o condiciona el ejercicio del poder constituyente -del derivado en este caso- para que este proceda a su reforma. Si una constitución es flexible no tendría la particularidad que se señaló anteriormente: se la podría reformar por el procedimiento legislativo ordinario, como cualquier ley. No sería necesario entonces en el caso de las constituciones flexibles el ejercicio del poder constituyente, poder superior que en un sentido meramente técnico jurídico se sintetiza en el procedimiento especial y dificultado que es ejercido por un órgano con atribuciones especiales, lo que se debe prever en la misma constitución.*" (Pág. 81).

³² Vid.: Vega, P. de. La reforma constitucional y la problemática del Poder constituyente. Editorial Tecnos. Madrid, 1985, Págs. 120-160; Blanco Valdés, R. B. Introducción a la Constitución de 1978. Editorial Alianza. 5ª Ed., Madrid, 2016, Págs. 248-254.

³³ BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Última modificación: 27 de septiembre de 2011.

expuesto respecto de tratarse de normas verdaderamente programáticas. La C.C.Ec., al expedir las Reglas del Procedimiento para el período de transición³⁴, en el considerando tercero señala: “... *la finalidad primordial del nuevo Estado ecuatoriano es la garantía de los [derechos fundamentales], los cuales, de conformidad con los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución, son de directa e inmediata aplicación y plenamente justiciables por y ante cualquier servidor público, jueza o juez, sin que puedan establecerse o exigirse requisitos adicionales, o argüirse falta de ley para justificar su desconocimiento y aplicación ...*”.

Bajo esta perspectiva resulta oportuno señalar que se ha suprimido de la C.Ec., el término “política”, precisamente por el carácter directo de aplicación de la norma, ésta dejó de ser un simple catálogo de derechos y la estructuración del Estado para pasar a ser una norma de plena aplicación práctica.

Respecto de las garantías se pueden señalarse que se recogen garantías jurisdiccionales, normativas y extrajudiciales. En cuanto a las garantías jurisdiccionales contenidas en la norma constitucional constituidas por aquellas que consisten en procesos constitucionales, para protección de derechos reconocidos en la Constitución, cuando éstos han sido amenazados o vulnerados, pudiendo ser interpuestos por cualquier persona, grupo o colectividad, entre éstas encontramos la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, el hábeas corpus, acción por incumplimiento; debemos destacar la incorporación tanto de la acción de protección³⁵ como la acción extraordinaria de protección³⁶,

³⁴ Vid.: Suplemento del R.O., núm. 466, del 13 de noviembre de 2008.

³⁵ Artículo 88. “*La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.*”.

conforme los parámetros determinados en la norma. La última de las mencionadas será materia de análisis en ésta investigación para determinar su procedencia o no en el caso de los laudos arbitrales.

En el nuevo texto constitucional no solamente se produce la incorporación de garantías ya reconocidas, sino el mejoramiento de las ya existentes como en el caso del amparo constitucional traducido actualmente en las medidas cautelares recogidas en el artículo 87 de la C.Ec.

Respecto de las garantías normativas debe expresar que estas constituyen los principios y reglas de carácter constitucional que permiten la directa aplicación de los derechos, la no restricción de los mismos, conforme lo previsto en el artículo 11 de la CRE; que sean resarcidos en forma adecuada los daños que se produzcan a los particulares por ineficiente prestación de servicios públicos, error judicial, y demás supuestos contemplados en el artículo 11.9 de la CRE. En las normas constitucionales encontramos se encuentran algunas garantías normativas, tales como:

1. El principio *in dubio pro homine* consagrado en los artículos 427 y 11.5 de la C.Ec.
2. La prohibición contenida en los artículos 426 y 11.3 de la C.Ec., que prohíben alegar falta de ley para desconocer o transgredir derechos, desechar acciones o negar el reconocimiento de los derechos protegidos por la Constitución.

³⁶ Artículo 94. “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.”

3. La aplicación directa e inmediata de los derechos, contemplada en los artículos 426 y 11.3 de la C.Ec.

4. La responsabilidad del Estado por la deficiente prestación de servicios públicos o de los actos realizados por sus funcionarios en el desempeño de sus cargos (artículo 11.9 de la C.Ec.).

5. La responsabilidad personal de los servidores públicos, artículos 233 y 11.9 de la C.Ec.

6. El reconocimiento, sin restricción de impugnar los actos administrativos de todas las funciones y administradores del Estado, en sede judicial; artículo 173 de la C.Ec.

7. La responsabilidad estatal en caso de error judicial, igualmente contemplada en el artículo 11.9 de la C.Ec.

En cuanto a las garantías extrajudiciales, que hacen referencia a un conjunto de órganos, instituciones, entes o personas, que no necesariamente están dotadas de potestades jurisdiccionales por no pertenecer a la Función Judicial, pero que se encuentran debidamente legitimadas por la Constitución para ejercer la protección y la defensa de los derechos constitucionalmente protegidos; a saber:

1. El Presidente de la República, quien preside la Función Ejecutiva, y que le compete, conforme lo previsto en el artículo 147.1 de la C.Ec., cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, tratados internacionales y demás normas que forman parte del ordenamiento jurídico, en el ámbito de su competencia.

2. Los órganos y estamentos de seguridad interna y externa, comprendidos por la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, que, conforme el artículo 158 C.Ec., deberán proteger los derechos, las libertades y hacer valer las garantías de los ciudadanos conferidas por el ordenamiento jurídico.

3. La Defensoría del Pueblo, que conforme lo previsto en el artículo 215 de la C.Ec., le corresponde “... *la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país ...*”.

4. La Defensoría Pública, que, conforme lo dispuesto en el artículo 191 de la C.Ec., le corresponde “... *garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos ...*”.

5. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que, conforme el artículo 207 de la C.Ec., “... *promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público ...*”.

Es importante destacar que con la C.Ec., se incorporan como derechos y responsabilidades de todos los ecuatorianos, sin perjuicio de otros que sean consagrados en la norma constitucional el respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento (artículo 83.5 de la C.Ec.); sin que sea nuestro deseo o intención hacer una gradación de las garantías extrajudiciales, consideramos que ésta es fundamental para cumplir precisamente lo determinado como sustento o base del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, por vincular al ciudadano en que quehacer y responsabilidad de la consecución y protección de los derechos.

Una característica del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es que la norma suprema se convierte en un instrumento de aplicación diaria y que regula y norma relaciones jurídicas, relaciones políticas, se trata de una Constitución “entrometida”, que inunda las relaciones e irradia con su contenido a todo el ordenamiento jurídico, de tal forma que no existen actuaciones que se alejen de lo previsto en ella.

¿Cómo se hace efectiva esta característica? A través de la sobre interpretación del texto constitucional y la influencia que ésta va a ejercer en todos los aspectos relativos a la vida social; a través de ésta es susceptible realizar interpretaciones extensivas de la Constitución, extraer el contenido implícito de la norma, y en general conseguir que, como ya decíamos en líneas anteriores, las normas constitucionales irradien todo el ordenamiento jurídico.

Estos cambios y la consecución de lo previsto en estas líneas, pero como objetivo de un Estado resulta realmente trascendente, solamente podrá alcanzarse con una Corte Constitucional, como órgano rector en materia de constitucional, tanto en cuanto a interpretación como en materia de justicia constitucional, que integrada por diferentes actores, es la Corte el máximo órgano de ésta.

En virtud de la supremacía constitucional, consagrado en los artículos 424 y 425 de la C.Ec., el artículo 426 de la misma norma³⁷, consagra que todas las

³⁷ *“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”*

“*personas, autoridades e instituciones*” se encuentran sujetas a la Constitución, de tal forma que no existe posibilidad alguna que exista algún ente, organismo, persona, autoridad o institución que se encuentre fuera del control constitucional, así este artículo dispone:

4.2. Importancia práctica

A partir de las consideraciones constitucionales expuestas, se presentan una serie de inquietudes jurídicas relevantes que motivan la presente investigación, situaciones que presentes en la realidad ecuatoriana complican el correcto desarrollo del arbitraje en el Ecuador, limitaciones o situaciones que, analizadas al amparo de la norma constitucional, como corresponde hacerlo por la estructura antes concebida, de allí la trascendencia de exponerla completa e íntegramente, corresponde ver si éstas situaciones se presentan producto de la norma o si son consecuencia de una inadecuada e indebida forma de tratar de comprender la Constitución, y que a partir de ésta se generan una serie de situaciones que complican la existencia, el desarrollo, el éxito y la aplicación práctica del arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos³⁸.

Algunas de las expuestas son las siguientes:

- La relación del arbitraje y el sector público.- De la lectura y aplicación del segundo inciso del artículo 190 de la C.Ec., la Procuraduría General del

³⁸ Esta misma es la consideración que merece a la Corte Constitucional de Colombia al señalar que: “... en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte” SS. C-242 de 1997 y C-163 de 1999. Por su parte la S. de la Corte Constitucional, C- 098 de 2001, señala que: “el arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos”.

Estado dictó dos resoluciones sobre la aplicación del referido inciso constitucional³⁹. En la primera de ellas informa a las entidades comprendidas en el primer artículo de la L.O.S.N.C.P, sobre la obligatoriedad de solicitar el pronunciamiento, en forma previa a la Procuraduría, para someter controversias al arbitraje que derivaran de los diferentes tipos de contratos administrativos.

En la segunda resolución la Procuraduría fija un plazo a aquellas instituciones que habiendo suscrito un convenio arbitral, no hayan obtenido el informe favorable de la referida institución para obtenerlo; cabe indicarse que el referido plazo estaría vencido.

La norma constitucional, antes referida, no establece plazo alguno, ni ninguna otra condición, por lo tanto, no se trata de ajustarse al cumplimiento de requerimientos constitucionales y, remitiéndose la Norma Suprema a la ley para el cumplimiento de los requisitos en materia de arbitraje. Las instituciones públicas por su parte cumplen con lo previsto en el artículo 4 de la L.A.M., al contar con convenios debidamente firmados por quien es la autoridad que tenía la potestad de firmarlos, y además contar en dichos convenios con reglas claras para la conformación del Tribunal Arbitral.

Resulta evidente que se produce un conflicto entre el alcance de las Resoluciones antes indicadas y el principio de conservación del arbitraje, que inspira la institución; situaciones como éstas que generan incertidumbre sobre cuál es la situación jurídica de aquellos contratos que han sido firmados en forma previa a la expedición de las Resoluciones citadas en este punto, así como cuáles son las atribuciones de la Procuraduría General del Estado a partir de la expedición de la C.P.R, y si tiene

³⁹ Cfr.: OF. PGE. Núm.: 09712, de 11-09-2012; OF. PGE. Núm.: 14638 de 11-06-2010.

competencia para haberlas expedido, son aspectos conflictivos que se busca abordar en la presente investigación, exponiendo las dificultades que atraviesa, en la práctica el arbitraje en el Ecuador.

- Otras situaciones, que parecían más sencillas, se presentan en la práctica como aquella en que los abogados de entidades del sector público, por así disponerlo el procedimiento establecido descargan de la página Web del Servicio Nacional de Contratación Pública el proyecto de contrato a ser suscrito entre la institución y los adjudicatarios de procesos de contratación pública, el texto de los pliegos de contratación genera una dicotomía al establecer que las diferencias podrán someterse al arbitraje o al Tribunal Contencioso Administrativo; con lo cual se han presentado serias dificultades al constar el arbitraje como una opción, más no en la forma clara y precisa en que debe redactarse el convenio arbitral, a fin de no contener elementos que pudieren afectarlo.
- Una última situación, que se ha hecho presente en los últimos tiempos con la aprobación, por parte de la Asamblea Nacional, del C.O.G.P. que viene a reemplazar al C.P.Cv., y demás normas que contienen normas procesales para protección de derechos subjetivos. Dicho cuerpo normativo debe manifestarse que contiene normas preocupantes para el sostenimiento y desarrollo del arbitraje en el Ecuador, representando una real preocupación para el futuro del arbitraje en el Ecuador, como un mecanismo destinado a solucionar, en forma alternativa, controversias existentes entre las personas; es una realidad que debe abordarse en un futuro cercano.

Por otra parte, el doble reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva (artículo 75 C.Ec.) y del arbitraje como procedimiento alternativo para la resolución de conflictos (artículo 190.I C.Ec.) serán los dos ejes sobre los que pivotaran el presente trabajo de investigación.

Dentro de los sistemas de administración de justicia, cualquiera que sea su denominación “*poder judicial*” “*función judicial*” “*función jurisdiccional*”, debe entenderse que, dentro de ese sistema, se materializa el deber del Estado de proporcionar a sus ciudadanos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es necesario entonces, que la tutela judicial efectiva, entendido como derecho de prestación, sea desarrollado por el legislador, creando los instrumentos o instituciones para que dicho derecho sea dado a los ciudadanos y que éstos puedan obtener la solución de sus conflictos.

En todo caso, hay que aceptar que, en la parte orgánica de la Constitución, deben crearse -al menos- los órganos del poder o función judicial, que van a ser los encargados de garantizar el derecho de prestación de la tutela judicial efectiva y que en esencia su función es la “administración de justicia”, que implicaría la realización o materialización de la tutela judicial efectiva en sus manifestaciones: 1.- Interponer los recursos que la Ley contempla; 2.- obtener una resolución de fondo, motivada, congruente y conforme a derecho y 3.- el derecho a que se ejecute dicha resolución.

Así las cosas, el sistema de administración de justicia, dentro de la C.Ec. distingue entre la “justicia ordinaria” y los “métodos alternos de solución de conflictos”, sin que esto afecte el principio de unidad jurisdiccional, pues se entiende que la justicia ordinaria comprenden aquellos órganos estatales que administran justicia como la Corte Nacional de Justicia, Corte Provinciales y Jueces de instancia⁴⁰, pero, por otra parte, se reconocen en la C.Ec. “otras potestades jurisdiccionales”, conforme el mismo artículo 168, y, entre esas otras

⁴⁰ La Sección sexta del Capítulo Cuarto de la C.Ec. se rubrica: “Justicia Ordinaria”, y en ella se mencionan a los Jueces de la Corte Nacional de Justicia como Corte de Casación (artículo 182), la Corte Provincial de Justicia, como Tribunal de instancia superior y Jueces de Primera instancia (artículo 186).

potestades jurisdiccionales debe entenderse que se encuentra el “arbitraje” pues la C.Ec., expresamente lo reconoce como método alternativo de solución de conflictos y al reconocerlo, reconoce implícitamente –como lo ha desarrollado el C.P.Cv.⁴¹- que hay árbitros que ejercen facultades jurisdiccionales para la solución de conflictos de forma alterna a los jueces ordinarios.

De ahí que, cuando se hace referencia al “sistema arbitral” y a la “jurisdicción” es indiscutible que se está aludiendo a aquel sistema que coordinadamente y que con la existencia de varios órganos como árbitros o tribunales arbitrales, también administran justicia y que por ello a los árbitros se les reconoce, en Ecuador, que gozan de jurisdicción y se los califica de “jueces convencionales” por el origen de la misma, esto es, la convención de las partes a través de un convenio arbitral o cláusula compromisoria le otorgan a unos árbitros o a árbitros de un Centro la potestad de solucionar los conflictos derivados de un contrato o de un negocio jurídico en específico⁴².

Ahora bien, es necesario entender que el sistema arbitral, tiene sus límites.

En primera instancia, sólo pueden someterse a arbitrajes ciertos conflictos, aquellos en que por su naturaleza son materia transigible, por lo que muchos asuntos que, al no ser susceptibles de transacción, se reservan para conocimiento y resolución de los órganos de la justicia ordinaria.

⁴¹ Vid.: Artículo: “La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional. (...) 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.”

⁴² Vid.: Artículo 1 L.A.M. dispone: “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”.

En segundo lugar, la potestad de los árbitros, aunque se los califica de “jueces convencionales”, no conlleva la facultad de ejecución de los laudos arbitrales con lo cual se discute si es que realmente ejercen jurisdicción, pues la jurisdicción no solo implica juzgar sino también ejecutar lo juzgado. Al respecto, como se expondrá más adelante, la ejecución de los laudos arbitrales también se encuentra reservados para los órganos de la justicia ordinaria.

Estos límites del sistema arbitral, más que límites, son puntos de conexión o relaciones de colaboración entre la justicia ordinaria y el sistema arbitral⁴³, y deben entenderse de esta manera, pues todos los órganos de administración de justicia –sean ordinarios o arbitrales- tienen una sola finalidad que es, como se indicó, materializar la tutela judicial efectiva y permitir al ciudadano gozar de ese derecho prestación.

Y, como se indicaba, colaboración y no intervención, pues se ha planteado esta problemática⁴⁴ sobre si los jueces ordinarios intervienen o colaboran con el

⁴³ Si bien existen opiniones (Claros Alegría) que han puesto en duda la necesidad de un mecanismo judicial especialmente diseñado para, de alguna manera, controlar la actividad arbitral, afirmando que: “... en cuanto la mera sumisión de las partes a arbitraje supone una completa exclusión de cualquier vía jurisdiccional y un total acatamiento del sistema elegido para solución de disputas. Si el mecanismo del arbitraje está dirigido precisamente a excluir la vía de la jurisdicción y facilitar la solución de disputas, se entiende mal que quepa ulteriormente una vía de judicialización de la decisión que hayan adoptado los árbitros, que además prolonga la licitación ...”, añadiendo que: “... entendemos que, aunque sea como forma de reconocimiento de la falibilidad humana, en principio es razonable que exista una vía de impugnación judicial de laudos arbitrales sobre motivos tasados.” (“Acción de Anulación del Laudo”, en Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje –AA.VV. y Hinojosa Segovia, R. Coord.-. Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Barcelona, 2004, Págs. 215-216-.

⁴⁴ En las legislaciones ecuatorianas y españolas se ha establecido que la intervención no procede, con una claridad meridiana. En el artículo 7 de la L.A. se dispone que: “En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”; mientras que el artículo 7 de la L.A.M. se dispone que: “El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje (...).”

arbitraje⁴⁵. Entendemos que, no solo es verdad que los jueces colaboran con el arbitraje, sino también los árbitros colaboran con la judicatura, pues éstos últimos colaboran también con la descongestión de los Juzgados.

Además, puede afirmarse que, a nivel conceptual, la “jurisdicción” asimismo, es una sola, la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado, que, por su origen, puede ser legal o convencional, y se debe entender que los órganos que corresponden a una u otro tipo de jurisdicción no se intervienen entre si sino que colaboran entre sí, pues su única razón de ser se fundamenta, como se ha mencionado en la tutela judicial efectiva pues esta última fundamenta la existencia del poder o función judicial.

Si bien es cierto, es decisión del particular, en ejercicio de su libertad, optar por la justicia ordinaria o acudir al arbitraje, esa decisión va a depender de las finalidades que cada particular tenga, pues cada uno cuenta con un régimen jurídico procesal específico, resultado que el arbitraje tiene características distintas que -en doctrina⁴⁶- principalmente se caracterizan como ventajas por ejemplo, ser un proceso de única instancia, de carácter confidencial, con una duración limitada, con celeridad, etc.; ventajas que llaman la atención a particulares, comerciantes, entre otros.

⁴⁵ *Vid.*: González de Cossío sostiene que el arbitraje y la judicatura vienen a ser, en sus palabras, un binomio necesario en pro de la seguridad jurídica y plantea precisamente este problema (El arbitraje y judicatura: un binomio necesario en la ecuación de procuración de seguridad jurídica -<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20JUDICATURA.pdf>- (consultado el día 18 de abril de 2016).

⁴⁶ *Vid.*: Salcedo Verduga, en este sentido, afirma que de forma tradicional y particularmente en el ámbito de los negocios mercantiles y el comercio internacional, se ha venido considerando el arbitraje como la alternativa más adecuada para eludir los graves inconvenientes de que adolece la administración de justicia ordinaria, inconvenientes que residen fundamentalmente en su lentitud, su excesiva onerosidad y la publicidad del proceso. Frente a ella, el arbitraje se ha presentado como un método alternativo de solución más aconsejable para la resolución de las controversias, pues reúne las características de la rapidez, una onerosidad equilibrada y una mayor discreción, al tratarse de una justicia privada. (El Convenio arbitral en la nueva Ley de Arbitraje y Mediación -http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=196&Itemid=63 (consultado el día 18 de abril de 2016)-.

En este sentido, Salcedo Verduga⁴⁷, precisamente, afirma que, cuando el legislador ha previsto la institución del arbitraje, ha debido fundamentarse en principios como la libertad y la igualdad, desmintiendo el erróneo argumento de que acudir al arbitraje implica una renuncia a la tutela judicial efectiva, señalando, además, que la tutela judicial efectiva es una protección que se puede alcanzar a través del método tradicional de acudir a los jueces ordinarios y que esa misma protección también puede alcanzarse a través de los métodos alternos de solución de conflictos como el arbitraje.

Es importante conocer el medio por el cual se administra justicia. De hecho, todo el sistema procesal es solamente el medio para la realización de la justicia⁴⁸, procediendo a continuación el estudio de la jurisdicción y el proceso arbitral; no sin antes recordar que las normas procesales son normas-medios, es decir, son las normas que establecen el procedimiento a seguir desde la demanda o acción presentada hasta la obtención de la resolución de fondo que resuelve las controversias.

⁴⁷ Señala que: “... *En efecto, el llamado derecho a la tutela judicial, ..., es un concepto que abarca no solo la protección de los derechos ciudadanos determinados en la misma Carta Política y en las demás leyes nacionales a través del método tradicional de acudir a los jueces ordinarios, sino que también incluye el derecho de todo ciudadano a buscar esa misma protección o tutela mediante los sistemas alternativos que nos proporciona la justicia privada. Ambos casos, –el acceso a la justicia común o a la justicia privada– son amparados por la Carta Fundamental. La primera nota del derecho a la tutela judicial consiste precisamente en la libre facultad que tiene el demandante en un proceso arbitral para incoar la acción pertinente y someter al demandado a los efectos del mismo....*” La tutela judicial constitucional y el arbitraje. - http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/19/19_La%20Tutela.pdf – consultado el día 19 de abril de 2016-).

⁴⁸ *Vid.*: Artículo 169 C.Ec. dispone que: “*El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia (...)*”.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL

ARBITRAJE

1. El arbitraje en el tiempo: una historia común para el mundo

Desde el origen de la humanidad los hombres han buscado diferentes formas de solucionar los conflictos que devienen como consecuencia de la convivencia en sociedad. Si bien la unidad básica de la sociedad es la familia, y es en ésta donde está lo esencial del hombre, no es menos cierto que los muchos conflictos o tienen su origen en la familia, y posteriormente trascienden en la vida en sociedad; o produciéndose naturalmente en ella nos permiten prepararnos para aprender a enfrentarlos. Es ésta consideración la que ha llevado a afirmar⁴⁹ que el conflicto es connatural al hombre, que es propio e intrínseco de él, y que este está preparado para enfrentarlo⁵⁰.

Debe completarse la reflexión anterior, manifestando que el hombre es naturalmente sociable, es en la sociedad donde tiene la posibilidad de desarrollarse como persona, aprender y perfeccionarse, sin embargo esta convivencia genera diferentes tipos de conflictos dependiendo del interés que

⁴⁹ Vid.: Caivano, R. J. Arbitraje, 2ª edición, Ad Hoc S.R.L. Buenos Aires, 2000, afirma: *“La heterogeneidad es natural entre las personas; la diversidad es parte de la vida misma. De hecho, lo que nos lleva a comunicarnos son precisamente, los distintos modos de ver las cosas. Estas diferencias a su vez, motivan discrepancias que pueden derivar en controversias o conflictos de diferente gravedad si no son adecuadamente resueltas. Por ello puede decirse que el conflicto está presente en la actividad diaria de las personas que interactúan y se relacionan: los desacuerdos son parte necesaria de la convivencia. Cualquier relación supone la existencia de personas distintas, con diferentes puntos de vista, con intereses disímiles, con actitudes o conductas que sean apreciadas por el otro desde una perspectiva diversa.*

El conflicto es natural e inevitable, porque todo grupo social supone de por sí, la existencia de intereses dispares que generan confrontaciones en su seno. Los conflictos, desde que importan afirmaciones contradictorias respecto de bienes que son limitados, forman parte de la naturaleza de cualquier comunidad. Como no es posible concebir un grupo sin que existan intereses contrapuestos, el objetivo del orden social no es la desaparición de los conflictos sino la búsqueda de formas de controlarlos para asegurar un grado razonable de equilibrio en las relaciones entre miembros de la sociedad.” (Pág. 21).

⁵⁰ Vid.: Prieto-Castro Ferrándiz, L. Exposición del Derecho Procesal Civil de España. Editorial Librería General. Zaragoza, 1941, pone de relieve que: *“Las agrupaciones humanas que viven organizadas en España se diferencian de las primitivas y, en general, de las que no constituyen una entidad política, que merezca el nombre, por el modo de estar reguladas las relaciones de los individuos entre sí (interesan aquí sólo las relaciones entre particulares). La conducta recíproca de los súbditos está reglamentada en el Estado por normas jurídicas, que son como su voluntad. Estas definen las obligaciones y los derechos que pertenecen a cada ciudadano (ley en sentido material).”* –Págn. 1-.

subyace y de la concepción de cada grupo humano así puedan encontrarse conflictos, de índole sociales, religiosos, políticos, jurídicos, entre otros⁵¹.

Siendo connatural al hombre el conflicto, para comprender o analizar la forma cómo abordarlo, y a través de qué forma e instituciones se lo ha hecho es preciso comprender que a través de la doctrina⁵² se ha desarrollado lo que se denomina la teoría del conflicto⁵³, en virtud de la cual se explica en qué consiste este, las formas cómo se presenta, y las formas autotutela⁵⁴, auto⁵⁵ o

⁵¹ Vid.: Caivano R. J., "Control Judicial en el Arbitraje", Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, pone de manifiesto: "El concepto aristotélico de zoonpolitikon no alude a la noción restringida de "política", tal como se la entiende comúnmente, sino a las más amplia idea de un sujeto que no puede subsistir sino en la polis, paradigma de la sociedad ideal, de un sistema de vida, que por incluir un trascendente componente cultural, es mucho más que un agregado de individuos."

"Es un manifiesto que la ciudad es por su naturaleza anterior al individuo, pues si el individuo no puede de por sí bastarse por sí mismo, deberá de estar con el todo político en la misma relación que las otras partes lo están con su respectivo todo. El que sea incapaz de entrar en esta participación común, o que, a causa de su propia suficiencia, no necesite de ella, es más parte de la ciudad, sino que es una bestia o un dios." (Pág. 1).

⁵² Pallares Bossa. J. "Arbitraje Conciliación de Conflictos, Teoría, Técnicas y Legislación", Editorial Leyer, Bogotá, 2003, menciona que: "En suma se puede decir que el conflicto es un proceso interaccional, predominantemente antagónico, que se da entre dos o más partes con intereses, acciones, pensamientos, valores y discursos distintos o no coincidentes y que puede ser conducidos por ellas o por un tercero. O, sea, que se califique como un proceso interraccional, significa que se origina, se desarrolla, permanece y desaparece, y puede incluso transformarse. El hecho de que se dé entre dos o más partes, significa que no es posible pensar en términos de conflictos individuales, sino siempre, interpersonales. En esto radica, la diferencia que el conflicto tiene con el problema, que puede ser individual. No cabe duda que el problema social es interpersonal, pero el problema filosófico o matemático es básicamente individual, mientras que el conflicto siempre se suscita entre dos o más personas o grupos." (Pág. 12).

⁵³ Interconsulting Bureau S.L. "Liderazgo y Resolución de conflictos", 1ª edición, ICB Editores, Bogotá, 2015, señala que: "La existencia del conflicto esta aceptada como una parte inevitable del funcionamiento social. (...) Se define como una incompatibilidad entre conductas, percepciones, objetivos y/o afectos entre individuos y grupos, que definen estas metas como mutuamente incompatibles. (...) Dos o más partes perciben que en todo o en parte tienen intereses divergentes y así expresan conflicto como: Un proceso interaccional y que como tal nace, crece, se desarrolla y puede a veces transformarse, desaparecer, y/o disolverse, y otras veces permanecer estacionario. Que se construye recíprocamente entre dos o más partes, entendiendo por partes a personas, grupos grandes o pequeños, cualquier combinación. (...)" (Pág. 105).

⁵⁴ Vid.: Segni, A. "Giurisdizione (in generale)". en Novissimo digesto Italiano, VII, Editorial Torinese, Turin, 1961, Pág. 986.

Denominada por Alcalá-Zamora y Castillo como "justicia de propia mano" (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Notas relativas al concepto de jurisdicción. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, Pág. 480).

La autotutela, sin embargo, como recuerda Vallespín Pérez, "... conlleva graves consecuencias que nos hace pensar que, en ocasiones, es mucho peor el remedio suministrado que

heterocompositivas⁵⁶ para buscar una solución al mismo⁵⁷; formas que van desde la negociación – en las diferentes representaciones de ésta – como el típico mecanismo auto compositivo hasta llegar al arbitraje como mecanismo heterocompositivo más cercano al juicio o proceso judicial para dirimir controversias.

Si se revisa el Diccionario de la Real Academia Española⁵⁸ observa que respecto al conflicto, este ha sido definido como “*una lucha, pelea, combate*”, el mismo Diccionario, más adelante, define el conflicto como “*una situación sujeta a discusión, un problema*”. Resulta evidente, sin mayor análisis, que el contenido de las definiciones expuestas es negativo, sin embargo al tratar sobre la teoría del conflicto y consecuentemente la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, se comprueba que la concepción del conflicto no es negativa, siendo válidas las reflexiones previas respecto a que éste se presenta,

la enfermedad sufrida. Por una parte, existe un amplio número de hombres que no están en condiciones de defenderse por sí mismos. Por otra, son muy numerosas las ocasiones en que al acometer su propia defensa se exceden en su actuación, con lo cual no logran más que agregar una redencilla o conflicto, abriendo al mismo tiempo nuevas vías de tensión para el futuro.” (El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil. Editorial Atelier. Barcelona 2002, Pág.107).

⁵⁵ La fórmula autocompositiva se muestra, sostiene Vallespín Pérez “... *de utilidad en aquellas situaciones conflictivas en que confluye la escasa importancia de la controversia con la cordialidad existente entre los sujetos afectados.*” (El modelo constitucional ..., Ob. cit., Pág. 108).

⁵⁶ La utilidad práctica de las fórmulas heterocompositivas es indiscutible, si bien continua siendo necesario acudir al proceso, como fórmula de resolución de los conflictos intersubjetivos de último grado.

La característica básica de la heterocomposición es que se trata de un medio que opera a través de la intervención de un tercero imparcial ajeno al conflicto, al que las partes acuden con la voluntad de poner fin al mismo. Así, el tercero interviniente a instancia de los litigantes se compromete o viene obligado, por razón de su oficio, a emitir una resolución cuyo cumplimiento deberán acatar las partes. Este último dato revela la condición *suprapartes* (*vid.*: Gimeno Sendra, J. V. Fundamentos de Derecho Procesal. Editorial Civitas. Madrid, 1981, Pág. 24) que ocupa el tercero al que los contendientes han tenido a bien acudir. Son dos las fórmulas heterocompositivas previstas en los ordenamientos jurídicos: el arbitraje y el proceso.

⁵⁷ *Vid.*: Alcalá-Zamora y Castillo, N. Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. 1ª reimpresión de la 3ª Edición. México, 2000, Págs. 16-25.

⁵⁸ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, primer tomo, 23ª Edición. Madrid, 2013.

inicialmente, en el seno de la familia, y posteriormente en la convivencia en la sociedad, pero que permite crecer y desarrollarse al hombre⁵⁹.

Históricamente han existido diferentes formas de buscar la solución de conflictos, si revisa en civilizaciones muy antiguas, observa, a manera de ejemplo, que el Código de Hammurabi, contenía fórmulas de solución en las que se permitía incluso la muerte de la persona en aquellos casos en que se había provocado ésta a otro miembro de la sociedad⁶⁰. Igualmente la Biblia, como libro sagrado de los cristianos, contiene una serie de normas y reglas de justicia, haciendo referencia a los árbitros en algunos parajes⁶¹. Otras civilizaciones como los hindúes desarrollaron también diferentes mecanismos de solución de conflictos, permitiendo la fórmula arbitral cuando no existía otro medio de solucionar las controversias.

Respecto al origen del arbitraje no existe un criterio unánime sobre donde esta institución aparece, se considera que su origen se encuentra en Grecia, en las regulaciones que se dictaron para normar las relaciones comerciales entre atenienses y beocios, varios siglos antes de Cristo. Si bien, en el origen de algunas instituciones del derecho, que trascienden hasta nuestros días, se estudian desde la perspectiva del Derecho Romano, no es menos cierto que debe reconocerse que muchas de éstas tienen su origen en Grecia, y lo que hizo Roma

⁵⁹ Vid.: Caivano, R. J., Control Judicial en el Arbitraje ..., ob. cit., afirma: “Por lo que la divergencia (real o meramente percibida) de intereses se caracteriza al conflicto no puede asimilarse a la pelea, ni el conflicto tiene una connotación negativa. Habrá confrontación si no existe otro ese es el camino que las partes eligen para solucionarlos: en caso contrario, sólo existirá una situación neutra (dos personas que saben - o creen - que sus intereses son opuestos), de la que puede derivar una gestión constructiva y beneficiosa para ambos o una gestión competitiva en la que cada uno procurará obtener la satisfacción de sus intereses a expensas del otro.” (Pág. 3).

⁶⁰ ¿Quién fue Hammurabi?, 2007, obtenido de <http://www.historiaclasica.com/2007/06/quin-fue-hammurabi.html>

⁶¹ **Arbitraje**: Disputa por propiedad, Génesis 26.19-32; Divino atalaya, Génesis 31.48-50; Mediación entre dos madres, 1 Reyes 3.16-28; Llamado a arbitraje, Isaías 5.3; Salvación más allá de nuestras fuerzas, Romanos 7.15-25.- **Árbitro**: No hay árbitro, Job 9.33-35; Dios hace sonar el silbato, Isaías 7.18 - <http://www.ntslibrary.com/PDF%20Books/Concordancia.pdf>.

—sin desconocer la fuerza del desarrollo del pensamiento sobre todo jurídico de ésta civilización— fue desarrollarla y fundamentar los aspectos jurídicos básicos que hasta la presente fecha se mantienen⁶².

En el incipiente Derecho romano, y con anterioridad a la organización de la administración de justicia, las controversias eran resueltas por árbitros elegidos por las partes litigantes de común acuerdo⁶³ La Ley de las XII Tabas, algunas de ellas tratan directamente de la existencia de árbitros en la civilización romana, así la Tabla II que trataba de los “*Juicios y de los Delitos*”⁶⁴, disponía que cuando ya se encontraba constituido un juicio ante un Juez competente o puesto en manos de un árbitro, podrían darse fiadores recíprocos, a fin de asegurar la presentación de la persona a quien se le seguía el juicio, es decir, se podían seguir juicios tanto ante un juez o un árbitro.

Más adelante la Tabla XII al tratar sobre disputa de bienes, señala que si alguien se hubiere apropiado de una cosa que otro le disputa, el Pretor nombrará tres árbitros quienes decidirán sobre el referido asunto, y a criterio de estos será condenado como poseedor de mala fe, debiendo prestar los frutos doblados.

⁶² Arbitraje Conciliación de Conflictos..., ob. cit. afirma que: “(...) los griegos inventaron y desarrollaron el Arbitraje y uno de los hitos indiscutibles, fue el acuerdo celebrado por los atenienses y beocios en 234 AC, cuando acordaron someter sus diferencias al arbitraje de la ciudad de Lamia. En toda la Hélade, se suscribieron convenios de arbitraje no solo entre sus polis, sino también con otros pueblos vecinos, por lo que la institución logro en ese ámbito un enorme progreso, y por ende, su carácter fue más que todo de naturaleza pública. (...) El arbitraje tiene en Roma unos cauces de desenvolvimiento diferente a los de Grecia. Ya en la “ley de las doce tablas” se habla de una “iudex” y “arbiter”. Este último se ocupaba de los procesos de división de herencia, particiones y deslindades por lo tanto, su trabajo era de corte técnico. Por eso, desde un comienzo el árbitro (arbiter) se ocupaba básicamente de asuntos privados y requería de un conocimiento especializado, practico, mientras que el “iudex” tenía unos conocimientos más generales. Por eso, el “arbiter” debía en su condición de experto o técnico deslazarse a los lugares afectados por la controversia.” (Pág. 169).

⁶³ Vid.: Fernández de Buján, A. Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje. Revista General de Derecho Romano, núm. 1, 2004 –<http://www.iustel.com>; *idem*. Fernández Buján, A. Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano. Revista General de Derecho Romano, núm. 5, 2005 – <http://www.iustel.com>.

⁶⁴ Vid.: Antequera, J. M. Historia de La Legislación Romana, 3ª edición, Madrid, 1874, Págs. 273-283.

Es en el Derecho Romano, donde se introduce el término *iurisdictio* en la forma como se lo concibe hasta en la actualidad, etimológicamente viene de las raíces *iuris* que significa derecho y *dictio* que significa dictar, entonces la jurisdicción no significó otra que el hacer o dictar derecho. Acogiéndonos a sus raíces etimológicas el término *iurisdictio*, no es otra cosa que el conocer, juzgar, resolver y sentenciar una determinada situación que resultaba controvertida⁶⁵.

La jurisdicción comprende alguna de las facultades, a saber: la *notio* o potestad para conocer la controversia; la *vocatio* o facultad para convocar a las personas llamadas a la controversia; la *coertio* concebida como la potestad de imponer el cumplimiento de las decisiones que se adoptan; *iudicium* constituye aquella facultad de resolver en forma definitiva la controversia; y, finalmente la *ejecutio*, concebida como aquella facultad de ejecutar lo resuelto⁶⁶. En

⁶⁵ Betancourt, F. *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 3ª edición, 2007 en www.books.google.com.ec/books?id=Xd-RcfplbOMC&pg=PA144&lpg=PA144&dq=iurisdictio+ius+dicere&source=bl&ots=rPgHoJx0JU&sig=75iqq0OfRsTbxTX92b2mw4Bkxsw&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwix6Y2sjKHLAhWLR4KHbwQAmMQ6AEIGjAB#v=onepage&q&f=false, (consultado el día 02 de marzo de 2016) respecto al concepto etimológico de jurisdicción define: "El estudio de cualquier sistema procesal resulta incompleto si no se aclara previamente el contenido de los conceptos fundamentales de jurisdicción y judicación. En la lengua latina existen dos verbos distintos para designar dos realidades humanas distintas: *dicere* y *dicare*. Pese a su común raíz *dic*, el tema *dic* hace referencia al acto de declarar formalmente, de donde se deriva su sentido de recitar una fórmula para que se produzcan determinados efectos jurídicos. *Dicere* significa el hablar solemne frente al hablar coloquial (*loquor*, *aio*). Ahora bien, en el ámbito del *ius*, *dicere* no es propiamente un «declarar» «aclarar» o «manifestar» que se entienden referidos a la exteriorización de la voluntad, sino que se refiere a un «señalar». Por tanto, se trata de un acto no de «exteriorización», sino de «objetivación». *Dicere*, pues, tiene un sentido amplio que comprende el conjunto de da el magistrado con protestas. Por ello la *iurisdictio* (*iusdicere*) es la suma de las declaraciones de la protestas del magistrado para la buena marcha del litigio. (...) Así, pues, podemos definir la *iurisdictio* (jurisdicción) como la función de la potestas que consiste en la decisión de conflictos jurídicos concretos en relación con la buena marcha de los litigios. De ahí que la palabra *iudicare* (*ius dicare*) *iudicatio* se emplee para designar la sentencia del juez privado (*iudex privado*) que declara el *ius* en un caso determinado. Por tanto, podemos definir la *iudicatio* (*ius dicare*) o judicación o juicio como la sentencia del juez privado que declara el derecho de alguien contra alguien, o también como la función de autoridad encomendada a los jueces o a los arbitros, que consiste en la declaración sobre conflictos jurídicos concretos, especialmente mediante sentencias." (Pág.144).

⁶⁶ Si bien es cierto que los árbitros carecen de la *ejecutio*, es importante señalar que el concepto de jurisdicción no es una definición absoluta que pueda ser válida para todos los tiempos y todos los

consideración al conjunto de facultades, que integran, la jurisdicción, la doctrina ha definido a ésta en los términos siguientes: *“La potestad y/o función dimanante de la soberanía del Estado, vertebrada y condicionada por un conjunto de garantías constitucionales relativas a la defensa jurídica, que se ejerce exclusivamente por jueces y tribunales independientes, imparciales y predeterminadas por la Ley, de realizar y garantizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado, a fin de satisfacer el derecho constitucional a la tutela efectiva que le da vida, razón de ser y prefigura su desenvolvimiento.”*⁶⁷.

Dentro de la sociedad romana la regla general fue que la jurisdicción era ejercida por determinados funcionarios que habían sido dotados de poder por parte del Estado; sin embargo, como se ha indicado, en el texto de las XII Tablas, habían personas, un tercero independiente e imparcial, respecto de la controversia llamado *arbiter* que, estaba facultado para resolver determinado tipo de controversias que eran sometidas a su conocimiento. Este funcionario al momento

pueblos, por lo tanto se citan algunos autores: Calamandrei, P. Derecho Procesal. Volumen II, Impresora Castillo Hermanos, México DF 2000; Fernández Buján, A. Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano. Editorial Iustel. Madrid, 2006.

Mayoritariamente la doctrina se ha mostrado proclive a la tesis de la relatividad de la jurisdicción, con la notable excepción de Serra Domínguez (Jurisdicción, Acción y Proceso. Editorial Atelier. Barcelona 2008, Págs. 18-22).

Para autores como Faustino Cordon, Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas, Editorial Aranzadi, SA, Navarra 2010, mencionan que: *“el fundamento – y la justificación – del arbitraje como institución para la solución de cuestiones litigiosas se encuentra en la voluntad de los contratantes, que aceptan previamente la decisión de los árbitros... dicha voluntad es el hilo conductor del arbitraje.”* (Pág. 2).

Además, Caivano, R. J. Arbitraje..., ob. cit., afirma: *“La jurisdicción que detentan los árbitros en el arbitraje voluntario esta sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de sus esfera de libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares. Esto implica reconocer que la jurisdicción no es un atributo exclusivo de los jueces del Estado, sino que los árbitros y los amigables componedores también ejercen jurisdicción.”* (Págn. 45).

Dentro del ordenamiento jurídico de la Constitución vigente en una conexión de los artículos 190 y 168 de la misma norma, así como sus concordancias con los artículos 17 del C.O.F.J. y 5 del C.P.C., se reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje.

⁶⁷ Vid.: Lozano-Higuero Pinto, M. Introducción al Derecho Procesal. Editorial Ministerio de Justicia. Madrid, 1990, Págn. 88. El propio autor reconoce que dicho concepto se formula siguiendo, fundamentalmente, los planteamiento de Montero Aroca (Introducción al Derecho Procesal) y Almagro Nosete (El libre acceso como derecho a la jurisdicción).

de conocer y resolver las controversias que le eran sometidas a su conocimiento estaba dotado de *iurisdictio*, y que a diferencia de quienes ejercían jurisdicción estatal era limitada al caso que conocía, y no se extendía a otros, por lo que podemos concluir que una característica de este funcionario era que no ejercía jurisdicción general.

Pese al reconocimiento legislativo que tenía el arbitraje en Roma, y que las actuaciones de los árbitros gozaban de gran aceptación puesto que, al resolver lo hacían con mayor flexibilidad, lo que permitía que el caso se acercara más a situaciones reales⁶⁸; los *arbiter* no ejercían potestad estatal ya que, o bien, eran elegidos por las partes o bien, por el *Pretor* para un caso concreto, consecuentemente ésta civilización no les permitía para ejecutar lo resuelto por ellos, particularidad que se mantiene hasta estos días⁶⁹.

Un aspecto adicional a destacar del arbitraje, en la ciudad de Roma, es que las decisiones que adoptaban los árbitros no eran obligatorias, ni exigibles como consecuencia de su adopción⁷⁰; sino que las partes, por haber optado por someter su decisión a árbitros, habían adquirido el compromiso de cumplimiento obligatorio de lo resuelto⁷¹. Para dotar de efectividad al convenio de los litigantes de

⁶⁸ Vid.: Briseño Sierra, H. El arbitraje en el derecho Privado. México, 1963, Imprenta Universitaria, señala que el arbitraje, en el Derecho Romano, tomaba dos formas: "... a) libremente convenido mediante el 'compromisusum', llamado el 'receptum arbitri', y que no necesitaba de la forma estipulatoria, y b) el que aparece en el sistema formulario, donde la autoridad propone un programa procesal, con nombramiento del 'judex privatus', mención de la 'actio', la 'exceptio' y la 'replicatio', etc., la limitación d la posible condena a un máximo y posible limitación del efecto notario de la 'litis contestatio'. La fórmula era contrato procesal, autorización del arbitraje y nombramiento de un ciudadano como juez privado." (Págs. 21-22).

⁶⁹ Derecho Romano Instituciones de derecho privado, Editorial Ariel Barcelona, 1982, Págs. 200-202.

⁷⁰ Vid.: Ovalle Faundez, A. I. El arbitraje por compromiso en el Derecho Romano. Revista de Derecho de la Universidad de Valparaiso. Núm. XVII, 1996, sostiene que: "La sentencia del árbitro no constituye res iudicata ni es ejecutable. pero si el árbitro ha decidido y las partes no obedecen a su pronunciamiento, la parte interesada puede entablar la acción derivada de la estipulación por la infracción a la promesa. Pero dicha acción es para exigir el pago de la pena establecida D. 4. 8. 2. (Ulpiano 4 ed.)" (Pág. 136).

⁷¹ Cfr.: Salcedo Verduga, E. El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Editorial Jurídica Míguez Mosquera. Guayaquil, 2001, señala respecto del papel de este tercer componedor "... no tiene

someterse al resultado del arbitraje, recuerda FERNÁNDEZ BARREIRO, “... las partes se entrecruzan dos estipulaciones de carácter penal (*stipulationes compromissi*), por las que cada litigante promete al adversario una cantidad pecuniaria en concepto de pena en caso de no acatar la decisión del árbitro.”⁷². La fijación de los términos de la cuestión litigiosa, la vinculación de las partes y del árbitro al *compromissum* y el sometimiento de aquéllas a la sentencia arbitral son, en opinión de FERNÁNDEZ BARREIRO y GARCÍA CAMIÑAS, “... elementos que convierten al acuerdo arbitral en algo similar a la *litis contestatio* del procedimiento formulario, aunque la diferencias son, sin embargo, sustanciales. ...”⁷³. La finalidad de dichas estipulaciones, sigue afirmando FERNÁNDEZ BARREIRO es doble, a saber: “... por una parte la de coaccionar al cumplimiento y, por otra, la de sanción frente al no cumplimiento.”⁷⁴. Dicho compromiso, en el régimen clásico, señala FERNÁNDEZ BARREIRO “... fija los límites de la controversia, de forma análoga a como la fórmula los fija en los juicios ordinarios; difieren, sin embargo, los efectos de la *Litis contestatio* y los de la *conventio compromissi*, pues de ésta no surge ninguna excepción (*ni la exceptio pacti ni la*

ninguna jurisdicción obligatoria; solo interviene en los asuntos que las partes le someten voluntariamente y no puede imponer coactivamente sus decisiones, cuya única fuerza radica en el compromiso contraído por los contendores de acatarlas.” (Pág. 22).

Señala Valiño que el fundamento del cumplimiento de una sentencia variaba según quien la hubiese dictado, un *iudex* o un *arbiter*, siguiendo el procedimiento de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, o por el *arbiter ex compromisso*. En el primer supuesto, el fundamento se encontraba en la autoridad política (*potestas*) que respaldaba la sentencia. En la medida de que ésta tenía mero carácter declarativo, la propia autoridad política requería, además, su ejecución. Con respecto al fundamento del cumplimiento de la sentencia del *arbiter ex compromisso*, éste se hallaba en la autoridad (*auctoritas*) que otorgaban las partes a aquél. En estos casos, de configurarse el incumplimiento de la decisión arbitral, sólo cabía el pago de la multa correspondiente, que previamente habían acordado las propias partes para estos efectos (Instituciones de Derecho Romano. Valencia: Universidad de Valencia, 1976, Págs. 186 y 187).

⁷² Fundamentos de Derecho privado romano. –con PARICIO, J.-. 3ª edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2007, Pág. 104.

⁷³ “Arbitraje y Justicia ordinaria. Los árbitros compromisorios en Derecho Romano.” en Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada. –AA. VV. y Pérez-Cruz Martín, A. J. (Dtor.) y Neira Pena, A. Mª (Coorda.). Editorial THOMSON-REUTERS. Navarra. 2011, Pág. 41.

⁷⁴ Fundamentos de Derecho ... Ob. cit., Pág.104.

*exceptio doli) a favor del demandado, sino tan sólo la exigibilidad del pago de la pena estipulada por incumplimiento del convenio arbitral.*⁷⁵.

El árbitro debe ceñir el contenido de su sentencia, señala FERNÁNDEZ BARREIRO, “... *al objeto del compromisissum y pronunciarla en el plazo establecido para que sea válida. Para adoptar su decisión el árbitro actúa según su buen saber y entender, al no estar sometido al derecho objetivo ... la sentencia arbitral es inatacable, siempre que se mantenga dentro de los límites del compromiso ...*”. La exclusión de la apelación con relación a la decisión arbitral se fundamenta, afirma FERNÁNDEZ BARREIRO, “... *en la consideración de que los litigantes compromisarios asumen el riesgo de una eventual decisión arbitral inicua al acudir voluntariamente a esta vía para resolver la controversia ...*”⁷⁶.

El derecho Justiniano exige, pone de manifiesto FERNÁNDEZ BARREIRO, “... *que el acuerdo compromisorio se redacte por escrito y acoge el régimen de la pena convencional como medio coactivo para asegurar la eficacia del arbitraje ... Se mantiene el principio de no admisión de la apelación e, igualmente, el de que la sentencia arbitral carece de valor de cosa juzgada. Sin embargo, por primera vez, se atribuye eficacia ejecutiva a la decisión del árbitro en dos supuestos: cuando los litigantes compromisarios se obligaron por juramento a acabar la sentencia arbitral, y en caso de que, aun sin prestar juramento, hubiesen manifestado su conformidad con la sentencia tras su pronunciamiento, lo que tácitamente debía entenderse si transcurridos diez días ninguna de las partes hubiese manifestado a la otra o al árbitro su disconformidad con la sentencia recaída*”⁷⁷.

Para Iglesias, refiriéndose a esta institución, en la ciudad de Roma, lo ha definido como: “... *una función juzgadora, como un iudicium, ajena a un imperium*

⁷⁵ Fundamentos de Derecho ... Ob. cit., Págs. 104-105.

⁷⁶ Fundamentos de Derecho ... Ob. cit., Pág.105.

⁷⁷ Fundamentos de Derecho ... Ob. cit., Pág. 105.

magistratual, y basado únicamente en el officium de particulares llamados a desempeñarse como Árbitros según un contrato, un compromisium, en virtud del cual se acordaba someter la cuestión controvertida a la decisión de un arbiter...⁷⁸.

De lo expuesto en líneas anteriores puede concluirse que, en Roma, existieron los Magistrados, funcionarios del Estado, dotados de *imperium* y que ejercían la jurisdicción a nombre de la ciudad, actuaciones de carácter general y permanente; y los árbitros, que si bien ejercían jurisdicción al ser seleccionados de una lista, o directamente por las partes que intervenían en una controversia, solamente ejercían la jurisdicción en ese caso concreto, no siendo general para demás conflictos; y, terminado el caso quedaba agotada ésta, característica que se mantiene hasta nuestros días.

Sintetiza Molina González las notas características del juicio arbitral en el Derecho Romano, afirmando que:

“a) Los árbitros se llamaban también compromisorios y receptus. La primera palabra tenía su origen en el compromiso que celebraban las partes, para someter sus diferencias al árbitro; la segunda hacía referencia al hecho de que el árbitro era admitido por los litigantes con el mismo objeto.

b) los Jueces podía ser árbitros, excepto en los negocios de los cuales ya conocían.

c) No podían ser árbitros los sordomudos, los esclavos, ni las mujeres. Estas últimas porque, según el Digesto, las funciones de los árbitros eran propias de los hombres. Tampoco podían ser árbitros los menores de 20 años.

d) Se postulaban a un solo árbitro o a varios, pero, en este último caso, el número debía ser impar, a efectos de que los votos no se empataran.

⁷⁸ Derecho Romano Instituciones ..., ob. cit., Págs. 200-202.

e) *No había acción para obligar a los árbitros a dar su voto, pero en caso de que no lo hiciera, eran responsables de los daños y perjuicios que se ocasionaran a las partes.*

f) *El compromiso era nulo cuando el nombramiento de los árbitros recaía en persona que no podía desempeñar el cargo, cuando era contraído por individuos a quienes tampoco les era lícito comprometer sus negocios y, finalmente, cuando se pronunciaba el laudo fuera del tiempo estipulado.*

g) *Para que la sentencia de los árbitros fuere válida, era indispensable que la pronunciase delante de las partes, a menos que éstas los hubiesen autorizado a hacerlo de otra manera.*

h) *El cargo de árbitro no podía delegarse, por su carácter personalísimo.*

i) *La muerte de uno de los árbitros ponía fin al compromiso.*

j) *Los árbitros no tenían poder coercitivo para obligar a las partes a comparecer en juicio o cumplir lo ordenado en el laudo. Por lo tanto, el compromiso carecía de valor si no era acompañado de la estipulación de una pena, para el caso de que las partes se negaren a acatar la sentencia de los árbitros. Pero el sistema fue modificado por Justiniano que concedió la acción de cosa juzgada para hacer cumplir el laudo.”⁷⁹.*

Con la caída del Imperio Romano de Occidente, en el año 453 A.C., y la llegada de los pueblos Bárbaros, se producen importantes cambios en el arbitraje. Sin embargo los avances, en esta materia, producidos en Roma y el mantenimiento de los principios e instituciones formuladas, así los *arbiter* siguieron existiendo básicamente vinculados a temas relativos a la conciliación, la administración de justicia por parte de estos pueblos fue únicamente estatal.

⁷⁹ Breve reseña histórica del arbitraje.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/157/dtr/dtr10.pdf> (consultado el día 5 de abril de 2016) –Págs. 218 y 219-.

Las normas que fueron creadas por Roma, y mantenidas en el tiempo fueron recogidas y ampliamente desarrolladas por el derecho español, En el derecho castellano, hacia el año 506, existe, en España, el arbitraje civil, a cargo de árbitros designados por las partes que únicamente podían emitir un laudo carente de fuerza ejecutoria, y en el *Liber Iudiciorum*⁸⁰, del año 654⁸¹, posteriormente, en el Fuero Viejo de Castilla (Ley 1ª, título I, Libro III), el Fuero Real (Ley 2ª, título VII, Libro I)⁸², el Espéculo (Ley 2ª, título II, Libro IV)⁸³ Fuero Juzgo (Ley 13ª, título I, Libro II), Fuero Viejo de Castilla (Ley 1ª, título I, libro III) Fuero Real Ley 2ª, título VII, Libro I), así como en algunos fueros municipales, como el Fuero de Sepúlveda o el Fuero de Nájera⁸⁴. Sin duda, en la Ley de las Siete Partidas se encuentra, por primera vez, una extensa regulación específica sobre el arbitraje, reconociéndose, en sus textos, diversos aspectos vinculados a arbitraje y las formas de ejecución de las resoluciones arbitrales⁸⁵. Tanto la Tercera Partida –que *fabla de la iusticia, e como fe ha de fazer ordenamente en cada logar, por palabra del iuzio, e por obra fecho, para defembargar los pleitos-*

⁸⁰ *Liber Iudiciorum*, Libro II: *De negotiis causarum*, Título I: *De iudicibus et iudicatis*, Ley 15 (redacción recesvindicada): “*Quod nulli liceat dirimere causas, nisi quibus aut princeps aut consensio voluntatis potestatem dedetint.*”

⁸¹ Cfr.: Cebreiros Álvarez, E. “El arbitraje. Algunas consideraciones histórico-jurídicas”. en Los nuevos retos del arbitraje ..., Ob. cit., afirma que el *Liber Iudiciorum* contempla un “... *mecanismo de avenencia entre partes donde los árbitros se equiparan en requisitos a los jueces –gozan de los mismos derechos y obligaciones...*” (Págn. 67); Estavillo Castro, F. Arbitraje Comercial Internacional. Ponencia presentada en el Congreso 120 años del Código de Comercio. Codificación y Descodificación del Derecho Mercantil Mexicano. - http://estavilloarbitraje.com/archivos/1_120-aos-del-codigo-de-comercio-2-.pdf (consultado el día 5 de abril de 2016).

⁸² “*Que ningun omne non debe seer iuez, si no al qui lo mandare el príncipe, ó aquel que fuere de consentimiento de las partes, ó de mandado de los iuezes otros*”.

⁸³ Vid.: Merchán Álvarez, A. El Arbitraje. Estudio histórico-jurídico. Editorial del Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1981, Págn. 23.

⁸⁴ Vid.: Martín Moral, M. F. La relación entre el concurso de acreedores y el arbitraje. (Tesis Doctoral). Valladolid, 2013, Págn. 50.

⁸⁵ Cfr.: Cebreiros Álvarez, E. “El arbitraje. Algunas consideraciones ...”, trab. Cit. . en Los nuevos retos del arbitraje ..., Ob. cit., Págn. 70-78.

⁸⁶, dentro del Título III, en la Leyes XVII a XXXIV, así como la Partida III⁸⁷ del Título IX de la misma Ley trataban de arbitraje⁸⁸.

En las Instituciones del Derecho civil de Castilla, de 1771, se define a los árbitros como jueces avenidores, que pueden ser nombrados por las partes para que juzguen según derecho, o pueden ser puestos por ellas como amigos para componer el asunto que se les fía; y llama la atención la existencia de cuestiones tales como la promesa de las partes de acatar el laudo, con una pena convencional para quien no lo acatase. Mientras que en las Leyes de Toro, de 1505, no aparece disposición alguna en materia de arbitraje⁸⁹.

La Nueva Recopilación también distingue entre árbitros *iuris* o jueces árbitros y árbitros arbitradores, donde los primeros deciden conforme a derecho y los segundos a verdad sabida y buena fe guardada, y regula el procedimiento de ejecución de las sentencias arbitrales, para lo que se requería la presentación del compromiso y del laudo firmados por escribano público, para que el juez verificase que el laudo se hubiera dictado dentro del plazo fijado en el compromiso, y sobre los asuntos objeto del mismo. La Novísima Recopilación, de 1805, coincide en numerosas cuestiones con su antecedente y regula extensamente el arbitraje (Ley 4ª, Título XVII, Libro XI)⁹⁰.

⁸⁶ Partida III Título III: *Eso mismo sería de un pleito que un hombre tuvieses contra otro. Pues ninguno de ellos lo puede poner en manos de aquel con quien contiende para que lo resuelva como árbitro. Si lo hiciere, no valdría lo que mandase.*

⁸⁷ Partida III Título IX: *El odio deber ser evitado. Por ello cuando se descubre que un árbitro es enemigo de cualquiera de las partes, luego que el asunto le ha sido encargado, la parte afectada puede denunciarlo ante juez hombre bueno para que no continúe con el caso... y si rehúsa separarse (...) esa parte afectada puede llevar el asunto ante el Juez ordinario quien, una vez que el asunto haya sido probado, debe (...) prohibir al árbitro actuar desde entonces (...) Así mismo (...) si hay alguna recompensa o regalo que se haya dado o se haya prometido a un árbitro, ha de procederse de la misma manera (...)*

⁸⁸ *Vid.*: López, G. (Glosador). Tercera Partida. Editor Portonariis, A de. Salamanca 1555 (Ed. Fascimil), Págs. 23 y ss.

⁸⁹ *Cfr.*: Cruz Barney, O. y Cruz Miramontes, R., El Arbitraje, Porrúa-UNAM, México, 2004, Págs. 69-72.

⁹⁰ *Vid.*: Olivencia Ruiz, M. "Evolución y rasgos del sistema arbitral español." en Curso de Derecho Arbitral –AA.VV. y Merino Merchán, J. F., Dtor. editorial Tirant Lo Blanc. Valencia, 2009, Pág. 55.

Así mismo, la Novísima Recopilación contiene diversas disposiciones relativas al arbitraje, destacando las Leyes 5ª, título XI y 17ª, título I, Libro V, que prohibieron actuar como árbitros a los Alcaldes, oidores y demás funcionarios judiciales, salvo el caso de permiso real o de que se eligieran árbitros a todos los oidores y que se obligara a las partes a designar para tal cometido a estos últimos, si no era caso de verdadera necesidad y con permiso del Rey.

La Ley 41ª, título XVII, Libro XI, recuerda Molina González "... *mantiene la distinción entre jueces árbitros juris y jueces amigos o árbitros-arbitradores y regula lo relativo a la ejecución de las sentencias arbitrales y a los diversos tipos de éstas.*"⁹¹.

Habiendo recibido un importante desarrollo el arbitraje en España, en cuanto a su aplicación en las colonias españolas en América, debe manifestarse que mediante una norma general⁹² el Emperador Carlos V, de España, en 1530, dispuso la aplicación de la Ley de las Siete Partidas, posteriormente, ratificado por el Rey Felipe II y por Felipe IV, en la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*⁹³, por lo que, al aplicarse el derecho español en las colonias, en América Latina se comenzó a conocer el arbitraje. La disposición comprendía la aplicación de las resoluciones arbitrales, cualquiera que fuera el tipo de árbitro del que

⁹¹ Breve reseña historia Ob. cit., Págs. 223-224.

⁹² Vid.: Zorraquín R, Historia del Derecho Argentino, Tomo I, 1ª edición, Tercera reimpresión. Editorial Perrot Buenos Aires, 1985, señala que: "*El orden de prelación de las leyes era el siguiente: Cuando las autoridades o los jueces debían resolver un problema o un pleito, debían buscar la norma aplicable, 4.- Las Partidas de Alfonso el Sabio.*

Si bien el Código de las Siete Partidas, si bien figuraba en último término en el orden de prelación de las leyes, tuvo gran importancia y aplicación en la práctica porque constituía un sistema orgánico que los juristas manejaban con preferencia a las demás recopilaciones y porque resolvía los problemas de derecho privado y penal acerca de los cuales era relativamente escasa la legislación emanada de los reyes." (Págs. 353-355).

⁹³ Vid.: Pérez Perdomo, R. Los Abogados Americanos de la Monarquía Española. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/cnt/cnt16.htm> -consultado el día 5 de abril de 2016-.

emane, sean estos componedores o árbitros en derecho, en todo el territorio del Estado de Castilla.

En el proceso de estructuración y formación de los Estados, durante los siglos XV y XVI, toda la actividad correspondiente a la administración de justicia se vio limitada a los órganos estatales. La existencia de tres poderes, las libertades y garantías, inspiradas en la Revolución Francesa, conllevó que existieran tres poderes o funciones diferentes entre sí, caracterizado por la independencia entre ellos. La función judicial se encargó de la administración de justicia, desarrollada exclusivamente como justicia estatal. Sin embargo, de lo expuesto, se reconoce que existieron ciertas prácticas arbitrales, en temas básicamente privados, donde primaba la autonomía de la voluntad, y básicamente vinculados a temas de comercio.

Es de reconocer que, si se analiza históricamente la legislación mundial en materia de arbitraje, se constata que destaca Inglaterra como uno de los primeros Estados en tener una ley que regule ésta materia, expidiendo su primera ley en el año 1698⁹⁴, en la cual se disponía unilateralmente que ninguna de las partes debiera revocar el acuerdo arbitral, tratándose, de este modo, de fortalecer al proceso arbitral; sin embargo, no se estableció en la ley, la prohibición a las partes para revocar el nombramiento de árbitro⁹⁵. Es de destacar también el desarrollo en Francia, y su influencia en el Código Napoleónico. La primera ley de arbitraje, en Francia, data del año 1806⁹⁶. Finalmente, en este desarrollo temprano del arbitraje se encuentra a Estados Unidos con la expedición de Reglas, no contenidas, formalmente, en una Ley⁹⁷, denominadas Reglas de Arbitraje en el año 1925⁹⁸.

⁹⁴ Cfr.: González de Cossío, F., Arbitraje Ob. cit., Pág. 3.

⁹⁵ Cfr.: El arbitraje, una solución alternativa para intentar aliviar la carga procesal. <http://www.uovirtual.com.mx/moodle/lecturas/mecome/22.pdf> (consultado el día 5 de abril de 2016).

⁹⁶ Cfr.: Correa Delcasso, J. P. Arbitraje y référé en Francia. Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral. Revista Peruana de Arbitraje, 2007, núm. 4, Pág. 280.

⁹⁷ The Federal Arbitration Act (USA) promulgada el 12 de febrero de 1925.

Respecto del arbitraje internacional este mecanismo de solución de controversias avanzó con la expedición de dos Convenciones en la Haya, una de 1899 y la otra de 1907, inspiran en los trabajos de la Conferencia de Bruselas de 1874, debiéndose, dentro de lo más relevante, destacarse la creación y posterior desarrollo normativo de la Corte Permanente de Arbitraje⁹⁹, que aún existe hasta nuestros días. La Convención¹⁰⁰, de 1899, formalizada tras la celebración, de la Conferencia de Paz, en la Haya, entre los días 15 de mayo al 31 de julio de 1899, sentó las bases que permitirán desarrollar el arbitraje internacional; mientras que

⁹⁸ Título 9, Código de Estados Unidos, Sección 1-14, (43 Stat. 883), fue codificada el 30 de julio de 1947 (61 Stat. 669), y se modificó el 3 de septiembre de 1954 (68 Stat. 1233). El 31 de julio de 1970 se agregó el capítulo 2 (84 Stat 692), Dos nuevas secciones fueron aprobadas por el Congreso en octubre de 1988 y pasa a ser el 1 de diciembre de 1990 (PLs 669 y 702); el Capítulo 3 fue añadido el 15 de agosto de 1990 (PL 101-369); y la sección 10 se modificó el 15 de noviembre.

⁹⁹ Estaba, en esencia, formada por un grupo de Magistrados, designado por cada Estado, que estuviera en vías de adhesión al Convenio (cada país podía nombrar hasta cuatro magistrados); los miembros de cada tribunal arbitral se elegirían entre estas personas. Además, el Convenio creó una Dirección permanente, ubicada en La Haya, con funciones equivalentes a las de una secretaría del tribunal o una secretaría de carácter general y se estableció un reglamento para regir la realización de los arbitrajes -<http://www.un.org/es/ijc/hague.shtml>-

¹⁰⁰ Los puntos principales a los cuales la Conferencia se avocó fueron:

“1. Un acuerdo para no incrementar, por un período, los presentes efectivos de las fuerzas armadas y navales, y al mismo tiempo, a no incrementar los gastos militares en adelante; y de manera preliminar, examinar los medios en que esto pueda lograrse.

2. Prohibir el uso en los ejércitos y las flotas navales de nuevos tipos de armas y nuevos explosivos o cualquier otro tipo de detonantes más poderosos de los que son utilizados actualmente, lo mismo en rifles o cañones.

3. Restringir el uso en la guerra terrestre de los explosivos formidables que ya existen, y prohibir el lanzamiento de proyectiles o explosivos de cualquier tipo desde globos o de cualquier tipo de dispositivos similares.

4. Prohibir el uso, en la guerra naval, de buques y submarinos cargados de torpedos, u otros dispositivos similares. Dar garantías de que no se construirán buques con esta tecnología.

5. Aplicar las estipulaciones sobre guerra naval de la Conferencia de Ginebra de 1864, sobre la base de los artículos adicionados en 1868.

6. Neutralizar las embarcaciones utilizadas en el rescate de la toma de buques por escuadras beligerantes

7. Revisar la Declaración concerniente a las leyes y costumbres de guerra elaboradas en 1874 por la Conferencia de Bruselas, que se ha mantenido sin ratificarse hasta la fecha.

8. Aceptar el principio del uso de los buenos oficios, la mediación y el arbitraje en los casos que así lo requieran, con el objeto de prevenir los conflictos armados entre las naciones; así como llegar a un acuerdo con respecto al modo de emplear los buenos oficios, y establecer una práctica uniforme sobre su uso.” (Circular Mouravieff).

la segunda de las indicadas el haberlo ubicado, en forma acertada, como un mecanismo para solucionar controversias, entre Estados¹⁰¹.

En el siglo XX, se encuentra, en la evolución del arbitraje, al Código de Derecho Internacional Privado (Código de Sánchez Bustamante y Sirvén) de 20 de febrero de 1928, que contiene una serie de normas que tienen especial atención en cuanto al procedimiento a seguir en la ejecución de laudos, por la naturaleza de la convención sus normas son aplicables al arbitraje internacional. La Organización de Estados Americanos, en el mes de junio de 1958, aprobó la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*¹⁰².

Esta Convención tiene el mérito de establecer requisitos generales, que son reconocidos y aceptados mundialmente para la existencia y aplicación de laudos arbitrales dictados en otro Estado.

Un esfuerzo importante para el desarrollo del arbitraje internacional se encuentra en el trabajo llevado a cabo por la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, que, en el año 1970, respecto del arbitraje *ad hoc*,

¹⁰¹ En dicha Conferencia se revisaron el Convenio y la mejora de las normas que regían el reglamento arbitral; algunos de los participantes habrían preferido que la Conferencia no se hubiera limitado a la mejora del mecanismo creado en 1899. El Secretario de Estado de los Estados Unidos, Elihu Root, había dado instrucciones a la delegación de Estados Unidos para trabajar por la creación de un tribunal permanente, compuesto únicamente por magistrados, que no tuvieran otra ocupación laboral y que se dedicaran a tiempo completo al juicio de casos internacionales por métodos judiciales - <http://www.un.org/es/icj/hague.shtml>.

¹⁰² Artículo 1 dispone: “*La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.*” –www.oas.org/dil/esp/código-.

dictó un Reglamento¹⁰³ que, pese a no ser su naturaleza de aplicación general, se ha extendido para aplicarse en toda clase de arbitraje. Afirma González de Cossío¹⁰⁴, que con este reglamento se buscó crear un mecanismo que, independiente de la tendencia del Estado donde se vaya aplicar, tenga carácter general y amplio. Este reglamento comprende normas que van desde la conformación del tribunal arbitral hasta la ejecución de la resolución de los Tribunales.

No debe analizarse el arbitraje y su evolución sin mencionar el esfuerzo realizado en la expedición de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL¹⁰⁵, de 21 de junio de 1985, cuya finalidad es armonizar la abundante legislación en materia de arbitraje internacional. La aplicación práctica del arbitraje internacional demostró que no existía uniformidad en la aplicación de este. En la actualidad algunos países han acogido ésta Ley, como es el caso de España pues como decíamos busca armonizar normas respecto de la forma de designación y remoción de los Árbitros, forma de obtención y actuación de pruebas, nulidad y ejecución de laudos arbitrales.

En cuanto al desarrollo del arbitraje doméstico, en la moderna América Latina, tres países¹⁰⁶, entre ellos el Ecuador, han reconocido en sus normas

¹⁰³ El Reglamento de Arbitraje de la Uncitral surgió como un proyecto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, en el 2006, fue modificado este reglamento y, en el año 2010, se incorporó sus resultados.

¹⁰⁴ González de Cossío, F, El arbitraje..., ob. cit., Págs. 10-11.

¹⁰⁵ United Nations Commissions International Trade Law. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de junio de 1985, con las Enmiendas aprobadas el 7 de junio de 2005 -Documentos de las Naciones Unidas A/4017, Anexo I y A/61/17, Anexo I – <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>.

¹⁰⁶ **Perú:** *Constitución Política de Perú, 1993. Artículo 139. "Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. (...)"

Colombia: Constitución Política de Colombia, 1991, publicada en la Gaceta Constitucional, Núm. 116, de 20 de julio de 1991. Artículo modificado por Acto Legislativo Núm. 03, de 19 de diciembre

constitucionales la protección y garantía Estatal de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre ellos el Arbitraje; en su mayoría lo que tienen en un reconocimiento legislativo de la institución, en cuanto a su estructura y forma de desarrollo.

No se puede concluir esta primera parte sin hacer algunas reflexiones respecto del arbitraje. Como mecanismo alternativo de solución de conflictos, de naturaleza heterocompositivo¹⁰⁷, ha ido ganando cada vez más espacio, a solucionar diferentes tipos de controversias, en diferentes materias, y con un importante ámbito de aplicación, tanto en relaciones entre Estados, como entre Estados y particulares; y, finalmente, entre particulares, como se observa es muy amplio su ámbito de aplicación.

La severa crisis que afecta a la administración de justicia, a nivel mundial, que se observa en situaciones como por ejemplo lo extenso que resulta llevar adelante cualquier tipo de proceso, o la forma de congestión que viven los Tribunales y Juzgados por la excesiva carga de trabajo, ha permitido un

de 2002. Artículo 116 *“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”.

Costa Rica: Constitución de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949. Artículo 43. *Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.*

Artículo 152. *El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley.*

82 García, F. “Arbitraje Societario”, en García F (editor), Derecho Arbitral, Arequipa, Editorial Adrus, 2013, señala que: *“El arbitraje es un medio heterocompositivo de resolución de conflictos, ya que existe un tercero que resolverá las controversias que se presenten entre las partes. El arbitraje es una firme expresión de la libertad de las personas que eligen someter la resolución de sus conflictos a un medio alternativo, sustrayéndose de la competencia del órgano estatal de justicia.”* (Pág. 305).

importante desarrollo de los diferentes mecanismos de solución de controversias, entre ellos el arbitraje¹⁰⁸.

En el caso concreto del Ecuador se ha producido un proceso de profunda reforma judicial, con un importante cambio en la modalidad de cómo se diseña la forma de administración de justicia, mediante la distritalización y la implementación de unidades judiciales por materias compuesta por varios jueces, y desapareciendo la estructura de Juzgados independientes, presididos por un Juez.

Sin embargo, de lo expuesto, no resultaría justo con la institución el limitar su desarrollo e importancia con la complicada situación de la administración de justicia, la institución tiene elementos característicos y propios que la hacen en extremo atractiva, como se analizará posteriormente al acceder a este mecanismo alternativo de solución de controversias el justiciable consigue alcanzar tutela judicial efectiva, como pretensión final al activar el aparataje de la administración de justicia, en cualquiera de las formas o mecanismos en que éste se puede presentar, en un tiempo razonable, que no se hace presente en la justicia estatal.

¹⁰⁸ Caivano, R. Arbitraje ... ob. cit. *“Las dificultades con que tropieza el justiciable para acceder al sistema jurisdiccional clásico, han generado en los últimos tiempos una tendencia a la revitalización de formas arbitrales o auto – compositivas. Y ello tiene bases filosóficas, ya que si bien el juzgamiento de los litigios en general tiene importancia colectiva, y por consiguiente carácter público, la mayoría de las controversias sólo afectan a los individuos entre los cuales se produce. En los casos particulares, en que esto así ocurre, el Estado no puede desconocer a los interesados la facultad de disponer el sometimiento de sus derechos a quienes les merezca mayor confianza.”*

“Si una persona – en su esfera de libertad y autonomía de la voluntad – puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que puede también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza. La jurisdicción, en definitiva, no importa un ejercicio monopólico a través de los órganos del Estado; al ser una función establecida en el interés y protección de los particulares, estos podrán, en el campo de los derechos que pueden disponer libremente, escoger un sistema privado.” (Pág. 31).

Para concluir el presente apartado, un aspecto o bondad adicional del arbitraje es que, en los Centros de Arbitraje e, incluso, en el arbitraje independiente, éste permite buscar a personas con conocimiento especializado de la institución o materia sobre la que versa la controversia, de tal suerte, que al tiempo de analizar, deliberar y resolver el conflicto, podrá hacerlo con el conocimiento teórico y práctico, especializado, que la situación así lo exige, por lo que su resolución más allá de estar fundamentada formalmente, lo estará materialmente.

2. Naturaleza jurídica del arbitraje

Una vez expuesto sucintamente la evolución de la institución arbitral a través del tiempo, corresponde analizar la naturaleza jurídica de la institución por dos situaciones claramente determinadas. La primera de ellas resulta ser una evidente inquietud académica: si se considera al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que caracteriza a estos mecanismos; la segunda inquietud, va a permitir identificar cómo se produce y cuál es la afectación de la relación entre la jurisdicción ordinaria y la convencional¹⁰⁹, y los eventuales conflictos que se pudieren presentar y la forma de abordarlos.

¹⁰⁹ Vid.: Caivano, R. J. Arbitraje ... Ob. cit. afirma que: *“En los casos en que un acuerdo no es posible, cuando el método más eficaz de solucionar el conflicto es el recurso a un tercero para que –mediante un acto de autoridad– zanje la disputa, el arbitraje aparece como un excelente medio. A diferencia de la mediación o la conciliación, el arbitraje es un método adversarial y adjudicativo, en el cual el tercero neutral no auxilia a las partes para que éstas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo, igual es sus efectos a una sentencia judicial. A través de este método es posible obtener una sentencia con mayor celeridad, sencillez y economía que los que puede brindar hoy el sistema estatal de administración de justicia: con procedimientos más sencillos, despojados de las solemnidades propias del procedimiento judicial, escogiendo a los árbitros y pudiendo pactar las normas de fondo y de forma aplicables, con economía de tiempo y de recursos y con la posibilidad de adaptar el sistema a los requerimientos específicos que justifique la naturaleza de las cuestiones litigiosas. En el arbitraje existe un tercero imparcial que emite un veredicto vinculante y obligatorio sobre dos pretensiones controvertidas.”* (Pág. 32).

Mientras que Pinzón M. A. y Rodríguez López, T. “De la Naturaleza contractual del arbitramento como método Alternativo de soluciones” [Tesis de Grado], Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009, afirma que: *“Cuando se produce un conflicto o diferencia*

No puede desconocer, por otra parte, como ha puesto de manifiesto Pérez-Cruz Martín que la determinación de la naturaleza del arbitraje “... *constituye el problema de más volumen y el de mayor interés entre los muchos que esta institución suscrita, no ya tan solo porque difícilmente se puede caminar con pie firme en el estudio de una institución sin saber cuál es su naturaleza, sino porque de situar el arbitraje dentro del derecho privado y del campo civil a verlo como una institución jurisdiccional, enclavada en el área del derecho procesal, las diferencias que se deriven habrán de resultar de muy diversos órdenes ...*”¹¹⁰.

Cabe indicar que no existe una postura única en la doctrina respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, por lo que no es única la teoría que se ha creado para explicarla¹¹¹.

La doctrina reconoce, básicamente, cuatro teorías para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, va a depender de la posición normativa que al respecto adopte cada Estado, no necesariamente adoptar un postura y no otra es correcto o incorrecto, pues esto dependerá del espacio y reconocimiento que en la organización de la sociedad se quiera dar a los mecanismos alternativos de

entre dos partes, estas pueden resolverlo mediante acuerdo de voluntades o mediante un tercero que provea la solución.

En el primer caso, las partes de común acuerdo llegan a una solución que pone fin a la controversia; esto es conocido como método autocompositivo y su principal ejemplo es la transacción.

En el segundo caso, las partes ya no son quienes resuelven el conflicto, sino que nombran a un tercero para que solucione la disputa; aquí las partes pueden acudir a rama jurisdiccional o al Tribunal de Arbitramento para la solución del conflicto.” (Pág. 11).

¹¹⁰ Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. en “Los nuevos retos del arbitraje ...”, Ob. cit., Pág. 87.

¹¹¹ Becerra Toro, R., Manual de Arbitraje en Colombia, Cali, 2007, señala que: “*Modernamente se sostiene que la legitimidad del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos de carácter privado no estriba sólo en su conformidad con el ordenamiento jurídico de cada país, tradicionalmente conocido como principio de la “legitimidad”, sino también y, por sobre todo, desde el punto de vista de la proximidad con el interés público y la administración de justicia del Estado, pues la función impone establecer si en la organización jurisdiccional del Estado resulta posible poner en práctica una justicia privada, la forma o manera en que la justicia arbitral puede ser impartida, las reglas procesales a que se sujeta, y los límites a su ejercicio, o si dicha potestad es exclusiva y excluyente del ente estatal.*” (Pág. 12).

solución de conflictos. Las teorías a las que se ha hecho referencia son: i) Teoría Jurisdiccional; ii) Teoría Contractualista; iii) Teoría Mixta; iv) Teoría Autónoma, construida a partir de la última de las citadas.

2.1. Teoría jurisdiccional

Las teorías jurisdiccionalistas que, en palabras de Ramos Méndez¹¹², la verdad es que el arbitraje es la institución que mejor conserva el genuino sentido de la jurisdicción, es decir, *iudicium inter partes*, tuvieron, afirma Serra Domínguez “... carácter predominante a finales del pasado siglo, principalmente en Italia, pero también en Alemania, Francia e incluso, España.”¹¹³.

Señala Pérez-Cruz Martín, entre los autores que acogen, en Italia, las tesis jurisdiccionalistas a: Monteleone (*Il nuovo régimen giuridico dei lodi arbitrale italiani*), Tarzia (*Efficacia del lodo e impugnazioni del lodo nell'arbitrato rituale e irrituale*), entre otros; mientras que, en Alemania, las tesis jurisdiccionalistas fueron asumidas, entre otros, por Hellwig (*System del deutsche Zivilprozessrecht*), en Francia, por Boncenne (*Theorie de la procedura civile*) y Laine (*L'Execution en France des Sentences Arbitrales étrangères*), en España, las tesis jurisdiccionalistas han sido defendidas, entre otros, por Serra Domínguez (*Naturaleza jurídica del arbitraje*), Alcalá-Zamora y Castillo (*En torno a la internacionalización del arbitraje de Derecho Privado: dificultades a superar*) y Vázquez Sotelo (*Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*). Finalmente, en Iberoamérica, donde se han sido con mayor rotundidad las tesis jurisdiccionalistas¹¹⁴, han sido acogidas, entre otros, por Vescovi (*Arbitraje*

¹¹² Derecho Procesal Civil. Tomo II, Editorial J.M. Bosch. Barcelona 1992, Pág. 449.

¹¹³ Naturaleza jurídica del arbitraje. en Estudios de Derecho Procesal. Editorial Ariel. Barcelona 1969, Pág. 578.

¹¹⁴ Cfr.: Roca Martínez, J. M^a. Arbitraje e instituciones ... Ob. cit., Pág. 47.

Mercantil. Intervención y trabajo en el Séptimo Congreso Mexicano de Derecho Procesal), Barrio de Angelis (*Naturaleza jurídica del arbitraje privado: su proyección en la práctica*).

Quienes propugnan ésta teoría¹¹⁵ consideran al arbitraje como una concesión que realiza el Estado, a través de una norma de diferente rango, sea constitucional o legislativa, y es este origen el que faculta el control judicial del arbitraje. Para quienes encuentran sustento al arbitraje en esta teoría, como el Mann¹¹⁶, el arbitraje, dado su origen, es de orden público.

Cabe destacar que la teoría jurisdiccional no desconoce que el arbitraje tiene su origen a partir de la autonomía de la voluntad, y que son las partes las que activan el mecanismo al adoptar un convenio arbitral donde se contienen las características de este procedimiento, pero las condiciones generales, las limitaciones, la propia posibilidad de que las partes puedan someterse al arbitraje, los requisitos de validez del convenio, entre otros elementos se encuentran

¹¹⁵ Talero Rueda, S. Arbitraje comercial internacional Bogotá. Editorial Temis S.A., 2008 *“Con todo, la teoría jurisdiccional. En este sentido, es innegable que la efectividad del proceso arbitral depende de la asimilación de las decisiones arbitrales a las de los jueces. Así mismo, la ley estatal establece los requisitos de validez del pacto arbitral y, sus normas imperativas, particularmente aquellas atinentes a las garantías mínimas del debido proceso, son aplicables al procedimiento independientemente de las estipulaciones de las partes o de las decisiones arbitrales sobre la conducción del procedimiento, o de ambas.”* (Pág.14).

Mientras que Merino Merchán, J. F. Chillón Medina, J. M, Tratado de Derecho Arbitral, 3ª edición, Editorial Thomson-Reuters-Civitas, Navarra, 2006, afirman que: *“Resulta de interés recordar esa doctrina del Tribunal Constitucional para enjuiciar desde la perspectiva adecuada la actividad y la responsabilidad del árbitro, en cuanto que éste se alza para la controversia concreta que es llamado en un auténtico <<juez>>, es decir en un equivalente del juez del Estado para una específica Litis. Es quizá esta la razón por la que en algunos ordenamientos, fundamentalmente en los anglosajones, la responsabilidad del árbitro está casi asimilada a la del juez del Estado.”* (Pág. 107).

Por su parte, Robiolo J. A. Derecho Arbitral, 1ª edición, La Ley Editorial, Buenos Aires, 2007, afirma que: *“Por el contrario los partidarios de la teoría jurisdiccional se inclinan a sostener que el acuerdo de voluntades en su origen (salvo en el arbitraje forzoso), se da pura y simplemente para acordar la concierne al proceso arbitral, ya sea en cuanto a la designación de los árbitros sus facultades, los trámites en sí de la instancia arbitral (pretensiones, defensas, etapa probatoria, alegatos, laudos, recursos, ejecución etc.)”* (Pág. 47).

¹¹⁶ Vid.: Pallares Bossa. J. Arbitraje Conciliación de Conflictos ..., ob. cit., Pág. 169.

claramente determinados y definidos por una Ley, que como resulta obvio proviene del ejercicio de una función pública estatal¹¹⁷. Sostienen los defensores de la jurisdiccionalidad del arbitraje 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 potestad, sí que gozan de auctoritas*”¹¹⁸, poniéndose, en general de relieve la similitud entre la función de los árbitros y la del juez, entre el laudo y la sentencia¹¹⁹.

Para los partidarios de esta teoría del poder estatal emana, tanto la potestad para conocer y resolver las controversias por parte de la jurisdicción ordinaria, como por la convencional, al amparo de este reconocimiento y garantía es que se han desarrollado ambas, y es este el que legitima las actuaciones de ambas, como decíamos en líneas anteriores, tanto la justicia ordinaria como la convencional encuentran su origen en una Ley del Estado.

Ya, en líneas anteriores, se había comentado que de los mecanismos alternativos de solución de controversias, de carácter heterocompositivo, el más cercano o que presenta mayores similitudes con la justicia ordinaria es el arbitraje; sin embargo frente a las facultades que le son conferidas a los jueces existen determinadas limitaciones, que se encuentran contenidas en su mayoría en las normas jurídicas estatales, que configuran la institución, y que la autonomía de la voluntad no podrá franquear. Ejemplo de lo anteriormente indicado son limitaciones que se reconocen para exigir el cumplimiento coactivo de determinado

¹¹⁷ González de Cossío, F. Arbitraje... ob. cit. “*La teoría utiliza como último eslabón argumentativo que la efectividad del arbitraje depende, en última instancia, del poder estatal. Si no es porque el Estado reconoce y ejecuta acuerdos y laudos arbitrales, el arbitraje carecería de efectividad. El Estado le reconoce efectos a los acuerdos y laudos arbitrales en la medida en que acatan la regulación que al respecto establece el Estado.*” (Pág. 14).

¹¹⁸ Gimeno Sendra, J. V. Derecho Procesal Civil. Tomo II (Los procesos especiales). Editorial COLEX. 5ª Edición, Madrid, 2014, Pág. 666.

¹¹⁹ Cfr.: Ramos Méndez, F. Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los juicios civiles. Editorial Atelier. Barcelona. 2008, Pág. 470.

tipo de pruebas, como puede ser el llamamiento de una persona para que rinda confesión judicial, por medio de la fuerza pública, potestad que es plenamente reconocida para los jueces, pero que puede presentar limitaciones en materia arbitral.

Resulta trascendental para la configuración de ésta teoría, que para que las decisiones que finalmente adoptan los árbitros surtan efecto, es necesario la asistencia de la justicia ordinaria, puesto que éste es el mecanismo por el que el laudo se ejecuta, *“... si no es porque el Estado reconoce y ejecuta acuerdos y laudos arbitrales, el arbitraje carecería de efectividad. El Estado le reconoce efectos a los acuerdos y laudos arbitrales en la medida que acatan la regulación que al respecto establece el Estado mismo ...”*¹²⁰.

En línea con lo manifestado, la Audiencia Provincial de Girona¹²¹, señaló que las personas naturales o jurídicas pueden someter a arbitraje su controversia, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros debido a que este medio de resolución de conflictos está basado en la autonomía de la voluntad de las partes, que supone renuncia a la jurisdicción estatal. Sin embargo, de acuerdo a este fallo de la A.P. de Girona destaca que el árbitro no puede equipararse por completo a un juez en la medida en que este último es el revestido de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado (dotados de *imperium*), no obstante, por la propia naturaleza del arbitraje el órgano judicial no puede revisar el laudo. Siendo para esto la única excepción que en el laudo se haya vulnerado el orden público entendido como la infracción de principios constitucionales.

Una importante precisión, que se abordará más adelante, es la referida a que tanto las actuaciones de los jueces como aquellas que realizan los árbitros están sujetas a las limitaciones del orden público y a las garantías mínimas del

¹²⁰ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Pág. 19.

¹²¹ SAP 1ª 17 de noviembre 2004 [AC 2004, 2353].

debido proceso, reconocidas en la C.Ec.¹²², de ninguna forma pueden éstas ser vulneradas o desconocidas. Con esta limitación constitucional, con las reglas

¹²² Artículo 76. "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

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

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

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

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

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

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

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

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

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

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

contenidas en los convenios arbitrales, pudiendo escoger las partes el procedimiento a seguir, sea que los árbitros deban resolver en derecho o en equidad, deben someterse a lo previsto en la Ley.

Debe mencionarse que en avance y desarrollo de la institución arbitral, y sobre todo en lo que hace relación al arbitraje internacional, es que la tendencia actual es limitar cada vez más la eventual intervención del Estado en la jurisdicción convencional, en los procedimientos arbitrales, sustentado precisamente en el reconocimiento estatal de la voluntad privada contenida en una ley, en consecuencia se limita la aplicación de las normas procesales del ordenamiento civil en materia arbitral. En el caso del Ecuador, esta facultad está contenida en el artículo 37 de la L.A.M.

Un ejemplo de lo anteriormente citado es la línea de pensamiento, acogida por la C.C.Ec., en la sentencia del caso *Misley Zaidan vs. Ernesto Martínez Cobo*¹²³, en el cual existía un convenio arbitral entre las partes, que en lugar de ventilarse ante sede arbitral fue llevado ante órgano judicial el cual al declararse competente para conocer dicha controversia y fallar sobre el fondo del conflicto, violento en primer lugar el principio fundamental del arbitraje de la autonomía de la voluntad de las partes y en segundo lugar violento el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva por ser juzgado ante autoridad incompetente. Por lo que la Corte Constitucional resuelve retrotraer el proceso al momento en que el juez ordinario se declaró competente, y que resuelva como cuestión de previo y especial, antes de la sentencia de fondo, sobre la pertinencia de la excepción de la incompetencia del juez. Con el objetivo de que este proceso se remita a sede arbitral. Caso en el que puede apreciarse como el máximo órgano de control

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

¹²³ Sentencia, Núm. 0006-10-SEP-CC. (2010).

constitucional reconoce que la intervención del órgano judicial es limitada cuando la controversia se ha sometido a ser resuelta mediante arbitraje.

En forma similar se pronuncia el T.S.J., del País Vasco¹²⁴, señalando, que el sometimiento voluntario es la característica principal y más definitoria del arbitraje. Este es de naturaleza esencialmente convencional y está sometido a la libertad de las partes, el T.S.J. del País Vasco señala que esta libertad tan grande e ilimitada consiste en una de las principales garantías de los individuos: elegir al juez que los juzgará y al mismo tiempo los faculta para condenarlos, otorgándoles ellos mismo dicha investidura, con la intención de que el Estado intervenga lo menos posible.

Para Becerra Toro¹²⁵, ésta teoría presenta algunos elementos que la permiten caracterizar, a saber:

1. *“El arbitramento es una institución de derecho público, prevista constitucionalmente para la administración de justicia¹²⁶;*
2. *El vínculo entre las partes y el árbitro es de derecho público, ya que el pacto arbitral es una aplicación y una ampliación de la función jurisdiccional del Estado¹²⁷;*
3. *Los árbitros cumplen funciones jurisdiccionales, a través de las normas procedimentales especiales y ordinarias vigentes al momento de iniciarse el proceso arbitral;*

¹²⁴ A. TSJ País Vasco, de 19 abril 2012 [RJ 2012, 6133]

¹²⁵ Manual de Arbitraje..., ob. cit., Pág. 27.

¹²⁶ Vid.: Artículo 190 de la C.Ec., donde se reconoce, en el derecho ecuatoriano, al arbitraje como una forma de administrar justicia.

¹²⁷ Artículo 17 del C.P.Cv., la forma de jurisdicción convencional, que será ejercida por árbitros. Dicho carácter se reconoce por el T.C. (S. 62/1991, de 22 de marzo) al referirse al arbitraje como un “*equivalente jurisdiccional*”, mediante el cual los particulares pueden obtener los mismos objetivos que la jurisdicción civil.

4. *La decisión del laudo, es una auténtica sentencia, con efecto de cosa juzgada*¹²⁸;

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

La tesis jurisdiccionalista, afirma Roca Martínez, refiriéndose al régimen constitucional de atribución exclusiva y excluyente del ejercicio de la potestad constitucional a Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial (art. 117 C.E.), “... *tienen difícil aplicación en el momento presente. ¿cómo se podría conciliar la atribución de poderes jurisdiccionales a los árbitros a través del contrato de compromiso (convenio arbitral) ... ¿qué sentido tendría en la actualidad la existencia de órganos jurisdiccionales restringidos y especiales surgidos de la voluntad de los interesados? O, por último, ¿qué sentido tiene atribuir carácter jurisdiccional a la actuación de los árbitros por lo elevado de la misión que se les encomienda?*” ...”¹²⁹. Diferente es la situación constitucional ecuatoriana, donde, como ya ha quedado señalado, el artículo 190 de la C.Ec. atribuye al arbitraje la consideración de modo de administrar Justicia¹³⁰.

¹²⁸ Vid.: Artículo 32.2 de la L.A.M., se establece 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. Al igual que en el Ecuador, en L.A., en España, establece en su artículo 43 que el laudo produce efectos de cosa juzgada.

¹²⁹ Reflexiones sobre la naturaleza ..., trab. cit. en Los Nuevos Retos del arbitraje ..., ob. cit., Págs. 100-101.

¹³⁰ El reflejo del arbitraje en las Constituciones, sostiene Araúz Ramos, “... *no registra un denominador común en todos los sistemas jurídicos. Frente a ello, y en términos generales, las Constituciones latinoamericanas siempre han hecho alguna mención, más o menos relevante, al arbitraje. Las primeras referencias al arbitraje remontan incluso a la Constitución española de Cádiz de 181245, uno de los textos precursores del constitucionalismo latinoamericano. Actualmente la inflación de disposiciones constitucionales relativas al arbitraje es considerable. En efecto, las actuales preferencias constitucionales elevan la administración de justicia a la categoría de garantía constitucional de los derechos ciudadanos; creando mecanismos base con el objetivo de forzar a organizar sistemas de administración de justicia que comprendan a la totalidad de la*

Precisamente el reconocimiento constitucional del arbitraje y su incidencia en la naturaleza jurídica del arbitraje encuentra refutadas observaciones en Monroy Palacios, quien sostiene que: "*... el arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y, además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Si así fuera, se quebraría el principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo se postula ello*"¹³¹.

Mantiene Arrarte Arisnabarreta una postura similar al indicar que "*... en nuestra opinión, la justificación o legitimación legal del arbitraje no se encuentra en su consagración constitucional, ni en haberle atribuido un carácter "jurisdiccional" que le es ajeno. El "etiquetar" al arbitraje como 'jurisdicción', no lo ha convertido en tal. El nombre no puede alterar la naturaleza de las cosas.*"¹³².

Como es claro, esta visión limitada del arbitraje provienen, afirma Hesse Martínez, "*...a su vez de concepciones limitadas de la "jurisdicción", la que limitan esta facultad al Estado buscando mantener una falsa idea de "unidad" entre sus instancias de justicia o equiparando la idea de jurisdicción con la de "imperium", cuando ésta constituye solamente una de sus cualidades. Ejemplo de ello es la definición que*

población para que tengan acceso real a la justicia. ..." (Constitucionalización y Justicia constitucional en el arbitraje comercial panameño. Tesis Doctoral. Madrid, 2015, págn. 50.

¹³¹ "Arbitraje, Jurisdicción y Proceso". en: Arbitraje *On Line*. Boletín Jurídico del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Núm. 7, 2006.

¹³² Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación del laudo y el proceso de amparo". en Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Editorial Palestra, Lima, 2008, Pág. 156.

brinda el profesor Juan Monroy Gálvez, quien define la jurisdicción como 'el poder-deber del Estado destinado a solucionar un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas el logro de una sociedad con paz social en justicia'. ”¹³³.

Sin duda, dicha tesis jurisdiccionalista encuentra pleno anclaje en Perú, donde, parafraseando a Pérez Prieto de las Casas “... Aterrizando al medio peruano, nuestra Constitución ha optado por una teoría y dispuesto al arbitraje como una jurisdicción paralela al poder Judicial, es decir, le otorga naturaleza jurisdiccional, desterrando al idea netamente contractualista. ...”¹³⁴

2.2. Teoría Contractualista

Aunque es difícil determinar dónde y cuándo surge esta teoría, sitúa Pérez-Cruz Martín¹³⁵, entre los principales precursores de la misma a Mattiolo (*Trattato di Diritto Giudiziario Civile italiano*), en Italia; Poncet (*Traité des jugemens*) y Merlin (*Questions de Droit Recueil Alfabétique*), en Francia; y Escriche (*Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*), en España. Y, también, cita Pérez-

¹³³ El arbitraje ante el tribunal constitucional: avances en su legitimidad jurisdiccional. - <http://www.monografias.com/trabajos78/arbitraje-tribunal-constitucional/arbitraje-tribunal-constitucional2.shtml> (consultado el día 22 de abril de 2016).

¹³⁴ “¿Qué hacer frente a la impredecibilidad de las decisiones arbitrales?”. en El rol de las Altas cortes y el derecho a la impugnación. –AA.VV. y Priori Posada, G., Coord.-. Editorial Palestra. Lima, 2015, Pág. 299; Ophelan Pérez, C.F. El arbitraje ante el tribunal constitucional: avances en su legitimidad jurisdiccional. - <http://www.monografias.com/trabajos78/arbitraje-tribunal-constitucional/arbitraje-tribunal-constitucional2.shtml> (Consultado el día 22 de abril de 2016)-.

¹³⁵ Reflexiones sobre la naturaleza ..., trab. cit. en Los Nuevos Retos del arbitraje ..., ob. cit., Pág. 89.

Cruz Martín¹³⁶, como autores que han formulado teorías encuadrables en este grupo a los autores siguientes: Rocco (*La sentencia Civil*), Satta (*Contributto alla teoria dell'arbitrato*) y Chiovenda (*Principios de Derecho Civil*), en Italia; Kisch (*Elementos de Derecho Procesal Civil*), en Alemania; Beceña González (*Notas de derecho procesal civil*) y Guasp Delgado (*El arbitraje en el Derecho Español*), entre otros, en España.

Esta teoría se sustenta en que el arbitraje es resultado del acuerdo de las voluntades que someten sus controversias a este mecanismo, tiene carácter consensual al depender de la voluntad de las partes y por lo tanto es eminentemente privado. Se fundamenta en que el origen de la competencia de los árbitros se encuentra en el convenio arbitral, es la voluntad de las partes la que le dota de competencia a los árbitros y determina su actuación, la forma de cómo se manifiestan y el procedimiento que deben seguir.

De acuerdo con la Audiencia Provincial de Madrid¹³⁷, el convenio arbitral es un pacto de naturaleza contractual, bilateral, como regla general, y de contenido procesal, siendo su finalidad inmediata excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia, y su finalidad mediata, obtener la resolución de esa controversia, con los mismos efectos que una sentencia en firme, esto es cosa juzgada y ejecutoriedad.

En opinión de González de Cossío, esta teoría se comprende partiendo de “... que el arbitraje es un caso particular de la libertad contractual y enfatiza que es la casi omnímoda autonomía de la voluntad la que da origen a un sistema de justicia privada ...”¹³⁸.

¹³⁶ Reflexiones sobre la naturaleza ..., trab. cit. en Los Nuevos Retos del arbitraje ..., ob. cit., Págs. 89-90.

¹³⁷ A. PP Madrid 20ª 8 junio 1999 [AC199, 1713]

¹³⁸ El arbitraje..., ob. cit., Págs. 19-20.

Quienes sostienen los postulados de la teoría contractualista¹³⁹, no solamente consideran innecesaria la intervención del Estado en materia arbitral, sino realmente inconvenientes, las partes han suscrito un contrato que contiene el acuerdo de voluntades, y en este acuerdo existe una voluntad expresa e inconfundible de someter sus controversias a una jurisdicción diferente a la estatal, es decir, las partes han excluido la intervención del Estado, ésta voluntad debe ser respetada.

La idea que preside las principales teorías contractualista, recuerda Pérez-Cruz Martín¹⁴⁰, es la equiparación del arbitraje a un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas, aceptando cierta analogía entre arbitraje y proceso, pues ambos tienen la misma finalidad, es decir, la solución de litigios, así como cierta equivalencia entre tribunal estatal y arbitral.

¹³⁹ Vid.: Talero Rueda, S. Arbitraje comercial internacional..., ob. cit. menciona que: *"El árbitro, quien es un particular, actúa como mandatario o agente de las partes y no ejerce actos jurisdiccionales. El pacto arbitral y el laudo constituyen partes estructurales de un negocio jurídico complejo entre las partes."* (Pág.14).

Por su parte, Robiolo J. A., Derecho Arbitral..., ob. cit. afirma que: *"En cuanto a la llamada teoría contractualista, cabe su reparo ante los arbitrajes forzosos u obligatorios, en los cuales no se exige el previo consentimiento de los intervinientes."*

Por otra parte, la configuración como 'mandato sui generis', no alcanza a delimitar su real estructura, dado que no actúan los árbitros en representación de las partes (aun en el caso que sean nombrados por ellas). Para esta teoría, el origen del instituto y el carácter de los árbitros pertenecen al ámbito privado, no siendo estos últimos jueces, en la medida de lo dispuesto por la normativa legal, careciendo del atributo propio de los mismos, o sea, del imperium.

Además, el trámite procedimental se debe adecuar primordialmente al acuerdo de las partes, aspecto que lo separa del alcance que las facultades jurisdiccionales otorgan a los jueces del Estado.

También en cuanto a la aplicación del derecho, al cual se remiten los litigantes, a diferencia del juez estatal, al que le es impuesto por la propia ley." (Pág. 46).

¹⁴⁰ Reflexiones sobre la naturaleza ..., trab. cit. en Los Nuevos Retos del arbitraje ..., ob. cit., Pág. 90.

Los autores, que defienden las tesis contractualistas, afirma Pérez-Cruz Martín¹⁴¹, llegan a la conclusión principal de que el arbitraje se sitúa necesariamente en el ámbito del derecho privado, pues es privado el negocio jurídico del que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función, así son de derecho privado las relaciones que se engendran entre ellos y las partes, y del mismo modo es el laudo que dictan.

Dicha línea de pensamiento es, igualmente, acogida por la Audiencia Provincial de Sevilla¹⁴², donde expresa que el convenio arbitral es el contrato mediante el cual dos o más personas expresan su voluntad de someter a arbitraje todas o algunas de sus controversias, que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio puede adoptar la forma de una cláusula incorporada a un contrato o constituir un acuerdo independiente que debe de constar por escrito en documento firmado por las partes. Y a su vez dicho Tribunal establece que cualquier otra condición puede considerarse facultativa.

Con respecto al ordenamiento jurídico ecuatoriano el artículo 5 de la L.A.M., establece que para que el convenio arbitral tenga validez deben de concurrir los mismos requisitos que plantea la Audiencia Provincial de Sevilla, es decir que conste por escrito, que dicho documento se encuentre firmado por las partes y la determinación de la relación jurídica en particular.

Así mismo, en concordancia con la (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL, esta ley presenta un criterio antiformalista con respecto a los requisitos para la validez del convenio arbitral estableciendo que es necesario únicamente el

¹⁴¹ Reflexiones sobre la naturaleza ..., trab. cit. en Los Nuevos Retos del arbitraje ..., ob. cit., Pág. 91.

¹⁴² SAP 5ª 26 enero 2011 [JUR 2011, 219201]

acuerdo entre las partes con respecto a determinada relación jurídica, sin hacer referencia al carácter escrito o a la firma de las mismas (artículo 7 opción II)¹⁴³.

En línea con lo antes expuesto, la legitimidad del laudo arbitral se encuentra en la voluntad de la partes, contenida en el convenio arbitral; por eso, cuando se analiza el contenido del convenio arbitral se determina que esta voluntad debe ser expresa, sin confusiones y que permita concluir claramente que las partes quisieron someter sus controversias, sean estas presentes o futuras a la decisión de los árbitros, excluyendo a la justicia ordinaria.

Respecto de la teoría contractualista, deben hacerse dos reflexiones importantes, la primera se construye a partir de la voluntad de las partes, siendo ésta tan trascendente que uno de los principios que fundamenta al arbitraje, destaca la autonomía del convenio incluso del contrato en el que se encuentra incluido, pero aun cuando existe tal autonomía no es menos cierto que existe un control de legalidad tanto del laudo como del procedimiento arbitral. El ordenamiento jurídico ecuatoriano, al igual que el caso de España (acción de nulación), denominan acción de nulidad a aquella encaminada a efectuar el correspondiente control de legalidad del procedimiento y el pronunciamiento de los árbitros, una verdadera acción y no un recurso que dependa del mismo procedimiento¹⁴⁴.

¹⁴³ "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".

¹⁴⁴ Pienso –afirma Bonet Navarro– que: "... la regulación del arbitraje en la L.A. ha roto con la tradición arbitral española en dos aspectos: separándose del régimen de los recursos que nunca fue satisfactorio; y avalorando el contenido del laudo como decisión autónoma que escapa del poder de las partes y que no es rescindible más que en casos verdaderamente excepcionales. La excepcionalidad no supone que el número de impugnaciones sea reducido, sino que éstas se dan por casos de excepción y no por cualquier causa." (El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral. –Sobre la STC 299/1993, de 4 de octubre. Revista de Derecho Privado y Constitución, núm. 6, 1995, Pág. 189).

Respecto de la autonomía de la voluntad de las partes el T.C.¹⁴⁵ señaló que ésta constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial¹⁴⁶. Criterio, igualmente acogido por el T.S.¹⁴⁷. Bajo la misma línea de pensamiento la Audiencia Provincial de Madrid¹⁴⁸, se pronunció, manifestando que el arbitraje constituye un medio de arreglo de controversias fundado en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados que, constitucionalmente les vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento, establecido en el artículo 1.1 de la C.Ec. Y manifiesta que, en la celebración de contratos privados, no hay una previa controversia a dirimir sino el posible peligro de que surjan. Y destaca que dicho pacto entre las partes o cláusula compromisoria vincula a las partes en una doble vertiente, tanto positiva como negativa. La primera caracterizada por una voluntad inequívoca de comprometerse a su formalización; ya la segunda, caracterizada por la expresión de no querer un proceso judicial que entre a valorar el fondo del asunto para resolver la controversia.

Sobre la autonomía de la voluntad de las partes, la Audiencia Provincial de Sevilla¹⁴⁹, declara que la voluntad constituye la ley particular, la *lex privata*, de los contratantes. Para que se pueda declarar que se ha cumplido la obligación o en su caso que el acreedor pueda exigir su cumplimiento, es necesario la identidad e integridad de la prestación convenida, es decir, ha de darse una plena y absoluta adecuación en lo pactado y lo realizado. En principio la eficacia del contrato deriva de la concurrencia de los requisitos de validez¹⁵⁰, que establece el artículo 1261 del C.Cv. Donde se establece que para que se entienda que el consentimiento

¹⁴⁵ Cfr.: STC 174/1995, de 23 noviembre.

¹⁴⁶ Vid.: Aba Catoria, A. El arbitraje en el constitucionalismo español. La Constitución española de 1978, la Ley de arbitraje 60/2003 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. en "Los nuevos retos del arbitraje ...", ob. cit., Págs. 127-133.

¹⁴⁷ STS 1ª 11 febrero 2010 [RJ 2010, 3771]

¹⁴⁸ AAP Madrid 11ª 6 junio 2001 [AC 2001, 1602]

¹⁴⁹ SAP Sevilla 5ª julio 2010 [JUR 2010, 377188]

¹⁵⁰ Vid.: artículo 1461 del C.Cv.Ec, que dispone los requisitos para que una parte se obligue con otra.

tiene efectos vinculantes, se exige que sea libre y conscientemente emitido y manifestado. Par su validez es necesario que exista una pluralidad de partes, que tengan capacidad, que exista una voluntad consciente, inteligente y libre y que se realice una declaración, en cuanto es necesario que el consentimiento se exprese y se declare, y por último que exista concordancia entre la voluntad interna y la declarada.

Precisamente pone de manifiesto Roca Martínez¹⁵¹, refiriéndose a las críticas apuntadas por Fenech Navarro, que la equiparación entre el arbitraje y un contrato de derecho privado incurre en un error de planteamiento ya que se acostumbra a determinar la naturaleza del arbitraje, atendiendo sobre todo al llamado contrato de compromiso y a la relación existente entre las partes y los árbitros, designados, que se perfecciona por la recepción o aceptación de éstos, olvidando aspectos tan importantes como el desarrollo de la actividad arbitral, el contenido de ésta o los efectos de la decisión.

Con respecto a la autonomía del convenio arbitral, incluso del contrato en el que se encuentra incluido, la Audiencia Provincial de Madrid¹⁵² ha manifestado que si bien es cierto la legislación española permite la posibilidad de plasmar el convenio arbitral como cláusula incorporada en el contrato principal, no por ello se convierte en parte de dicho contrato, sino que constituye un contrato independiente con su conjunto de derechos y obligaciones perfectamente diferenciados, y que no tiene por qué seguir en su vida y desarrollo, las vicisitudes del contrato principal.

No obstante, de la existencia de la autonomía de las partes y a su vez de la autonomía de la que goza la cláusula arbitral del contrato principal, no se puede dejar de lado la necesidad y existencia de un control de legalidad de los laudos

¹⁵¹ Arbitraje e Instituciones arbitrales. Editorial José-Mª Bosch. Barcelona 1993, Pág. 41.

¹⁵² SAP Madrid 18ª 16 septiembre 1996.

expedidos, circunstancia que se suscita tanto en el ordenamiento jurídico español como en el ecuatoriano, estando en el primero contenido en los artículos 40 y siguientes de la L.A., donde se reconoce a la acción de anulación de los laudos, los motivos sobre las cuales procede la acción de forma taxativa (artículo 41) y el procedimiento que se ha de llevar a cabo (artículo 42).

Por su parte, la acción de nulidad, que se encuentra prevista en el artículo 31 de la L.A.M., se configura, como posteriormente se expondrá extensamente, como una acción y no como recurso al laudo, ya que, si bien existen excepciones –como la legislación argentina por ejemplo¹⁵³, la institución arbitral se caracteriza también por ser de instancia única y por lo tanto, no admite recurso vertical alguno y al no ser un recurso como una acción ésta procede solamente en los casos y en las situaciones que se encuentran expresamente previstas en la Ley, lo que será analizado oportunamente.

Al afirmarse que el arbitraje no es ajeno a las normas del debido proceso, se está poniendo de relieve que dichas normas deben obligatoriamente cumplirse en el desarrollo del procedimiento arbitral. Las reglas del debido proceso respecto, por el ejemplo a la citación y notificación, como actos que permiten dar a conocer acciones que se inician contra las personas, como actos de publicidad, así como la práctica de pruebas con el debido tiempo para organización de defensa, y garantizar el derecho a la defensa, como reglas propias del debido proceso, deben cumplirse en el arbitraje, para tal es preciso el control de legalidad, que lo debe realizar la función judicial y que desde este particular punto de análisis, el control

¹⁵³ Artículo 758 del CPCC dispone, como regla general, que “*contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso*”. Por lo que corresponde remitirse al Capítulo IV del Título IV del Libro I del CPCC. Este Capítulo prevé los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, que serán los recursos de reposición, apelación, apelación ordinaria ante la Corte Suprema, apelación extraordinaria ante la Corte Suprema, queja por recurso denegado y recurso de inaplicabilidad de ley.

que se realiza por parte del Estado no solamente resulta oportuno sino también conveniente.

De esta forma se han pronunciado tanto el T.C¹⁵⁴ como la C.C.Ec.. El primero¹⁵⁵ establece que el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza el derecho de acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de ser oído y de ejercitar la defensa de los derechos e intereses legítimos, con respecto a los principios de bilateralidad contradicción e igualdad de armas procesales, por lo cual es necesario que notifique o cite a las partes para evitar la indefensión¹⁵⁶. Por lo que la omisión o defectuosa realización de los actos de comunicación constituye una indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso¹⁵⁷.

¹⁵⁴ *Vid.*: Cano Mata, A. Derecho a la tutela judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional. Editorial Edersa, Madrid, 1984; González Pérez, J. El derecho a la tutela jurisdiccional, Editorial Civitas. Madrid 1984, Pags. 25-40; Martínez Val, J. M. Cinco sentencias sobre derecho a la tutela judicial. Revista General de Derecho, 1986, núm. 498, Págs. 626 a 631; Alonso García, E. "El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en AA.W. Estudios sobre la Constitución española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Editorial Civitas. Madrid, 1991, tomo II, Págs. 973 a 1026; Figueruelo Burrieza, A, El derecho a la tutela judicial efectiva. Editorial Tecnos. Madrid, 1990; Bujosa Vadell, L. M. y Rodríguez García, N. Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional. La Ley. Núm. 4765, 1999, Pags. 1-19; Chamorro Bernal, F. "El concepto de indefensión en la doctrina del Tribunal Constitucional español." en Constitución y Proceso. –AA.VV. y Priori Posada, G., Coord.-. Editores Ara. Lima, 2009, Págs. 153-181; Priori Posada, G. "Lineamientos para la tutela del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional." en Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales. Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución.-AA.VV. y Priori Posada, G., Coord.-. Editorial Palestra. Lima, 2014, Págs. 173-183.

¹⁵⁵ *Cfr.*: STC 334/1993, de 15 de noviembre.

¹⁵⁶ Los elementos apuntados por la doctrina como constitutivos de la indefensión son, a juicio de Díez-Picazo Giménez, los siguientes: a) la infracción de una norma procesal, 2) la privación o limitación de los medios de defensa, 3) la falta de imputabilidad al justiciable, 4) el carácter definitivo y la falta de subsanación, 5) la carga de especificar la defensa preterida y 6) el juicio de incidencia (*cfr.*: Borrajo Iniesta, I, Díez-Picazo Giménez, I, y Fernández Farreres, G. El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Editorial Civitas. Madrid, 1995, Pág. 103.

¹⁵⁷ *Cfr.*: SS. TC 219/1999, de 29 de noviembre; 128/2000, de 16 de mayo; 268/2000, de 13 de noviembre; 293/2005, de 21 de noviembre; 2/2008, de 14 de enero; 158/2007, de 2 de julio; 131/2014, de 21 de julio y 180/2015, de 7 de septiembre, entre otras muchas.

Bajo la misma línea de pensamiento la C.C.Ec.¹⁵⁸ decidió negar la acción extraordinaria de protección sobre la acción de nulidad de laudo manifestando que en el caso analizado se ejercieron a plenitud todas las garantías constitucionales, debido a que si se contó con tiempo oportuno para preparar la defensa y ser escuchados por el órgano judicial en igualdad de condiciones; las partes fueron debidamente asistidas por sus abogados patrocinadores; el proceso judicial fue conocido y resuelto por jueces competentes; la Corte advierte que las todas las sentencias expedidas se encuentran motivadas de acuerdo a lo establecido en la constitución, por lo cual no se vio violentado al debido proceso.

El otro aspecto, al que se hacía referencia en líneas anteriores es que el laudo arbitral, no es una sentencia puesto que ésta es el principal pronunciamiento que el Juez hace sobre la controversia, ésta no emana de una autoridad judicial, no es producto de la justicia ordinaria; no es menos cierto que si constituye el pronunciamiento final del procedimiento, constituye el final de la controversia, y produce efecto de cosa juzgada. Sin que se produzcan confusiones, debiendo destacarse solamente que hay determinados elementos de la sentencia que podemos destacar se hacen presente en el laudo arbitral; sin que puedan asimilarse o llegar a la conclusión que son lo mismo.

Es así como el T.C.¹⁵⁹, se pronuncia al respecto estableciendo que a pesar de que en ambas, se utiliza el derecho, ese *ars* o esa técnica, como medio para ponerle fin a un conflicto de forma justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución. Establece que las diferencias entre ambas también son nítidas. Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje solo llega hasta donde alcanza la libertad, que su fundamento y su motor. Por ello quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder disposición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la

¹⁵⁸ Cfr.: Sentencia, Núm. 063-12-SEP-CC. (2012)

¹⁵⁹ ATC 259/1993, de 20 de julio.

L.A. Además del elemento subjetivo conectado con el objetivo de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo 117 de la C.E.), revestido por tanto de *imperium*, y del “árbitro” desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. (...) el árbitro no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos jurisdiccionales y necesita además del brazo secular del juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque solo a los jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado.

El laudo, al igual que la sentencia, es obligatorio para las partes, éstas no pueden acogerlo de considerarlo conveniente, o si beneficia a sus pretensiones. La autonomía de la voluntad expresada en el convenio, conlleva la obligación de acoger el pronunciamiento final, contenido en el laudo arbitral, y de no acatarse su contenido obligatoriamente podrá exigirse su cumplimiento forzoso a través de los mecanismos de ejecución del laudo. Si el laudo arbitral tiene objeciones existen los mecanismos legales –como la acción de nulidad de ser procedente– o constitucionales –como la acción extraordinaria de protección, a pesar de la opinión de la autora de este trabajo, que será expuesta más adelante-, para hacer valer los derechos que se consideran conculcados.

Bajo la misma línea de pensamiento el T.S.¹⁶⁰ establece mediante sentencia que cuando las partes pactan el acuerdo arbitral, no solo se someten a que su controversia no se resuelva ante la justicia ordinaria y que la autoridad competente es el árbitro, sino que además implícitamente, las partes se están sometiendo al cumplimiento de la decisión tomada por dichos árbitros.

¹⁶⁰ STS 1ª 14 junio 2001 [RJ 2001, 4338)

Adicionalmente en el sistema español reconoce que en caso de que existan objeciones con respecto al laudo expedido por los árbitros, debido a que este es un equivalente jurisdiccional¹⁶¹, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada. La ley especial de la materia prevé los mecanismos específicos de revisión judicial de los laudos arbitrales, de forma que solo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos en la ley¹⁶².

Al igual que, respecto de la teoría jurisdiccional deben destacarse las características de ésta teoría que, en opinión de Becerra Toro¹⁶³, son:

1. El arbitramento es un instituto privado;
2. El vínculo entre las partes y el árbitro es privado;
3. Se trata de un contrato de tracto ejecución procedimental;
4. El árbitro no cumple funciones jurisdiccionales, pues su poder proviene de las partes;
5. La decisión del árbitro no constituye una sentencia, sino un negocio jurídico entre las partes, a través de sus mandatarios, para la definición de cierto conflicto privado¹⁶⁴;

¹⁶¹ La función de “equivalente jurisdiccional” que ostenta el arbitraje, conduce a los distintos sistemas jurídicos a establecer, en la persona de los árbitros, una serie de derechos orientados a posibilitar el desarrollo de esa función, como se evidencia, por ejemplo, en la jurisprudencia francesa donde se considera que el árbitro es un verdadero juez, que cumple una misión jurisdiccional y que accede en virtud de su designación al estatuto de juez -*cf.*: Fouchard, Ph. Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française. Revista de arbitraje, 1996, Págs. 32–75.

¹⁶² STC 288/1993, de 4 octubre.

¹⁶³ *Vid.*: Becerra Toro, R. Manual de Arbitraje en Colombia..., ob. cit., Pág. 26.

¹⁶⁴ Haciendo referencia a la cita anterior se considera que efectivamente se logra destacar las características de la teoría contractualista, sin embargo no se puede dejar pasar la discrepancia con lo indicado, los árbitros no son mandatarios de las partes, aun cuando sean designados por

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

Para terminar con el análisis de ésta teoría puede decirse que, esta autonomía de la voluntad que la fundamenta, permite separar al arbitraje del formalismo y rigor que caracteriza al procedimiento civil, y por lo tanto puede concluirse que “... *la teoría contractual sostiene que el arbitraje es un caso particular de la libertad contractual y enfatiza que es la casi omnímoda autonomía de la voluntad la que da origen a un sistema de justicia privada ...*”¹⁶⁵.

2.3. Teoría Mixta

Expuestas las dos teorías contrapuestas en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, es procedente comenzar con el análisis de la teoría mixta, que se construye a partir de las deficiencias o limitaciones que presentaron las dos teorías anteriormente expuestas, sea por dependencia de la voluntad de las partes, o por la rigurosa jurisdiccionalidad en el desarrollo de la institución, característica de la primera de las teorías explicadas.

En esta línea se ubican, entre otros, recuerda Pérez-Cruz Martín¹⁶⁶, Carnelutti (*Instituciones del Proceso civil. Tomo I*) o Micheli (*Curso de Derecho Procesal Civil. Vol. 1*), en Italia; y, en España, Silva Melero (El compromiso) y Prieto-Castro y Ferrandiz (*Tratado de Derecho Procesal civil. Tomo II*).

Sostiene Montesinos García que: “... *la teoría ecléctica o mixta que obedece a esa doble faceta de la institución arbitral que se basa en la autonomía*

éstas, no se deben a ellas, no deben responder a los intereses de éstas en el proceso, y su característica fundamental es la independencia e imparcialidad que debe caracterizar su actuar.

¹⁶⁵ González de Cossío, F. Arbitraje... ob. cit., Pág. 20.

¹⁶⁶ Reflexiones sobre la naturaleza ..., trab. cit. en Los Nuevos Retos del arbitraje ..., ob. cit., Págs. 99-100.

de la voluntad de las partes, que se plasma en el contrato del arbitraje y que posteriormente es desarrollada a través de un proceso y de ahí la incardinación del arbitraje en las leyes procesales. Es ésta la postura que más discípulos presenta en hoy en día ...”¹⁶⁷.

Esta teoría propone, como su nombre lo indica, una posición mixta entre ambas, destacando respecto de la teoría jurisdiccional dos aspectos, el primero la necesidad de una debida y adecuada relación entre los tribunales arbitrales y las Cortes de Justicia, en materia de acción de nulidad, lo cual es correcto y esencial tomando en cuenta lo indicado respecto del control judicial del arbitraje, y el cumplimiento obligatorio de determinadas causas que no podrán, ni a pretexto de la autonomía de voluntad ser negociadas o renunciadas, pues miran a un orden público determinado.

En este sentido, el T.S.¹⁶⁸ señala que la doctrina científica y la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje de manera indiferenciada como equivalente jurisdiccional, ha ido han ido evolucionado hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal. Así establece como en jurisprudencia constitucional se distingue con nitidez, por una parte, la actividad arbitral como relacionada con el principio de voluntad, pero regulada por la legalidad ordinaria al margen de la protección reforzada mediante el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24 de la C.E.; y por otra, la intervención judicial excepcional establecida la ley de arbitraje de España, que constituye la única actividad jurisdiccional estatal propiamente dicha. Así, el T.S., concluye que el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales

¹⁶⁷ Algunas reflexiones sobre el convenio arbitral. Revista de la Corte Española de Arbitraje. 2006, Pág. 26.

¹⁶⁸ STS 1ª 9 julio 2009 [RJ 2007, 4960]

en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable, y de ahí la formulación del principio de exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituye la razón de ser de la institución¹⁶⁹.

Destaca además la asimilación que propone de los árbitros a los jueces¹⁷⁰, blindando al laudo arbitral de ataques no reconocidos, dotándoles de la misma eficacia que tienen los pronunciamientos de los jueces, evitando el conveniente desconocimiento del laudo arbitral por la parte vencida en el procedimiento. Finalmente, reconoce y acepta que los requisitos de validez tanto del convenio como del laudo arbitral se encuentran previstos en una Ley; pero aceptando la “... posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, más ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece ...”¹⁷¹.

Respecto de la teoría contractualista, la mixta toma la explicación de que encuentra su fundamento en la voluntad de las personas que suscriben el convenio, es esta voluntad la que da origen a esta forma de jurisdicción convencional. No es el Estado, no es una Ley, no es una norma jurídica emanada de la autoridad competente la que legitima el arbitraje. Son las partes las que determinan las reglas a seguir, moldean el procedimiento, lo diseñan, incluso debe recordarse que el arbitraje puede ser en derecho o en equidad, son las partes las que resuelven, inclusive, la conformación del Tribunal Arbitral, sometiendo su controversia al número de árbitros que éstas pacten, pudiendo ser un Tribunal propiamente dicho, o un único árbitro que adopta todas las potestades y decisiones y debe resolver, en forma única, la controversia.

¹⁶⁹ STS 1ª 11 febrero 2010 [RJ 2010, 3771]

¹⁷⁰ Artículos 7 y 8 de la L.A.M., disponen en el primero la separación del conocimiento de jueces ordinarios de controversias sometidas por a la partes a la decisión de un árbitro y en el segundo se establece la participación del órgano judicial en caso de renuncia expresa o tácita por parte de los sujetos que pactaron el convenio arbitral.

¹⁷¹ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Pág. 21.

Las reglas pactadas por las partes, son de cumplimiento obligatorio. Esta teoría logra identificar en debida forma la naturaleza del arbitraje, alejándose de posturas doctrinarias, dogmáticas o situaciones incompatibles, que se presentan en las teorías anteriores.

Afirma Haderspock Gutierrez que: *“Por lo expuesto anteriormente podemos afirmar que en Bolivia el arbitraje goza de una naturaleza jurídica mixta, sin embargo, nuestra Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley No. 1770, estable, irónicamente, que la naturaleza jurídica del arbitraje en Bolivia es contractual. Discrepamos con dichas afirmaciones por las consecuencias que pudiera traer, a nuestro entender si bien el arbitraje es contractual por su origen, debe ser a la vez jurisdiccional para que el laudo arbitral pueda ser eficazmente cumplido, de lo contrario sería un simple mandato que no puede ser impuesta por la fuerza mediante una ejecución forzosa.”*¹⁷².

Para concluir puede recordarse que, en opinión de Talero Rueda, quien, con respecto a esta polémica, ha señalado que esta institución es *“... un mecanismo sui generis para la resolución de conflictos, dado su carácter privado, su vocación de efectividad y su sujeción a determinadas normas imperativas de los Estados ...”*¹⁷³.

2.4. Teoría Autónoma

¹⁷² El arbitraje: Aspectos Generales. <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/arbitraje-aspectos-generales/arbitraje-aspectos-generales.pdf> (Consultado el día 22 de abril de 2016).

¹⁷³ Arbitraje Comercial..., ob. cit., Pág. 16.

Desarrollada a partir de los postulados de la teoría mixta, se sustenta en que el arbitraje no es una institución de naturaleza jurisdiccional, ni contractual, ni trata tampoco de buscar nexos o vínculos evidentes u ocultos que permita explicar la institución; la teoría autónoma, como su nombre lo explica, parte de una concepción del arbitraje como una institución con características, elementos e instituciones que le son propias, y que la convierten en “algo” que no se puede encasillar en otra institución, no pretende buscar elementos analógicos o antagónicos, sino que desarrolla la institución a partir de sus propias características.

La teoría autónoma lo considera al arbitraje en sí mismo, una institución con sus propias finalidades y desarrollo, a partir de ésta teoría se ha podido construir en forma eficiente y correcta el arbitraje internacional, González de Cossío, ha señalado respecto del arbitraje, que se constituye: *“Como un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un procedimiento justo, diseñado para satisfacer ciertas características del caso particular, pero que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales, los cuales son justamente lo que se trata de evitar. Al optar por el arbitraje, esperaban que los árbitros fueran imparciales y justos, que el laudo que eventualmente se emitiera fuera final y vinculatorio, y de fácil ejecución.”*¹⁷⁴.

Además, el citado autor, comparando la teoría autónoma con la mixta, encuentra su fundamento: *“La teoría autónoma es una versión refinada de la teoría mixta. Si bien reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el foco de atención de los mismos. En lugar de darle más peso al papel que el derecho de la sede del arbitraje puede ejercer y a la autonomía de la voluntad de las partes, se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan participar en el procedimiento arbitral.”*

¹⁷⁴ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Pág. 17.

Respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, Vidal Ramírez, ha afirmado que en éste “... se aglutina en un conglomerado de normas jurídicas orientadas a darle un carácter propio y que al mismo tiempo lo regulan, lo que hace del arbitraje una institución jurídica ...”. Dicho autor destaca que el arbitraje tiene una estructura que le es propia y particular, lo que le confiere un carácter especial, propio de una institución jurídica singular, sin importar donde encuentra su origen, además el autor ha dicho que el arbitraje constituye en “... una función jurisdiccional, desde que los árbitros deben declarar el derecho que asiste a una de las partes al resolver la controversia que han sometido a su conocimiento ...”¹⁷⁵.

De destacar, sin duda, es la opinión de Almagro Nosete¹⁷⁶, quien sostiene que tanto las teorías contractualista como las jurisdiccionalista, por conducir al reduccionismo, resultan insuficientes. Las jurisdiccionalista, si bien, en el plano interno explican “la función arbitral como delegada o consentida por la jurisdicción del Estado”, en el ámbito internacional “no es posible concebida la institución arbitral como un derivado de una jurisdicción inexistente”, abogando, dicho autor por la consideración del arbitraje como una institución netamente procesal, que no debe confundir con el proceso jurisdiccional estatal “... y que necesita de una tutela jurisdiccional propia y diferenciada de la común y general dispensada a los contratos. Proceso arbitral y proceso jurisdiccional, ambos declarativos, coinciden y se unifican en el proceso jurisdiccional de ejecución.”.

Por su parte, en esta línea se ubica Barona Vilar, sosteniendo que: “El arbitraje es arbitraje y esa es su naturaleza”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Ramírez, F. V. Manual de Derecho Arbitral, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2003, Págs. 19-36.

¹⁷⁶ La ejecución del laudo arbitral. Revista Universitaria de Derecho Procesal., núm. 0, 1988, Págs. 18 y 19.

¹⁷⁷ Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), AAVV, (Barona Vilar, S.). Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004, Pág. 55.

2.5. Opinión personal acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje

A fin de poder finalizar este análisis y avanzar a nuevos temas respecto de esta institución, se señalan dos posturas adoptadas respecto del arbitraje, en países vecinos donde los estudios y avances doctrinarios y legales en relación a ésta institución han sido importantes. Posteriormente este análisis se realizare una revisión desde la perspectiva ecuatoriana y su comparación con España.

Desde hace algunos años, Perú ha adoptado la teoría jurisdiccional del arbitraje, ya que éste forma parte de la función judicial, declarando el artículo 139 de la Constitución de Perú¹⁷⁸ la unidad judicial y la exclusividad de la función ejercida por el Poder Judicial, disponiendo adicionalmente que no existe jurisdicción de carácter independiente, reconociendo únicamente al arbitraje y a la jurisdicción militar.

Como se ha indicado en el caso del Ecuador la C.Ec., reconoce en debida forma al arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos, mecanismo que se aplicará con sujeción a lo determinado por la ley, y en aquellos casos que se trate de materia transigible. Reconoce además, que las instituciones públicas podrán someter sus controversias de origen contractual al arbitraje, cumpliendo en forma previa con el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, y que se pacte únicamente arbitraje en derecho.

Para comprender la institución, alcance, responsabilidades y funciones de la institución resulta trascendentes determinar si el arbitraje constituye o no una jurisdicción. El tema no ha sido fácil a través del tiempo, han existido posturas

¹⁷⁸ Artículo 139 Constitución Política de la República de Perú, de 29 de diciembre de 1993. *Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

1. *La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. (...)*.

encontradas, que no han sido definitivas, y ni la doctrina ni las legislaciones han adoptado una postura única.

Ya se ha visto que, incluso, por norma constitucional, el arbitraje, en Perú es de naturaleza jurisdiccional. Costa Rica ha adoptado igual postura¹⁷⁹; por su parte, en Colombia, el artículo 116 de la Constitución de la República¹⁸⁰, textualmente dispone: “... *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley ...*”.

En forma acertada, el artículo 139 de la Constitución de Perú destaca que los árbitros están investidos de función de administrar justicia en forma temporal, es decir, dependiendo del caso concreto que es sometido a su conocimiento, análisis y resolución¹⁸¹. Acorde con lo expuesto en la normativa colombiana, la

¹⁷⁹ Artículo 43. *Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.*

Artículo 152 Constitución Política de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949. *El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley.*

¹⁸⁰ Artículo 116 Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo modificado por Acto Legislativo Núm. 03 del 19 de diciembre de 2002, publicado en el D.O., Núm. 45.040, de 19 de diciembre de 2002. *“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”.

¹⁸¹ Como señala Bullard González las características de nuestro Poder Judicial condujeron a la creación de una serie de «sustitutos» confiables. Dado que la reforma del Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Así, se renuncia o se diferencian las reformas judiciales, y se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las prestaciones del sistema político sobre los agentes económicos (Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. Revista Peruana de Arbitraje. núm. 2, 2006, p. 166).

Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado¹⁸², en los términos siguientes: “... *atribución de los poderes jurisdiccionales a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto del derecho público, operara por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes, pues si bien éstas dan el modo para que se produzcan tales efectos jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones de voluntad ...*”.

Pese a una postura tan clara del máximo órgano judicial de Colombia, y el contenido del artículo 116 antes citado, mayoritariamente la doctrina colombiana¹⁸³ considera, y así lo ha expuesto en forma reiterada, que la actuación de los árbitros se asimila o asemeja a la de los jueces, que el arbitraje es un proceso, que los laudos arbitrales se asimilan a las sentencias pronunciadas por jueces ordinarios, con lo cual con todos estos elementos se observa que se toman postulados de la teoría contractualista.

Debe exponerse que importante literatura especializada en esta materia¹⁸⁴, se aparta de definir o comprender al arbitraje relacionándolo o amparándolo en la función judicial estatal, y lo analiza, como corresponde desde la perspectiva de un mecanismo alternativo de solución de conflictos, de carácter heterocompositivo, que encuentra su fundamento en la libertad contractual de las personas, en el libre arbitrio de las personas en aquellos temas que miran a su interés personal y sobre los que puede transigir, de carácter mercantil, comercial, inversiones, entre otras

¹⁸² Sentencia, del Pleno de la Corte, de 21 de marzo de 1991.

¹⁸³ Becerra Toro, R. Manual de Arbitraje en Colombia..., ob. cit. señala: “*En nuestro criterio, sin dejar de reconocer los interesantes ensayos acerca de la naturaleza procesal del arbitraje, pensamos que esta es eminentemente contractual, y no solo un proceso o procedimiento, de modo que se rige por las reglas de las obligaciones y de los contratos, y se contrae al trámite previsto en las disposiciones legales que lo estructuran y en las generales del procedimiento civil, de modo que lo procesal es accesorio a lo sustantivo. Ello, por cuanto lo que da origen al arbitraje es el acuerdo de las voluntades con alcance jurídico, para que un tercero investido de facultades jurisdiccionales confiadas por las partes, defina la controversia existente entre ellas. El tercero designado dirime sí el conflicto entre partes, con investidura jurisdiccional, pero, por el encargo confiado por quienes tienen interese contrapuestos*” (Pág. 29).

¹⁸⁴ Caivano, R. J. Arbitraje ..., ob. cit., Pág. 32; Pinzón M. A. y Rodríguez López T. De la Naturaleza contractual..., ob. cit., Pág. 11.

materias; quienes bajo esta perspectiva aceptan someterse a éste mediante un convenio arbitral, que contiene su voluntad expresa y manifiesta, de carácter obligatorio.

Como se ponía de manifiesto al inicio, y, posteriormente se harán las reflexiones respecto de la jurisdicción y el arbitraje, de todas las facultades que ésta confiere los árbitros están impedidos de ejercer la *coertio* y la *executio* para exigir el cumplimiento de lo dispuesto en las providencias arbitrales. Por su parte el Estado solamente podrá intervenir, en el ejercicio de la jurisdicción estatal, para conocer y resolver de la acción de nulidad del laudo arbitral; que procede conforme las causales que han sido previstas legalmente, no pudiendo los jueces pronunciarse sobre el fondo de la materia.

Debe, entonces, considerarse correcta aquella postura de la doctrina que considera la jurisdicción que se confiere a los árbitros, es una jurisdicción independiente, y que esta afirmación no afecta para nada la unidad jurisdiccional que se consagra, actualmente, en la mayoría de los Estados en sus respectivas normas fundamentales.

Pese a la clarísima calificación de que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales que realiza el C.O.F.J.¹⁸⁵, el artículo 190¹⁸⁶ de la C.Ec., que lo califica como mecanismo alternativo de solución de conflictos, y el contenido del

¹⁸⁵ Artículo 7.- Principios de Legalidad, Jurisdicción y Competencia.- *“La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Sólo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones. Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.”*

¹⁸⁶ Artículo 190. *Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley ...”*

artículo 17¹⁸⁷ del C.O.F.J, que lo califica como un servicio público a la comunidad, que se ejerce con sujeción a la Ley.

Siguiendo la línea de pensamiento contenida en este punto, resulta interesante incluir un análisis realizado por el Tribunal Constitucional de Perú, respecto de un expediente¹⁸⁸ puso fin a un proceso de Hábeas Corpus que se siguió por parte de un árbitro contra un Fiscal por considerar que en la privación de su libertad se habían violentado garantías propias del debido proceso; cabe indicarse que la existencia de este proceso generó importantes incidentes en el procedimiento arbitral. El pronunciamiento materia de análisis del Tribunal Constitucional de Perú, fue determinante para analizar e interpretar el arbitraje en Perú, analizándolo a partir del contenido del artículo 139 de la Constitución Política de la República del Perú¹⁸⁹, concluyendo que es una jurisdicción privada. Afirma Santisteban Noriega, que lo que hizo el Tribunal Constitucional peruano, fue darle: *(...) inmunidad al arbitraje frente a la acción del Poder Judicial, del Ministerio Público y de cualquier otra autoridad –incluidas las autoridades administrativas– lo suficientemente protectivo como para que los árbitros (o el árbitro único) puedan cumplir a plenitud y sin interferencias el propósito de “decir el derecho” en el caso concreto y resolver los conflictos de interés que las partes han puesto en sus manos (...)*¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Artículo 17. “Principio de servicio a la comunidad.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.

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

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

¹⁸⁸ Núm. 6167 – 2005 – PHC/TC

¹⁸⁹ Vid.: Artículo 139. *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

¹⁹⁰ Arbitraje y Jurisdicción desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional de Perú. Revista Peruana de Arbitraje, núm. 2, 2006, Pág. 17; Álvarez Miranda, E. y Muñoz Hernández, G. “La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales”. en Arbitraje y Constitución. –AA-VV-. Lima 2012, Págs.

El blindaje que ofreció al arbitraje la Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú permite llegar a las dos conclusiones que pasan a exponer a continuación:

1. Tratándose el arbitraje de una jurisdicción de carácter privada está sometida al control posterior de legalidad
2. El arbitraje está sometido a un control de constitucionalidad, a través del órgano competente, habiéndose cumplido los requisitos y condiciones para que la vía constitucional se active.

Este pronunciamiento, del máximo órgano intérprete constitucional de Perú, ha significado que la jurisdicción arbitral constituye una excepción a la jurisdicción ordinaria, que operaba como un monopolio estatal¹⁹¹. Cabe destacarse, además,

17-45; Beaumont Callirgos, R. "El nuevo proceso de amparo arbitral: sobre su aplicación temporal." en Arbitraje y ... ob. cit., Págs. 45-61; Landa Arroyo, C. El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. en Ponencias del Congreso ..., ob. cit., Págs. 103-139; Zegarra Pinto. Abogados y Consultores. Breves comentarios sobre la improcedencia del amparo contra laudos arbitrales: precedente vinculante del Tribunal Constitucional. <http://ezplaw.com/index.php/articulos/44-breves-comentarios-sobre-la-improcedencia-del-amparo-contra-laudos-arbitrales-precedente-vinculante-del-tribunal-constitucional-exp-n-00142-2011-pa-tc> (consultado el día 23 de abril de 2016); Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R. ¿Cómo se han relacionado el arbitraje y el amparo en los últimos años?. Revista Boliviana de Derecho, núm. 11, 2011, Págs. 2014-221. ; Villar-García, N. ¿Cómo defender la jurisdicción arbitral pactada frente a las cautelares y a los amparos. - http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_11/Como_Defender_la_Jurisdiccion.pdf (consultado el día 22 de abril de 2016).

¹⁹¹ Necesariamente debe quedar reseñada el pronunciamiento el Tribunal Constitucional, en una sentencia, que resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Dicha sentencia establece precedentes vinculantes en materia arbitral, uno de ellos relacionados a la improcedencia de las demandas de amparo contra los laudos arbitrales, esto en virtud a que el TC considera que "el recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5°, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia".

El TC reconoce, afirma Zegarra Pinto, que: "... (en la aludida sentencia) la importancia del arbitraje dentro del orden constitucional peruano, razón por la cual considera adecuado proceder a

que tras la sentencia ya referida, resulta evidente la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley de Arbitraje de Perú¹⁹², que reconoce que la jurisdicción arbitral se ejerce de una manera exclusiva y excluyente. Exclusiva solamente por los árbitros y excluyente porque excluye a otras personas de la facultad de conocer y resolver la controversia que se somete a su jurisdicción¹⁹³.

De los cuarenta y nueve considerandos de la sentencia del Tribunal Constitucional, anteriormente citada, merece la consideración reparar en las afirmaciones siguientes:

“... De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de

reformular o consolidar los criterios establecidos por el propio TC, desde el año 1999 a la fecha. Es en virtud a todo esto, que en la Sentencia recaída en el expediente N.º 00142-2011-PA/TC, el TC establece varias reglas –con calidad de precedentes vinculantes– para el tema de la improcedencia y procedencia del amparo arbitral así como para el control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas en la jurisdicción arbitral.” (Breves comentarios sobre la improcedencia del amparo ..., cit.).

En relación al mismo pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano afirma Giovanni Priori que: *“El Tribunal Constitucional estableció un precedente vinculante en el expediente No. 142-2011-PA/TC acerca de la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de laudos arbitrales. Este precedente ha sido aplaudido por la “comunidad arbitral” nacional, debido a que se ha sostenido que él establece importantes límites a la posibilidad de control de los laudos arbitrales, por parte del Poder Judicial y del Tribunal Arbitral.”* (El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado por el precedente vinculante 142-2011-PA/TC. Arbitraje PUCP, núm. 2, 2012, Pág. 26).

¹⁹² Vid.: Artículo 3. *“Principios y derechos de la función arbitral 1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga. 2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones. 3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo. 4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.”*

¹⁹³ Vid.: Álvarez Miranda, E. y Muñoz Hernández, G. La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales. en Arbitraje y Constitución –AA.VV.–. Editorial Palestra. Lima 2012, Págs. 17-47; Espinosa-Saldaña Barrera, E. Notas sobre la actividad arbitral a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. en “Arbitraje y ...”, ob. cit, Págs. 129-152.

las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna ambas dimensiones (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este colegiado.

“Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales ...”¹⁹⁴ (las negrillas son de la autora).

En sentido similar, el T.S.¹⁹⁵, declara que, en efecto, el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. Así la C.E., según el Tribunal, solo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la L.A. prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado; entre las más relevantes, en la práctica de la

¹⁹⁴ Santisteban de Noriega J. Arbitraje y Jurisdicción..., ob. cit., Pág. 41.

¹⁹⁵ STS 1ª 11 febrero 2010 [RJ 2010, 3771]

prueba¹⁹⁶, la intervención en la designación de los árbitros¹⁹⁷, el examen judicial del convenio arbitral¹⁹⁸ la acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo¹⁹⁹, y, finalmente, adopción de medidas cautelares²⁰⁰.

¹⁹⁶ Cfr.: SS. AP de Sevilla de 4 de noviembre de 1993 (AC 1993/2278); de Castellón, 2ª, de 27 de marzo de 1998 (AC 1998/752); de Lérida de 27 de marzo de 1998 (AC 1999/1754).

¹⁹⁷ La primera cuestión, que suscita el artículo 15.3 de la L.A., afirman López de Argumedo Piñeiro y Menéndez de la Cuesta Lamas que “... si, para acceder o rechazar la solicitud, se debe efectuar un examen a fondo de la validez y eficacia del convenio arbitral o, por el contrario, debe llevarse a cabo un mero examen prima facie de la cláusula arbitral. La respuesta la encontramos en la propia exposición de motivos, donde se nos dice que ‘el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse en primer término, sobre su propia competencia” (La intervención judicial en el arbitraje: Análisis de jurisprudencia española reciente. Revista del Club Español del arbitraje, núm. 8, 2010, Págs. 12-13).

¹⁹⁸ Un examen de la jurisprudencia sobre la materia confirma, tanto bajo la L.A./1988, como con la L.A, permite afirmar que la doctrina de los Tribunales mantienen en estos casos una clara tendencia hacia la *cognitio* plena. El T.S., en S., 1ª, de 23 de mayo de 2002 (R.A. 6421/2002) mantuvo que es el árbitro quien debe determinar su competencia y que, una vez fijada ésta, su decisión debe prevalecer sobre cualquier otra determinación posterior de los tribunales, por lo que revocó la sentencia de la Audiencia y consideró que la cuestión no podía ser excluida del arbitraje.

La inexistencia de cuestionamiento sobre si se debe entrar a examinar la validez prima facie del convenio arbitral o, por el contrario, se debe llevar a cabo un análisis de fondo) se repite, de nuevo, en la S. TS, 1ª, de 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8627) referente a un conflicto de una comunidad de propietarios que habían sometido a arbitraje todas las controversias que existían entre ellos en los siguientes términos: “*Todos los propietarios se obligan a someter las contiendas que entre ellos se susciten a juicio de árbitros*”. El T.S., sin plantearse la dicotomía sobre si el examen de la cláusula arbitral debe ser preliminar o de fondo concluye, sin mayor exégesis, que, efectivamente, la cláusula arbitral debe aplicarse (cfr.: López de Argumedo Piñeiro, A. y Menéndez de la Cuesta, K. La intervención judicial en el arbitraje: ..., Pág. 8).

¹⁹⁹ En relación con el auxilio judicial, afirma Cremades Sanz-Pastor que: “*La potestad jurisdiccional del árbitro no tiene, sin embargo, el mismo alcance que la otorgada por la Ley a los Juzgados y Tribunales, ya que frente a la del poder de los jueces de ejecutar lo juzgado, atribuido ex lege, el árbitro necesitará del auxilio judicial, cuando la voluntad de las partes resulte insuficiente para llevar a buen fin el procedimiento, o para cumplir lo decidido en el laudo.*

La equivalencia entre el laudo y la sentencia judicial hace necesario el sometimiento del laudo al control judicial, mediante el ejercicio de la acción de anulación previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA) para salvaguardar la conformidad del laudo al orden de público del que Jueces y Tribunales son garantes. Reconocida esta vinculación de los árbitros con los órganos jurisdiccionales del Estado, parece lógico pensar que se permita a éstos la posibilidad recurrir al brazo judicial para salvaguardar y agilizar el procedimiento arbitral.

Por lo tanto, Jueces y Tribunales desempeñan una función primordial en el éxito del arbitraje: en primer lugar, mediante el apoyo y control del arbitraje; y en segundo lugar, en el procedimiento de ejecución del laudo arbitral. ...” (El Arbitraje en la doctrina constitucional española. Revista Internacional de Arbitraje, 2007, Pág. 15).

²⁰⁰ Contemplado en los artículos 8.3 y 23 de la L.A., señalan López de Argumedo Piñeiro y Menéndez de la Cuesta que: “... superada ya la vieja imposibilidad de que los árbitros pudieran acordar medidas cautelares, lo cierto es que éstas se siguen solicitando en mayor medida ante los

De la transcripción antes realizada resulta evidente la relación que existe entre la justicia ordinaria y el arbitraje, en cuanto a lo que corresponde a la legalidad de las actuaciones que deben cumplir las partes en una y otra. Sin embargo en materia de esta jurisdicción privada, como ha sido catalogada el arbitraje en Perú, el control judicial es a posteriori, esto es, una vez que los árbitros han cumplido con el encargo que les fuera conferido, se encuentra terminada la controversia; y corresponde ventilarse ante la autoridad judicial correspondiente la revisión de legalidad del laudo, correspondiéndole entonces a las leyes de arbitraje de los países determinar los casos en que procede la nulidad del laudo, ante quien debe interponerse y cómo deberá de tramitarse una vez presentada una acción de ésta naturaleza; cabe indicar que no existe uniformidad por parte de la doctrina ni de las legislación respecto a ninguno de estos aspectos.

De entre los pronunciamientos más importantes, en materia arbitral, en España, se encuentra la sentencia del T.C.²⁰¹ en el que se ha analizado la naturaleza del arbitraje, toda vez que a diferencia de lo que ocurre en Ecuador, este es un método que no está reconocido expresamente en la C.E., pero que encuentra su justificación, como se ha dicho anteriormente, en la voluntad de las partes. En ese sentido, el T.C. ha señalado que:

“un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtenerlos mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la

tribunales jurisdiccionales ordinarios (y no ante el tribunal arbitral). Ello obedece a que en muchas ocasiones la urgencia de la medida requiere que su solicitud (y adopción) se produzca con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, lo que obliga -lógicamente- a solicitarla ante un órgano jurisdiccional (salvo en arbitrajes administrados por instituciones que prevén la posibilidad de nombrar un tribunal de urgencia -distinto al que ha de resolver sobre el fondo del asunto- para adoptar la medida, tales como el Netherlands Arbitration Institute -NAI- o la CCI). Expuesto lo anterior, debemos señalar que la práctica de nuestros tribunales confirma que éstos son generalmente sensibles a la necesidad de la tutela cautelar en el arbitraje y que -cuando se reúnen los requisitos exigidos legalmente- los tribunales tienden a concederla de inmediato (La intervención judicial: ..., trab, cit., Págs. 16).

²⁰¹ SS. TC 62/1991, de 22 de marzo; 15/1997, de 30 de enero, entre otras.

obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada.”.

Reconociendo «... que la institución arbitral es compatible con la Constitución ...» “... los árbitros, al igual que los Jueces y Tribunales, ... prestan también tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en el sentido del artículo 24.1 CE, ya que su actividad —desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes— conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa. El que existan vías judiciales para anular el laudo corrobora que los árbitros prestan auténtica tutela jurisdiccional ...”²⁰².

En ese sentido, Cremades²⁰³ sostiene que: *“Entendiendo el Tribunal Constitucional que no existe una equiparación plena entre los órganos judiciales y los arbitrales, no puede mantenerse que la naturaleza del arbitraje sea puramente jurisdiccional, sino que nuestro Derecho configura el arbitraje como una institución de origen contractual pero con efectos jurisdiccionales.”.*

La L.A.M., recoge lo reconocido por la doctrina²⁰⁴ respecto de la institución arbitral, y es que con la existencia de un convenio arbitral y sometida la controversia al conocimiento y resolución de los árbitros, la resolución que estos adopten serán de obligatorio cumplimiento por parte de quienes intervinieron en la

²⁰² SS. TC 15 de 26 de enero; 62/1991 de 22 de marzo; 288/1993, de 4 de octubre; 174/1995, de 23 de noviembre.

²⁰³ El arbitraje. Doctrina Constitucional española. Revista Lima Arbitration, núm. 1, 2006, Pág. 77.

²⁰⁴ García, F. “Arbitraje Societario”, en García, F. (ed.), Derecho Arbitral, Arequipa: Editorial Adrus, 2013, menciona que: *“El convenio arbitral es el acuerdo entre las partes para resolver sus controversias a través de un proceso arbitral. (...) se afirma que el convenio arbitral tiene un doble efecto: uno positivo y otro negativo. Genera un efecto positivo, pues las controversias serán resueltas en un proceso arbitral, donde las partes deberán cumplir con lo laudado. Así mismo, produce un efecto negativo, ya que otros órganos están impedidos de solucionar las controversias que mediante convenio arbitral se ha encargado de manera exclusiva a los árbitros”* (Pág. 306).

controversia, impidiendo que la causa sea conocida y resuelta por la justicia ordinaria²⁰⁵.

Sin embargo, las partes están facultadas para renunciar que la causa sea conocida y resuelta por árbitros, renuncia que puede ser expresa o tácita, sometiéndose a los jueces ordinarios que resultarán competentes. En caso de renuncia expresa, podrán las partes acordar, en uso de su autonomía de la voluntad, modificar el convenio arbitral y someter la causa a los jueces ordinarios²⁰⁶.

La otra forma de renunciar al convenio arbitral es hacerlo en forma tácita, cuando se presenta una demanda ante una autoridad judicial competente y la otra parte al tiempo de proponer excepciones no interpone la que se conoce como *excepción de arbitraje*, de proponer ésta excepción el Juez deberá correr traslado a la otra parte, exigirá la prueba de las afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha de notificación del traslado, y con respuesta o en rebeldía resolverá lo correspondiente. De aceptar la excepción ordenará el archivo de la causa, ejecutoriado el auto del Juez, se sustanciará el proceso conforme las reglas generales del arbitraje.

En primer lugar, con respecto a la legislación ecuatoriana se establece en el artículo 151 del C.O.G.E.P., que, el momento oportuno para excepcionar sobre la existencia de convenio arbitral es cuando se contesta la demanda, por medio de una de las excepciones previas contenidas de forma taxativa el artículo 153.10 del C.O.G.E.P., plantea la existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

²⁰⁵ Artículo 7. "El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria."

²⁰⁶ Artículo 8 de la L.A.M.

Por otra parte, el T.S.²⁰⁷ prescribe que si bien es cierto el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impide a los jueces y tribunales conocer las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje siempre que la parte a quien interese invoque inmediatamente la oportuna excepción, y señala que la L.A. establece que las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial, agregando que en todo caso se entenderá que renuncian cuando interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado el demandado realice después de personados al juicio, cualquier actividad procesal que no se la de proponer en forma la oportuna excepción.²⁰⁸

Bajo el mismo criterio se pronunció T.S.²⁰⁹, manifestando que el convenio arbitral voluntario es preciso para excluir la intervención de los jueces y tribunales en la decisión de la cuestión litigiosa, pero aun existiendo el mismo, e iniciada la controversia judicial por una de las partes que lo acordaron, quedara excluido el mismo, si el demandado, una vez personado en el juicio, no invocare de forma oportuna la excepción, entendiéndose que se produce por este también el sometimiento tácito, renunciando por lo tanto al arbitraje , *cuando realice después de personado en el juicio cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma oportuna excepción.*

De la misma forma se puede apreciar en la decisión de la C.C.Ec.²¹⁰ que acepta la acción extraordinaria de protección, debido a que la parte demandada ante órgano judicial se excepcionó de forma oportuna en el momento en que contestó la demanda sobre la existencia de un convenio arbitral, y a pesar de ello dicho Tribunal continuo con el conocimiento de la causa, en lugar de remitirla ante el órgano jurisdiccional competente que en este caso serían los árbitros, por lo

²⁰⁷ STS 1ª 29 septiembre 1997 [RJ 1997, 6824]

²⁰⁸ *Vid.:* Artículo 6 de la L.A. prevé la renuncia tácita del convenio arbitral, en caso de que el demandado no se excepcione.

²⁰⁹ STS 1ª 25 octubre 2005 [RJ 2005, 7211]

²¹⁰ Sentencia, núm. 0006-10-SEP-CC. (2010)

cual se vio violentado su derecho al debido proceso respecto de la garantía de ser juzgado autoridad competente.

Afirma Lorca Navarrete²¹¹, que este control de legalidad *a posteriori*, cumple una doble función, por un lado hace evidente la relación entre justicia ordinaria y arbitraje, y por otro cumple con la finalidad garantista del Estado, en aquellos que se caracterizan por una especial tutela y protección de los derechos fundamentales, permitiendo hacer efectiva la tutela judicial.

Finalmente, cabe destacar que no existe una postura única respecto tanto de las teorías como de la explicación de la naturaleza de la institución arbitral, existen posturas intermedias que no logran encuadrar incluso en ninguna de las antes expuestas, pero que logran explicar en mejor y debida forma la institución arbitral. En este sentido Caivano, sostiene que, para comprender este mecanismo alternativo de solución de conflictos es preciso hacerlo a partir de su concepción de actividad complementaria a la realizada por el Poder Judicial, afirmando que: *“De allí que tampoco debe plantearse el arbitraje en términos de una contradicción o una competencia con la tarea judicial. El arbitraje no busca reemplazar a los jueces, ni menoscabar su labor. Se procura complementarla, de manera de colaborar a hacerla más eficiente. El arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial. Los jueces tienen el monopolio del ejercicio de la fuerza pública, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta; y tienen, asimismo, las atribuciones de controlar que el arbitraje respete los principios de legalidad y se desarrolle bajo las garantías constitucionales.”*²¹².

²¹¹ El Derecho Procesal como sistema de garantías. <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex107/BMD10704.pdf> .

²¹² Caivano, R. J., Negociación Conciliación y Arbitraje, Editorial APENAC, Lima, 1998, Pág. 220.

Finalmente, Salcedo Verduga, en esta misma posición intermedia de pensamiento, manifiesta: “... nos encontramos ante un sistema cuyo objetivo y efectos jurídicos tienen un alcance que va más allá de la sola expresión de la voluntad de las partes y de la simple actividad procesal, y que por lo mismo, reclama un análisis conjunto de la pluralidad de sus elementos para ubicarlo en el lugar exacto que corresponde en nuestro ordenamiento legal.”²¹³.

3. Principios que inspiran el arbitraje

El arbitraje se construye a partir de una serie de principios que le son propios y que inspiran tanto los estudios doctrinales como el desarrollo normativo de institución, principios que son contruidos en pro de la institución y que la dotan de esa particularidad que caracteriza, blindándola de eventuales ataques o desconocimiento de su ámbito de aplicación por parte de la justicia ordinaria.

Para comenzar el análisis de este tema debe hacerse referencia a que los principios son definidos por Alexy como “mandatos de optimización”²¹⁴, esto es, significan una serie de mandatos cuya finalidad es conseguir el mejor cumplimiento posible atendiendo a situaciones fácticas de una determinada situación y a la realidad jurídica existente.

²¹³ El Arbitraje..., ob. cit., Pág. 62.

²¹⁴ Alexy, R. Derecho y razón práctica, 1ª edición 1993, 3ª reimpr. Distribuciones Fontamara, México D.F., 2006, señala que: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.” (Págs. 13-14).

Además de los principios que son propios del arbitraje y que a continuación se comenzara a analizar, existen otros que son comunes con el proceso civil debido, como se había expuesto en líneas anteriores, a la similitud entre el procedimiento arbitral y el proceso civil. Los principios que comparte generales a cualquier proceso son: a) Principio de audiencia; b) Principio de inmediación, y c) Principio de contradicción. Mientras los principios propios del arbitraje, que pasaran a revisarse son: i) Principio de separabilidad del convenio arbitral; ii) Competencia por Competencia *-Kompetenz et Kompetenz-*; iii) *Favori Arbitralis o Pro Arbitraje*.

3.1. Principio de la separabilidad de la cláusula arbitral

De origen francés, afirma de Benito Llopis-Llombart que aparece “... reconocida hoy en casi todas las jurisdicciones, la llamada ‘autonomía’ del convenio arbitral es un término ambiguo. Suele distinguirse entre autonomía ‘material’ (esto es, respecto del contrato principal) y autonomía ‘jurídica’ (esto es, respecto de la ley aplicable al contrato ...”²¹⁵.

Cuando se firma un contrato, cualquiera que sea su naturaleza, pueden que llegado el momento de pactar la forma como se van a solucionar las controversias, que pudieren presentarse como consecuencia de la interpretación, alcance o de cualquier naturaleza que pudieren surgir como producto de la relación contractual, no se opte por recurrir a la justicia ordinaria, sino que se acuerde adoptar mecanismos alternativos de solución de controversias, entre ellos el arbitraje, de tal manera que se sustrae a la controversia de jueces y tribunales estatales. Esta decisión dependerá de que concurran algunas situaciones, la primera de ellas es la voluntad propiamente dicha de las partes,

²¹⁵ Asimetría, separabilidad, sinalagma.

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2431/documento/073mdb.pdf?id=1954>

otra será que las partes efectivamente tengan la facultad de disponer de los bienes objeto del contrato, y que estos sean transigibles; cumplidos estos requisitos podrán adoptarse mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Los casos más representativos son, conforme pone de manifiesto Córdova Shaefer²¹⁶, en Estados Unidos, son: el Corte Suprema de Estados Unidos en el año 1967 en el caso *Prima Paint Corp. versus Flood & Conklin Mfg. Co.*154, que podría considerarse como el primer caso, en Estados Unidos, en aplicar la doctrina de la separabilidad; caso *First Option of Chicago, Inc. v. Manuel Kaplan y MK Investments, Inc.*, uno de los casos más comentados en Estados Unidos, y ello se debe principalmente a que la Corte Suprema de Estados Unidos, estaba sembrando con esta resolución un peligro potencial para al arbitraje al cambiar las reglas que habían sido establecidas en el caso *Prima Paint*, así también ponía en tema de debate lo que debía entenderse por arbitrabilidad; un tercer caso, está dado por el pronunciamiento de la misma Corte Suprema de Estados Unidos, el cual ha sido objeto de diversos estudios, el 21 de febrero del 2006, casi cuarenta años después del caso *Prima Paint*, en *Buckeye Check Cashing, Inc. v. John Cardegna et al.*

En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife²¹⁷, manifestando que la validez del convenio arbitral depende de la concurrencia de los presupuestos o elementos esenciales y naturales del negocio jurídico integrante de ese convenio, es decir, el consentimiento, objeto y causa conforme a los establecido en el código civil español, establecidos como requisitos de validez de los contratos. Es así como el Tribunal establece que al concurrir todos estos elementos es válido el convenio para ser ventilado ante el árbitro que resolverá la controversia.

²¹⁶ ¿Arbitrar o no arbitrar?. He ahí el dilema. La vinculación del convenio arbitral a los no signados. Lima, 2013, Pags. 83-103.

²¹⁷ SAP 4ª 22 abril 2009 [JUR 2009, 293857]

Para la doctrina tradicional o clásica²¹⁸, en sus inicios el convenio arbitral -llamado inicialmente, por la connotación que tenía, cláusula arbitral- era accesorio al contrato principal, con lo cual no se lograba aislarlo de las vicisitudes o la suerte que siguiera del contrato al que accedía, entonces qué ocurriría con la voluntad expresa en la cláusula si el contrato al que ésta accedía resultara nulo o inexistente; qué ocurriría si al dictar el laudo arbitral el Tribunal concluye declarando la nulidad o la inexistencia del contrato, dónde quedan las actuaciones y las resoluciones adoptadas, si el instrumento que fundamenta su competencia, por ejemplo es inexistente.

Ante este interrogante se pronunció el Audiencia Provincial de Alava²¹⁹, estableciendo que, aun impugnándose el convenio arbitral conjuntamente con todo el contrato en el que se estipuló como accesoria esa forma de resolución

²¹⁸ Talero Rueda S. Arbitraje comercial internacional ..., ob. cit., afirma que: “... la doctrina de la separación del pacto arbitral frente al contrato principal permite resolver dicho interrogante en forma afirmativa. En efecto la doctrina de la autonomía del pacto arbitral es una ficción jurídica que pretende deslindar los efectos que se produzcan sobre la validez del contrato principal de la suerte que corra el pacto arbitral.” (Pág. 138).

Mientras que Osorio Ruíz Z. “Contratos Comerciales- Empresariales y el Arbitraje”, Idemsa S.A, Lima, 2002, señala que: “Así se dice que al reconocerse de forma expresa que cualquier argumento relacionado a la nulidad u otros vicios del contrato principal no deja sin valor el convenio arbitral y por tanto el arbitraje, porque serán de manera exclusiva los árbitros quienes analizaran y deberán fallar respecto de toda alegación vinculada a la validez o eficacia del contrato principal.

Así mismo, si se pretende que un contrato principal que contenga un convenio arbitral quede resuelto o rescindido, aplicando el principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral, se presumirá la vigencia del acuerdo, por lo que serán los árbitros exclusivamente quienes conocerán cualquier demanda relacionada con el contrato principal.” (Pág. 417).

Por su parte, Merino Merchán J. F. y José M. Chillón Medina. “Tratado de Derecho ..., ob. cit., señala que: “Procedente de Derecho de las convenciones internacionales y la Ley modelo, el convenio arbitral es autónomo respecto al contrato o convención donde se incorpora. El efecto práctico de ese rango es evidente: la nulidad o ineficacia del acuerdo contrato marco donde se inserta no afecta al convenio arbitral que tiene su propia existencia y efectos asegurándose así de su plena vigencia como instrumentos de resolución de conflictos. La inversa también es cierta: la nulidad del convenio no anula obviamente el contrato principal donde se incorpora aquel.” (Pág. 258). Dichos autores menciona, además, que: “Incorporado este principio como una norma expresa en leyes y reglamentos de arbitraje, se fue generalizando la idea de independizar la suerte de la cláusula compromisoria de las contingencias que puedan menoscabar la validez o los efectos del contrato (...)” (Pág. 243).

²¹⁹ SAP 1ª 16 febrero 1993 [AC 1993, 97]

extrajudicial de conflictos. Y, en este sentido, la L.A.M. dispone que la nulidad del contrato no llevara consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio.

Con la evolución del arbitraje se produce un cambio importante en cuanto a lo antes expuesto, y aparece este principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral, que en su parte medular propugna que existen dos acuerdo de voluntades o dos convenios completamente diferenciados, uno es el que contiene la relación jurídica, el contrato marco de prestación de servicios, compraventa de mercaderías, entre otros, cualquiera sea éste; y otro el convenio arbitral, que permite dar vida al arbitraje, de tal forma que deja de ser una simple cláusula accesoria al contrato principal, para convertirse en un convenio autónomo que subsiste independiente de lo que ocurra con el contrato o convenio cuya relación jurídica, en caso de conflictos, va a ser la que corresponda resolver.

Esta evolución, igualmente, se aprecia en la doctrina de los Tribunales, poniendo de manifiesto Cremades Sanz-Pastor que: *“La jurisprudencia de nuestros Jueces y Tribunales ha sido modélica en cuanto a la evolución del reconocimiento a la autonomía de la voluntad. Rompiendo una inercia de décadas, la Sala Primera del Tribunal Supremo dicta un auto el 11 de febrero de 1981, modificando diametralmente la línea jurisprudencial anterior de prácticamente denegar el exequátur a los laudos arbitrales extranjeros para su ejecución en España. La mencionada cambió la línea jurisprudencial en España de forma radical en torno a la concesión de los exequaturs de laudos arbitrales extranjeros. Pero también sirvió de norte en la decisión de Jueces y Tribunales en el control de eventuales recursos frente a decisiones arbitrales, en las decisiones judiciales de apoyo al procedimiento arbitral e incluso en la adopción de medidas cautelares solicitadas por las partes en un procedimiento arbitral”*²²⁰.

²²⁰ Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral. - <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf>

Respecto a lo antedicho, planteado desde la perspectiva del derecho ecuatoriano, se establece en el artículo 5.3 de la L.A.M., que la nulidad del contrato no afectará la validez del convenio arbitral. Así mismo se dispone, más adelante, en el artículo 22.1 de la L.A.M., que, una vez constituido el tribunal, se fijara 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.

De la misma forma se aprecia, en el derecho español, el citado avance desde la L.A./1988²²¹ que contenía ya este principio, recogido en su artículo 8, de acuerdo con el cual la nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio²²². La L.A. recoge el principio de separabilidad de la cláusula compromisoria en su artículo 22.1 (ésta “se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones”), que reproduce, casi literalmente, el artículo 16.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL. La redacción de este precepto en ambos textos, afirma Benito Llopis-Llombart, “ ... *enunciando en un mismo párrafo los principios de competencia sobre la competencia y de separabilidad anticipa la relación de íntima complementariedad que existe entre ambas reglas. En efecto: el principio de separabilidad del pacto compromisorio tiene por objeto primordial permitir que los árbitros se pronuncien sobre la validez de la cláusula. Se ha dicho que ‘la competence/competence es, así, el instrumento procesal del principio de separabilidad’; seguramente sería más exacto decir que es el principio de separabilidad el instrumento técnico que*

²²¹ La LA/1988 daba al traste con los fundamentos anacrónicos de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, pues, como afirma Cremades, “... *La constitución vigente exigió cambios radicales en los postulados sobre los que se asentaba la organización política y jurídica de la España de 1953. Lejos quedaba ya el monopolio jurisdiccional del Estado y las trabas sin sentido al arbitraje en una España democrática. Sin ir más lejos, la legitimación del arbitraje institucional iba a vertebrar la médula del actual arbitraje en España.*” –Consolidación de la autonomía de la voluntad: ..., Ob. cit.

²²² *Vid.*: Álvarez Alarcón, A. Procedimiento arbitral Justicia: Revista de Derecho Procesal, Vol. 4, 1989 Págs. 913-942; ídem. “Arbitration procedure” en Arbitration in Spain (CREMADES, B. M., Coord.), Editorial La Ley, Madrid 1991, Pags. 62-75.

hace posible la competence/competencia. La separabilidad es, en efecto, un puro expediente técnico –basado, eso sí, en la presunción de la intención de las partes– para resolver un problema concreto de carácter lógico: la imposibilidad –nihil ex nihilo– de que un convenio arbitral nulo pueda fundar la competencia de los árbitros. Con ello se asegura ‘que el arbitraje sea siempre el modo de solución de cualesquiera que sean las vicisitudes de la relación principal’²²³. La L.A., de acuerdo Caivano²²⁴, avanza todavía un paso más manifestando que ésta no sólo consagra la separabilidad del acuerdo en los términos usuales, sino que también independiza su validez de la ley de la sede del arbitraje.

Así mismo la Audiencia Provincial de Madrid²²⁵, manifiesta, de forma expresa, que el convenio arbitral es un negocio jurídico independiente, sustantivo y distinto de aquel otro contrato en el que aparece inserto entre sus cláusulas o estipulaciones.

De tal suerte que, si se llegase a impugnar la relación jurídica contractual en el convenio arbitral que está inserto, no se produciría el efecto no deseado reconocido en líneas anteriores, puesto que la voluntad de someter la controversia al arbitraje no se vería afectada, subsistiendo así, la competencia de

²²³ Asimetría, separabilidad, ..., ob. cit.

²²⁴ La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada. Universidad del Rosario. Colombia, 2011, expresamente señala que :“... cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por el derecho español” (artículo 9.6).

De este modo, para arbitrajes internacionales que tengan sede en España, la validez del acuerdo podrá sustentarse en cualquiera de los tres órdenes jurídicos que tienen conexión con el arbitraje: el que rija el propio acuerdo arbitral, el que rija el fondo de la controversia, o por el derecho español. En otras palabras, la nulidad de un acuerdo arbitral solo podrá declararse cuando viole acumulativamente, los tres órdenes jurídicos mencionados. Bastando que sea válido cualquiera de ellos para que no opere la nulidad.” (Págs. 230-232).

²²⁵ SAP 8ª 7 noviembre 1995.

los árbitros para resolver sobre la controversia suscitada en la relación contractual²²⁶.

Entonces el convenio arbitral, contenido en una cláusula de resolución de controversias, constituye un verdadero contrato dentro de otro, cobrando así completa autonomía e independencia, dejando a un lado aquel criterio tradicional que consideraba que la cláusula arbitral era accesoria al contrato principal en que estaba inserta.

En relación con lo indicado cabe traer a colación el criterio de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria²²⁷, señalando que se configura el convenio arbitral como un negocio jurídico distinto e independiente del contrato en que se inserta. Es decir, el convenio arbitral sigue siendo válido y el árbitro no pierde su competencia para resolver las controversias entre las partes contratantes, no obstante, la nulidad del contrato en que se inserta la cláusula arbitral. No afectaría ni a la competencia del árbitro ni al contenido del laudo arbitral el hecho de que el contrato en que se inserta el convenio arbitral fuera nulo porque al árbitro es a quien le corresponde resolver sobre el fondo de la controversia.

Para Becerra Toro, R., por este principio debe entenderse que: *“(...) por el principio de autonomía del pacto el tribunal está facultado para examinar y concluir con eficacia sobre la existencia o validez del contrato fuente, y si llega a concluir que éste es inexistente o nulo no queda comprometida ipso jure la eficacia del*

²²⁶ Cfr.: Redfern, A. Hunter, M. Blackaby & N., Partícuoloasides, C. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, Editorial La Ley. 4ª edición, Buenos Aires, 2007, sostienen que: *“Por el hecho de subsistir con posterioridad a la extinción del contrato principal, la cláusula ya representa en sí el acuerdo necesario entre las partes para que toda controversia que surja entre ellas (aún las controversias que se relacionen con la validez o extinción del contrato en el que se encuentra incluida) se someta a arbitraje. En este sentido, proporciona una base jurídica para el nombramiento de un tribunal arbitral.”* (Pág. 370).

²²⁷ SAP 4ª 23 marzo 200 [JUR 2009, 248636]

*pacto arbitral. Siendo así, es claro que por la autonomía se predica la independencia entre el contrato o relación sustancial y el convenio arbitral. (...) El pacto arbitral es autónomo frente a la relación contractual o extracontractual que lo origina, de modo que crea una relación jurídica independiente, en cierto punto del contrato en que está contenido, así que uno es el negocio jurídico que las partes tienen en la mira y otro el contrato para resolver los conflictos que puedan surgir de éste; concurren así, pero no se identifican (...).*²²⁸.

Por su parte, Talero Rueda, S., afirma, al referirse al principio de separabilidad del convenio arbitral que: *“(...) el principio de la separación del pacto arbitral ha sido reconocido por la doctrina internacional (...). Su función principal es la de permitirle a los árbitros pronunciarse sobre el fondo del asunto que encierra el conflicto entre las partes, ya que la eventual nulidad absoluta o terminación del contrato principal no trae consigo necesariamente la nulidad o la cesión de los efectos jurídicos del pacto arbitral*”²²⁹.

Con relación al mismo tema González de Cossío²³⁰, ha indicado que *“...la regla puede resumirse en lo siguiente: las vicisitudes que puede sufrir el contrato principal no necesariamente impactan el convenio arbitral. Es decir, el destino del acuerdo arbitral está disociado del contrato principal ...”*.

El principio de separabilidad arbitral guarda relación estrecha con algunas situaciones que se pueden presentar respecto al arbitraje, la primera de ellas tiene relación con la competencia de los árbitros, y la segunda tiene relación con la materia que se puede someter a arbitraje.

²²⁸ Manual de Arbitraje en Colombia..., ob. cit., Pág. 208.

²²⁹ Arbitraje comercial internacional..., ob. cit., Págs. 142-143.

²³⁰ Arbitraje..., ob. cit., Pág. 114.

La Audiencia Provincial de Madrid²³¹, manifestó que lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del propio convenio arbitral.

Dos aspectos se hacen necesarios destacar con relación a este principio, antes de concluir el análisis, el primero es que el ano necesariamente debe estar incluido en el contrato principal, sino que puede constar en un documento independiente firmado por las partes, resultando, incluso en el caso del Ecuador, conforme lo previsto en la Ley²³², que puede constar del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia escrita de la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje (artículo 6 de la L.A.M.). Por su parte, la L.A. en España, ha querido simplificar aún más la solemnidad del convenio, permitiendo que: “... *la cláusula arbitral por referencia, al considerar «... incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido ...» (Artículo 9.4); y el convenio arbitral presunto, aquél cuya existencia se presume «... cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra» (artículo 9.5).*”²³³

²³¹ SAP 21ª octubre 2009 [JUR 2010, 21472]

²³² Vid.: Artículo 6. “Se entenderá que existe un convenio arbitral no solo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.”

²³³ Vid.: Maluquer de Motes y Berner, C.J. “Comentarios al artículo 9 de la L.A.” en Comentarios prácticos a ...”, ob. cit., Págs. 175-185; Cremades, B. M. “Comentarios al artículo 9 de la L.A.”. en Comentarios a la Ley de Arbitraje. –AA.VV y Martín Muñoz, A. de y Herrero Anibarro, S., Coords.- Editorial Marcial Pons. Madrid 2006, Págs. 274-322; Prats Albontosa, L. “Comentarios al artículo 9.” en Comentarios a la Ley de Arbitraje. –AA.V. y Prats Albontosas, L., Coord.-. Editorial La Ley. Madrid, 2013, Págs. 241-256.

La L.A., reconoce el imparable avance de las nuevas tecnologías de la información y considera válido el convenio arbitral que conste en soporte que permita su posterior consulta. En este sentido, Montesinos García afirma que: “... *la ley anterior el elenco de medios equivalentes al documento escrito y se refiere ahora a ‘un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo’ a diferencia de la anterior ley de arbitraje que simplemente decía ‘cuando resulte del intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental ...’, dejando de esta manera fuera de duda, la posibilidad de utilización del fax, télex, correo electrónico, etc., y sustituyendo el término ‘comunicación’ por ‘medios de telecomunicaciones’.* Debe quedar claro que dicho elenco presenta un carácter meramente ejemplificativo información y considera válido el convenio arbitral que conste en soporte que permita su posterior consulta. ...”²³⁴. Y, en el caso de convenio arbitral *on line*, afirma Garbería Llobregat que: “... *es la posibilidad de recuperación a efectos de prueba lo que le dota de su equivalencia al convenio plasmado en soportes tradicionales, ello demuestra, una vez más, que el requisito de la forma escrita lo es ad probationem y no ad substantiam.*”²³⁵.

El otro aspecto a destacar es que en el convenio arbitral se hace evidente la intención de las partes de someter a este mecanismo, la solución de controversias presentes o futuras. Si se llegare a afectar el convenio arbitral por circunstancias propias del contrato que contiene la relación jurídica que se regula, entonces la voluntad de las partes se vería afectada, y se estaría violando esta voluntad manifiesta.

²³⁴ Algunas reflexiones sobre ..., Ob. cit, Pág. 29.

²³⁵ Comentarios a la nueva Ley de arbitraje. -AA.VV. y González Soria, J. Coord.- Editorial Thomson-Reuters. Navarra 2011, Pag. 186.

Si se revisa la (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL, se observa que el artículo 16 recoge el principio de autonomía o separabilidad²³⁶. En ese mismo sentido lo ha recogido la L.A. al haber adoptado, como ya se ha indicado, la Ley modelo como su ley de arbitraje nacional.

Pone de manifiesto Fernández Rozas que: *“Debe dejarse constancia, sin embargo, que la tendencia a la uniformidad se ha desarrollado mucho más en el ámbito de los árbitros que en el de los jueces. Mientras que en el procedimiento arbitral las soluciones suelen aproximarse, cuando se desciende a la intervención del juez los modelos en presencia tienden a la particularización. Acaso por ello la Ley Modelo de Uncitral de 1985 (LMU) no encontró la proyección que de ella se esperaba, aunque no puede negarse que en el proceso de reforma de las leyes locales sobre arbitraje internacional su influencia y guía ha resultado decisiva hasta el punto que de prácticamente todas las leyes de los países latinoamericanos la han utilizado como referente principal; incluso, como en el caso de México, Perú, Paraguay, Nicaragua, Guatemala o Chile, para el arbitraje internacional, ha sido prácticamente la fuente única de dicha ley. Como resultado de ello, los obstáculos legales más importantes, que tradicionalmente impedían que el arbitraje se transformara en el método más efectivo y utilizado para resolver las controversias comerciales internacionales en América Latina, han sido por fin suprimidos y han encontrado una solución acorde con aquella prevista en cuerpos legales de países del resto del mundo, especialmente de aquellos más familiarizados con la práctica del arbitraje internacional. Al haberse seguido los principios recogidos en la LMU, el proceso de reforma legal ha permitido asimismo dotar a la mayoría de los países latinoamericanos de un cierto grado de*

²³⁶ Artículo 16. *“Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.- 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.”*

*uniformidad en cuanto al reconocimiento de los principios básicos y universales del arbitraje, con lo cual se ha creado un marco legal propicio para la promoción de un mayor desarrollo del arbitraje internacional y de su mejor comprensión por parte de los tribunales y abogados locales, lo cual a su turno debería llevar en el futuro a una gradual consolidación de la práctica del arbitraje internacional dentro del contexto latinoamericano.*²³⁷.

Una correcta concepción de qué debe entenderse por separabilidad arbitral es la contenida en el Código de Comercio mexicano^{238 239}.

La legislación ecuatoriana también es concordante con la ley mexicana y reconoce a la autonomía del convenio arbitral en el artículo 5.III de la L.A.M al disponer que: *“La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”*.

3.2. Kompetenz et Kompetenz

Competencia por competencia o, por su nombre en alemán, *Kompetenz-Kompetenz*, tiene su origen en el siglo XIX, en el año 1876²⁴⁰ y está

²³⁷ El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. en Estudios de Arbitraje. Libro Homenaje al Prof. Patricio Aylwyn Azócar. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2006, Págs. 699-700

²³⁸ *“(…) El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia y validez del acuerdo de arbitraje. A este efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato no entrañará por ese sólo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria (…)”*.

²³⁹ Cook, J, M, “International Arbitration in American Context: A Comparative Look at Arbitration in Mexico and the United States”, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, núm. 3, 1999, Págs. 41-60; Pereznieta Castro, L. y Graham, J. A. El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana. Lima Arbitration, núm, 2, 2007, Págs. 240-240.

²⁴⁰ Un antecedente directo del Competence-Competence, en su vertiente negativa, puede encontrarse en el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmado en Nueva York en 1958, que establece:

“3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al

estrechamente vinculado con el principio, ya analizado, de autonomía o separabilidad del convenio arbitral²⁴¹, ambos recogidos por la mayoría de las legislaciones positivas, de las cuales ni España, ni Ecuador son la excepción. Por este principio la primera actuación del Tribunal Arbitral es conocer y pronunciarse respecto de su competencia; no corresponde a un órgano judicial o alguna autoridad lejana o ajena al arbitraje pronunciarse sobre ésta, sino al mismo tribunal arbitral y/o árbitro único.²⁴²

El principio de Competence-Competence consiste, pues, en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del

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

El punto de partida del principio de Competence-Competence en su vertiente positiva, se encuentra en el artículo V.3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra en 1961, el cual establece:

“3. A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la “lex fori” contra el indicado laudo del tribunal de árbitro ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fuese impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato transacción u operación de la cual forma parte dicho acuerdo o compromiso.”.

El Convenio Europeo también recogió el efecto negativo del principio en el artículo VI.3 en los siguientes términos:

“3. Si una de las partes en un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un tribunal judicial, en tal caso el tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda 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.”.

²⁴¹ Ambos principios, sostiene Rubio Guerrero, que: “... se interrelacionan para garantizar que las partes vinculadas por un acuerdo de arbitraje no sean desviadas a los tribunales judiciales frente a una alegación sobre la validez del contrato o sobre la validez del convenio arbitral. Sin la existencia de estos dos principios el desarrollo del arbitraje estaría sujeto a una incertidumbre porque bastaría que la parte renuente al arbitraje invoque la nulidad del contrato y de la cláusula arbitral que forma parte del contrato para cuestionar e impedir el arbitraje.” (El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. -http://www.limaarbitration.net/LAR4/Roger_Rubio_Guerrero.pdf (consultado el día 18 de abril de 2016)-.

²⁴² Un caso emblemático, respecto al tema relativo a quién le corresponde decidir acerca de la validez del acuerdo arbitral, es el de Sandvik AB (en adelante Sandvik) vs. Advent International Corporation (en adelante Advent), seguido en los Tribunales de Justicia estadounidenses –*vid.*: Martínez Cárdenas, I. “Kompetenz-Kompetenz. ¿Quién debe resolver acerca de la validez de un convenio arbitral?.” en Arbitraje y Debido proceso. Lima, 2007, Págs. 57-72.

convenio arbitral. Esto se conoce como el efecto positivo del principio. El efecto negativo del principio, a su vez, permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación prima facie de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia y luego los tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo²⁴³.

En su versión original competencia por competencia tenía un carácter absoluto, es decir, una vez que el Tribunal o árbitro único se pronunciaba respecto de su competencia, no existía la posibilidad de que la decisión fuera revisada; sin embargo, debe reconocerse que con la evolución de este principio se admite la revisión por parte de órganos jurisdiccionales, como en el caso de Colombia²⁴⁴, Argentina²⁴⁵ o Perú²⁴⁶, así Caivano manifiesta "(...) es admitido, casi

²⁴³ Cfr.: Gaillard, E. & Banifatemi, Y., "Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in favor of the Arbitrators", en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, edited by Emmanuel Gaillard & Domenico di Pietro, 2008, Cameron May, Págs. 259-260.

²⁴⁴ Ley 1563, de julio de 2012, Congreso de Colombia (D.O., Núm. 48.489, de 12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones -http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html.-

Artículo 29. "Procesos sometidos a la justicia ordinaria o contenciosa administrativa. El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación.

Si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contenciosa administrativa, y no se hubiere proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación; el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y este deberá proceder en consecuencia.

Si dicho arbitraje no concluyere con laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente. Las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral conservarán su validez."

²⁴⁵ Cámara de Comercio de Bogotá, Panorama y Perspectivas de la Legislación Iberoamericana Cobre Arbitraje Internacional, Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fé de Bogotá D.C. 1993, manifiesta que: "... sobre la declaratoria de nulidad del contrato y sobre la decisión de los árbitros sobre su propia competencia, la ley argentina guarda silencio. Sin embargo, la jurisprudencia argentina dos posiciones antagónicas al respecto: por una parte, ha establecido que los jueces tienen competencia exclusiva para decidir sobre la validez del acuerdo arbitral; por otra parte, ha determinado que los árbitros deben decidir, al menos en primera instancia, sobre la validez del acuerdo." (Pág. 25).

²⁴⁶ Ley Peruana de Arbitraje 2008, aprobada por Decreto Legislativo, Núm. 1071, promulgado el día 27 de junio de 2008. Publicado el día 28 de junio de 2008. Vigente desde el día 1 de setiembre

*universalmente, que la determinación de los árbitros acerca de su propia competencia está sujeto a control judicial (...)*²⁴⁷.

La Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL, respecto del Arbitraje Comercial Internacional, en el Artículo 16, al regular la competencia de los Tribunales Arbitrales, ha dispuesto: *“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 (...). 3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.”*

De la regla precedente se pueden extraer dos puntos importantes: *“(…) en primer lugar, los tribunales arbitrales pueden determinar su propia jurisdicción y, en segundo lugar, a tal efecto, la cláusula de arbitraje es independiente y se encuentra*

de 2008. Artículo 41 de la ley de Arbitraje y Mediación del Perú: *“Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral... 4. Salvo pacto en contrario, el Tribunal Arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el Tribunal desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo. 5.- Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.*

²⁴⁷ La cláusula arbitral..., ob. cit., Pág. 364.

*separada de los términos restantes del contrato que contiene el acuerdo transaccional entre las partes (...)*²⁴⁸.

Así mismo se manifiesta la Audiencia Provincial de Madrid²⁴⁹, indicando que los árbitros son competentes para conocer su propia competencia, validez o invalidez del convenio arbitral y cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, expresión dentro de la cual cabe comprender el examen sobre la propia actitud del árbitro para el desempeño de su función, cuestión distinta es que tal decisión pueda ser recurrida ante propio arbitro y en su caso por medio de recurso de anulación, pero que tal cuestión debe ser planteada en el seno del proceso arbitral.

Al decir Caivano²⁵⁰, el objetivo de este principio es blindar al arbitraje de ataques que pudiere sufrir la institución cuando una de las partes se arrepiente de haber pactado este mecanismo de solución de controversias, o en su defecto, simplemente lo utiliza como una forma de defensa; en cualquiera de los dos casos el desconocimiento de la institución genera ataques a la misma, y es preciso protegerlo de tales actuaciones. En estos casos, el arbitraje no actúa como una acción sino como una excepción denominada “excepción de arbitraje”, en virtud de la cual el demandado al tiempo de comparecer al proceso deberá proponer la existencia del arbitraje como su excepción, lo cual conlleva que el Juez constatada tal, deba inhibirse de sustanciarlo, caso contrario afectará el debido proceso, acarreando la nulidad de todo lo actuado. El C.O.G.E.P., establece, en su artículo 153, las excepciones previas, fijadas de forma taxativa, resultando que, en su apartado 10º, se puede apreciar como el legislador contempla como una de las excepciones previas no subsanables la existencia de un convenio arbitral, situación

²⁴⁸ Redfern, A. Hunter, M. Blackaby & N., Partasides, C. Teoría y Práctica del Arbitraje..., ob. cit., Pág. 374.

²⁴⁹ APP Madrid 12ª 5 mayo 2010 [JUR 2010, 252915]

²⁵⁰ Control Judicial en..., ob. cit., Págs. 41-44.

ante la cual el juez debe de declararse incompetente de conocer dicha causa y remitirla al arbitraje.

Un hito en materia arbitral en Ecuador, que recoge lo expuesto, lo constituye la sentencia Faisal vs. Misley Zaidan. Respecto del caso Faisal vs. Misley Zaidan²⁵¹, la C.C.Ec. Reconoce la excepción de la declinatoria de competencia, admitiendo la acción extraordinaria de protección, debido a la violación del derecho reconocido constitucionalmente del debido proceso respecto de la garantía de ser juzgado por órgano competente, puesto que el demandado se excepcionó de manera oportuna sobre la existencia de convenio arbitral y aun así, dicho órgano jurisdiccional procedió a resolver el fondo de la controversia, y no se declaró incompetente de conocerla.

Manifiesta Caivano que este principio “... apunta a dar a los árbitros la posibilidad de examinar y decidir en primera instancia sobre los cuestionamientos que se hagan a su competencia ...”²⁵². Lo antes expuesto se completa con la opinión de Silva Romero, quien manifiesta que: “La justicia arbitral tiene una prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir de toda controversia relativa a la competencia arbitral, esto es, toda controversia relativa a la existencia, la validez, y el alcance del contrato de arbitraje (...) Así, el principio ‘competence – competence’ establece una regla de prioridad en el tiempo y no crea, como lo sugería su significado de origen, una regla de competencia.”²⁵³.

²⁵¹ Sentencia, núm. 0006-10-SEP-CC. (2010).

²⁵² Control Judicial en..., ob. cit., Pág. 42.

²⁵³ Silva Romero, E., Breves observaciones sobre el principio “Kompetenz- Kompetenz”, en Silva Romero E. y Mantilla Espinoza F. (editores) El Contrato de Arbitraje, 1ª edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, Pág. 580.

La doctrina²⁵⁴ en esta materia, considera que, tanto el principio competencia por competencia como autonomía del convenio arbitral producen un doble efecto: uno negativo y otro positivo. En cuanto al positivo se les permite a los árbitros declararse competentes, como una cuestión previa o hasta el momento de expedir el laudo, dependiendo del reconocimiento de la facultad en una norma jurídica; y, produce un efecto negativo, puesto que le permite a los árbitros excluir a los órganos jurisdiccionales del conocimiento de las causas sometidas a ellos, cuando exista de por medio un convenio arbitral debido a que no existen Tribunales especializados para conocer y resolver sobre competencia arbitral, sino que le corresponde pronunciarse al propio Tribunal. Es así como la doctrina francesa ha desdoblado el efecto principal del convenio arbitral, pues en principio o a primera vista la intención del convenio es que las partes recurran al arbitraje para resolver sus controversias.

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Madrid²⁵⁵ señala que los árbitros son competentes a conocer sobre su propia competencia, incluso sobre

²⁵⁴ Vid.: Merino Merchán J. F. y Chillón Medina, J. M. "Tratado de Derecho...", ob. cit., afirma que: "[efecto positivo o de carácter contractual] "El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado. El ordenamiento jurídico da a la situación, que voluntariamente se creó, una categoría equivalente a la ley, y así lo reconoce el art. 1091 del código civil: las obligaciones que nacen de los contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos."

[efecto negativo o de carácter procesal] "los efectos de carácter procesal son dos: en principio, el convenio arbitral somete a terceros la resolución, y, en segundo lugar, evitar que una especial controversia sea conocida por los jueces ordinarios. En estos momentos nos interesa este segundo efecto, ya que como vimos es algo genuino del arbitraje, el cual, formulado o pendiente de formulación permite rebasar el conocimiento de la vía judicial. El efecto negativo que produce el convenio arbitral, el sustraer el conocimiento de una específica controversia del control jurisdiccional, se puede analizar desde dos puntos de vista: como medio procesal para el apartamiento ex officio iudice y como instrumento para hacer valer la declinatoria." (Pág. 449-452).

Machia V. y Zapiola I. "El arbitraje comercial internacional en Argentina: Marco legal y jurisprudencial", en Conejero Roos C., Hierro Hernández-Mora A., Macchia V., Soto Coagila C., (eds.) "El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica", Editorial Legis, Colombia, 2009, señala que: "[efecto positivo] "el efecto positivo del arbitraje no es otro que el de atribuir jurisdicción sobre un caso a un tribunal arbitral. [efecto negativo] "La jurisprudencia así lo ha acogido, permitiendo a la parte demandada en sede judicial interponer la excepción de incompetencia por falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios." (Págs. 121-122).

²⁵⁵ SAP 12ª 10 junio 2008 [JUR 2008, 384186]

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 sentido contradictorio, en relación con el reiterado principio *Kompetenz–Kompetenz*, se manifiesta la Audiencia Provincial de Huelva²⁵⁶, en relación con la solicitud de designación de árbitros, señalando que no se puede proceder por Tribunal únicamente a la designación de dichos árbitros sino que el juzgador puede y debe analizar si la materia es susceptible de arbitraje, si consta la expresa voluntad de las partes a someterse a arbitraje, el juez no se limita, es de insistir a una mera designación, pues ello equivaldría a eliminar propiamente su función jurisdiccional y ningún sentido tendría la previsión de este procedimiento.

Conforme lo expuesto, dentro de las convenciones internacionales, merece hacer especial mención al Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional²⁵⁷.

Como se ha expuesto anteriormente los principios de autonomía o separabilidad y de competencia están estrechamente relacionados, tal y como lo ha expresado la doctrina²⁵⁸, van de la mano, parte de la independencia del

²⁵⁶ SAP 3ª 12 noviembre 2008 [JUR 2009, 162745]

²⁵⁷ “A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la ex fori contra el indicado laudo del tribunal de árbitro ante un tribunal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fuera impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato, transacción u operación de la cual forme parte tal acuerdo o compromiso.”

Si algo queda claro en las diferentes ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha conocido de temas arbitrales es el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en el marco de su disponibilidad. Los efectos positivos y negativos del convenio arbitral destacan en nuestra doctrina constitucional, respetando la competencia de los árbitros en el ejercicio de sus funciones y protegiéndoles de intervenciones judiciales no deseadas en lo que el alto tribunal denomina ordenamiento infra-constitucional.” (Artículo 3).

²⁵⁸ La cláusula Arbitral..., ob. cit., afirma que: “El principio de la separabilidad, pensando para que los vicios afecten el contrato no se trasladen a la cláusula arbitral, se complementa con el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, pensando para evitar la sustracción prematura de la jurisdicción de los árbitros. (...) En síntesis sea que se alegue la inexistencia o invalidez del contrato principal, sea que se alegue la inexistencia o invalidez misma de la cláusula arbitral, el principio *Kompetenz-kompetenz* opera para permitir a los árbitros decidir las objeciones jurisdiccionales que se le

convenio de las demás cláusulas del contrato, permite declarar la nulidad del mismo, en caso de ser procedente, sin que se afecte al convenio arbitral; si no existiera la independencia que se propugna con ésta teoría, entonces no sería factible a los árbitros pronunciarse sobre su propia competencia.

Bajo la misma línea de pensamiento Caivano expone que: *“El principio Kompetenz-kompetenz permite a los árbitros decidir sobre los cuestionamientos que se formulen a su propia competencia, aunque ellos se funden en la inexistencia o nulidad de la misma cláusula arbitral (con más razón cuando se fundan en la inexistencia o nulidad del contrato que la contiene) (...) por aplicación de este principio, son los árbitros quienes pronunciarse inicialmente sobre la existencia o validez de la cláusula arbitral. Y si encuentran que la cláusula es válida, podrán resolver sobre el fondo de la controversia, así esta decisión implique declarar la nulidad del contrato base.”*²⁵⁹.

El artículo 22 de la L.A.M., relativo al principio de *Kompetenz et Kompetenz*, dispone 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*

formulen. El hecho de que en ocasiones, la misma inexistencia o invalidez se proyecta en los dos acuerdos (al contrato y a la cláusula arbitral) no inhibe este efecto ya que los árbitros- cualquiera sea la causal que se invoque- pueden “retener” el caso para adoptar una decisión inicial sobre su jurisdicción. Decisión que -de todas maneras- generalmente estará sujeta a control judicial. Conforme este principio, pues los árbitros tienen la primera (no la última) palabra en materia de jurisdicción. El principio de la separabilidad servirá para que, al decidir sobre el cuestionamiento a la existencia o validez de la cláusula, puedan abstraerla de las vicisitudes que afecten al contrato que la contiene, y declarar que ella puede ser existente y válida, aunque aquel no lo sea.” (Pág. 255).

Además, Hinojosa Segovia R. y Hierro Hernández-Mora A. “El arbitraje comercial internacional en España: Marco legal y jurisprudencial”, en Conejero Roos C., Hierro Hernández-Mora A., Macchia V., Soto Coagila C., (Editores) “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica”, Editorial Legis, Colombia, 2009, indica que: *“El principio de «competencia de la competencia» al que posteriormente no referiremos, se presenta vinculado a otro principio básico del derecho arbitral, cual es el de la autonomía o separabilidad del convenio o la cláusula arbitral. el efecto esencial de este último principio es que el acuerdo arbitral escapa a la nulidad o a la resolución del contrato principal. Por tanto, la primera misión de los árbitros es fijar los límites y contornos de su encargo.”* (Pág. 386).

²⁵⁹ La cláusula arbitral..., ob. cit., Págs. 252-253.

leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia”.

Asimismo la doctrina ecuatoriana sostiene que para que proceda a decidir adecuadamente sobre su competencia “(...) *el Tribunal debe examinar todos los aspectos que influyen en tal decisión: la existencia legal del convenio arbitral, ya sea cláusula compromisoria o compromiso; que la cuestión sometida a arbitraje esté determinada en el convenio y que sea susceptible de transacción por las partes, y comprobar la capacidad legal de éstas para recurrir al sistema arbitral.*”²⁶⁰.

El artículo 22 de la L.A., la potestad de los árbitros sobre su competencia²⁶¹²⁶².

La excepción declinatoria de competencia, en España, siempre que se proponga dentro de los diez primeros días del plazo concedido para contestar la demanda²⁶³, deberá resolverse con carácter previo y, en caso de que el juez

²⁶⁰ El Arbitraje: La Justicia alternativa..., ob. cit., Pág. 120.

²⁶¹ “1. 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. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.”

Así mismo en el artículo 11 de la L.A., sobre el convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal, dispone:

“1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez días primeros del plazo para contestar la demanda.

2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.”

²⁶² Vid.: Samanes Ara, C. “Comentario al artículo 22 de la L.A.” en Comentarios a la Ley ..., ob. cit, Págs. 395-412; Venegas Grau, C. “Comentarios al artículo 22 de la L.A. en Comentarios a la Ley ..., ob. cit., Págs. 531-548; Pérez-Cruz Martín, A. J. El arbitraje interno en España conforme a lo previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. en “Los Nuevos Retos del arbitraje ..., ob. cit. Págs. 156-159.

²⁶³ Se analiza, pues, solo a instancia de parte, sin que el órgano jurisdiccional pueda actuar de oficio. La forma de articular dicha excepción es, tradicional, tanto en el ordenamiento español (Guasp Delgado, J. Ley de Arbitraje. Barcelona 1968, Págn. 131), como en el derecho internacional (Convenios de Nueva York, de 1958 (art. II.3) y de Ginebra (artículo VI.1) y ello está

decidiera declararse competente, deberá reanudarse el plazo para contestar la demanda, pues en el caso de España, este tipo de excepción es en verdad de previo y especial pronunciamiento²⁶⁴. En este sentido se ha manifestado el T.S. al señalar que: *“... la excepción de sumisión del arbitraje ha sido deducida de manera adecuada, puesto que se opuso por una de las partes demandadas en el plazo concedido para contestar la demanda. A ello no es obstáculo el hecho de que se haya formulado la excepción dilatoria, ni el hecho de que la parte demanda expresamente se haya abstenido de contestar a la demanda en cuanto al fondo - sin duda con el propósito de alejar la interpretación de renunciaba a la sumisión del arbitraje- puesto que la formulación de la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje en un escrito presentado durante el plazo de contestación a la demanda, cualquiera que sea la calificación formal de que venga acompañada, tiene la naturaleza propia de una excepción perentoria formulada en dicha contestación ...”*²⁶⁵.

Así mismo de acuerdo a la Audiencia Provincial de Madrid²⁶⁶, los árbitros están facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las

motivado porque, en opinión de Caballol Angelats *“... en primer lugar, a que el convenio arbitral no supone una renuncia al derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria. Si la excepción pudiera ser apreciada de oficio el convenio arbitral haría las veces de una verdadera renuncia. En segundo lugar, el principio dispositivo rige plenamente en lo que respecta a la posibilidad de dar lugar al efecto negativo de arbitraje. No es suficiente que los elementos constitutivos de la excepción conste en el proceso, ni que se hayan introducido a través de los escritos de alegaciones de las partes; se requiere, además, que la parte interesada solicite expresamente su estimación. ...”* (El tratamiento procesal de la excepción procesal. Ed. J.M. Bosch. Barcelona, 1997, Pág. 62).

²⁶⁴ Vid.: Gutiérrez de Cabiedes y Fernández Heredia., P. La declinatoria, la incompetencia de jurisdicción y las excepciones dilatorias. La ley. Tomo 1980, Págs. 391-392; Merino Merchán; J. F. y Chillón Medina, J. Medina, J. M^a. La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1988-1989, Págs. 235-244; González Montes, J. L. La excepción de arbitraje. Le ley. Tomo 1990/1, Págs. 1157-1161; Venegas Grau, C. “Comentario al artículo 22” en Comentarios a la Ley de Arbitraje. VV.AA. y Prats Albentosas, L., Dtor.-. Editorial La Ley. Madrid, 2013, Págs. 531-548; Damián Moreno, J. “La declinatoria de arbitraje”. en La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011 (Comentarios a la Ley 11/2001, de 20 de mayo). –AA.VV. y Damian Moreno, J., Dtor.-. La Ley. Madrid 2011, Págs. 19-33; Martínez García, E. Algunas reflexiones acerca del posible control de oficio del convenio arbitral en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Revista de la Facultad de Derecho de la Universitat de València, 2002, Págs. 16-29.

²⁶⁵ STS 1^a 11 febrero 2010 [RJ 2010, 3771]

²⁶⁶ SAP 12^a 10 junio 2008 [JUR 2008, 384186]

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.

3.3 Pro Arbitraje

Como se exponía, en líneas anteriores, el arbitraje es el mecanismo alternativo de solución de controversias más cercano a la justicia ordinaria; en virtud del convenio arbitral las partes, de mutuo acuerdo, renuncian a la justicia común u ordinaria y se someten a la jurisdicción convencional. Para que el convenio arbitral surta el efecto previsto deberá cumplir en forma manifiesta ciertos requisitos o contener elementos mínimos.

Existe la formulación, contenida en la (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL, que como se decía anteriormente, permite homogenizar las leyes arbitrales; sin embargo, como no es de obligatorio cumplimiento, no siempre las partes acogen una correcta formulación del convenio arbitral, y asistidas por personas que no tienen formación arbitral construyen un convenio con deficiencias que en ocasiones impide que las controversias sean resueltas en arbitraje, aun cuando parecería que la voluntad es esta.

Un convenio arbitral debería cumplir algunos requisitos o elementos mínimos, a saber:

- a. Debería contener la voluntad expresa, y sin confusión de las partes de someter sus controversias al Arbitraje, voluntad que permita evidenciar que renuncian a la justicia ordinaria y aceptan someterse al pronunciamiento de un Tribunal Arbitral o árbitro;

b. La expresión clara y concreta de cuál es el procedimiento que se va a seguir; comprende esta expresión el Centro de Arbitraje al que se van a someter, en caso de arbitraje administrado, así como también -en tratándose de este tipo de arbitraje- el sometimiento a las normas del referido Centro ya determinado;

c. La forma de designación del Tribunal Arbitral y de sus suplentes o la remisión a la Ley de arbitraje, en cuyo caso debe seguirse el procedimiento que la ley regule. ;

d. Si se trata de un arbitraje confidencial o no, aunque puede no establecerse nada sobre este aspecto, en cuyo caso la ley suplirá el silencio de las partes;

e. Si los árbitros pueden dictar medidas cautelares, pues para que procedan, esta facultad de los árbitros debe estar establecida en el convenio.

f. Finalmente, reglas sobre el idioma podrán incorporarse en el convenio arbitral.

Este es el contenido mínimo que cualquier convenio debería incluir.

La C.C.Ec.²⁶⁷, cita a la referencia realizada por la Sala de casación a su vez recurren al pensamiento de Frederic Eisemann²⁶⁸, quien bautizó como cláusulas patológicas, como denominación a una cláusula arbitral que traerá problemas en un arbitraje o que incluso lo hará inoperante. Por lo tanto, aplicando este criterio,

²⁶⁷ Sentencia, núm. 0006-10-SEP-CC. (2010).

²⁶⁸ Segunda Sala de la Ex Corte Suprema de Justicia, Fallo de Casación, núm. 92-2007, 26 de mayo del 2008.

se expresa que para considerar un convenio arbitral eficiente y eficaz se debe cumplir con cuatro funciones esenciales: *“producir consecuencias obligatorias para las partes, excluir la intervención de autoridades judiciales, darle facultades suficientes al Tribunal Arbitral y crear un procedimiento que lleve a un laudo arbitral, el cual se pueda cumplir voluntariamente o, en su caso, sea ejecutable.”*

Las Audiencias Provinciales de Sevilla²⁶⁹ y Salamanca²⁷⁰, entre otras, se han pronunciado, en relación con el principio *pro* arbitraje, señalando que el convenio arbitral es el contrato mediante el cual dos o más personas expresan su voluntad de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir con respecto a una determinada relación jurídica, contractual o extracontractual. El convenio puede constituir la forma de una cláusula incorporada en un contrato o constituir un acuerdo independiente. Por su parte, la Audiencia Provincial de Sevilla establece los requisitos de validez de la cláusula arbitral: 1) Debe de constar por escrito, 2) Documento firmado por las partes (o cualquier documento que deje constancia del acuerdo de voluntades de las partes), 3) Determinación de la relación jurídica singular. Así mismo señala la Audiencia Provincial de Sevilla que todas las demás condiciones son facultativas y su omisión no es invalidante y pueden ser suplidas del modo legalmente previsto.

Sin embargo existen ocasiones en que el convenio arbitral no tiene la precisión que se requiere, ni la claridad que se necesita para que no existan incidentes. En la doctrina²⁷¹ se denomina “cláusula patológica” a aquella en que

²⁶⁹ SAP 5ª 26 de enero 2011 (JUP 2011, 219201)

²⁷⁰ AAP 1ª 15 septiembre 2009 [AC 2009, 2008].

²⁷¹ Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional..., ob. cit., señala que: *“incoherencia, ambigüedad e ineficacia son los principales defectos que vician las cláusulas compromisorias. Es probable que se plantee que la cláusula compromisoria adolece de uno o más de dichos vicios en aquellos casos en que por ejemplo, una de las partes recurre a un tribunal nacional en relación con una controversia y la demanda pretende lograr la suspensión del proceso fundándose en la existencia de una cláusula compromisoria. En tales circunstancias, es posible poner freno a la suspensión solicitada con el argumento de que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable.”* (Pág. 261).

hacen falta uno de los elementos, o que estando presentes no son expresados con la claridad y precisión necesaria, que como decíamos impide o dificulta el cumplimiento de la voluntad de las partes, y que no permite apreciar claramente la voluntad inserta en ella. Precisa Górgolas que: “... *La cláusula arbitral patológica puede ser considerada como un hándicap en el desarrollo del arbitraje. El Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones) señala que: “Se utiliza la expresión cláusulas patológicas (“pathological [compromissory] clauses”) para hacer referencia a convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes”.*

Además, detalla que: *“La “patología” del convenio arbitral se produce tanto en convenios arbitrales de reducido contenido como –quizá más frecuentemente– en aquellos de contenido extenso y que incluyen una regulación más detallada del arbitraje”*²⁷².

Un ejemplo es lo pronunciado por la Audiencia Provincial de A Coruña²⁷³, destacando que es evidente que la cláusula arbitral es notoriamente ambigua, atendidos aquellos requisitos pues no consta aquella inequívoca expresión de voluntad de someterse a arbitraje y de cumplir la decisión; y establece que la única alusión al arbitraje es la propia palabra que se sitúa en el título de la cláusula.

A su vez en Arbitraje comercial internacional Bogotá..., ob. cit., se menciona que: *“la ineficacia o inaplicabilidad de un pacto arbitral, se refiere principalmente a lo que la doctrina internacional ha denominado cláusulas defectuosas. En particular, es frecuente encontrar pactos arbitrales cuyos defectos se pueden agrupar de la siguiente manera: (i) pactos inconsistentes; (ii) pactos con contenido incierto; (iii) pactos inaplicables.”* (Pág. 90).

²⁷² Cláusulas arbitrales patológicas. Identificación y mecanismos de defensa. Revista Jurídica, Arbitraje, Mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos. Abril 2014, Pág. 2.

²⁷³ SAP 4ª 22 febrero 2002 [JUR 2002, 136409]

Estas imprecisiones pueden consistir, por ejemplo, en la referencia inconcreta de la institución arbitral a la que se someten las partes, como no designar el Centro de Arbitraje -en arbitraje administrado al que se acuerda someter la controversia-; la forma o mecanismo de designación de los árbitros; la referencia a varios idiomas, sin precisar en cuál de estos se debe seguir el arbitraje, entre otras. Afirma González de Cossio que: “... Desde que, en 1974, *Fédérick Eiseman*, entonces *Secretario General Honorario de CCI*, acuñó el término “*cláusulas patológicas*” para referirse a un acuerdo arbitral que contuviera un defecto que interrumpiera la consecución apropiada de un procedimiento arbitral, el término ha entrado eco en la mayoría de la bibliografía arbitral.”²⁷⁴.

Ante esta situación en los arbitrajes administrados la referencia de dichos reglamentos en los convenios arbitrales toma una gran importancia, debido a que lo que no se encuentre acordado por las partes lo podrá suplir en ese caso lo establecido de forma supletoria en dicho reglamento.

Sostiene la Audiencia Provincial de las Islas Baleares que la referencia del Artículo 4.b de la L.A. al convenio arbitral o cualquier otro acuerdo entre las partes, “... se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido. Y el tribunal manifiesta a partir de dicha norma que tales reglamentos integran el contenido del convenio arbitral. En efecto, en la precitada norma que contiene las denominadas “Reglas de interpretación” se dice: “ Cuando una disposición de esta ley a) deje a las partes la facultad del decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el Artículo 34 b) se refiere al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido”.

²⁷⁴ Arbitraje ..., ob. cit., Pág. 194.

A partir de lo cual hace referencia al caso en concreto en el que el Reglamento del tribunal arbitral de la asociación empresarial de promotores inmobiliarios y constructores de Islas Baleares, en su Artículo 2, dispone que *“la naturaleza, lugar e idioma será siempre de equidad, el lugar de la decisión Palma de Mallorca y el idioma será el castellano”*²⁷⁵.

Al inicio de este tema se había expuesto que, en ocasiones, estos principios se presentan para proteger al arbitraje de eventuales ataques o situaciones que pudieran afectarlo, como estas imprecisiones o imperfecciones, que buscan o consiguen retrasar el procedimiento arbitral, aparece el principio pro arbitraje, que significa conservación o validez del arbitraje. En función de este principio se le confieren herramientas a los Tribunales Arbitrales, para que actúen en defensa del correcto y completo desarrollo del procedimiento arbitral.

Así, con base a este principio se establece que, en caso de duda, deberá de estarse en favor del arbitraje, de tal manera que si de la revisión inicial del convenio no resulta evidente la voluntad de someterse a arbitraje, deberá de analizarse en aras o pro el arbitraje, por lo que ante la duda, el juez ordinario deberá declararse incompetente, y remitir todas sus actuaciones al órgano arbitral que aparezca como competente.

En palabras de González de Cossío: *“Al interpretar un acuerdo arbitral no debe tomarse a la ligera la posibilidad de que sea inválido. Las causales de invalidez (sea por nulidad, ineficacia o su imposible ejecución) deben interpretarse como excepciones a la regla de validez del acuerdo arbitral. Por consiguiente, además de interpretarlas en forma restrictiva, debe de exigirse un umbral de prueba alto. De lo contrario se violaría el principio de validez de los actos (favor*

²⁷⁵ SAP 3ª 22 noviembre 2010 [AC 2010, 2333]

negotii), el principio pro-arbitraje, el artículo II de la Convención de Nueva York (...)²⁷⁶.

Este principio se encuentra recogido en el artículo 7 de la L.A.M.²⁷⁷, siendo interpretado, por la C.C.Ec, en el caso Faisal vs. Misley Zaidan²⁷⁸ en los términos siguientes: *“Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces competentes, a ser oído y a tener un proceso ya sea administrativo o judicial con todas las garantías, (debido proceso) pasó de ser un enunciado procesalista y formalista, a establecer un verdadero derecho constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que concilian con la necesidad de que existan garantías procesales efectivas y certeras.*

El debido proceso es un derecho a la justicia, lograda en un procedimiento que supera las grietas o dificultades que otorga un simple derecho a la defensa en juicio. En este sentido, éste (debido proceso) ya no son solo reglas, son fundamentalmente principios.”

A partir de lo manifestado, la Corte hace referencia al principio *pro arbitri*, citando el artículo 7 de la L.A.M., en la cual se establece que, en caso de duda, se debe de optar porque la controversia se conozca en sede arbitral.

Es de mencionar que, también en España, se menciona este principio, al haber incorporado a la (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL como legislación propia en materia arbitral, señalando su exposición de motivos que: *“(..) Esta ley*

²⁷⁶ Arbitraje..., ob. cit., Págs. 127-128.

²⁷⁷ Artículo. 7. *“El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días ...”.*

²⁷⁸ Cfr.: S.C.C.Ec., de 26 de marzo del 2010.

prolonga esa sensibilidad, esa vocación y esa práctica, pero con la pretensión de producir un salto cualitativo. Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, ‘teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional’. El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares.

3.4. Principio de Audiencia

Este principio se fundamenta en la posibilidad que tiene una persona de ser oída dentro del proceso, formular alegaciones y actuar las pruebas de las que se crea asistida en el proceso, a fin de hacer valer sus derechos²⁷⁹. Este principio general es aplicable, no solo al proceso, sino al procedimiento arbitral²⁸⁰.

²⁷⁹ Constituye, afirma Pérez-Cruz Martín, que: “... *principios básicos de la justicia natural, que se complementan recíprocamente, son los de audiencia y contradicción (auditatur et altera pars, nemo inauditus damnari potest) ...*” (Constitución y Poder Judicial. 2ª Edición. Editorial Atelier. Barcelona, 2015, Págn. 405.

²⁸⁰ *Vid.*: Hoyos Sánchez, M. de “Comentarios al artículo 24 de la L.A.” en Comentarios prácticos a ..., ob. cit., Págs. 445-458; Venegas Grau, C. “Comentarios al artículo 24 de la L.A.” en Comentarios a la Ley ..., Ob. cit., Págs. 531-548; Pérez-Cruz Martín, A. J. El arbitraje interno en España conforme a lo previsto en la Ley 60/200, ..., trab. cit. en “Los Nuevos Retos del arbitraje ..., ob. cit. Págs. 160-163.

Así se pronunció el T.S.²⁸¹, manifestando se debe de dar a las partes la oportunidad de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, no constanding pues que dejasen de respetar los principios de contradicción y aportación de parte, únicos exigibles en caso de arbitraje en equidad.

Doctrinariamente²⁸² el derecho a la audiencia tiene un contenido complejo, en cuanto a su alcance; éste comprende la posibilidad que tiene toda persona, conforme la normativa expedida por el Estado, de hacer uso de uno o varios de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico, esto es, acceder a los medios previstos por la normativa para ejercer la defensa de las personas. Así si por ejemplo en relación a medios para impugnación de decisiones judiciales, el derecho de audiencia comprende la posibilidad de tener acceso a la jurisdicción como tal, así como a los grados superiores que el ordenamiento jurídico prevea, sea en segunda o tercera instancia, conforme lo previsto en la norma procesal correspondiente.

Así se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid²⁸³, manifestando que el procedimiento arbitral es un procedimiento de naturaleza especial que permite a las partes acudir para la solución de conflictos de derecho civil, la alternativa a la acción judicial en sentido estricto, configurando un recurso de anulación que en ningún modo es un recurso de apelación de plena cognición, que permita revisar en segunda instancia lo decidido por los árbitros, de tal manera que en este caso los jueces establecen que la parte que se viera perjudicada por esa decisión e

²⁸¹ STS 1ª 7 junio 1990 [RJ 1990, 4741]

²⁸² *Vid.*: Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. M. "Tratado de Derecho...", ob. cit., señalan que: "La ley de arbitraje de 23 de diciembre recoge expresamente y otorga el carácter de principios esenciales: a la audiencia, contradicción y a la igualdad entre las partes (artículo. 24). Teniendo esos principios no solo un valor teórico, sino que se encuentran manifestaciones punitivas concretas de los mismos en diversos pasajes de la ley.: 1º en cuanto a la audiencia: a) de todas las alegaciones escritas, documentos demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte." (Pág. 619).

²⁸³ SAP 3ª 10 enero de 2006 [JUR 2006, 102925], señala que: "... el procedimiento arbitral rigen los mismos fundamentos que en los procedimientos comunes de la Ley de enjuiciamiento civil, en orden a la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa."

fondo pudiera de nuevo plantear la misma ante los tribunales de justicia, frustrándose así el objetivo que pretende conseguir la institución de arbitraje.

El derecho de audiencia tiene un contenido procesal que comprende el derecho a ser oído y realizar las alegaciones que permitan ejercer defensa; por su contenido está vinculado al derecho-garantía de la tutela judicial efectiva²⁸⁴. El principio de audiencia es común tanto al proceso civil como al penal, e inspira el proceso en general, debiéndose ser acogido por el arbitraje.

Revisando la normativa arbitral se evidencia que el reconocimiento del principio de audiencia, tanto para el actor al proponer su demanda –o solicitud como lo conocen otras legislaciones-, como el demandado al contestar deberán no solamente exponer sus pretensiones o excepciones, sino que deberá anunciar y proporcionar los medios prueba necesarios para justificar sus afirmaciones, conforme las reglas de la carga de la prueba, que rigen no solamente el proceso civil sino también el procedimiento arbitral²⁸⁵.

De la misma forma se pronuncia la Audiencia Provincial de Pontevedra²⁸⁶, manifestando que: *“...en un caso concreto en el que se alega la infracción de los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes por :1) no haber dado traslado al hoy recurrente de las alegaciones de la contraria, 2) no haberse dado la oportunidad de poner algún medio probatorio que resultase de su interés*

²⁸⁴ Vid.: Morello, A.M. El proceso Justo. 2ª Ed. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005, afirma: *“... Según constante doctrina constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables.”* (Págn. 338).

²⁸⁵ Vid.: Salcedo Verduga, E. “El Arbitraje: La Justicia Alternativa...”, ob. cit., afirma: *“El proceso arbitral se desarrolla mediante audiencias, para cuyo efecto el tribunal señala las que establece la misma Ley... y las demás que estime necesarias. La actuación en las audiencias se lleva a cabo en forma verbal, aunque nada impide que los litigantes actúen por escrito. Las audiencias se realizan con la intervención de las partes o a través de sus apoderados o representantes y podrán concurrir sus abogados defensores, y el secretario dejará constancia en acta de las distintas diligencias.”* (Pág. 203).

²⁸⁶ SAP 4ª 25 septiembre 200 [JUR 2001, 6369]

pese haber solicitado en su escrito de demanda o alegaciones previas que se recibiera a prueba el arbitraje instado, con lo cual se causó una grave indefensión, 3) no haberse practicado prueba alguna a su instancia o con su intervención. A partir de lo cual el Tribunal establece que el principio de audiencia es un principio general del derecho que garantiza que nadie pueda ser condenado sin ser oído y vencido en un juicio; en un sentido abarcaría tanto el derecho de alegar o exponer los argumentos (fácticos, jurídicos) que apoyan la pretensión como el derecho a proponer y practicar, la prueba necesaria de lo que se alega. En la ley de arbitraje el principio se encuentra recogido en el Artículo 24.1.”

En la legislación arbitral ecuatoriana existen cuatro tipos de audiencias²⁸⁷, a lo largo del procedimiento arbitral. La primera de las mencionadas es la audiencia de mediación, convocada todavía en etapa de dirección del Centro de Arbitraje; en tratándose de arbitraje administrado, su convocatoria la realiza el Director del Centro de Arbitraje o el árbitro independiente, dependiendo del tipo de arbitraje del que se trate. En ésta se buscará que las partes lleguen al avenimiento de sus pretensiones, e intervendrán con un mediador, designado por el director del Centro o árbitro independiente, según sea el caso. En este momento se activa otro de los mecanismos alternativos de solución de controversias, que en las últimas décadas ha recibido un importante impulso y desarrollo entre los profesionales del derecho.

²⁸⁷ Artículo 15. “Una vez contestada o no la demanda o la reconvenición, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, lo cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia. El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio. Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.”

La decisión que se adopte vía mediación constará en un acta y tiene carácter de cosa juzgada²⁸⁸.

En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo en la audiencia de mediación, corresponde, según lo previsto en la L.A.M., seguir con el procedimiento a fin de conformar el tribunal arbitral. Una vez conformado, constituido y actuando el o los árbitros convocarán a la segunda audiencia en este procedimiento que es la de sustanciación, que es la clave dentro del procedimiento arbitral por dos aspectos, primero porque ya es convocada y llevada a cabo por el tribunal arbitral, dejando a un lado la fase administrativa sustanciada por el director del Centro, en sede administrativa, y segundo porque como su nombre lo indica constituye la sustanciación del procedimiento arbitral, en ella encontramos la misión del arbitraje, pues se establece el objeto del arbitraje, sobre lo que el árbitro se va a pronunciar y contiene además, el calendario tentativo de pruebas; es decir, se deja organizado y ordenado el procedimiento. Esta audiencia permite conocer cuáles serán las actuaciones del tribunal y cuáles serán las actuaciones de las partes, permitiendo cumplir con principios procesales como el de lealtad procesal²⁸⁹.

En esta audiencia del Tribunal se pronuncia sobre su propia competencia.

²⁸⁸ Vid.: Artículo 363 del COGP. Son títulos de ejecución los siguientes: 3. El acta de mediación

²⁸⁹ Artículo 22. *“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.*

Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral.

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

Una vez que se han evacuado y practicado todas las pruebas dentro del proceso arbitral hay la posibilidad de que se realice una tercera audiencia, la de estrados, en ella las partes podrán presentar sus alegatos; esto siempre y cuando las partes la soliciten antes de que el tribunal dicte el laudo correspondiente²⁹⁰.

Finalmente, las partes serán convocadas a una última audiencia de *“lectura de laudo arbitral”*, en ésta se les leerá y notificará la última decisión del tribunal respecto a la controversia²⁹¹.

Con respecto a este principio²⁹², el procedimiento arbitral, en España, tiene sus propias características, como reconocen Merino Merchán y Chillón Medina al señalar que: *“... el contradictorio desempeña además paralelamente, un factor de equilibrio entre los comprometidos, necesario para que el árbitro pueda llegar por el análisis profundo de las circunstancias y de las alegaciones de parte al conocimiento de la Litis y a través de ella a la verdad material. Las condiciones necesarias para lograr el mayor esclarecimiento de los hechos y el más seguro descubrimiento de la verdad son: 1) la libre valoración de la prueba; 2) la inmediación e intervención directa del árbitro en la prueba, salvo las que precisen el auxilio judicial; 3) la audiencia de las partes (auditur et altera pars) sin que la incomparecencia y la ausencia no determine la interrupción del procedimiento; 4) la adopción de oficio de las pruebas que el árbitro estime conveniente practicar.”*²⁹³.

²⁹⁰ Artículo 24 de la L.A.M. prescribe que: *“Una vez practicadas las diligencias probatorias el tribunal señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos en audiencia en estrados si es que lo solicitan.”*

²⁹¹ Artículo 29 de la L.A.M. dispone que: *“Las partes conocerán del laudo en audiencia, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes.”*

²⁹² Artículo 24.1 de la L.A. (*Principios de igualdad, audiencia y contradicción*) establece que *«... deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos...»*. Este artículo es, sustancialmente, idéntico al artículo 18 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

²⁹³ Tratado de Derecho Arbitral..., ob. cit., Pág. 618.

Bajo la misma línea de pensamiento, los citados autores manifiestan, respecto del desarrollo del procedimiento arbitral en España, que “... *la tramitación del procedimiento puede contraerse a tres períodos genéricos: a) alegatorio, si se quiere subdividido o desdoblado en contra alegatorio, y en virtud de los cuales las partes aportan al árbitro determinados datos a proceso que consideran de interés para fundamentar su pretensión (art. 29 LA). b) Probatorio, por el que las partes se proponen demostrar la existencia o inexistencia de un hecho relacionado con su pretensión o con la del contradictorio; (...) el árbitro tiene facultades suficientes para ordenar la práctica de las pruebas que estime convenientes (art. 25.2 LA). c) Oral o de audiencia arbitral, en el que las partes o representantes se reiteran en sus posiciones o acceden, por el contrario, a la petición de la otra parte (art. 30 LA).*”²⁹⁴.

Manifiesta la Audiencia Provincial de Valencia²⁹⁵ que: “... *el legislador está pensando en principios esenciales tales como el principio de audiencia, el de contradicción y el de igualdad, citando al artículo de la ley de arbitraje de España que nos precede, y enfatiza en que estos principios deben ser respetados, dado que de otra forma podrían dar lugar a indefensión de cualquiera de las partes. De esta forma los árbitros actuarán respetando estos principios cuando las dos partes implicadas en el arbitraje tuvieron la misma oportunidad de alegaciones, oposiciones o contra alegaciones y formulación o proposición de pruebas y su práctica, teniendo en cuenta que el rechazo razonadamente desde su posición de árbitro juzgador no supone colocar a la otra parte en indefensión.*”.

El principio de audiencia, entiende la Audiencia Provincial de Madrid²⁹⁶, que: “... *incardinado actualmente en el principio de defensa procesal que consagra la constitución española, es uno de los principios fundamentales del proceso que*

²⁹⁴ Tratado de Derecho Arbitral..., ob. cit., Pág. 639.

²⁹⁵ SAP 6ª 30 octubre 2002 [JUR 2003, 12869]

²⁹⁶ SAP 14ª 22 septiembre 1992 [AC 1992, 1294]

surgido que surgido en el ámbito de proceso penal se extendió a todo tipo de proceso, según el cual nadie puede ser condenado sin que al menos se le dé la posibilidad de ser oído en el juicio. No se puede decir que le falta el principio de audiencia procesal la parte que comparece en el proceso arbitral, asistida de letrado, formula su escrito de alegaciones, solicita prueba y formula conclusiones, es decir, realiza todos y cada uno de los actos procesales que comprende el derecho a la defensa y por tanto el principio de audiencia preconizado.”.

Así mismo se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona²⁹⁷ al señalar que: *“... en la cual constata que en ese caso de arbitraje internacional que no se cuestiona que se hayan ante un supuesto de sumisión a arbitraje internacional de conformidad con la Ley Modelo CNUDMI, que ha servido de inspiración según se señala en la exposición de motivos de la L.A. 60/2003 siguiendo de esta manera la recomendación de la Asamblea General en su Resolución 40/72 de 11 diciembre 1985, ‘teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional’. Así señala el tribunal que en el Artículo 1 de la ley española se delimita su ámbito de aplicación, y tras señalar en su apartado 1ero, que lo serán los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, tanto si son de carácter interno como internacional. (Sin perjuicio de lo establecido en tratados y leyes especiales), expresamente añade en su párrafo 2º que “las normas contenidas en los aps. 3,4 y 6 del Artículo 8, en su Artículo9, excepto el ap. 2, en los arts. 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicaran aun cuando el lugar se encuentre fuera de España.”.*

3.5. Principio de contradicción

El principio de contradicción, según Calaza López, se perfila como la: *“(...) Negativa de una afirmación ajena. Negación de una afirmación propia.*

²⁹⁷ AAP 17ª 28 mayo 2009 [JUR 2009, 421063]

*Manifestaciones opuestas hechas por una misma persona. Constituyen la base de la convicción en gran parte de los interrogatorios de los reos o sospechosos...Fundamento del proceso contencioso es el principio de libre contradicción garantizado a las partes. Incompatibilidad de dos proposiciones, que no pueden ser a la vez verdaderas, por cuanto uno de ellas afirma y otra niega lo mismo (...)*²⁹⁸.

Al principio de contradicción se refiere la Exposición de Motivos de la L.A. al señalar que: «... el procedimiento arbitral se estructur[a] sobre la base de una dualidad de posiciones entre demandante y demandado ...». En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid²⁹⁹ se han pronunciado, respecto de este principio, estableciendo que el principio de contradicción es el derecho que cada parte tiene en el proceso de poder hacer alegaciones en contra de los hechos por la otra parte.” De la misma forma que reconocen este principio, se sostiene que, de acuerdo con el Artículo 25 de la L.A. “... las partes pueden convenir libremente el procedimiento y a falta de acuerdo, los árbitros podrán conforme a lo dispuesto en

²⁹⁸ Cabanellas de Torres, G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI: P-Q. (31ª edición), Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2009, señala que se puede entender al Principio de Contradicción como el: “*fundamento lógico y metafísico que establece, como uno de los criterios de la verdad, la imposibilidad absoluta de ser y no ser algo al propio tiempo en el mismo lugar y con identidad completa de las demás circunstancias. Constituye un elemento de interpretación jurídica.*” (Pág. 466)

Mientras Calaza López, S. Principios rectores del Proceso judicial español, Revista de derecho UNED, 2011, obtenido de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2011-8-5020/Documento.pdf>, señala que “Según constante y reiterada doctrina del TC9, a la que se ha adherido el TS1, el art. 24 CE, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción con la finalidad de que puedan defender sus derechos e intereses.

La interdicción de la indefensión requiere, por lo demás, tal y como ha advertido el TC, un indudable esfuerzo del órgano jurisdiccional, puesto que es a los órganos judiciales a quienes corresponde, en definitiva, la obligación de procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen.” (Pág. 53).

²⁹⁹ SAP 9ª 22 septiembre 1992 [AC 1992, 1294]

la L.A., dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Siempre respetando los principios de igualdad, audiencia y contradicción.³⁰⁰

Por este principio se garantiza que las partes puedan debatir y como su nombre lo indica, contradecir las pretensiones o excepciones de la o las otra(s) parte(s) interviniente(s) en el proceso. Este principio es propio de los procesos, es decir donde existe controversia, se aplica tanto en materia penal como en materia civil, y su aplicación debe extender, como efectivamente lo hace, a los procedimientos arbitrales.

La doctrina³⁰¹ considera que el principio de contradicción tiene dos caras, por un lado el derecho que tienen las partes procesales de oponerse o impugnar,

³⁰⁰ SAP de Sevilla, 5ª, 26 enero 2011 (JUR 2011, 219201).

³⁰¹ Tratado de Derecho Arbitral... ob. cit., define que: *“por ello, la controversia juega en el arbitraje un papel esencial, y ello tanto porque la identificación del conflicto le viene dado previamente al árbitro: es una mención absolutamente necesaria en el pacto arbitral, so pena de nulidad del arbitraje; como desde el punto de vista puramente procedimental, porque las alegaciones de los compromitentes, en contra del esquema clásico procesal, se pueden producir simultáneamente El contradictorio desempeña además, paralelamente, un factor de equilibrio entre los compromitentes, necesario para que el árbitro pueda llegar por el análisis profundo de las circunstancias y de las alegaciones de parte al conocimiento de la Litis y a través de ella a la verdad material.”* (Pág. 618).

Por su parte, Devis Echandía, H. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009, señala que: *“La relación de jurisdicción contenciosa es doble: relación de acción (entre demandante y Estado) y relación de contradicción (entre demandado y Estado). Inseparable del derecho de acción es el derecho de contradicción, y por ello ambos pueden ser considerados como dos aspectos de la relación jurídico-procesal. No existe ninguna diferencia sustancial entre las dos relaciones, puesto que se trata de dos aspectos de la misma relación de jurisdicción, cuya naturaleza estudiamos ampliamente. Al lado del derecho de acción, existe el derecho de contradicción, de idéntica naturaleza y de contenido igual, puesto que se trata, como observa ROCCO, de Un diverso aspecto del derecho de acción.*

Por consiguiente, el derecho de contradicción, lo mismo que el de acción, pertenecen a toda persona natural o jurídica, y tanto su causa como su fin están constituidos por un interés público, que consiste en el derecho de obtener la decisión del conflicto que se plantea al demandado mediante la sentencia que el órgano jurisdiccional debe dictar. Es un interés general porque solo secundariamente mira a la conveniencia del demandado y a la protección de sus derechos sometidos al juicio y de su libertad limitada con la imposición de las cargas y los deberes que se deducen de la relación jurídico-procesal, en tanto que principalmente contempla la defensa de dos principios fundamentales para la organización social, como son el que se prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos con el demandante, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo.” (Págs. 54-56).

ya sea un acto determinado en el proceso -como una petición o solicitud-, cuando considere que afecta su pretensión; y, por otra parte, a través de éste se hace efectivo el control de legalidad de las actuaciones judiciales, al replicar o contradecir las partes lo dispuesto por el tribunal.

Para Hinojosa Segovia³⁰² la contradicción: *“(..) supone que el procedimiento se configura en torno a una dualidad de posiciones enfrentadas, y el sujeto llamado a resolver el conflicto asuma una postura trascendente a ellas (imparcialidad). Así, la estructura contradictoria del procedimiento es algo estrechamente ligado a los dos principios esenciales, puesto que la proclamación de la igualdad implica el reconocimiento, aunque sea tácito, de una dualidad (al menos de partes); y, la exigencia de oír a una de ellas, dándole suficiente oportunidad de defenderse, se refiere –bien mirado– con respecto a lo afirmado por la parte contraria.”*

El primer momento que, en materia procesal civil, se observa la virtualidad del principio de contradicción, es al tiempo de contestar la demanda, y oponerse a las pretensiones del actor, es allí donde comienza la contradicción, y es precisamente en este punto en que se traba la *litis*, es decir, sobre lo contestado y opuesto por el demandado, será sobre lo que tendrá que pronunciarse un juzgador, ni más ni menos, a riesgo de caer en vicios *extra, infra o ultra petita*.

Dicho principio, en relación con el procedimiento arbitral, *exige la audiencia de la parte frente a quien se dirige la demanda arbitral, concediéndole la oportunidad de hacer valer los medios de defensa que estime oportunos. Este principio se satisface concediendo a la demandada la posibilidad de actuar en el proceso, debiendo cumplirse unas exigencias determinadas: (i) el derecho a la representación letrada; (ii) el derecho al conocimiento previo de la demanda; (iii)*

³⁰² Hinojosa Segovia, R. y Cubillo López I. El Arbitraje, en Hinojosa Segovia R. (editor) Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, Pág. 119.

el derecho a contestar a la demanda; y (iv) el derecho a la última palabra en la fase de alegaciones y conclusiones.

Debe reconocerse que el procedimiento arbitral no está sometido a la rigurosidad o formalidades propias del proceso civil, se debe reconocer que el principio de contradicción es imperativo, y que de no llegar a observarse en el procedimiento podrá ser causal de nulidad, conforme lo reconoce el artículo 31 de la L.A.M., dependiendo del tipo de providencia en la que se lo desconozca.

Lo expuesto se hace evidente en los motivos de nulidad contenidas en los literales a), b) y c) del referido artículo, que se refieren en su orden, a la falta de citación con la demanda, siempre que el juicio se haya seguido en rebeldía y se haya impedido el ejercicio del derecho de defensa; que no se haya notificado a las partes con una providencia del tribunal y esto produzca una lesión al derecho de defensa; y, si existiendo hechos que deban de justificarse no se notifica con la convocatoria del término de prueba, o si convocado no se realizan las pruebas³⁰³.

Concordante a lo establece en la L.A., la Audiencia Provincial de Madrid³⁰⁴ se han pronunciado respecto de este principio estableciendo que el principio de contradicción es el derecho que cada parte tiene en el proceso de poder hacer alegaciones en contra de los hechos por la otra parte. De la misma forma que reconocen este principio, se sostiene que, de acuerdo con el Artículo 25 de la L.A., *“... las partes pueden convenir libremente el procedimiento y a falta de*

³⁰³ Artículo 31 de la L.A.M. dispone que: *“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”*.

³⁰⁴ SAP 12ª 22 septiembre 1992 [AC 1992, 1294]

*acuerdo, los árbitros podrán conforme a lo dispuesto en la L.A., dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Siempre respetando los principios de igualdad, audiencia y contradicción*³⁰⁵.

³⁰⁵ Cfr.: SAP Sevilla 5ª 26 enero 2011 [JUR 2011, 219201]

CAPÍTULO II

JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE

1. El sistema arbitral y la jurisdicción

La constitución del Ecuador reconoce la jurisdicción arbitral, pudiendo ésta ser observada en su art. 190 *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”*

Conforme a lo previsto en el artículo 150 del C.O.F.J.³⁰⁶, se configura la jurisdicción, en reemplazo de la deficiente definición contenida en el C.P.Cv³⁰⁷, que confundía la jurisdicción con la competencia³⁰⁸, se conforma la jurisdicción como la potestad de administrar justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, potestad que es ejercida tradicionalmente por los Jueces y reservada por el Estado para conocer de los conflictos o controversias que entre las personas, cualquiera sea su naturaleza, se presenten. Esta potestad concentrada en determinados funcionarios se hace efectiva finalmente en la sentencia, entendida como el pronunciamiento que realiza el juez respecto de los puntos principales de la controversia; debiendo cumplir esta última requisitos formales y materiales para tener tal calidad. Si la sentencia no se cumple voluntariamente por el vencido en el

³⁰⁶ Artículo 150. *“Jurisdicción. La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.”*

³⁰⁷ Artículo 1 CPC. *“la jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar los juzgados en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueves establecidos por ley.”*

³⁰⁸ Vid.: Gómez Orbaneja afirma que *«... competencia es el ámbito, delimitado por la ley, dentro del cual un juez investido de jurisdicción (ordinaria o especial) puede ejercer su jurisdicción. ...»* (Derecho Procesal Civil. Tomo I –Herce Quemada, V.-. Madrid 1969, Pág. 80, —o, expresivamente, señala Alvaro Velloso, *«... la extensión funcional del poder jurisdiccional, existiendo entre la jurisdicción y la competencia una relación cuantitativa y no cualitativa, de género a especie. ...»* –Jurisdicción y Competencia. -

http://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Competencia__AAV.pdf

proceso, corresponde activar los mecanismos, previstos legalmente, para el cumplimiento coactivo de los pronunciamientos judiciales, lo que permite hacer efectiva la tutela judicial efectiva. En lo expuesto anteriormente está sintetizado en la frase que ya se indicaba “juzgar y hacer cumplir lo juzgado”.

Si bien la jurisdicción se la ha quedado reservada al Estado, el presente trabajo, centrado en el arbitraje, como uno de los mecanismos alternativos, de carácter heterocompositivo, de solución de conflictos, en virtud del cual se construye una institución de naturaleza *sui generis*, con elementos y características que le son propias, inspiradas en principios que la caracterizan, y que la permiten distinguirse de cualquier otra institución, y que podemos observar claramente que quienes la ejercen realizan potestades jurisdiccionales, reconocidas por la Constitución y la ley, sin que ésta afecte la unidad judicial consagrada en la norma suprema.

Para el caso español, el T.C.³⁰⁹ ya se ha pronunciado sobre esta cuestión, y ha reconocido la jurisdicción arbitral como un equivalente jurisdiccional, que sustenta principalmente en la autonomía de la voluntad de las partes, que a su vez como ya se dijo tiene su fundamento en la libertad que como derecho es ampliamente reconocido en todos los ordenamientos.

Entiende Lara González³¹⁰ que el arbitraje es una vía extrajudicial en cuyo marco dos o más partes encomiendan directa o indirectamente a un árbitro, a un colegio o a una institución arbitral la resolución de una o más controversias

³⁰⁹ Cfr.: SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo y 174/1995, de 23 de noviembre; ATC 326/1993, de 28 de octubre.

Siguiendo esta doctrina se han manifestado las Audiencias Provinciales –cfr.: SSAP de Murcia 1ª 13 de enero de 2004 (RA 110705), Barcelona 14ª 29, 30 de enero, 9 de febrero de 2004 (RA, 763 y 841), Barcelona 14ª 9 de febrero y 14 de noviembre de 2004 (RA 841, 5079), Burgos 2ª de 12 de diciembre de 2004 (RA 78128).

³¹⁰ El arbitraje: una nueva perspectiva desde el derecho español y el derecho francés. 1ª edición. Editorial La Ley, Madrid, 2013, Págs. 76-77.

potenciales o existente entre aquellas y que versen sobre materia de libre disposición conforme al derecho, así mismo dicho autor hace referencia a lo manifestado por el T.C., en el sentido de que el establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado por lo establecido en el artículo 149.1.5.6ª y 8ª de la C.E., siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, que es el logro de una decisión al conflicto con fuerza de cosa juzgada, ante lo cual dicho autor manifiesta que es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil.

Así, de acuerdo al análisis citado autor, en cuanto al equivalente jurisdiccional, la L.A., no se muestra proclive a postular la intervención jurisdiccional en el mismo, por considerar que el mejor arbitraje es aquel que en ningún momento de su desarrollo necesita la intervención de los jueces y tribunales. Puesto que si las partes han querido someter la controversia a un arbitraje institucional, o a una persona distinta de la jurisdicción ordinaria, difícilmente se compadecería una continua remisión de la regulación del arbitraje a los jueces o tribunales.

La misma L.A. establece el denominado efecto negativo del convenio arbitral, en virtud se impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje (ex artículo 7 LA). Por lo que la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procesos de apoyo y control manifestados de forma expresa en la L.A.

Tanto la L.A.³¹¹ como la L.E.Cv., las establecen, y los momentos en los que intervendrán serán, entre otros, como ya ha quedado, en varias ocasiones, indicado, en: el nombramiento y remoción de los árbitros, asistencia judicial en la práctica de pruebas, adopción judicial de medidas cautelares, ejecución forzosa del laudo o de resoluciones arbitrales, pronunciamiento sobre la acción de anulación de laudo o el reconocimiento de los laudos o resoluciones arbitrales extranjeras (exequátur).

No se discute en la actualidad que la jurisdicción se pueda ejercer no solamente por los jueces, sino por otras personas que, investidas por ley de la misma, podrán resolver con carácter obligatorio las controversias sometidas a su resolución³¹².

Puede concluirse que existe, precisamente, una jurisdicción arbitral, diferente de la jurisdicción ordinaria, y que resulta alternativa a la última de las

³¹¹ Vid.: Álvarez Alarcón, A. "Intervención jurisdiccional en el Arbitraje", en Comentario breve a la Ley de Arbitraje -Lorca Navarrete, A. M^a, Coord.-. Editado por Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1989, Págs. 45-80; Álvaro López de Argumedo Piñeiro A. y Menéndez de la Cuesta Lamas, K. La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española más reciente. -<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2568/documento/103ala.pdf?id=2598> (consultado el día 19 de abril de 2016)-; Gutierrez Sáenz, M^a. R. La asistencia judicial en materia probatoria a partir de la Ley. 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Cuadernos de Consumo, núm. 23, 2004, Págs. 57-75; Cremades Sanz-Pastor, B. M. La función jurisdiccional de apoyo y control de arbitraje. Diario La ley, núm. 7024, 2008. Ref.: 277/2008

³¹² Vid.: Merino Merchán J. y otro Tratado de Derecho Arbitral..., ob. cit., respecto de este tema ha afirmado: *"La reflexión que se pretende hacer en éstas líneas es saber si solamente el poder público, a través de los órganos judiciales, es el único habilitado para conocer de los posibles conflictos que se den entre los sujetos de la comunidad. De ser así, ineludiblemente, los partes y demás Sujetos de Derecho habrían de someter sus pretensiones encontradas a un órgano estatalmente instituido, cuya finalidad concreta es satisfacer aquélla de las pretensiones que se ajuste más al Derecho. Según esta orientación, la renuncia de las acciones judiciales, en favor de los propios litigantes, confiando la resolución a un tercero no constitucionalmente creado para tal efecto, sería nula o inconstitucional. Hay que preguntarse si existen razones para mantener el monopolio judicial estatal. En buenos principios, no existe ninguna razón para mantener tal posición. Al igual que los partes pueden crearse circunstancialmente un Derecho privado propio, con tal que no se contradicton a las leyes, a la moral ni al orden público; pueden instituir una jurisdicción adventicia, propia para asuntos y conflictos determinados, confiándose a terceros árbitros sus disputas... Existe, pues, la posibilidad abierta ante un conflicto de ser resuelto por las personas implicadas, por sí mismas, o por un tercero o terceros por ellas designadas..."* (Pág. 83).

mencionadas, a la que se accede por la voluntad o acuerdo de las partes, pero que pactada excluye a la justicia ordinaria, subsistiendo aún la posibilidad de renunciar expresa o tácitamente a tal acuerdo; pese a lo expuesto debe manifestarse que existen importantes puntos de confluencia entre ambos sistemas de justicia³¹³.

Cabe recordar que la doctrina³¹⁴ ha puesto de manifiesto que una de las diferencias básicas entre la jurisdicción arbitral y la estatal u ordinaria, es que la ordinaria es pública, mientras que el arbitraje es privado; así por ejemplo, los magistrados y jueces de la justicia ordinaria reciben un nombramiento y están sometidos a una remuneración fija, determinada por normativa legal vigente, dependiendo –en mayor o menor grado– de lo previsto en la legislación estatal respecto de ascensos y nombramientos; en la jurisdicción arbitral no existe permanencia, sino que los árbitros conocen y resuelven un caso en concreto, correspondiendo su designación a los mecanismos previstos en el convenio

³¹³ Vid.: Becerra Toro, R. J. Manual de Arbitraje..., ob. cit. señala que: “No abrigamos dudas que el arbitraje tiene carácter voluntario, que se expresa por medio de un contrato, pero que frente a la noción de la jurisdicción del Estado ostenta partes que debemos precisar, en orden a fijar la idea de la jurisdicción arbitral. Ellas son: 1. En primer término, la jurisdicción del Estado es plena, en la medida que abarca todas las disciplinas e intereses que pueden ser ventilad [os] a través de sus órganos, mientras que la arbitral es limitada y se concreta a los conflictos determinados que las partes someten a su decisión; 2. La jurisdicción del Estado no es discutible, y sólo excepcionalmente puede controvertirse la competencia del juez, mientras que ante la discusión acerca de la existencia del arbitraje para determinado conflicto de intereses, resulta cuestionada; 3. Los jueces del Estado, por principio, gozan de la independencia que les reconoce el estatuto orgánico de la administración de justicia, al paso que los árbitros solamente tienen la limitada independencia que les confieren las partes; 4. El instituto de los impedimentos y recusaciones de los jueces ordinarios, resulta morigerado y hasta atenuado en caso de los árbitros; 5. La responsabilidad del juez por los actos cometidos en el ejercicio del cargo emanan del estatuto orgánico de la administración de justicia, en últimas de la ley, mientras la de los árbitros se origina en la relación judicial privada que surge entre las partes y los árbitros.” (Págs. 23-24).

³¹⁴ García F. Arbitraje Societario..., ob. cit., menciona que: “En ese sentido, las personas que se sometan a la vía arbitral lo harán respecto de materias de libre disposición, es decir, donde sea posible pactarse una vía resolutive ajena a la judicial, ya que son de naturaleza privada. Entonces, se restringen las materias de origen público, reservadas a la competencia del órgano estatal de justicia.” (Pág. 307).

arbitral, como primera fuente, o según lo previsto en la ley, mediante designación por mutuo acuerdo, por sorteo o decisión de una autoridad administrativa arbitral.

En relación con lo anteriormente indicado y concretamente en cuanto al carácter no permanente de los árbitros cabe recordar la previsión contemplada en el artículo 15 de la L.A.³¹⁵. Así mismo la Audiencia Provincial de Madrid³¹⁶, se hace referencia al apoyo brindado por el órgano judicial en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, y manifiestan que las partes pueden dentro de su libertad contractual concebir al arbitraje como unipersonal o colegiado, nombrar el árbitro desde el primer momento, deferir su nombramiento a un tercero o a una institución arbitral, de acuerdo con el reglamento o solicitar el auxilio judicial.

Por su parte, el artículo 15.2 de la L.A., en los casos de arbitraje con un solo árbitro, a falta de acuerdo y a petición de una de las partes, procede su nombramiento judicial, máxime cuando en el presente supuesto ambas partes están de acuerdo en la procedencia de tal nombramiento³¹⁷.

Otra notable diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral está en el alcance de cada una, pues mientras que al Juez le está reservada la posibilidad de ejecutar lo juzgado, no así al árbitro o tribunal arbitral, quienes siempre necesitarán de la cooperación de la justicia ordinaria, siendo este uno más de los puntos de encuentro entre la justicia ordinaria y la arbitral. Así lo ha puesto de manifiesto el TC³¹⁸ quien afirma que el árbitro necesita además del brazo secular del juez para

³¹⁵ Cfr.: SAP de Barcelona 15ª, 27 de junio de 2005 señala que: "... no se puede acudir ante un Tribunal judicial en caso de que si exista un acuerdo entre las partes con respecto a la forma de designación de los árbitros, así el tribunal dicta "esa ausencia de acuerdo entre las presentes actuaciones no se ha producido; en un caso porque la propia literalidad de la cláusula arbitral que se señaló en el contrato así lo determina y en otro, por haberse remitido a los contratantes, expresamente, al órgano arbitral designado, para la designa de la propia normativa interna del órgano arbitral."

³¹⁶ SAP Madrid 14ª 24 septiembre 2008 [JUR 2009, 53899]

³¹⁷ STSJ Comunidad Valenciana CP 1ª 26 marzo 2012 [RJ 2012, 8770]

³¹⁸ ATC 259/1993, de 20 julio

dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque solo a los jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado³¹⁹.

Finalmente debe agregarse que los Magistrados y Jueces en la jurisdicción ordinaria o estatal, solamente podrán resolver en derecho, mientras que en la jurisdicción arbitral, está plenamente permitido hacerlo en equidad³²⁰.

En este último caso procede en Ecuador por convenio o por el silencio de las partes, ya que la ley arbitral supone que en ausencia de acuerdo el arbitraje deberá realizar en equidad; lo contrario sucede en España, en donde la L.A. presupone la realización del arbitraje en Derecho salvo acuerdo contrario de las partes

La L.A., regula el arbitraje en derecho y a su vez permite deferir el conflicto al real saber y entender de los árbitros que designen³²¹. Este último se refiere al arbitraje en equidad, se caracteriza por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio (saber y entender) de los árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica, no obstante, deben de dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias³²².

³¹⁹ ATC 259/1993, de 20 julio

³²⁰ Vid.: Sanjurjo Rios, E. I., El arbitraje de equidad contra las cuerdas. El proceso de reforma de la Ley de arbitraje de 2003, por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, en La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011 ..., ob. cit., Págs.- 69-103; Becerra Toro, R. El arbitraje en equidad. Criterio Jurídico. Vol. 10, núm. 1, Págs. 93-113; Cárdenas Mejía, J.P. El arbitraje en equidad. Universitas, núm. 205, 2005, Págs. 347-374.

³²¹ Vid.: Artículo 34. "*Normas aplicables al fondo de la controversia. 1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello (...). Así podemos apreciar que para que proceda el arbitraje en equidad debe de éste ser acordado por las partes de forma expresa. Y en caso de silencio se entenderá que es en derecho.*".

³²² Cfr.: STC 43/1988, de 16 marzo.

2. La jurisdicción y el proceso arbitral

Una vez determinado que existe una jurisdicción arbitral, y las diferencias básicas con la estatal u ordinaria, procede analizar cómo se hace evidente ésta jurisdicción y pasar a revisar, desde diferentes perspectivas e instituciones relacionadas el procedimiento arbitral. Así el análisis se abordará desde la perspectiva del convenio arbitral, de los árbitros y la forma de conformación del tribunal arbitral, para finalmente abordar en forma amplia el procedimiento arbitral.

2.1. Convenio Arbitral

No existe una única denominación para hacer referencia al convenio arbitral, algunas legislaciones³²³ aluden a éste como pacto arbitral, o pacto de

³²³ Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R., Contenido y Forma del Convenio Arbitral, En García Ascencios, F. (Coord.), Derecho Arbitral, Editorial Adrus, Arequipa, 2013, señalan que: *“Mientras se mantuvieron vigentes las disposiciones arbitrales contenidas en el Código Civil de 1984, la ley distinguió dos tipos de contratos arbitrales: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. El primero era una especie de contrato preparatorio que se suscribía antes de que surgieran las controversias; y el segundo, era el contrato definitivo que necesariamente tenía que celebrarse para acudir al arbitraje, cuando la controversia ya existía y estaba determinada.*

En efecto, en un contrato, que por lo general es el contrato principal, las partes, a través de una cláusula compromisoria, acuerdan que para resolver cualquier conflicto — determinado conflicto— que se suscite del contrato principal, se acordará a su vez un arbitraje. Así pues, en la cláusula compromisoria el arbitraje no ha sido acordado, no ha sido celebrado y por tanto no ha sido contratado. Lo que ha sido acordado, celebrado y contratado es un compromiso a, en su momento, contratar un arbitraje.” (Págs. 103-110).

Mientras que Caivano, R. La cláusula arbitral ..., ob. cit., señala que: *“Algunos ordenamientos legales recogieron en sistema intermedio, conforme el cual la cláusula compromisoria carece de efectos plenos, porque es necesario de todas maneras celebrar el compromiso arbitral, pero produce algunos otros, más limitados. En este esquema, el principal efecto de la cláusula compromisoria es hacer nacer la obligación de celebrar el compromiso arbitral. De modo que habiéndose pactado el arbitraje para conflictos futuros, las partes quedan obligadas a resolverlos por esta vía, sin poder acudir al sistema judicial. El problema es que debido a la exigencia de que exista un compromiso, tampoco pueden aquellas recurrir al arbitraje sin celebrar este nuevo pacto o sin que exista una decisión —en principio, judicial— respecto de su contenido.*

En este esquema la cláusula compromisoria no es sino una promesa de compromiso, por lo que la remisión al arbitraje se opera de manera indirecta a través de la obtención del compromiso, sea de manera voluntaria o a través de una sentencia judicial que lo reemplace. La cláusula compromisoria, si bien es el instrumento o la plataforma fáctica anterior a toda controversia, sólo genera la obligación de celebrar el compromiso arbitral y da derecho a compeler a la formación del tribunal arbitral. Acreditada la existencia de la cláusula compromisoria es admisible la pretensión que tiende a formalizar el compromiso arbitral. En otras palabras, la consecuencia de considerar a la

arbitraje, y ya queda atrás, por considerarse incompleta una vez que ha cobrado fuera el principio de separabilidad o autonomía del convenio, la expresión cláusula arbitral; debe afirmarse eso sí que si bien la denominación varía según las legislaciones, no es menos cierto que el tratamiento que reciben por las diferentes legislaciones resulta similar.

Afirman Peña Castrillón y Martínez Neira, al referirse al convenio arbitral, lo han hecho indicando que éste consiste en: “(...) *un acuerdo jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituya la expresión de voluntad de los contratantes destinada a producir efecto jurídico: otorgar una jurisdicción especial a los árbitros para que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que puedan vincularlos.*”³²⁴.

Por su parte, Talero Rueda³²⁵, refiriéndose al pacto arbitral, ha afirmado que éste consiste en “... *un pacto entre las partes cuyos efectos tienen lugar en el ámbito de un proceso tendiente a dirimir sus diferencias (...).*”.

El convenio arbitral está previsto, en el Ecuador, en el Artículo 5 la L.A.M.³²⁶, y, en España, el pacto arbitral viene definido en el artículo 9 de L.A.³²⁷.

cláusula compromisoria como un contrato preliminar es que mediante ella las partes se obligan a realizar los actos necesarios para efectivizar el contrato definitivo. Produce, sin lugar a dudas, una obligación de hacer, susceptible de ser exigida judicialmente.

Como se ha visto en el capítulo introductorio, el compromiso arbitral es un acuerdo de voluntades en virtud del cual, luego de verificado un conflicto concreto, las partes convienen los aspectos específicos de funcionamiento del arbitraje. Su misión varía, según haya existido o no una cláusula compromisoria previa. En el primer caso, el compromiso complementa la disposición — necesariamente más generosa— contenido en aquellas: mediante la cláusula compromisoria las partes acuerdan someter a juicio de árbitros eventuales disputas; en el compromiso, ya producidas las divergencias, las concretan en determinados puntos perfectamente definidos. En el segundo caso, es decir si no hubo cláusula compromisoria que le sirva de antecedente, la función del compromiso es directamente pactar el sometimiento a arbitraje.” (Págs. 57-59).

³²⁴ Peña Castrillón, G. y Martínez Neira, N., “Pacto Arbitral y arbitramento en conciencia”, Temis Editorial, Bogotá, 1988, (Pág. 35).

³²⁵ Talero Rueda, S. Arbitraje comercial internacional ..., ob. cit., Pág. 85.

³²⁶ “(...) *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.*”.

De las definiciones antes descritas se pueden observar que existen una serie de elementos comunes, las mismas que hacen evidente lo ya expuesto en esta investigación, y que permiten concluir que más allá de la postura que se adopte respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, en su origen es común observar que la facultad de resolver la controversia por parte de los árbitros nace a partir de la voluntad de las partes.

Aunque la existencia de un convenio arbitral, hace evidente la voluntad de las partes de sustraer sus controversias a la justicia ordinaria, no es menos cierto que en determinadas ocasiones dentro del procedimiento arbitral, se produce una suerte de asistencia o ayuda de ésta para el correcto desarrollo del Arbitraje, este sería el caso de la facultad que tienen el o los árbitros de dictar medidas cautelares, o en su defecto de solicitar asistencia a los jueces ordinarios para su realización. Esto se desprende de la lectura del artículo 9 de la L.A.M., cuando señala: *“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*

³²⁷ “1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas... sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral”.

En España, en cambio, la participación del órgano judicial se hace mucho más presente, estableciéndose, como ya ha quedado anteriormente indicado, de forma expresa, las funciones de apoyo y control del arbitraje que brindaran, en su momento, los Tribunales competentes, resultando éstas, en resumen, las referentes a: 1) nombramiento y remoción judicial de árbitros; 2) la asistencia judicial en la práctica de pruebas; 3) adopción judicial de medidas cautelares; 4) ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales; 5) acción de anulación del laudo; 6) reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros; 7) ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros.

Uno de los elementos que debe cumplir el convenio arbitral, y que será determinante para acceder al procedimiento, sin inconvenientes, es que la voluntad de las partes contenida en él –única forma para ingresar a este mecanismo alternativo de solución de controversias-, debe ser expresa y constar por escrito, sin que exista ambages o ambigüedades que permita la interpretación o generen duda en cuanto al alcance de la voluntad de las personas. En este último caso se está ante lo ya expuesto en líneas anteriores, pero que procede citarlo nuevamente, que es lo que se denomina por parte de la doctrina como “cláusulas patológicas”. Lo contrario a lo expuesto sería un acuerdo arbitral suficiente, respecto a esta última expresión Salcedo Verduga ha afirmado “(...) es suficiente el acuerdo que, de cualquier modo por escrito, no deje dudas acerca de la voluntad de las partes de someter la resolución de un conflicto a arbitraje (...)”³²⁸.

³²⁸ Salcedo Verduga, E., El Arbitraje..., ob. cit., Págs. 117-118.

Otro aspecto a destacar del convenio arbitral es que el procedimiento a seguir se encuentra determinado en él, en el referido convenio se establece el límite de la competencia de los árbitros, y constituye una verdadera “camisa de fuerza” para quien sustancia el proceso, puesto que tendrá que limitarse a lo previsto en el mismo, pudiendo incurrir en excesos, y producir que el laudo sea anulable, bajo su responsabilidad, mediante el uso del mecanismo de la acción de nulidad, como el mecanismo que permite el control de legalidad del laudo, y consecuentemente del procedimiento arbitral, que se ejerce en la mayoría de las legislaciones por parte de la justicia ordinaria, constituyendo otra forma de interacción de ésta con el arbitraje.

Con respecto a este límite de competencia de los árbitros, como ya se hizo referencia anteriormente los mismos serán los que decidan sobre su competencia de acuerdo al principio *Kompetenz-kompetenz*, por lo cual serán los mismos árbitros los que interpreten los pactos arbitrales que les confieran dicha jurisdicción.

Ante lo cual se ha pronunciado el T.S.³²⁹, manifestando que las cláusulas del convenio arbitral deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre la interpretación contenidas en los preceptos del C.Cv. que se refieren a los contratos³³⁰.

Así mismo, en otra ocasión el Tribunal ha manifestado que si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas³³¹.

³²⁹ STS 1ª 20 noviembre 2008 [RJ 2009, 8]

³³⁰ STS 1ª 20 noviembre 2008 [RJ 2009, 8]

³³¹ SAP Madrid 14ª 19 abril 2007 [JUR 2007, 211780]

Por otro lado en el caso de los arbitrajes en equidad, mediante sentencia se establece que los árbitros no vienen obligados a interpretar las cláusulas de la escritura del compromiso de forma rígida y excesivamente literal, sino que disponen de la suficiente libertad para resolver con amplitud el conjunto de lo pactado, haciendo una interpretación racional de sus cláusulas que permita acomodar su contenido a la finalidad esencial de este tipo de decisiones extrajudiciales, cual contribuir al móvil de paz y equidad para la que están destinados³³².

La doctrina arbitral³³³ reconoce una distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso. En virtud de la primera de las mencionadas las partes acuerdan que todas aquellas controversias futuras que se pudieren presentar en función de una relación jurídica determinada se someterán al

³³² STS 1ª 28 noviembre 1988 [RJ 1988, 8716]

³³³ Vid.: Briseño Sierra, H. El Arbitraje Comercial, Editorial Limusa Noriega Editores, Santiago, 1979, al referirse a la cláusula compromisoria, ha manifestado que ésta tiene por finalidad: *“Expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje controversias futuras que puedan suscitarse por el contrato en el que la cláusula está inserta, sin más especificaciones que sobre el organismo arbitral, a veces las reglas del procedimiento y otras la misma sede del arbitraje, y aun el idioma que se empleará.”*

Mientras que, respecto al compromiso, este autor considera que este es: *“Un contrato con toda la extensión de previsiones en el que se comienza por indicar el conflicto ya suscitado, las partes intervinientes, el sujeto nombrado árbitro, la facultad que se le otorga, etc., y también de una manera más o menos coincidente, los otros puntos que pueden aparecer de la cláusula, con son las leyes aplicables, las reglas del procedimiento, las facultades para decidir conforme a derecho o sin justificar los puntos resolutivos, es decir, en equidad, como amigable composición o “ex aequo et bono”, etcétera.”* (Pág. 76).

Mientras que Soto Coaguila, respecto a estas dos instituciones ha comentado que: *“La cláusula compromisoria (artículo 1906 a 1908) y el compromiso arbitral (1909 a 1922) eran dos contratos nominados regulados por el Código Civil. La cláusula compromisoria era un contrato preliminar por el cual las partes se obligaban a celebrar, en el futuro, un compromiso arbitral; y, el compromiso arbitral era el acuerdo expreso de las partes de someter una determinada controversia, materia o no de juicio, a la decisión de terceros designados por las partes, siendo dicha decisión de cumplimiento obligatorio. Lo que diferenciaba la cláusula compromisoria del compromiso arbitral era la presencia de un determinado conflicto entre las partes. Así, por la primera figura jurídica, los sujetos contratantes únicamente pactaban someter a arbitraje sus conflictos futuros; en cambio, mediante el compromiso arbitral, estipulaban someter a arbitraje un conflicto existente. Sin mayor esfuerzo, podemos concluir que la regulación del arbitraje, estos es, exigiendo la suscripción de dos contratos independientes, era “absolutamente inoperante.”* (“El Arbitraje en el Perú y el Mundo”, en Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú. –AA.VV.–. Ediciones Magna, 1ª Edición. Lima, 2008, Pág. 4.

arbitraje; mientras que mediante el compromiso, propiamente dicho, las partes ya someten a conocimiento y resolución de árbitros, conforme lo determinado en el acuerdo suscrito, una o varias controversias ya presentadas, que sean susceptibles de ser conocidas y resueltas en arbitraje.

Si se revisan las instituciones y las referencias, conforme a las citas doctrinarias antes mencionadas, se observa que el objetivo final tanto de la cláusula compromisoria como del compromiso es el mismo, sin embargo si existen algunas diferencias entre estas instituciones que es preciso destacar para comprenderlas en forma íntegra:

- i) La primera de ellas es que en la cláusula compromisoria no existen controversias o no se ha hecho presente el conflicto, norma para el futuro cualquiera que pudiere presentarse, puesto que al tiempo de su suscripción no se han presentado.

En cambio en el compromiso ya existe una controversia suscitada a partir de una relación jurídica;

- ii) Como consecuencia, la cláusula compromisoria se encuentra inserta en el documento que contiene la relación jurídica entre las partes, en un documento inicial, no requiere la suscripción de un documento adicional.

El compromiso conlleva la suscripción de un nuevo documento en que las partes someten al arbitraje una determinada o algunas controversias, determinan las reglas, las condiciones, el procedimiento a seguir, y todas aquellas estipulaciones que consideren necesarias para llevar adelante el arbitraje.

iii) La cláusula compromisoria comprende una serie de situaciones indeterminadas, que podrían no presentarse, y que se desconoce cuál de ellas deberá ser sometida al compromiso.

Mientras que el compromiso comprende una o varias situaciones jurídicas claramente determinadas, que se ha hecho presente, y que permite que la jurisdicción de la que están investidos los árbitros se agote con el conocimiento y resolución de la causa, ya que existe un conflicto.

iv) Finalmente debemos exponer que la doctrina colombiana, aunque no en forma unánime, considera que no es factible que por vía de cláusula compromisoria se sometan a arbitraje situaciones que no tengan origen en relaciones contractuales; mientras que el compromiso puede tener origen contractual o extra contractual.

Debe manifestarse que, con el avance y desarrollo del arbitraje esta distinción, que existía en las normas positivas ha sido superada, actualmente se regula solo con el convenio arbitral como la expresión de voluntad que permite someter las controversias a este mecanismo alternativo, sintetizando en un solo instrumento tanto la voluntad como el acuerdo propiamente dicho de ir a arbitraje³³⁴.

Siendo esta la tendencia mundial en materia de arbitraje, la legislación ecuatoriana no podría ser la excepción, y ya no existe ésta distinción desde las

³³⁴ González de Cossío, F. Arbitraje ..., ob. cit. ha dicho respecto a este tema que: “Con anterioridad la distinción entre dichas especies de acuerdo arbitral era importante. Hoy por hoy es académica... La necesidad de distinguir entre cláusula y compromiso arbitral ha dejado de tener importancia puesto que la Convención de Nueva York las trató a ambas por igual al establecer en el primer párrafo del artículo II que ‘cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes obligan someter a arbitraje... diferencias...’ Lo anterior constituye una disposición de derecho uniforme que desplaza el derecho local en lo que se refiere a los acuerdos arbitrales al amparo de la Convención de Nueva York.” (Pág. 138).

últimas reformas en materia de arbitraje, ocurridas en el año 1997, de tal forma que se han unificado los conceptos³³⁵.

De lo expuesto se deduce que es conveniente la desaparición de ésta distinción, que actualmente consiste en una referencia académica, pues esta dualidad en ocasiones complicaba el desarrollo del arbitraje debido a que como resulta evidente la cláusula compromisoria se suscribe cuando no existe controversia, mientras que para acceder al procedimiento era necesario la suscripción de un nuevo documento, el compromiso, en el momento en que la controversia ya se ha producido, entonces resultaba fácil para una de las partes no firmar este segundo documento y, así la voluntad de ir a Arbitraje contenida en la cláusula compromisoria resultaba infructuosa, al no suscribirse éste instrumento que facultaba el mecanismo.

Respecto del convenio arbitral se pueden hacer algunas consideraciones que se exponen a continuación:

1. Si se observa el artículo 7 de la L.A.M., establece que: *“... el convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria ...”*.

Así también lo dispone la L.A., en otras palabras, su Artículo 7. Sobre Intervención judicial establece que en los asuntos que se rijan por esa ley

³³⁵ Vid.: Salcedo Verduga, E. El Arbitraje la Justicia..., ob. cit. señala que: *“Ambas formas –cláusula compromisoria y compromiso- son dos posibilidades, dos modos o especies de creación contractual del arbitraje, pertenecientes al género “convención arbitral” y que tienen los mismos efectos jurídicos ... En mi opinión se puede definir el convenio arbitral como un acto contractual que expresa la voluntad de las partes de conferir una jurisdicción especial y temporal a partes denominados árbitros para que resuelvan en derecho o en equidad y mediante un procedimiento especial las controversias litigiosas susceptibles de transacción, presentes o futuras, excluyéndolas de la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado.”* (Págs. 105-106).

no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga.

En primer lugar, la existencia de un convenio arbitral excluye a la justicia ordinaria para el conocimiento y resolución de una determinada controversia. Si esta es la voluntad de las partes, resulta congruente considerar que el laudo arbitral no pueda ser impugnado en la vía ordinaria, si la voluntad de las partes ha sido sustraer de la misma a una determinada controversia; a fin de completar esta reflexión se debe recordar que la acción de nulidad, no constituye recurso alguno.

2. Así también respecto del convenio arbitral se debe puntualizar que, para el caso del Ecuador, el contenido del mismo artículo 7 de la L.A.M., que contiene el principio pro arbitraje o *favor arbitralis*, dispone que en caso de duda en cuanto a la voluntad de las partes en someter una determinada controversia a árbitros, el juzgador deberá estar a favor del arbitraje³³⁶.

3. No es necesario que el convenio arbitral obre en el contrato que regula las relaciones de las partes, se reconoce la tendencia actual de que es suficiente que conste por escrito, en un documento firmado por ellas, o que conste en cartas o cualquier medio de comunicación que permita concluir de manera clara, precisa y fehaciente que la voluntad de las partes suscriptoras de tal instrumento es someter sus controversias al arbitraje.

³³⁶ Artículo 7.2° de la L.A.M. dispone que: *Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.* Codificación 2006-014 (R.O., núm. 417, de 14 de diciembre de 2006).

Con los avances de la tecnología producto de la globalización, el nacimiento de la sociedad de información y el avance de redes de comunicación, procede preguntarse ¿si el convenio arbitral puede constar en medios electrónicos o en cualquier medio de naturaleza similar en la jurisdicción ecuatoriana? La respuesta es afirmativa, puede constar en cualquier medio, siempre que se permita demostrar la voluntad expresa de las partes de someter su controversia a Arbitraje. La legislación así lo recoge, al establecer que el convenio arbitral puede constar en “... *cualquier medio de comunicación escrito que deje constancia documental de las partes de someterse al arbitraje ...*” esto se complementa con lo previsto en el artículo 45 de la Ley de Comercio Electrónico, Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que dispone: “... *cuando las partes pacten someter sus controversias a un procedimiento arbitral, en la formalización del convenio de arbitraje como en su aplicación, podrán emplearse medios telemáticos y electrónicos, siempre que ello no sea incompatible con las normas reguladoras del arbitraje ...*”³³⁷.

De la misma forma se pronunció la Audiencia Provincial de Salamanca³³⁸ en el sentido que hace referencia el artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI, en donde se establece que el acuerdo de arbitraje se entiende que es escrito cuando está consignado en un documento firmado por las partes, con un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo con un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo será firmada por una parte sin ser negada por la otra³³⁹.

³³⁷ Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos. (R.O. Núm.. 557 del 17 de abril del 2002).

³³⁸ AAP Salamanca 1ª 15 septiembre 2009 [AC 2009, 2008]

³³⁹ AAP Salamanca 1ª 15 septiembre 2009 [AC 2009, 2008]

Ha definido Merino Merchán el convenio arbitral electrónico como: “... *aquél en que se hace constar la voluntad inequívoca por las partes expresada por dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos, de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de ellas, surgidas o que puedan surgir en las relaciones jurídicas que tienen en la red, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como la obligación de cumplir tal decisión ...*”³⁴⁰

Este planteamiento se justifica en la medida en que la legislación arbitral en Ecuador no prevé como tal el uso de medios electrónicos para formalizar el acuerdo de arbitraje, contrario a lo que sucede en España, en donde la ley arbitral del año 2003 ha reconocido expresamente la validez del convenio arbitral que se pacta en tales circunstancias, siguiendo plenamente la tendencia actual y lo previsto en la Ley de arbitraje modelo UNCITRAL. Esto asimismo, sin perjuicio de que el uso de medios electrónicos para la contratación tenga a su vez su propia regulación³⁴¹, a la que estará sometido el convenio arbitral en caso que corresponda.

4. En Ecuador existen una serie de requisitos que debe cumplir el convenio arbitral, de los cuales algunos por su naturaleza son esenciales, mientras que otros tienen el carácter de facultativos, y que se analizan a continuación:

4.1. Como parte del contenido obligatorio del convenio arbitral está la voluntad expresa e inequívoca de someter la controversia al arbitraje, lo que si bien es el deber ser, ya se han expuesto los problemas que pueden

³⁴⁰ Merino Merchán, J. El Pacto de Arbitraje Telemático, Régimen Jurídico de internet, AA.VV, (Cremades García, Coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2002, Págs. 529-545.

³⁴¹ Vid.: Ley 34/2011, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico regula entre otros aspectos la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica y las obligaciones previas a la contratación.

presentarse respecto a la voluntad de las partes, y los efectos que se producen. Así también se ha hecho referencia al remedio que existe ante esta situación como es el principio pro arbitraje; así *“[e]n materia de arbitraje el consentimiento para arbitrar no puede suponerse. Debe ser claro. La ambigüedad es fatal. Lo anterior puesto que, dado que el consentimiento de someter al arbitraje trae aparejada una renuncia a acudir a un tribunal estatal, dicha renuncia debe ser clara y expresa”*.³⁴²

Es necesario advertir además que entre las causales para interponer la acción de nulidad no se encuentra este último punto, referente a la voluntad de las partes; sin embargo, existe un único caso donde el incumplimiento de la formalidad y requisitos acarrea la nulidad del convenio arbitral en tratándose del Arbitraje en el sector público.

Así se ha pronunciado la Corte Constitucional³⁴³, ratificando lo manifestado en el artículo 190 de la C.Ec., que establece que en arbitrajes en el sector público será un requisito el pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado (requisito necesario para acudir a sede arbitral en materia de contratación pública).

En España, el motivo de anulación por el que procede esta falta de voluntad o sumisión expresa al arbitraje, es, como ha indicado el T.S.J.³⁴⁴, también acogido por Audiencias Provinciales- cuando eran competentes para conocer de esta acción— el orden público, pues este último concepto ha tratado de delimitarse en relación a los derechos reconocidos por la Constitución española en el artículo 24, relativo entre otros a la tutela judicial efectiva, en su *“vertiente del acceso a la justicia”*, que como tal se ha

³⁴² González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Págs. 140-141.

³⁴³ Sentencia 244-15-SEP-CC. (2015)

³⁴⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 8/2013, de 31 de julio -STSJ CV 4190/2013-

dicho exige un sometimiento expreso y voluntario, pues implica la renuncia a un derecho fundamental, en cuya ausencia, el laudo que se dicte vulnerando este derecho es por eso mismo, un laudo contrario al orden público, susceptible de ser anulado mediante esta acción especial de anulación.

El mismo criterio se puede apreciar en la Audiencia Provincial de Girona³⁴⁵, manifestando que por la naturaleza del arbitraje para aquello que las partes le han conferido el poder de disposición, goza de plena autonomía decisoria sin que consecuentemente puedan los órganos jurisdiccionales revisar el laudo con la única excepción de haber vulnerado aquel en la solución del conflicto el orden público, entendido este como infracción de los principios constitucionales.

4.2. En el convenio arbitral se debe determinar en forma inequívoca la relación jurídica que se somete al arbitraje, que debe tratarse de materias que son susceptibles de transacción. En el caso del Ecuador, el artículo 5.2 de la L.A.M. dispone que el convenio arbitral debe determinar la relación jurídica que será sometida al arbitraje. No existiendo la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso, la relación puede ser futura o presente, *“para que un acuerdo sea válido debe existir una relación jurídica definida entre las partes. Por ende, un acuerdo arbitral que establezca que todas las controversias futuras que surjan entre las partes serán resueltas por arbitraje no es válido. El acuerdo debe relacionarse con una relación jurídica específica que con frecuencia es un contrato”*³⁴⁶.

La relación jurídica puede ser contractual o extracontractual, salvo que se trate de arbitraje del sector público; la determinación de la relación cumple

³⁴⁵ SAP1ª 17 noviembre 2004 [AC 2004, 2353]

³⁴⁶ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Pág. 147.

con un doble objeto, por una parte permite delimitar claramente cuál es el ámbito de actuación de los árbitros, y por otro lado permitirá determinar que la materia que se somete es susceptible de arbitraje. *“El que el acuerdo arbitral verse sobre una relación jurídica determinada no implica que controversias meta-contractuales que involucren la misma relación jurídica no puedan ser arbitradas. Con frecuencia la controversia involucra responsabilidad civil extra contractual.”*³⁴⁷.

4.3. Los dos elementos antes indicados son requisitos que deben constar obligatoriamente en todo convenio arbitral, para que éste sea suficiente, pero existen otros elementos que hay que considerar adicionalmente, que si bien no tienen la fuerza de los antes indicados, deben estar consignados en el convenio arbitral, estos son:

4.3.1.1. La determinación de si se trata de arbitraje en derecho o en equidad. Respecto del arbitraje en derecho significará la sujeción a normas de derecho, a la doctrina, la jurisprudencia, y los principios que inspiran la doctrina³⁴⁸.

4.3.1.2. Si las actuaciones del árbitro se deben ajustar a su *“leal saber y entender”*, aplicando la sana crítica, se estará, entonces, ante un arbitraje en equidad, en el cual la decisión del árbitro o árbitros no debe sujetarse rigurosamente a la ley.

³⁴⁷ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Pág. 147.

³⁴⁸ Vid.: Salcedo Verduga, E. El Arbitraje: La Justicia Alternativa..., ob. cit. menciona: *“Las partes que acuden al arbitraje en derecho en el Ecuador, no tienen la facultad de señalar un procedimiento aplicable por el Tribunal distinto al establecido por la Ley de Arbitraje y Mediación; por consiguiente los litigantes podrán invocar las normas jurídicas que crean convenientes para sustentar sus respectivas pretensiones, pero la libertad del Tribunal dentro del marco de su actuación está restringida por las normas imperativas de derecho señaladas para su actuación”*. (Pág. 22).

Esta distinción es importante en la sustanciación del procedimiento arbitral, en especial en lo relativo a la actuación y valoración de la prueba, y en la motivación que debe contener el laudo, para cumplir con las prescripciones del debido proceso y garantizar una tutela judicial efectiva; el tratamiento en estos tres aspectos será diferente y dependerá del tipo de arbitraje y el modo cómo deben pronunciarse los árbitros. Un aspecto adicional a destacar es que solamente en el arbitraje en derecho se deberá contar con árbitros que sean abogados (artículo 3 de la L.A.M.)

Así en el artículo 15. 1. de la L.A. establece que: “... salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se resuelva por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se resuelva por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista”.

En este aspecto, L.A. hace una distinción a partir de que fuera modificada, llevada a cabo por la L. 11/2011, de 20 de mayo de 2011³⁴⁹, en razón de que cuando exista un árbitro único y el arbitraje se haya pactado en Derecho, el árbitro, salvo acuerdo contrario de las partes, debe ser un jurista; lo mismo si es un árbitro colegiado, uno de los miembros debe tener tal calidad. Nótese que la Ley utiliza el término “jurista”, expresión dentro de la cual caben no sólo las

³⁴⁹ Vid.: Hinojosa Segovia, R. La Nueva Ley Arbitraje. - http://cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_nueva_ley_de_arbitraje_739.pdf (consultado el día 24 de abril de 2016); Pérez-Pujazón Millán, M^a. E. y Trigo Sierra, E. La reforma de al Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje - <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3229/documento/art11.pdf?id=3377> consultado el día 24 de abril de 2016); Perales Viscasillas, P. La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo). Arbitraje, núm. 2. Vol. IV. Arbitraje, 2011, Págs.667-704; Cerdeño Hernan, M. La reforma de la legislación arbitral por Ley 11/2011 y L.O. 5/2011. Foro, núm. 13, 2011, Págs. 235-238; Pérez Luño Robledo, E. C. La Reforma del Arbitraje de 2011: Presupuestos, Antecedentes y Alcance. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013.

personas que ostentan el título de abogados sino también otras personas entendidas en Derecho³⁵⁰.

Es menester recalcar que fallar en equidad no es fallar con arbitrariedad irrespetando normas de orden público; de esta forma se han pronunciado los tribunales arbitrales en Colombia, pues el fallo a conciencia *no autoriza al árbitro ni a las partes para pretermitir las reglas del debido proceso, esto es, para informalizar el proceso ... Las reglas, principios y el régimen propio del proceso arbitral deben ser observados como una garantía de orden, de discusión suficiente, de conocimiento real del conflicto y de terminación oportuna del mismo*³⁵¹.

Así mismo a este respecto, la L.A. es tajante al establecer que los laudos, sean en equidad o en Derecho deben estar siempre motivados. La falta de motivación por su parte, no es en España una forma de llevar el laudo a la justicia constitucional, pues esto sólo tiene cabida respecto de resoluciones judiciales; no así en Ecuador, en donde la justicia constitucional ha dado cabida a la revisión de laudos como oportunamente se analizará.

Así lo ha dictaminado en este sentido, el T.C.³⁵², quien señala que el procedimiento y el laudo arbitral no pueden ser objeto directo de la impugnación en el recurso de amparo, ya que el T.C. carece de jurisdicción para su

³⁵⁰ *Vid:* Muñoz Sabaté, L. "Comentarios al artículo 15 de la L.A." en Comentarios a la ley ..., ob. cit., Págs. 338-354; Gutiérrez García de Cortázar, E. "Comentarios al artículo 15 de la L.A." en Comentarios a la Ley ..., ob. cit., Págs. 401-417; Pérez-Cruz Martín, A. J. "El arbitraje interno en España conforme a la Ley ..." en Los Nuevos Retos del Arbitraje ..., ob. cit., Págs. 170-174; González-Montes Sánchez, J.L. Intervención judicial en el procedimiento arbitral de consumo. ... Págns. 102-103.

³⁵¹ Laudo del Caso César Ucrós Barros y Édgar Suárez Ortiz en contra de Laboratorios de Cosméticos Vogue S.A. —en reestructuración—, Viseé Internacional Cosmetics S.A —en reestructuración— y María M. Cortés de Chaves. 26 de septiembre del 2003. Colombia - http://legal.legis.com.co/document?obra=laudoscob&document=laudoscob_ca22339c749a4b5f9db6fd7cf35387ac.

³⁵² STC 136/2010, 2 diciembre.

enjuiciamiento al no ser un acto referible a ningún tipo de poder público (Artículo 41.2 LOTC). De ese modo las garantías contenidas en el principio de la tutela judicial efectiva (Artículo 24 CE) solo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo.

En opinión del T.S.J. de la Comunidad de Madrid “... *bien la función que cumple el arbitraje de equidad es la de constituir una vía de solución de conflictos mediante la decisión de terceros a los que se otorga un amplio margen de ponderación de las circunstancias y de las actitudes según su leal saber, en cambio esta flexibilidad de ponderación es lo que separa el juicio de equidad del basado en Derecho estricto, y que lleva a concebir el objeto de la controversia como un todo orgánico, ciertamente delimitado por las cuestiones propuestas a la decisión de los árbitros, como ocurre en éste caso, por lo que la falta de motivación del laudo impugnado, implica una clara infracción del principio de tutela judicial efectiva, lo que sin duda contraviene el orden público, pues como hemos dicho, es contrario al mismo, el laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizado a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, pues el derecho a obtener una resolución fundada, afecta a la tutela judicial efectiva consagrada en el citado artículo, por lo que procede acordar la nulidad del laudo impugnado*”³⁵³.

A esto hay que anotar que como bien lo menciona el Tribunal, la diferencia entre el arbitraje en Derecho y el arbitraje en equidad es como se ve, la amplia ponderación que existe en uno y que se encuentra restringida en otro, pudiendo en el primer caso los árbitros, morigerar la rigidez de la ley cuando proceda en el

³⁵³ STSJ., núm. 59/2013 de 16 de julio de 2013 - STSJ M 8246/2013-.

caso concreto, debiendo siempre motivar su decisión para precautelar los derechos subjetivos de los implicados.

Una inquietud que surge en relación con el tema que se aborda, es la referida a qué debe entenderse el “leal saber y entender”. Una respuesta podría ser que esta forma de resolver consiste en resolver a conciencia, sobre los conocimientos que tienen en la materia, tanto en la arbitral, como en aquellos sobre los que versa la materia en controversia.

Finalmente se considera que debería dejarse constancia o explicarse, por más que pudiere resultar obvio que éste “leal saber y entender” tiene como límite el orden público, puesto que si bien es cierto su pronunciamiento no deberá basarse en el ordenamiento jurídico, en forma expresa, no es posible dictar un laudo que sea contrario al ordenamiento jurídico vigente. Más aún si se considera que en España, la violación al orden público es precisamente una causal para la interposición de la acción de anulación del laudo.

La vulneración del orden público solo es posible cuando el árbitro haya pronunciado su laudo con clara infracción de derechos fundamentales³⁵⁴. Por tanto, el orden público y su vulneración giran en torno al cumplimiento o no por el laudo de las garantías procesales fundamentales recogidas en el texto constitucional³⁵⁵.

Así se pronunció también la Audiencia Provincial de Madrid ³⁵⁶, manifestando que el ese caso el laudo arbitral carece de la mínima motivación

³⁵⁴ Cfr.: SAP Las Palmas 5ª 30 septiembre 2008 [JUR 2009, 135128]

³⁵⁵ SAP Madrid 12ª 17 junio 2008 [JUR 2008, 293974]

³⁵⁶ Recuerda la A.P. de Madrid (S. de 13 de mayo de 1997) que debe de extremarse la prudencia a la hora de determinar el alcance y contenido de lo que debe entenderse por orden público dentro, naturalmente, del ámbito arbitral, remitiéndose a la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través, fundamentalmente, del artículo 24 de la C.E.; derechos y libertades que pueden tener relación bien con las garantías jurídicas,

jurídica exigible, lo cual evidencia un choque frontal contra el orden público, al ir en contra de los principios y normas rectoras generales que deben regir en todo procedimiento contencioso reglado sea o no judicial, pues las dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro, se ven en este caso completado por una incongruencia omisiva de tal calibre que determina una vulneración evidente del derecho a la defensa, lo que refuerza aún más la nulidad del laudo decretada el cual quedo sin efecto

políticas y demás contenidas en el título I de dicho texto legal o bien con las garantías y principios esenciales del procedimiento pero teniendo siempre presente que, según la STC 43/1986, de 15 de abril, el juicio de arbitraje se caracteriza por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio (“saber y entender”) por el juez árbitro, no obligado a la motivación jurídica, sin que la posibilidad del recurso de anulación lleve consigo la facultad de transferir al Tribunal revisor, ni la atribuye, la jurisdicción de equidad, no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisoria del juicio de equidad en sí mismo, pues el recurso es, como ya señalo la S. TS, 1ª, de 13 de octubre de 1986 (RJ 1986\5785), un juicio externo por cuanto que el Tribunal es sólo juez de la forma del juicio o de sus mismas garantías procesales, sin que en ningún caso pueda pronunciarse sobre el fondo y su sentencia no es rescisoria sino rescindente total o parcial.

Si, por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SS. TC 15/1987, de 11 de febrero, 116/1988, de 20 de junio y 54/1989, de 23 de febrero) y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, sólo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Estos criterios han dominado de forma reiterada y constante la jurisprudencia que ha venido impidiendo que por la vía del recurso de anulación puedan volver las partes a la controversia ya resuelta por los árbitros (STS 15 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9507], 21 de marzo de 1991 [RJ 1991\2424] y 4 de junio de 1991 [RJ 1991\4412]), no siendo misión de los Tribunales en este recurso corregir hipotéticas deficiencias en cuanto a las cuestiones de fondo debatidas (STS 7 de junio de 1990 [RJ 1990\4741]).

Igualmente, la jurisprudencia constitucional, no puede ser más clara al estimar que la indefensión que proscribe el artículo 24.1 de la C.E. no es la que nace de la propia conducta de la persona afectada (SSTC 109/1985, de 8 de octubre; 64/1986, de 22 de mayo; 102/1987, de 17 de junio; 205/1988, de 7 de noviembre; 48/1990, de 20 de marzo; 153/1993, de 3 de mayo; 99/1997, de 20 de mayo y 82/1999 de 10 de mayo) porque no haya puesto la debida diligencia en la defensa de sus derechos, bien colocándose al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja con esa marginación, bien cuando puede deducirse que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio, sin que pueda pretender beneficiarse de un tardíamente descubierto derecho a la defensa quien ha mostrado una total pasividad y ha incurrido en una notoria falta de diligencia procesal y de colaboración con la Administración de Justicia (SSTC 22/1992, de 25 de febrero y 99/1997, de 20 de mayo), doctrina que es plenamente aplicable a aquellos supuestos en que la parte que ha obviado en el proceso arbitral toda diligencia en la práctica de aquella prueba y, que sólo tardíamente, considera un derecho fundamental a su derecho de defensa que entiende vulnerado. En estos casos, no existe infracción del orden público procesal que motiva la solicitud de anulación al amparo del artículo 41 de la L.A.

Bajo la misma línea de pensamiento el orden público y su vulneración giran en torno al cumplimiento o no por el laudo de las garantías procesales fundamentales recogidas en el texto constitucional³⁵⁷.

4.3.2. El convenio arbitral deberá incluir la forma de composición del Tribunal Arbitral, para indicar si es un tribunal compuesto por tres árbitros o si va a actuar un solo árbitro, así también deberá incluir la fórmula de su designación. Aunque se recomienda que el convenio recoja estos elementos, no es menos cierto, que, al menos, tanto en Ecuador³⁵⁸ como en España³⁵⁹ existe la suplencia legal, de tal forma que a lo no acordado por las partes deberá estarse a lo previsto en la Ley que regula la materia.

³⁵⁷ SAP Vizcaya 4ª 12 febrero 2009 [JUR 2009, 323157]

³⁵⁸ Artículo 16. *“De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días, los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.*

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo.”

³⁵⁹ Artículo 15 de la L.A. *“Nombramiento de los árbitros. 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.*

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

De la misma forma se pronunció la C.C.Ec., en el cual las partes no establecieron en la cláusula arbitral la forma de designación de los árbitros, ante lo cual la Corte manifestó que, al tratarse de un arbitraje independiente, por lo son aplicables los incisos sexto, séptimo y octavo del artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los cuales complementan o suplen la omisión de la cláusula arbitral. Expresó que la ley suple lo que no se ha estipulado en la cláusula arbitral, es improcedente determinar a la misma como patológica, por lo tanto, la misma surte los efectos jurídicos respectivos.³⁶⁰

a) *En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.*

b) *En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación.*

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

c) *En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.*

3. *Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.*

4. *Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal.*

5. *El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.*

6. *Si procede la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista contres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.*

7. *Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno.*

³⁶⁰ Sentencia, Núm. 0006-10-SEP-CC, Misle Zaidany Ernesto Martínez Cobo, Caso Núm. 0712-09-EP

De la misma forma que lo establece la L.A., en su artículo 15.2, que en caso de que las partes no se pongan de acuerdo se acudirá por petición de parte al apoyo judicial para la designación de los mismos.

Con base a lo establecido en la norma antes citada se pronunció el T.S.J. de la Comunidad Valenciana, manifestando que se ha de apreciar en ese caso específico la falta de acuerdo entre las partes por lo que, a petición de una de las partes, procede el nombramiento judicial del árbitro, de conformidad con lo establecido en el Artículo 15.2. de la L.A., en los casos de arbitraje con un solo árbitro, y por lo tanto procedió a estimar la pretensión del nombramiento arbitral solicitado³⁶¹.

Dentro de este tema hay que considerar, y es importante que el convenio así lo incluya, la forma cómo se deben designar a los árbitros suplentes. Al igual que ocurre en el caso de los árbitros principales, en primer lugar para la designación deberá estarse a lo previsto en el convenio arbitral, pero asimismo existen diferentes formas de designar a los alternos, como por ejemplo las partes puedan acordar que cada una de ellas designe a un árbitro, y que éstos a su vez designen al tercero, que sea quien presida el Tribunal Arbitral; podrán los árbitros ser seleccionados de una lista que tengan los Centros de Arbitraje, en caso de arbitraje administrado; podrán incluso designarlos directamente en el convenio arbitral, lo cual no sería recomendable a menos que establezcan una forma de suplencia clara, en caso que la persona designada llegare a faltar por cualquier motivo, sea excusa o muerte.

Cabe, igualmente, hacer una distinción con la regulación del arbitraje en España³⁶², puesto que la ley no exige que la designación del suplente esté ya

³⁶¹ STSJ Comunidad Valenciana 1ª 20 abril 20012 [RJ 2012, 8778]

³⁶² Artículo 20. "1. Cualquiera que sea la causa por la que haya que designar un nuevo árbitro, se hará según las normas reguladoras del procedimiento de designación del sustituido."

previsto en la cláusula arbitral, toda vez que la designación para el caso de suplencia, se realiza acorde al procedimiento que se siguió para la designación del sustituido, cualquiera sea la causa; eso sin perjuicio asimismo de que las partes puedan pactar una forma especial de designación o acogerse a lo previsto en la ley de la materia.

4.3.3. La determinación de si se trata de un arbitraje administrado o independiente. En Ecuador, por expresa disposición contenida en la L.A.M. en su art. 2: *“El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.”*, a su vez, los Centros de Arbitraje cuentan con listas de árbitros registrados que han sido seleccionados previos el cumplimiento de una serie de requisitos determinados por el propio Centro, y que entre otros aspectos de tener experiencia en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias.

El arbitraje administrado es más ventajoso que el independiente, puesto que en este caso se cuenta con el respaldo de un instituto especializado en la materia con profesionales, que como se dijo, cuentan con un proceso de capacitación y formación, con experiencia en la materia, y con un procedimiento previamente aprobado y conocido que permite determinar en forma clara cuáles serán las reglas de procedimiento³⁶³.

³⁶³ Del Águila Ruiz De Somocurcio, citado por Soto Coaguila, C. A. Comentarios a la Ley de arbitraje de Perú –Ley Núm. 26572. Revista Peruana de Arbitraje. Ediciones Magna, Lima, 2008, así se precisa hacer la siguiente referencia respecto a lo expuesto: *“Para llevar a cabo su función, las instituciones arbitrales deben contar con un reglamento arbitral, en el que conste la forma de nombrar a los árbitros, el procedimiento de arbitraje, los plazos, las tarifas y las normas de organización interna. Estos reglamentos facilitan la administración de los procedimientos arbitrales; de este modo, cuando las partes someten la solución de sus conflictos a las reglas de una institución arbitral, anticipadamente pueden conocer y prever los alcances de este pacto. En este sentido la predictibilidad y la seguridad son las ventajas más apreciadas al momento de*

La facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares, sin tener que recurrir al auxilio de los jueces o autoridad alguna³⁶⁴. Esta facultad está reconocida por la legislación ecuatoriana; sin embargo es preciso señalar que siempre es ésta la regla que se escoge normativamente, así por ejemplo podría optarse por obtener el auxilio obligatorio de funcionarios judiciales, sobre todo en aras de la protección del derecho de terceros. Si el convenio arbitral nada

pactar cláusulas arbitrales y someter las controversias a un arbitraje administrado. “En consecuencia, el arbitraje institucional y la consiguiente intervención de un tercero —la entidad arbitral— se justifica porque las partes, conscientes del carácter definitivo, y, muchas veces, inapelable del laudo arbitral, quieren llegar a éstas premunidas de toda la seguridad y estabilidad posibles, tanto en el nivel administrativo, como organizativo del proceso, y en el evento del comportamiento de los árbitros y de ellas mismas (...) (Pág.11).

En otra idea, Ruska Maguiña, C. Arbitraje, Ad Hoc o Arbitraje Administrado: el Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú, 2011, obtenido de

http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisDictio_11/El_Inicio_del_Proceso_Constituyente.pdf, señala que: “*La diferencia entre el arbitraje administrado o institucional y el ad hoc o libre, está dada por el hecho de que mientras en el primero existe una institución arbitral que se encarga de la organización y administración del arbitraje, contando con reglamentos que regulan la actividad de los árbitros y las partes, (...). En el ad hoc, son las propias partes o en defecto de éstas los árbitros, los que establecen las reglas para que el arbitraje se pueda desarrollar de manera adecuada y se encargan de la organización y administración. A decir verdad, en la práctica muy pocos son los casos en los que las propias partes se ocupan del tema, tarea que termina casi siempre en manos de los árbitros que se encargarán de resolver la controversia.*

Así mismo desde otra perspectiva el citado autor manifiesta que: arbitraje institucional puede resultar siendo más costoso que el ad hoc, (...) Por otro lado, algunos reglamentos de las instituciones arbitrales pueden contener normas poco flexibles. En efecto, existen algunos reglamentos de instituciones arbitrales que tienen normas poco flexibles, res pecto por ejemplo al procedimiento de elección de los árbitros y la constitución del Tribunal Arbitral o a de terminados plazos dentro del procedimiento arbitral. (...) La duración del proceso arbitral en el arbitraje administrado puede ser mayor que en el caso del arbitraje ad hoc. (...)” (Pág. 23).

³⁶⁴ Recuerda Carrión García de Parada, en materia de adopción de medidas cautelares en el seno del arbitraje, afirma que: “*Los convenios internacionales relativos al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales reconocieron desde hace muchos años la posibilidad de adoptar medidas cautelares.*

En la misma línea positiva, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMU de 1985) reconocía a los árbitros esa facultad.

Por su parte, los reglamentos de las principales instituciones arbitrales facultan a los árbitros para dictar medidas cautelares. Podemos citar, a modo de ejemplo, el artículo 25 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, el artículo 23 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje, el artículo 46 del Reglamento de Arbitraje de la OMPI o el 26.1 Reglamento UNCITRAL.” (La tutela cautelar de los derechos en el Arbitraje. Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 29, 2013, Pág. 4).

establece respecto de medidas cautelares podrán entonces ser solicitadas a un juez ordinario, sin que esto signifique renuncia al arbitraje³⁶⁵.

En España, el panorama en materia cautelar es diferente, pues a pesar de que su ordenamiento jurídico se ha ajustado para promover el arbitraje y así como en Ecuador, la disposición de medidas cautelares son la regla general en la facultad de los árbitros —salvo pacto expreso en contrario por parte de los disponentes— la ejecución de las medidas está reservada al poder judicial, de tal forma que aun cuando las partes así lo quisieran, los árbitros estarán imposibilitados de llevarlas a cabo³⁶⁶. Así se ha dispuesto en la exposición de motivos de la L.A. y de regulación del arbitraje institucional en la Administración

³⁶⁵ Artículo 9 de la L.A.M., dispone respecto de las medidas cautelares que: *“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.”

³⁶⁶ Sostiene Fernández Rozas que: *“El reconocimiento de la tutela cautelar judicial respecto del arbitraje quedó seriamente reforzada al regular expresamente la LA/2003 la tutela cautelar arbitral. A partir de aquí la potestad judicial en materia cautelar tiene en el sistema español un carácter alternativo y concurrente respecto de la arbitral, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal. Ello implica que no resulta de recibo aprovecharse de ambas potestades para ejercerlas en perjuicio aprovechando una situación de debilidad de una de las partes. El art. 23 LA/2003 confiere, en efecto, la posibilidad de los árbitros de dictar medidas cautelares con arreglo a las siguientes previsiones: ‘1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante. 2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos’.*

El carácter concurrente del precepto (“podrán”) tiene la virtud de no derogar ni restringir la posibilidad, prevista en los arts. 8 y 11 LA/2003 (y concurrentes de la LEC) de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares.” (Arbitraje y justicia cautelar. Revista de la Corte Española de Arbitraje. Vol. XXI, 2007, Pág. 58).

General del Estado —como se denomina tras su reforma en el año 2011³⁶⁷— manifestándose que, en cuanto quepa distinguir *entre una facultad declarativa o ejecutiva para los árbitros en lo que a medidas cautelares respecta, la ley les concede la facultad declarativa*, toda vez que siempre será necesario el auxilio judicial para la ejecución de las medidas.

Esta facultad del árbitro no obsta la posibilidad de solicitar —como en el caso de Ecuador— conforme a la L.E.Cv., la adopción de medidas cautelares a los tribunales ordinarios de justicia, pues como bien lo indica la ley en sus considerandos, estas potestades —la arbitral y la jurisdiccional— *en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal*³⁶⁸.

En consonancia con esto, la L.E.Cv., posteriormente a la reforma, que se realizó en el año 2011, ha reconocido la posibilidad de que las partes suscriptoras de un convenio arbitral puedan solicitar a los tribunales la adopción de una medida cautelar, incluso antes de dar inicio a las actuaciones arbitrales³⁶⁹, situación que

³⁶⁷ Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado.

Sobre dicha reforma acertadamente pone de manifiesto Olivencia Ruiz que: “...Y ello, además del deterioro de la seguridad jurídica -valor inspirador de nuestro Ordenamiento- que acarrearán la inflación de normas y su inestabilidad temporal, supone un error de política legislativa, porque una reforma del arbitraje tan profunda como la realizada por la Ley 60/003, se emborriona con medidas “ortopédicas”, parches o brochazos que desentonan del conjunto armónico inspirado en el “modelo” de UNCITRAL. Es más; la LA se preparó en una Sección Especial de la Comisión General de Codificación, mientras que su reforma no ha pasado por este órgano, lo que, según el Consejo de Estado, se refleja en la calidad de los Anteproyectos. ...” (El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003. http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/el_arbitraje_en_espana_impacto_de_la_le_y_11_2011_de_reforma_de_la_ley_60_2003_revista_juridica_de_catalunya_n_4_2012_653.pdf —consultado el día 22 de abril de 2016).

³⁶⁸ Apartado V de la exposición de motivos de la L.A. y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (párrafos cuatro, cinco y seis).

³⁶⁹ Vid.: Fernández Rozas afirma “(...) aunque el proceso arbitral suele ser, en principio, mucho más breve que el judicial es frecuente que se necesite, sobre todo en determinados contenciosos que traen causa contratos de larga duración, un necesario lapso de tiempo que puede poner en peligro las expectativas de las partes; y a ello hay que añadir las inevitables y cada más frecuentes tácticas dilatorias que suele emplear una de las partes para retrasar el fallo arbitral, siendo en

como ya se expuso, es plenamente factible en Ecuador. Asimismo faculta a las partes a solicitar la adopción de estas medidas a los tribunales ordinarios, cuando las medidas deban solicitarse en lugares fuera del territorio español.

Fuera de lo expuesto, las partes podrán agregar todos aquellos elementos que consideren convenientes a fin de llevar adelante el arbitraje.

Además de lo expuesto, existen algunas consideraciones respecto del arbitraje que a continuación se destacan, a fin de comprender en forma integral el procedimiento arbitral. Los aspectos que se analizarán son primero la capacidad, y posteriormente lo relativo a la materia o materias que pueden someterse al arbitraje³⁷⁰.

En cuanto a la capacidad, la doctrina mexicana sustenta, en razón a su legislación, que para que un acto jurídico sea válido debe reunir los siguientes requisitos de validez, “1) *las partes que lo celebren deben contar con la capacidad de goce y ejercicio suficiente para realizarlo*; 2) *su voluntad no debe estar viciada*;

ocasiones muy difícil acreditar esta intención fraudulenta ...” (Arbitraje y justicia cautelar. Revista de la Corte española de Arbitraje, vol. XXII, Pág. 34.

³⁷⁰ Para determinar qué asuntos pueden o no ser sometidos a la decisión de árbitros, existen cuatro tendencias en la normativa Latinoamericana, a saber:

“- *La primera es la que permite someter a arbitraje todos aquellos asuntos que según la ley nacional sean susceptibles de transacción o se definan como derechos de libre disposición. Dentro de este sistema están Brasil, Ecuador, Bolivia, Guatemala y El Salvador.*

- *La segunda se caracteriza porque los asuntos susceptibles de arbitraje están incluidos en listas establecidas. La lista puede ser positiva, cuando señala de manera expresa los asuntos arbitrables y, negativos, cuando señala de manera expresa los asuntos que no pueden ser sometidos a procedimiento arbitral. Este es el caso de Venezuela, República Dominicana y Nicaragua.*

- *Otras legislaciones como la de Colombia, México y Perú se refieren a la capacidad de las partes como requisito para acceder al sistema arbitral.*

- *Finalmente, Costa Rica y Paraguay fijan de manera expresa como materias susceptibles de arbitraje todas las cuestiones que impliquen decisión sobre derechos patrimoniales.”* (Escuela de Negocios. El arbitraje como forma de solución de conflictos empresariales. Madrid, 2005, Pág. 73).

3) *el motivo que los lleva a contratar debe ser lícito; y 4) debe cumplirse con la forma requerida*³⁷¹.

Si se revisa la normativa civil en Ecuador, se encuentran diferencias entre los requisitos de validez de los actos o declaraciones de voluntad, y los requisitos para la existencia de tales actos o contratos. Se parte de la regla general de que todas las personas son capaces siendo la incapacidad una excepción que puede ser absoluta o relativa³⁷². Los requisitos de validez que constituyen la regla general y que deben ser cumplidos por el convenio arbitral, como una expresión de la voluntad de las partes intervinientes, son los siguientes: i) Capacidad; ii) Consentimiento libre de vicios tales como error, fuerza o dolo³⁷³; iii) Que tenga una causa lícita, y iv) Que tenga objeto lícito.

En cuanto a la capacidad de las personas, para someter sus controversias a arbitraje, es necesario que tengan una capacidad que les permita transigir, conforme lo previsto en el artículo 4 de la L.A.M.. En este aspecto la ley remite indirectamente a lo que dispone el artículo 2439 del C.Cv. Ec., el cual establece que no podrá transigir quien no tenga capacidad para disponer de los objetos que estén comprendidos en la transacción; por su parte el artículo 2348 del mismo cuerpo normativo define a la transacción como un contrato, en virtud del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Entonces la capacidad para transigir no es otra que aquella que permite desprenderse de un bien o un derecho, limitarlo, gravarlo o modificarlo.

Quienes tienen capacidad para disponer de sus bienes son las personas que tienen capacidad para someter la causa a árbitros; resulta lógico entonces, exigir este tipo de capacidad puesto que, si se someten las controversias a este

³⁷¹ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Pág. 148.

³⁷² Artículo 1462 del C.Cv. Ec.: *Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.*

³⁷³ *Vid.*: Artículo 1461 del C.Cv.

mecanismo de solución de conflictos, puede eventualmente reconocerse un derecho o declarar su extinción.

De lo descrito es posible concluir que no podrán someter controversias a arbitraje los absolutamente incapaces, esto es, los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lenguaje de señas. Respecto de los incapaces relativos, son considerados como tales, los menores adultos, quienes estén en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas, todos los cuales podrán suscribir convenio arbitral a través de las personas llamadas a representarlas.

El objeto de la controversia como ya se ha indicado, debe tratarse de materia susceptible de transacción; como parte de las reglas generales respecto de la existencia y validez de los actos y declaraciones de voluntad, deberá tener un objeto y causa, debiendo ambas —para que el acto sea válido— ser lícitas; así es posible decir que son susceptibles de ser materia arbitrable (...) *todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales las partes tienen capacidad legal para disponer libremente (...)*³⁷⁴.

La libertad contractual de las partes de someter su disputa, litigio o controversia a la vía arbitral, constituye el pilar fundamental de la institución arbitral. En principio y como regla general, puede decirse que en el ordenamiento jurídico español no se admiten los arbitrajes forzosos, ni el establecimiento de condicionantes o requisitos para su acceso, el consentimiento de las partes se torna en el elemento fundamental de la institución³⁷⁵.

³⁷⁴ Salcedo Verduga, E. El Arbitraje..., ob. cit., Pág. 130.

³⁷⁵ Cfr.: Perales Viscasillas, P. Arbitrabilidad y el Convenio Arbitral. Editorial Thomson Editorial-Aranzadi. Navarra 2005, Pág. 204.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona³⁷⁶ señala que solo son susceptibles de arbitraje las controversias de libre disposición conforme a Derecho. Con lo cual el tribunal establece que se va más allá de las restricciones que originariamente se contenían en los arts. 1820 y 1821 del CC, que hoy se encuentran derogados que ceñían la materia indisponible a aquella que no podía ser objeto de transacción según el art 1814 del CC (disposición que sigue vigente en el Ecuador) y el Tribunal hace referencia a estas tales como el estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros.

Continua el Tribunal manifestando que “ ... *existen al margen de estas últimas materias, otras que no pueden ser objeto de transacción por la aplicación del Artículo 62 CC, que niega validez a la exclusión voluntaria de la ley aplicable y a la renuncia de los derechos en ella reconocidos cuando sean contrarias al interés u orden público o perjudiquen a terceros. Lo cual permite citar al límite de lo que puede ser arbitrable al orden público.*”.

En este orden de cuestiones, la Audiencia Provincial de Barcelona³⁷⁷ se sitúa el límite de lo que puede ser objeto de arbitraje en el orden público. Pero este límite del orden público no puede identificarse con normas imperativas y por lo tanto no dispositivas, pues en ese caso apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*. La concurrencia de las normas imperativas en la controversia sea resuelta por los jueces, o en su caso al margen de dichas normas o contradiciéndolas y así mientras quepa el desistimiento, la renuncia o transacción dentro del proceso- cuyo límite viene marcado por el Artículo 1814 CCv. sino también por el interés u orden público y perjuicio para tercero (Artículo 6.2. C.Cv.) cabe imaginar una disposición anticipada para que esta controversia se dirima por medio de arbitraje.

³⁷⁶ SAP 15ª 16 marzo 2005 [JUR 2005, 125545]

³⁷⁷ SAP Barcelona 15ª 9 febrero 2010 [2010, 179589]

En la línea apuntada por la Audiencia Provincial de Barcelona pone de manifiesto Fernández Rozas que: *“El arbitraje llega exclusivamente «hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor» (ATC 259/1993, de 20 de julio) y ese ámbito de libertad también tiene un respaldo constitucional, concretamente en el art. 33 CE, que reconoce el derecho a la propiedad privada, fundamentado en los postulados de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad, y en el art. 38 que estatuye el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Ambos preceptos son una manifestación del sincretismo de la Constitución de 1978, que al igual que reconoce la propiedad privada y la propiedad pública, admite la iniciativa privada en un marco de economía de mercado y también la iniciativa pública en la actividad económica, no ligadas por el principio de subsidiariedad sino por el de compatibilidad. De esta suerte, la libertad de empresa está innegablemente unida a la propiedad privada y para el Tribunal Constitucional constituye más una ‘garantía institucional’ que un derecho subjetivo, cuyo contenido esencial radica en la autonomía de la voluntad, entendida como libertad de contratación y poderes de dirección del empresario.”*³⁷⁸.

Si bien no existe un listado de materias arbitrables, el C.Cv.Ec., en la regulación del contrato de transacción, determina cuales materias no son transigibles y por ende tampoco arbitrables, dentro de las cuales se destacan las relativas al estado civil de las personas, los derechos ajenos y los que no existen, el derecho de alimentos futuro, y el reconocimiento de este derecho a quienes por ley se debe, la acción penal sobre la comisión de un delito, y todo aquello que ya ha pasado por autoridad de cosa juzgada.

A diferencia de España, en la cual se plantea un límite un poco más amplio, al listado restringido que plantea el C.Cv.Ec., manifiesta que el límite no son solo las materias transigibles, sino que este límite es el orden público y a su vez se

³⁷⁸ Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la realización de la Justicia. Derecho Privado y Constitución, núm. 19, 2005, Págs. 59-60.

establece que mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso cuyo límite se ve marcado por el código civil, también por el interés u orden público y el perjuicio para tercero, la controversia se puede ventilar ante arbitraje.

Este límite del orden público no puede identificarse con normas imperativas, y por lo tanto no dispositivas, pues en ese caso, sobre todo en materia de sociedades, apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma *ius cogens*, ya que casi toda la ley de sociedades anónimas goza de carácter imperativo. La concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos de excluir el arbitraje lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces, o en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas. Y así mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso cuyo límite viene marcado no solo por el Artículo 1814 C.Cv. sino también por el interés u orden público y el perjuicio para tercero, cabe imaginar que esta controversia se dirima por medio de arbitraje³⁷⁹.

De esta regulación resalta la diferencia que existe entre la arbitrabilidad objetiva regulada en España, y la forma de regulación en Ecuador, toda vez que la ley de arbitraje española, atendiendo las recomendaciones de la más autorizada doctrina en esta materia, no hace referencia a la transacción para determinar la arbitrabilidad de las controversias, sino que establece con carácter general la posibilidad de llevar a arbitraje aquellos asuntos de los cuales las partes pueden disponer, es decir todo aquello que es de libre disposición para los intervinientes, lo que implica que en principio no es arbitrable únicamente aquello que la ley ha previsto como tal.

³⁷⁹ SAP Barcelona 15ª 30 junio 2008 [JUR 2009, 43717]

En ese sentido se ha pronunciado el T.S.J.³⁸⁰, manifestando que: *“La libre disponibilidad a la que se refiere el artículo 2 de la Ley de Arbitraje viene referida a los derechos subjetivos que pueden ser objeto de controversia, de tal modo que la resolución de ésta tendrá que realizarse siempre y en todo caso, aun en contra de la voluntad de los enfrentados en ella, a través de los tribunales de justicia. En tales casos, la autonomía de la voluntad de las partes interesadas en la controversia no basta para someter a arbitraje su resolución, sino que necesariamente deberá acudir a la vía jurisdiccional, como cuando se trata de juicios de incapacitación o sobre el estado civil de las personas, en los que no cabe acudir al arbitraje, sino que las únicas resoluciones susceptibles de producir eficacia son las judiciales.”*

Con esto queda claro que aquellas materias que no son de libre disposición son de exclusiva competencia de los tribunales ordinarios, por lo que disponer en contrario hace ineficaz la decisión que el árbitro tome respecto de la controversia.

De otra parte, como se ha expuesto, el convenio arbitral es susceptible de ser renunciado, sea en forma expresa o tácita. La primera modalidad de renuncia existe cuando por escrito las partes hacen una renuncia expresa al convenio arbitral, y acuerdan que las controversias sean sometidas a la justicia ordinaria. Por la segunda forma se entiende que se ha renunciado al convenio arbitral cuando iniciado un proceso ante la justicia ordinaria, pese a existir un convenio arbitral firmado, la parte demandada al tiempo de comparecer no hace valer la excepción de arbitraje; es decir, que existe un convenio arbitral suscrito y que por lo tanto el juez no es competente, entonces en este caso opera la renuncia tácita al convenio, y el juez pasa a ser competente para resolverlo; esto de acuerdo al artículo ocho de la Ley ecuatoriana³⁸¹.

³⁸⁰ STSJ., Comunidad de Madrid, núm. 63/2013, de 20 de julio -STSJ M 11503/2013-

³⁸¹ *“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*

La renuncia así descrita es también reconocida en el arbitraje español, con la particularidad de que la forma de evitar que el pleito se someta a la justicia ordinaria es la excepción declinatoria de competencia, en la cual no se discute la existencia de otra jurisdicción —como sí se realiza en la excepción de sumisión a arbitraje— sino el hecho de estar la materia sometida a la justicia arbitral. No oponer esta excepción implica asimismo el sometimiento a la justicia ordinaria y por tanto una renuncia tácita al convenio arbitral.

El T.S.³⁸² señala, en relación con el artículo 11 de la L.A. que las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado quedando expedita la vía judicial, y agrega que en todo caso se entera que renuncian cuando interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.

El convenio arbitral voluntario es preciso para excluir la intervención de los jueces y Tribunales en la decisión de la cuestión litigiosa, pero aun existiendo el mismo, e iniciada la controversia judicial por una de las partes que lo acordaron, quedara excluido el mismo, si e demandado una vez personado en el juicio, no invocare en forma oportuna excepción, entendiéndose que se produce también por este, un sometimiento tácito, renunciando por lo tanto al arbitraje “*cuando*

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.”

³⁸² STS 1ª 29 septiembre 1997 [RJ 1997, 6824]

*realice después de personado en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer de forma oportuna excepción*³⁸³.

A este respecto hay también algo que causa desconcierto, y es que la L.A.³⁸⁴ reconoce expresamente la posibilidad de que la controversia se sustancie tanto en la justicia arbitral como en la ordinaria; es decir, reconoce que el hecho de iniciar un proceso judicial por un asunto sometido a arbitraje no impide el inicio de las actuaciones arbitrales, lo cual implica desconocer esta duplicidad como una causa de litispendencia.

Esto a propósito de que, por ser una legislación pro arbitraje, pretende que la deslealtad de una parte procesal, no impida el inicio del arbitraje; pero fuera de esta buena intención son muchas las dudas que esto genera respecto a los conflictos que podrían presentarse por esta misma causa.

2.2. Los Árbitros

Una vez que se ha realizado una aproximación al convenio arbitral, y antes de iniciar el análisis del procedimiento arbitral, se revisará brevemente la doctrina y la normativa respecto de los árbitros.

La importancia de los árbitros era ya resaltada por Platón, quien afirmaba: *“Los primeros jueces son aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces; que el más sagrado de los tribunales sea aquél que las mismas partes hayan creado y elegido de común consentimiento*³⁸⁵. En sentido similar Aristóteles señalaba que:

³⁸³ STS 1ª 25 de octubre 2005 [RJ 2005, 7211]

³⁸⁴ Artículo 11. *Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal (...)2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales (...).*

³⁸⁵ De Légbibus (La Leyes) <https://archive.org/stream/platonisoperaqua01plat#page/356/mode/2up->

*“Es propio de los hombre razonables recurrir a un árbitro antes que a un juez, porque el primero no atiende sino a la justicia, mientras que el juez mira solamente a la ley. El arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad.”*³⁸⁶.

En ese sentido, si se revisa la institución desde este particular punto de vista, puede concluirse que, quizás, el acto más importante y trascendente que ejecutan las partes dentro del procedimiento arbitral es la selección de los árbitros, toda vez que de una correcta selección va a depender la correcta tramitación del procedimiento.

En el caso del Ecuador, cuando se inicia un proceso judicial la competencia se fija por sorteo, la demanda debe ser presentada ante la oficina correspondiente, y como se indicaba, se realiza de forma inmediata un sorteo que permite conocer qué autoridad, en función de la competencia, será a quien le corresponda sustanciar y resolver el proceso³⁸⁷.

En el arbitraje corresponde estar a lo previsto en el convenio arbitral, como ya ha sido expuesto, por lo que dependiendo de lo que éste establezca se realizará la selección del Tribunal Arbitral. Como ya se dijo, la voluntad de las partes puede llevar a que dentro del convenio se introduzca el nombre de quien actuará como árbitro en dicha controversia. Pudiendo, por qué no, de no existir una forma de designación, hacer la selección por sorteo, conforme las reglas de un Centro de Arbitraje, respetando lo expresamente pactado.

³⁸⁶ *Ética a Nicómaco*. - <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf>

³⁸⁷ Artículo 14 de la C.P.C. prescribe que: *“En las causas civiles tiene lugar la prevención por la citación de la demanda al demandado, en la forma legal, o por sorteo.”* Artículo 18. *“La jurisdicción legal nace por elección o nombramiento hecho conforme a la Constitución o la ley; y la convencional por compromiso.”* Artículo 19. *“Principia el ejercicio de la jurisdicción legal y de la convencional, desde que los titulares de los órganos jurisdiccionales toman posesión de su empleo o cargo y entran al desempeño efectivo del mismo.”*

Los árbitros deben cumplir dos características básicas, propias de quienes tienen la potestad de dirimir controversias de forma definitiva y obligatoria para las partes, éstas son la independencia³⁸⁸ y la imparcialidad³⁸⁹.

Esas dos características son parte de los beneficios o aspectos que cabe destacar del arbitraje administrado. Esto en razón de que por disposiciones tanto de la ley como de los reglamentos de cada centro³⁹⁰, es indispensable que el árbitro designado, al tiempo de aceptar ser árbitro de una cualquiera controversia, declare sobre su imparcialidad e independencia con relación a la causa³⁹¹,

³⁸⁸ La preocupación por la independencia arbitral es una cuestión que se vincula con el origen de la misma voz árbitro –*vid.*: Sánchez de la Torre afirma que: “*en la raíz arbi del vocablo ‘Arbitro’, ‘Arbitraje’, aparece la etimología de una autoridad sociopolítica, que por su preeminencia respecto a un grupo dirigido o mandado por ella, o por la confianza que inspira a otros sus iguales, asume la función de realizar justicia pronta y directa entre aquellos que se hallan bajo su dependencia o que, sin depender de él, solicitan su intervención a tal efecto.*” “*El sufijo ter indica la peculiar posición de todo aquel que pretenda impartir justicia, en cualquier caso y bajo cualquier procedimiento, por hallarse extra y super partes; resultando así hallarse en situación de ‘tercero’ frente a los intereses en conflicto*” -El origen histórico del arbitraje: una hipótesis. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1988, Págs. 374-375.

El desarrollo y extensión del arbitraje ha demostrado, sostiene Romero Seguel, “... *la necesidad de controlar esta garantía básica, que es un requisito esencial para el correcto desempeño de cualquier órgano que ejerza jurisdicción o realice una actividad equiparable.*” (La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral. Revista Chilena de Derecho., Vol. 28, núm. 3, 2001, Pág. 511.

³⁸⁹ Cfr.: Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso Com-Monwealth Coating Corp. V. Continental Casualty Co. se concluyó que debían imponerse estándares más estrictos, sobre la base de que el laudo arbitral no admite revisión de fondo –*cfr.*: González de Cossio, F. de. Independencia, imparcialidad y apariencia de los árbitros. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/INDEPENDENCIA%20IMPARCIALIDAD%20Y%20APARIE%20NCIA%20DE%20LOS%20ARBITROS.pdf>.

³⁹⁰ Los Reglamentos de las Instituciones de Arbitraje suelen recoger, afirma Fernández Rozas, “... *los principios éticos de la imparcialidad y la independencia, con el objeto de asegurar que el árbitro designado sea apto para decidir en forma justa y desinteresada la controversia sometida a su conocimiento. Sin embargo, el contenido de ambos deberes no es similar, produciéndose enormes variantes que muchas veces pueden condicionar la elección de una determinada institución administradora si no regula estas cuestiones con detalle. El árbitro puede desempeñar su función sin problemas en una institución y ser rechazado en otra. Dentro de los Reglamentos deben distinguirse los que son ajenos a una institución administradora del arbitraje y aquéllos que responden una determinada estrategia institucional y que incorporan, evidentemente, un prefijado juego de intereses.*” (Contenido ético del oficio de árbitro. Ponencia en el Congreso de Arbitraje de La Habana. -<http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.-consultado el día 20 de abril de 2016-).

³⁹¹ Las diferencias que existen entre imparcialidad, independencia y neutralidad en función de su carácter indeterminado y ambiguo han dado lugar, sostiene Fernández Rozas, “... *a largos y estériles debates de carácter dogmático que han actuado muchas veces como cortina de humo*

estando obligado a pronunciarse o revelar la existencia de alguna circunstancia que pudiera afectar a cualquier de éstas³⁹²

Antes de continuar es pertinente indicar en este apartado, qué debe entenderse por imparcialidad, debiendo indicar al respecto, que este atributo viene relacionado con la postura que tiene la persona designada árbitro sobre la materia de la controversia, siendo por tanto un elemento subjetivo. Por su parte, la

sobre su verdadero significado en el juicio de árbitros. En realidad, la imparcialidad y la independencia constituyen dos caras de una misma moneda. La neutralidad está referida principalmente a los árbitros designados por una parte; éstos últimos pueden estar predispuestos a favor de la parte que los designó pero esta circunstancia no puede prevalecer sobre su juicio profesional si considera que la otra parte tiene razón (...). Con frecuencia estas nociones han sido abordadas a partir de un enfoque marcadamente jurisdiccionalista, que debiera abandonarse para insistir en las características propias del arbitraje pues la función arbitral, a diferencia de la judicial, tiene como eje esencial la voluntad de las partes. No debe olvidarse que nos árbitros no son jueces: No es pensable que las leyes de arbitraje puedan establecer fórmulas que garanticen la independencia de los árbitros de un tenor similar al establecido en las normas jurisdiccionales respecto de los jueces. Pero tampoco puede admitirse que la noción de "imparcialidad" únicamente pueda predicarse en relación al poder judicial ..." (Contenido ético del oficio de árbitro. Ponencia en el Congreso de Arbitraje de La Habana. -<http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.-consultado el día 20 de abril de 2016).

³⁹² Cfr.: SAP Madrid 9ª 5 mayo 2008. [JUR 2008, 177811, manifestó que: "...el árbitro debe con respecto al deber de imparcialidad e independencia de revelar a las partes y a la secretaria de la corte, aquellos hechos o circunstancias que surjan durante la tramitación del arbitraje y pueden afectar a esa independencia o imparcialidad, lo que lleva a examinar hasta donde se extiende ese deber de información o revelación por parte del árbitro, debiendo proceder en su caso a comunicar todas aquellas circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre esa imparcialidad, dudas que pueden no solo surgir en el árbitro desde un punto de vista subjetivo, sino también desde un punto de vista objetivo que puede llevar a las partes a poner en duda esa imparcialidad o independencia...".

La citada sentencia, haciendo referencia a los artículos 7 del Reglamento de Arbitraje Internacional [CCI] y 17 de la L.A., señala que dichos preceptos "... establecen no solo la obligación que tienen todo árbitro de ser y permanecer independiente de las partes, sino también el deber de comunicar inmediatamente y por escrito, tanto a la secretaria como a las partes cualquier hecho o circunstancia que surjan durante la tramitación del procedimiento arbitral, susceptible, desde un punto de vista de las partes, de poner en duda su imparcialidad...".

Existen también, afirma la A.P., de Madrid, las directrices IBA, que pueden ser aplicables a los casos en que las partes los pacten, que básicamente tienden a catalogar las circunstancias que los árbitros han de poner de manifiesto a las partes, ante lo cual la Audiencia Provincial interpreta que la alegación de las partes, con respecto a estas directrices no procede debido a que no se trata de normas de derecho positivo, y al catalogar con el referido objetivo dichas directrices las posibles relaciones de los árbitros en distintas categorías, de procederse a su aplicación, aun cuando fuese con carácter orientativo, se estaría dando carta de naturaleza, y para poder resolver cuestiones de rango constitucional se debe recurrir al ordenamiento jurídico interno S.AP, de Madrid 12ª 13 de junio del 2011 [JUR 2011, 347818].

independencia tiene relación con un elemento objetivo, atinente a las partes en el proceso³⁹³.

³⁹³ A este respecto, señala González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., *“La doctrina y la jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime conciben a la independencia como criterio objetivo: el vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. La imparcialidad se entiende como un criterio subjetivo y difícil de verificar: el estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o postura en el asunto en cuestión.”* (Pág. 369).

Mientras que Escobar Martínez, L. M. La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro, International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, 2009 señala que: *“De otro lado, la imparcialidad es una garantía procesal y es la garantía de un proceso justo. La imparcialidad es consustancial a la propia función de juzgar; un juez parcial no es un verdadero juez. La imparcialidad judicial reclama la neutralidad del órgano juzgador, pero sólo en ocasiones su transgresión así mismo será una infracción del principio de legalidad, ya que cabe que un juez imparcial opte entre distintas interpretaciones de las leyes, unas más adecuadas al tenor de la ley que otras. Quiere decir que el juez está constitucional y convencionalmente obligado a dictar sentencia de acuerdo con la ley y los valores de una comunidad social y no contaminado por los prejuicios y convicciones personales. Tampoco la nota de imparcialidad es equivalente al valor justicia, es decir, a su realización en un caso concreto, pese a su conexión con el derecho a un juicio justo. Un juez estrictamente imparcial puede acabar por ser un juez injusto, pero es mucho más probable que un juez parcial sea injusto. En definitiva, lo que significa la imparcialidad es que la ley –el ordenamiento jurídico– sea el único criterio de juicio del juez.*

La imparcialidad quiere decir desinterés y neutralidad; consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez, finalidad a la que atiende todo un sistema de incompatibilidades y prohibiciones, de recusaciones y abstenciones, es decir, que la imparcialidad, el desinterés y la neutralidad se dan en relación con la decisión misma, lo cual no significa que la decisión sea objetiva, sigue siendo subjetiva pero dentro del marco jurídico existente, el cual prevé incluso las sanciones para aquellos sujetos que lo vulneren y decidan con intereses personalísimos que no realizan los postulados constitucionales y de justicia en última instancia. Según el TEDH, la imparcialidad es ausencia de prejuicio; por tanto, el juez debe dictar sentencia de acuerdo con la ley y no con sus convicciones personales, porque el concepto de prejuicio debe ser entendido como arbitrariedad, pues de lo contrario caeríamos de nuevo en la discusión bizantina antes descrita y ya superada gracias a la teoría y la filosofía del derecho contemporáneas.

Así pues, nos encontramos ante una jurisdicción que se ha preocupado por construir líneas jurisprudenciales en torno a la imparcialidad, pues si bien el TEDH utiliza indistintamente los términos imparcialidad e independencia en sus sentencias, debemos resaltar que la construcción jurisprudencial está dedicada a la imparcialidad como mecanismo de salvaguarda del sistema jurídico, cuyas decisiones deben ser razonadas además de razonables, que lleva implícito el reconocimiento de subjetividad de las decisiones pero también el rechazo profundo de la arbitrariedad en que los jueces pueden incurrir en el momento de resolver las controversias.” (Págs. 188-189).

Por su parte, Luiso, F. P. Arbitraje y Constitución en el ordenamiento italiano, en Constitución y Proceso, ARA Editores, Lima, 2009 define que: *“Sabemos que se tienen terceridad e imparcialidad cuando quien decide no tiene ningún interés que cuidar: en su actividad decisoria no debe perseguir ningún objetivo, sino aquel de la objetiva y neutral identificación de la regla del caso concreto. Repitiendo las palabras utilizadas por la Corte de Justicia de la comunidad europea, la imparcialidad es «la ausencia de cualquier tipo de interés en la solución que se dé a la controversia, que no sea la estricta aplicación de la norma jurídica» lo que presupone la «neutralidad respecto a los intereses contrapuestos». También la Corte Constitucional italiana ha*

En opinión de la A.P. de Madrid³⁹⁴, generalmente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud del árbitro necesariamente subjetiva frente a la controversia que le plantea. Esta última debe entenderse fundamentalmente como un deber ético esencial del árbitro. La independencia depende de las relaciones pasadas o presentes con las partes que puedan ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental y por tanto más difícil de evaluar. Ahora bien, el requisito de la independencia no garantiza en sí mismo la imparcialidad del árbitro, ya que incluso un árbitro independiente puede ser imparcial.

Generalmente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud del árbitro necesariamente subjetiva frente a la controversia que se plantea. Esta última debe entenderse fundamentalmente como un deber ético esencial del árbitro. Así, la independencia depende de relaciones pasadas o presentes con las partes que pueden ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es una estado mental y por tanto más difícil de evaluar. Al igual que la sentencia antes citada, esta sala manifiesta que el requisito de la independencia no garantiza en sí mismo la imparcialidad del árbitro, ya que incluso un árbitro independiente puede ser parcial³⁹⁵.

afirmado que «la imparcialidad se entiende como independencia del juez de los intereses presentes en juicio».

En sede arbitral, el instrumento para realizar la equidistancia, respecto a los intereses en conflicto está constituido por la identidad de poderes de la partes en la elección de los árbitros: ninguna parte debe tener más poder que la otra en la designación de los sujetos que decidirán la controversia.” (Págs. 189-190).

³⁹⁴ SAP Madrid 9ª 13 junio 2007 [JUR 2007, 321217]

³⁹⁵ Cfr.: SAP Madrid 11ª 26 febrero 2008 [JUR 2008, 135382]

Respecto a los requisitos para ser árbitro, se debe resaltar que no existe en las legislaciones una regla uniforme al respecto; así por ejemplo, la legislación peruana³⁹⁶ contempla como requisitos para ser árbitro el ser mayor de edad, estar en pleno goce de los derechos civiles y que no existan incompatibilidades para actuar como árbitro en una determinada controversia. Se observa que, en Chile, se busca mantener una posición intermedia entre los requisitos para ser Magistrado de la Corte³⁹⁷; mientras que otras legislaciones como la ecuatoriana³⁹⁸ y la española^{399 400}, salvo los requerimientos de los Centros de Arbitraje, concretamente para arbitraje administrado, solamente se exige tener capacidad.

Esto a su vez tiene relación con lo que ya se expuso sobre la capacidad, por lo que en ese mismo contexto, quedan excluidos de ser árbitros los incapaces absolutos, los incapaces relativos y quienes no tienen la libre disposición de sus bienes.

³⁹⁶ Vid.: Artículo 20 del Decreto Legislativo Núm. 1071 Promulgado: 27 de junio de 2008, Publicado: 28 de junio de 2008, Vigente: 1º de setiembre de 2008 sobre la capacidad para poder ser árbitro: *“Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.”*

³⁹⁷ Vid.: Artículo 222 del Código Orgánico para Tribunales: *“Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso.” En concordancia con el art. 225 del mismo cuerpo legal que establece que: “Puede ser nombrado árbitro toda persona mayor de edad, con tal que tenga la libre disposición de sus bienes y sepa leer y escribir. Los abogados habilitados para ejercer la profesión pueden ser árbitros aunque sean menores de edad. El nombramiento de árbitros de derecho sólo puede recaer en un abogado. En cuanto al nombramiento de partidario, se estará a lo dispuesto en los artículos 1323, 1324 y 1325 del Código Civil.”*

³⁹⁸ Artículo 19 de la L.A.M., dispone que *“no puedan ser árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas a juicio”*.

³⁹⁹ Artículo 13. Capacidad para ser árbitro. *“Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.”*

⁴⁰⁰ Vid.: Gutiérrez García de Cortázar, E. “Comentarios al artículo 13” en “Comentarios a la Ley ...”, ob. cit., Págs. 385-390; Muñoz Sabate, L. “Comentario al artículo 13” en “Comentarios a la Ley ...”, ob. cit., Págs. 332-338.

Todo ello sin perjuicio de que las partes puedan fijar en el convenio arbitral, requisitos que los árbitros deban cumplir para poder actuar dirimiendo alguna determinada controversia.

Tratándose concretamente de arbitraje institucionalizado, los Centros de Arbitraje son los llamados a fijar requisitos especiales que requieran cumplir los árbitros en este tipo de procedimientos como son por ejemplo, tener años de docencia, experiencia en materia arbitral, títulos de cuarto nivel, entre otros⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Íscar de Hoyos, J. El arbitraje institucional, Revista Jurídica de Castilla y León: Arbitraje y mediación, Núm. 29, 2013, respecto a las razones sobre el arbitraje institucional, indica que las principales son:

a) Simplificación de la redacción de la cláusula/convenio arbitral. Las instituciones arbitrales tienen dictadas reglas y procedimientos preestablecidos y perfeccionados con la experiencia. En caso contrario, el convenio de arbitraje debe contener una serie de precisiones (forma de designación de los árbitros, plazos para las alegaciones y pruebas, arbitraje de derecho o de equidad, reglas aplicables al fondo del asunto, plazo para dictar el laudo, etc.); teniendo en cuenta que otras serán difíciles de prever al redactar la cláusula arbitral.

b) Facilidad y garantía en la designación de los árbitros. Cuando las partes no han previsto la forma de designación de árbitros o no se ponen de acuerdo sobre las personas a designar, en el arbitraje ad hoc es preciso acudir a los tribunales para que procedan a dicho nombramiento («formalización judicial del arbitraje»). Ello produce dilaciones y gastos y el procedimiento de designación, generalmente el sorteo, no garantiza la competencia de la persona designada. Las instituciones arbitrales, como es el caso de Aeade, por el contrario, disponen de un órgano de decisión («Comité de Garantías») para identificar a los árbitros más idóneos, e incluso para resolver la recusación de estos.

c) Certidumbre en el coste del arbitraje. En el arbitraje ad hoc se requiere el acuerdo de las partes y los árbitros sobre la remuneración de estos últimos (tanto alzado, en proporción al valor de la disputa, tiempo utilizado o fórmulas mixtas). En el arbitraje institucional, el reglamento de la corte (público) regula los honorarios y exige a las partes su pago por anticipado. La Asociación Europea de Arbitraje ofrece a las partes una calculadora orientativa en su página web.

d) Previsión y seguridad jurídica. El arbitraje administrado por una institución arbitral impide la paralización o retraso del procedimiento por mala fe o negligencia de las partes o del árbitro. Los reglamentos prevén situaciones en las que la Secretaría puede actuar si existe negligencia o incapacidad de las partes o de los árbitros.

e) Asistencia administrativa. Las instituciones arbitrales prestan servicios administrativos e incluso de secretaría a los árbitros, tales como recibir los escritos de demanda y las contestaciones de las partes, fijar plazos para el procedimiento arbitral, conceder un plazo para dictar el laudo, etc.

f) Asistencia logística a las partes y a los árbitros. Las instituciones arbitrales suelen poner a disposición de los árbitros y de las partes locales apropiados, medios audiovisuales y de reproducción de documentos y personal auxiliar profesionalizado para las audiencias y para la práctica de pruebas.

g) Asesoría y supervisión de los árbitros. Algunas instituciones arbitrales participan activamente en la supervisión del arbitraje y de su buen funcionamiento, de gran ayuda para las partes y en especial para los árbitros.

Cuando existen este tipo de requisitos su cumplimiento es determinante, tanto así que la doctrina considera que el no cumplimiento de los mismos será causal de nulidad del laudo por indebida conformación del Tribunal Arbitral.

En relación con esta cuestión se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁰² la cual hace referencia a un caso en el cual la parte recurrente solicita se admita la nulidad del laudo debido a que no se realizó el nombramiento de los árbitros de acuerdo a lo pactado por las partes, la sala ante este requerimiento hace referencia a que las partes de forma previa en el convenio arbitral se remitían al Reglamento de Arbitraje de la CCI, y que este a su vez en su artículo 2.5, establece que si las partes no han fijado un común acuerdo sobre el número de árbitros, la Corte nombrará a un árbitro único, a menos que considere que el conflicto justifica la designación de tres árbitros. Debido a que el acuerdo de

En todo caso, con el arbitraje administrado se gana en certidumbre en el redactado del contrato y las partes saben a qué atenerse en caso de que surja la controversia, ya que, mediante la incorporación de reglas establecidas en el contrato, tienen la seguridad de disponer del procedimiento y de un conjunto de términos y condiciones exhaustivas y de reconocida eficacia en las cuales pueden confiar, con independencia de la sede del arbitraje. Ello minimiza el margen de incertidumbre y la posibilidad de retrasar o anular el proceso, pues con frecuencia, las cláusulas ad hoc son inadecuadas o tremendamente complejas.

No olvidemos que con el arbitraje a favor de una institución se acepta automáticamente la incorporación de un conjunto de reglas de procedimiento (forma, plazo, requisitos de demanda y contestación) ya establecidas que se ocuparán automática e inequívocamente de los aspectos básicos de los procedimientos arbitrales, como el mecanismo y el marco temporal para el nombramiento del árbitro o tribunal arbitral; la competencia de los árbitros, y el procedimiento y determinación de recusaciones de los árbitros; las disposiciones, por defecto, para la sede y el idioma del arbitraje; las medidas cautelares, en su caso, y el control de las costas del arbitraje (con el arbitraje ad hoc se pueden disparar).

Y no es poco relevante que con el arbitraje administrado no se suele recurrir a los tribunales ordinarios para las funciones de apoyo, tales como la designación del árbitro (muy frecuente cuando la cláusula arbitral se limita a establecer que las partes pactan acudir a arbitraje, lo que obliga a iniciar un procedimiento judicial para que ese árbitro sea designado, con los problemas de encontrar la idoneidad en tal designación, que se suele hacer por mera insaculación, sin tener en cuenta la especialización en la materia objeto de controversia), o en materia de prueba, entre otras. Debemos, también, destacar del arbitraje institucional la administración más profesional del procedimiento, ya que, a diferencia de las disposiciones generales, las reglas contenidas en los reglamentos institucionales, como el reglamento UNCITRAL, presentan la ventaja añadida de un servicio administrativo profesional, mientras que un tribunal ad hoc, con o sin colaboración de las partes, con frecuencia no puede proporcionar ese servicio de forma adecuada.” (Págs. 5-14).

⁴⁰² SAP Barcelona 15ª 3 marzo 2000. [AC 2000, 4245]

las partes las remitía a dicho reglamento que suplía la citada omisión, el Sala desestimo la pretensión de la recurrente.

En el caso del Ecuador, conforme la normativa vigente en arbitraje⁴⁰³, los árbitros solamente pueden ser personas naturales, pero es de destacar que de la revisión de la doctrina internacional vinculada a arbitraje, se observa que en países como Alemania, Italia, Bélgica y Estados Unidos, sus legislaciones sí admiten que personas jurídicas puedan ser árbitros.

Algunas críticas⁴⁰⁴ rodean este supuesto, considerándose que esta posibilidad no debería admitirse, toda vez que las personas jurídicas son

⁴⁰³ Artículo 19 de la L.A.M. *"No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio"*.

Artículo 70 Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *"La lista de árbitros será aprobada por el Consejo Directivo del Centro. Para ser considerado como árbitro del Centro se requiere tener conocimientos y experiencia en una o más áreas de la actividad mercantil y/o empresarial o en alguna rama del campo jurídico. Los árbitros además deberán cumplir con los requisitos de idoneidad moral y ética y haber recibido los cursos de capacitación que para el efecto dicte el Centro."*

⁴⁰⁴ Vid.: Salcedo Verduga, E., *El Arbitraje...*, ob. cit., sustenta su opinión en que *"(...) los Centros de Arbitraje por ser personas jurídicas no son los que arbitran, pues la calidad de árbitro y la consecuente responsabilidad por tales funciones sólo puede recaer en las personas naturales. Si la persona jurídica interviniera como árbitro, en tal caso tendría que hacerlo por intermedio de sus representantes legales y, entonces la responsabilidad estaría delegada. Los Centros de Arbitraje se limitan, a través de sus propios reglamentos, simplemente a facilitar la aplicación de la ley y a administrar el desarrollo del proceso arbitral."* (Págs. 90 y 91).

Por su parte, Sánchez Pos, M. V. *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009 señala que: *"La Ley de arbitraje no incluye de manera explícita a las personas jurídicas en su articulado, si bien sí son aludidas en la Exposición de Motivos, al disponer que «la legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas o jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas.»*

El estudio de la capacidad de las personas jurídicas para concluir un convenio arbitral y, por ende, someterse a arbitraje, parte del artículo 38.1 CC, que las faculta para adquirir y poseer bienes, contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y a sus reglas de constitución. Así, el examen de la capacidad de las personas jurídicas para celebrar el convenio arbitral se remite a la normativa y estatutos por los que cada entidad se rige para la determinación de sus órganos de representación y para la concreción de la necesidad o no de otorgar un poder expreso" (Págs. 44-45).

Mientras que Rodríguez Mejía, M., "Requisitos e impedimentos para ser árbitro en el derecho español", 2011, obtenido de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1876533 señala que: *"Al no estar prohibida en la ley de manera expresa la posibilidad de que personas jurídicas*

relativamente incapaces, por lo que requieren actuar a través de otra persona que ejerce la representación legal; resulta difícil además que una persona ficticia —una creación del derecho— pueda ser capaz de una creación tan importante, y ser ésta la que imparta justicia, lo cual se cree está reservado a una persona natural precisamente calificada para hacerlo.

Para terminar esta línea de reflexión se debe además manifestar que para actuar como árbitro, en un arbitraje en Derecho, se requiere ser abogado, por lo que solamente podrá ser una persona natural la que cumpla con tal requisito. Cuando se hace referencia a una persona jurídica como árbitro, se hace referencia concretamente a la forma de designación de la persona para actuar como árbitro que debe resolver la controversia.

Aunque, como ha quedado de manifiesto, en el arbitraje es factible que como una forma de designación las partes seleccionen directamente al o los árbitros, no es menos cierto que esta designación no significa que estos o aquél, representen a la parte en el proceso. Nada tiene que ver el origen o la forma como se designan los árbitros con los dos elementos ya analizados de imparcialidad e independencia, que debe caracterizar a quienes administran justicia. Ha elaborado Caivano Roque⁴⁰⁵, una serie de reglas, buscando mantener y garantizar la imparcialidad e independencia de los árbitros:

actúen como árbitros, pero sabiendo que la capacidad de juzgar supone un ejercicio mental que solamente pueden realizar las personas físicas.(...) Sin embargo, queremos dejar sentado que al estudiar con mayor detenimiento la legislación arbitral española nos percatamos de que existen otros fundamentos que permiten afirmar que para el legislador, el árbitro es una persona física cuando quiera que: 1) le exige calificaciones que una persona jurídica no puede alcanzar, como ser abogado en ejercicio o ejercer cualquier otra profesión; 2) le exige que la normatividad que lo regula no le prohíba actuar como tal; y 3) le prohíbe, cuando se refiere a la imparcialidad, tener relaciones personales con las partes.” (Pág. 133).

⁴⁰⁵ Caivano, R. J. Arbitraje ..., ob. cit. "(...) a. Las personas a quienes se propone ser, aceptarán la designación sólo si ellos consideran que pueden conducir el arbitraje con celeridad y justicia. b. Antes de aceptar una designación como árbitro deberán verificar si existe alguna relación de la que pueda surgir un interés directo o indirecto en el resultado del pleito, o alguna circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad, y en su caso, hacerla conocer a las partes.

Solamente aquellas que permiten resaltar la actuación de los árbitros respecto de las partes y el deber de independencia con quienes intervienen en determinada causa, e imparcialidad respecto de los hechos que son sometidos al arbitraje, pues si su imparcialidad se llegare a ver afectada, el árbitro debe separarse de seguirlo sustanciando. *“Hay quien sugiere que el árbitro es —en palabras de Nicolás Maquiavelo— como la mujer del Príncipe: no sólo ser independiente e imparcial, debe aparentarlo. El motivo es que el arbitraje se basa en la confianza”*⁴⁰⁶ o, lo que la doctrina⁴⁰⁷ ha venido denominando *“apariencia de imparcialidad”*.

c. Mientras están actuando como árbitros, deberán evitar cualquier situación que pueda afectar su objetividad, que haga dudar de su neutralidad, o que sea susceptible de crear la apariencia de parcialidad o predilección hacia alguna de las partes. No es necesario que el hecho haya generado efectivamente esa parcialidad. Basta con que sea potencialmente capaz de producirla, o que el árbitro crea que las partes pueden haber dudado de ella.

d. Si esa situación no hubiere podido evitarse, deberán ponerla inmediatamente en conocimiento de las partes y ofrecerles aparte voluntariamente del caso. Si a pesar de conocer el hecho, las partes le ratifican su confianza, el árbitro sólo podrá seguir actuando en la medida en que se sienta verdaderamente imparcial. La convalidación de las partes no bastará si en su fuero íntimo el árbitro conoce que su neutralidad se ha visto afectada. Esto es, obviamente una cuestión que queda reservada a la conciencia del árbitro (...)" (Pág. 63).

⁴⁰⁶ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Págs. 374-375.

⁴⁰⁷ Escobar-Martínez, L. M. La independencia, imparcialidad y conflicto..., ob. cit. señala que: *“Las apariencias son importantes para valorar si un Tribunal es imparcial. No sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace, con el fin de salvaguardar la confianza de los justiciables en los órganos judiciales. Esta doctrina procede del caso Delcourt vs. Bélgica, en el cual afirma que no sólo debe hacer justicia, sino parecer que hace. En la posterior sentencia Piersack, 21 el TEDH completa la construcción con la idea de que la imparcialidad de los Tribunales es una garantía que descansa en la necesaria confianza que deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. La conexión entre apariencia de imparcialidad y confianza de los Tribunales se reitera en la sentencia De Cubber.”* (Pág. 189).

Por su parte, Cordon Moreno, F. Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la ley española, Revista Peruana de Arbitraje, núm. 7, 2008, afirma que: *“La jurisprudencia del TEDH, que ha sido asumida por nuestro TC, ha precisado los contornos de la imparcialidad judicial. La imparcialidad, ha dicho en abundantes sentencias (cfr., por ejemplo, la STEDH de 28 de octubre de 1998, Castillo de Algar contra España), consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del Juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar acerca de su imparcialidad. En esta materia —continúa la sentencia— incluso las apariencias pueden revestir importancia. De ello depende la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables. En esta línea la jurisprudencia ha distinguido dos perspectivas —subjetiva y objetiva—, desde las que se valorará si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial: “La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que*

La imparcialidad, nota esencial del ejercicio de la jurisdicción, supone no solo que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto en que se somete su decisión, sino, además, que su actuación se debe producir en circunstancias de desinterés subjetivo acerca del referido conflicto⁴⁰⁸, y es por ello que la ley establece determinados casos, objetivamente constatables, que determinan la sospecha de parcialidad del juez y cuya concurrencia le obliga a abstenerse de conocer y faculta a las partes para recusarle⁴⁰⁹.

La Audiencia Provincial de Islas Baleares⁴¹⁰ manifestó que lo que se pretende con las normas que regulan la abstención y recusación de jueces es garantizar su imparcialidad objetiva, la cual se pone en duda en el caso de que concurra alguna causa de abstención y recusación, con independencia de que

pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva; sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto; por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan” (STC 162/1999, de 27 septiembre). Como dice la STC 154/2001, de 2 julio, mediante la exigencia de imparcialidad objetiva “se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el tema decidendi y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo”, en la medida en que ni ha sido instructor de la causa ni ha ejercitado en algún momento anterior la acusación, ni ha intervenido en otra instancia del proceso (cfr. STC 188/2001, de 10 julio)(4).” (Págs. 157-158).

⁴⁰⁸ Vid.: Calvo Sánchez, M^a C. La recusación de Jueces y Magistrados. Parte I. Revista Universitaria de Derecho Procesal, num. 1, 1988, Pags. 73-90; ídem. La Recusación de Jueces y magistrados, Parte II. Revista Universitaria de Derecho procesal, núm. 2, 1989, Pgs. 69-81; ídem. Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional. Editorial Atelier Libros. Barcelona, 2009, Págs. 14-25; Bergaglio Lazarte, R. “La imparcialidad del Juez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional. Proceso y Constitución. –AA.VV. y Priori Posada, G., Coord.-. Editorial Palestra. Lima, 2013, Págs. 82-92; Pérez-Cruz Martín, A. J. y Suárez Robledano, J. M. La independencia judicial y los Consejos de la Magistratura y Judicatura (España, Europa, USA y Latinoamérica). Editorial Atelier, Barcelona, 2015, Págs. 75-82.

⁴⁰⁹ Cfr.: SAP Barcelona 15^a 30 marzo 1996

⁴¹⁰ SAP Islas Baleares 3^a 4 febrero 1997 [AC 1997, 318

quien desempeña de juez en el caso de los autos, o de árbitro en el caso sea subjetivamente imparcial.

Y ello porque el derecho constitucional a la imparcialidad del sentenciador presenta una doble faceta de idoneidad subjetiva e imparcialidad objetiva. El instituto de la recusación responde a la necesidad de asegurar la imparcialidad de la resolución y el prestigio de la administración de justicia no excluyéndose al juez porque sea parcial, sino porque en virtud de relaciones extraprocerales taxativamente enumeradas puede temerse que lo sea.

Bajo el mismo criterio se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid⁴¹¹, manifestando que la obligación del juzgador de no ser juez y parte se traduce en dos reglas. La primera, que el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte. La segunda, que el juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones de hecho o de derecho que pongan o puedan poner de manifiesto una toma de posición a favor o en contra de alguna de ellas. Con arreglo a ese criterio la jurisprudencia ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, guarda la independencia ante las relaciones de las partes, y la imparcialidad objetiva referida al objeto del proceso y por la que se asegura que el juez o Tribunal no ha tenido contactos previos con el objeto del litigio. No obstante, si algo caracteriza a la institución arbitral, como órgano privado de heterocomposición, es exigencia de imparcialidad, y esa imparcialidad debe exigirse a todos los que intervienen en las funciones arbitrales; tanto a los árbitros como a las instituciones administradoras del arbitraje, de forma que su misión de administración, control y prestación del arbitraje no se solape con otras de asesoramiento previo a una de las partes del conflicto.

⁴¹¹ SAP Madrid 14ª 18 junio 2005 [JUR 2005, 237326]

Dentro del arbitraje internacional existe una serie de reglas, destinadas a mantener la imparcialidad e independencia de los árbitros, que si bien no constituyen una norma jurídica, son reglas que permiten el desarrollo de la institución arbitral en el ámbito de complejas relaciones internacionales; estas están contenidas en las “Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional”⁴¹², las reglas de la International Bar Association (IBA) contienen un amplio listado de diferentes situaciones que tienen una gradación, y que admiten una o varias sub categorías, respecto de situaciones que deben ser reveladas por los árbitros en situaciones que tanto su imparcialidad como su independencia pudieran verse afectadas. Así a manera de síntesis se expone que existe:

- *Un listado ROJO*, que se subdivide en rojo renunciable y rojo no renunciable, si bien el listado no es taxativo, contiene una serie de situaciones que dependiendo de dónde se encuentran ubicadas, deberán ser reveladas a fin de que no constituyan finalmente un conflicto de intereses. Dentro de las no renunciables se encuentran situaciones que aparecen vinculadas a los administradores de las sociedades, o a tener algún interés financiero con relación a los resultados económicos que se produzcan de la controversia. No es necesario que las partes se pronuncien, el árbitro en conocimiento de una determinada situación deberá revelarlo.

En el listado rojo renunciable están aquellas circunstancias que pueden determinar que existió un vínculo con alguna de las partes, pero que este se extinguió en forma previa al surgimiento de la controversia, y están también situaciones de parentesco, o haber dado algún consejo sobre estrategias a emplearse en la controversia.

⁴¹² Vid: http://www.ibanet.org/images/downloads/pubs/GOCHA_Spanish_2007.Pdf.

- *Un listado NARANJA* que contiene condiciones que podrían cuestionar la independencia o imparcialidad del árbitro, quien tiene obligación de revelación, y habiéndolo revelado las partes podrán o no aceptar su designación, contiene situaciones como haber prestado servicios profesionales a una de las partes antes de la controversia, etc.
- *Un listado VERDE* que comprende circunstancias que no es necesario que revelar, como por ejemplo opiniones en revistas, en charlas, en libros donde haya hecho evidente su opinión respecto de la materia de la controversia.

Existen también las directrices IBA, que pueden ser aplicables a los casos en las partes lo pacten, sosteniendo la Audiencias Provinciales de Madrid⁴¹³ las considero mediante la sentencia, manifestando, que básicamente tienden a catalogar las circunstancias que los árbitros han de poner de manifiesto a las partes, ante lo cual la sala interpreta que la alegación de las partes con respecto a estas directrices no procede debido a que no se trata de normas de derecho positivo, y al catalogar con el referido objetivo, dichas directrices las posibles relaciones de los árbitros en distintas categorías, de procederse a su aplicación, aun cuando fuese con carácter orientativo, se estaría dando carta de naturaleza, y para poder resolver cuestiones de rango constitucional se debe recurrir al ordenamiento jurídico interno.

Avanzando en el tema de la designación de árbitros conviene como ahora profundizar sobre la normativa vigente en el Ecuador. Como se ha indicado en líneas anteriores, la primera fuente en materia arbitral será el convenio arbitral, donde se hace evidente la voluntad de las partes que someten dicha controversia al arbitraje. Las formas de designación podrían ser, entre otras, la que realizan

⁴¹³ SAP Madrid 12ª 30 junio 2011 [JUR 2011, 347818]

directamente las partes, de común acuerdo de una lista que se mantenga en un Centro de Arbitraje, al que someterán sus controversias, podrán someterse desde el principio al sorteo de una lista de árbitros, lo que nos recuerda la forma como se seleccionan los jueces en la justicia ordinaria. Formas de designación que se extienden tanto a los principales como a los suplentes⁴¹⁴.

Como ya se afirmó, el único requisito de la normativa vigente para designar árbitros es la capacidad de quienes van a ser designados, siendo por tanto la incapacidad una causa de inhabilidad de los árbitros. Respecto de los motivos excusa o recusación, la L.A.M. remite al C.P.Cv., norma que, además, contiene las reglas para resolución de la recusación, dependiendo de la forma como está conformado el Tribunal Arbitral⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Artículo. 16. *“De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.”*
Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje...”

⁴¹⁵ Artículo 21. *“Son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces. Si actuare en el tribunal quien estuviere impedido de hacerlo, podrá ser recusado por la parte interesada.*

La recusación deberá ser resuelta:

a) En el caso de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación.

Si éstos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro;

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

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

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

En caso de que un árbitro se encuentre en motivo de inhabilidad, corresponderá la designación de un nuevo árbitro y, en caso, de falta definitiva deberá designarse al alterno, debiendo designar entonces al alterno que reemplace al principal⁴¹⁶.

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

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

El nuevo COGEP, cuya entrada en vigor está prevista para 23 de mayo de 2016, en su artículo 22, sobre las causas de excusa o recusación.

1. Ser parte en el proceso.

2. Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de una de las partes o su defensora o defensor.

3. Ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, mandatario, procurador, defensor o de la o del juzgador de quien proviene la resolución que conoce por alguno de los medios de impugnación.

4. Haber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexas con ella.

5. Retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia. Si se trata de la resolución, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

6. Haber sido representante legal, mandatario, procurador, defensor, apoderado de alguna de las partes en el proceso actualmente sometida a su conocimiento o haber intervenido en ella como mediador.

7. Haber manifestado opinión o consejo que sea demostrable, sobre el proceso que llega a su conocimiento.

8. Tener o haber tenido ella, él, su cónyuge, conviviente o alguno de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad proceso con alguna de las partes. Cuando el proceso haya sido promovido por alguna de las partes, deberá haberlo sido antes de la instancia en que se intenta la recusación.

9. Haber recibido de alguna de las partes derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios.

10. Tener con alguna de las partes o sus defensores alguna obligación pendiente.

11. Tener con alguna de las partes o sus defensores amistad íntima o enemistad manifiesta.

12. Tener interés personal en el proceso por tratarse de sus negocios o de su cónyuge o conviviente, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad

⁴¹⁶ Artículo 19. *No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio.*

Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

El árbitro que conociera que está incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.

Artículo 20. *En caso de que los árbitros designados estuvieran comprendidos en una de las inhabilidades previstas en el artículo anterior, se hará una nueva designación siguiendo el procedimiento previsto por el artículo 16, excluyendo a los árbitros inhabilitados.*

El C.P.Cv., dispone cuáles son los motivos de recusación, entre los que se pueden citar los siguientes: aquellas que por parentesco, interés económico, haber dado consejo, mantener o haber mantenido un proceso con una de las partes, así como no haber despachado el proceso en el triple del tiempo que está determinado en la norma para el despacho de las causas; determina que los jueces podrán ser recusados por cualquiera de las partes⁴¹⁷.

Así mismo el C.O.G.E.P. hace referencia, en sus considerandos al C.O.F.J., cuyos artículos 7 y siguientes prevén que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los principios independencia, imparcialidad.

Si por muerte, excusa justificada o cualquier otra causa llega a faltar definitivamente alguno de los árbitros, lo reemplazará el altermo quien se principalizará. Se designará entonces otro altermo, en la misma forma establecida en el artículo 16.

⁴¹⁷ Artículo 856. *“Una jueza o juez, sea de tribunal o de juzgado, puede ser recusado por cualquiera de las partes, y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los motivos siguientes:*

1.- Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, o de su representante legal, o de su mandatario, o de su abogado defensor;

2.- Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo cuando lo fuere de las entidades del sector público, de las instituciones del sistema financiero, o cooperativas. Habrá lugar a la excusa o recusación establecida en este número sólo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio;

3.- Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el número 1, juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes, si el juicio hubiese sido civil, y de los cinco, si hubiese sido penal;

No serán motivos de excusa ni de recusación la demanda civil o la querrela que no sean anteriores al juicio;

4.- Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios, o de su cónyuge, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

5.- Ser asignatario, donatario, empleador, o socio de alguna de las partes;

6.- Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexas con ella;

7.- Haber intervenido en el juicio, como parte, representante legal, apoderado, defensor, agente del ministerio público, perito o testigo;

8.- Haber sido penado, multado o condenado en costas en la causa que conocía, en caso de que la sanción le hubiese impuesto otro juez o tribunal;

9.- Haber dado opinión o consejo sobre el juicio que conste por escrito; y,

10.- No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley...”

Al contrario de lo que ocurre en Ecuador, la legislación española en materia de excusa e inhabilidades de los árbitros, ha dejado de lado el reenvío a la legislación procesal en materia civil para las causas de excusa y recusación, entendiendo, como se indica su exposición de motivos, que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos y se prefiere una cláusula general⁴¹⁸, estableciendo eso sí que los árbitros no pueden mantener con los sujetos de la controversia, relación personal, profesional o comercial⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Apartado IV de la Exposición de Motivos de la L.A., inciso final del párrafo tercero.

⁴¹⁹ *Vid.*: SAP, de Madrid 11ª 22 septiembre 2010. [JUR 2011, 18971], manifiesta que la ley vigente de arbitraje, ha prescindido de las remisiones a la Normativa Orgánica Judicial, para establecer las causas de recusación, estableciendo en el artículo. 17.3 que un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes, criterio recogido del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje.

2.3. Constitución del tribunal arbitral

El artículo 17 de la L.A.M.⁴²⁰, relativo a la constitución del Tribunal Arbitral, establece varias reglas respecto a la forma de conformación del Tribunal, que pasan a exponerse a continuación:

- El Tribunal está esencialmente compuesto por tres árbitros principales y un alterno. Se explica que tenga una composición impar para poder tomar decisiones por mayoría, en caso de existir empate siempre habrá una opinión que permita que se adopten decisiones por parte del Tribunal.

En España, el artículo 12 de la L.A., dispone que *“Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro”*.

- Dentro de los tres días siguientes a la notificación con la designación como árbitro, deberá éste expresar su aceptación o excusa. En caso de no comunicarla se entenderá como no aceptación del cargo.

Por su parte, el artículo 16 de la L.A., relativo a la aceptación de los árbitros, dispone que: *“Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa,*

⁴²⁰ Artículo 17. *“El Tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal. Los árbitros designados, dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan. Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el director del centro para tomar posesión de sus cargos ante el presidente del centro de arbitraje y procederán a la designación del presidente y del secretario del tribunal de lo cual se sentará la respectiva acta.*

El presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje y actuará como secretario del tribunal la persona designada por el tribunal de entre los constantes en la lista de secretarios del centro de arbitraje.

Para el caso de árbitros independientes el tribunal se posesionará ante un notario y actuará como secretario la persona designada por los propios árbitros”.

cada árbitro, dentro del plazo de 15 días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento, deberá comunicar su aceptación a quien lo designó. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento”.

- En caso de arbitraje administrado se debe cumplir la formalidad de posesionar al árbitro ante las autoridades del respectivo Centro

- De entre los árbitros posesionados, éstos designan al Presidente del Tribunal; en la denominada audiencia de sustanciación designan al Secretario que actuará en el procedimiento, de entre la lista que tenga el Centro de Arbitraje, de lo cual se deja constancia en acta

- Tratándose de arbitraje independiente, el o los árbitros deben posesionarse ante un Notario.

En España, el artículo 15.2 b) de la L.A., prescribe que *“En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación”*

Para sintetizar lo expuesto, a fin de pasar a la sustanciación del procedimiento arbitral, se debe mencionar que tanto la independencia como la

imparcialidad del o los árbitros son elementos imprescindibles para la completa y correcta validez de la institución; que la imparcialidad tiene relación con la materia y la independencia con las partes; que cuando un árbitro percibe que su imparcialidad o independencia está afectada, debe excusarse pues es su obligación revelar cualquier causa que ponga en juego su imparcialidad o independencia.

Sin dejar a un lado la situación que se presenta también en los arbitrajes de equidad, la Audiencia Provincial de Madrid⁴²¹ ha resaltado que *“...será la confianza de las partes en su plena objetividad el ‘pilar básico sobre el que descansa la aceptación de que de que el resultado del litigio habrá obedecido a una decisión correctamente adoptada; y en segundo lugar, al someter las resolución de la controversia a equidad el ámbito del arbitrio del juzgador es más intensos en los arbitrajes de equidad que en los de derecho, lo cual refuerza la necesidad de que los árbitros carezcan de vínculos o relaciones con las partes que permitan cuestionar su independencia e imparcialidad ...”*.

Con todo, si el árbitro no se excusa, existe un mecanismo que la ley concede a las partes denominado recusación, cuyas reglas tienen por objeto mantener la imparcialidad e independencia de las juezas y jueces, que en tratándose de un mecanismo alternativo de solución de conflictos de naturaleza heterocompositivo, constituye una verdadera forma de administración de justicia, y que por tanto la ley los ha asemejado con las causales de excusa y recusación determinadas en el C.O.F.J. y C.P.Cv., respectivamente, siendo en éste último caso un catálogo taxativo diferenciándose así de la regulación española en esta materia.

⁴²¹ SAP Madrid 12ª 30 junio 2011 [JUR 2011, 347818]

Finalmente, se ha visto que si la una parte nombra a un árbitro no significa que éste se deba a esta determinada parte, sino que siguen primando los principios que inspiran su actuación.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, la Audiencia Provincial de Las Palmas⁴²² puso de manifiesto que el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje, no pudiendo mantener con ellas relación personal, profesional o comercial. El árbitro tiene el deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia. Ante lo cual el Tribunal hace referencia a la vigencia del Artículo 17 de la L.A., manifestando que esta es una cláusula general, y esa fórmula general es imponer como deber a todo árbitro el deber de ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial, y la persona propuesta para árbitro debe revelar todas las circunstancias que pueden dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad. Lo importante es que estas dos últimas resulten garantizadas, (...) la independencia y la imparcialidad debe entenderse para el futuro, es decir, para después de la designación, pero no comprende el pasado, al ser perfectamente posible que las partes designen como árbitro a quien ha mantenido ese tipo de relaciones en el pasado puede ser una de esas circunstancias que deben de ponerse en conocimiento de las partes, para que las que lo estime oportuno la recuse, pero el deber de imparcialidad e independencia tal y como lo dispone la Ley tiene sentido cuando se lo proyecta sobre el futuro. En definitiva las causas de abstención y recusación de los árbitros son la falta de imparcialidad e independencia, además de no poseer las cualidades convenidas por las partes.

⁴²² SAP 4ª 23 marzo 2009 [JUR 2009, 248636]

En el ámbito internacional, la doctrina⁴²³ pone de manifiesto que: “(...) la recusación no es simplemente una táctica utilizada por la demandada a efectos de generar demoras e inconvenientes para la demandante; se trata de una cuestión que las partes demandantes deben analizar con atención, sin perjuicio de la inevitable demora, en aquellos casos en que exista la posibilidad que el tribunal arbitral quede constituido de forma manifiestamente inapropiada. Rara vez se recusa al árbitro presidente, aunque se han dado casos; por lo general estas recusaciones se fundan en alguna relación anterior con una de las partes que genera dudas respecto de la independencia de la persona designada.”.

2.4. Procedimiento arbitral

Respecto al procedimiento arbitral, como se ha señalado anteriormente, es importante tener presente que al ser el arbitraje un mecanismo de justicia alternativo y eminentemente voluntario, son las partes en primer lugar las llamadas a establecer las reglas del procedimiento arbitral al que someten sus controversias, procedimiento al que están sujetos los árbitros al tiempo de expedir el laudo.

En relación con la cuestión indicada la Audiencia Provincial de Madrid⁴²⁴ señala que *“... las partes pueden libremente pactar la forma en que se desarrollara el arbitraje; convenio arbitral de manera que esos pactos son auténticas leyes de enjuiciamiento arbitral, sin que las normas procesales comunes tengan nada que decir al respecto: son absolutamente ajenas al conflicto y a su forma de solucionarlo. Por ello que cualquier referencia a infracciones de las leyes procesales comunes va destinada al fracaso. Solo hay una forma de que la ley procesal común tenga algo que decir; si las partes si las partes se remiten a*

⁴²³ Redfern, A. Hunter, M. Blackaby & N., Partasides, C. Teoría y Práctica..., ob. cit., Pág. 312.

⁴²⁴ SAP Madrid 14ª 24 septiembre. [JUR 2009, 53899]

ella como norma de aplicación supletoria, o si se infringe principios de orden público, y en ese caso más que de infracción de normas procesales estaríamos hablando de garantías procesales constitucionales ...”.

Sin embargo aun cuando las partes puedan pactar un determinado procedimiento y haya que estar a lo previsto en el convenio arbitral, se debe recordar que cualquiera sea el tipo de arbitraje del que se trate —administrado o independiente, en equidad o en derecho— existen limitaciones al procedimiento que corresponden al ordenamiento jurídico, que tienen rango constitucional y legal, a las que deben someterse los árbitros y que son: las garantías de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Aunque no se trate de justicia ordinaria, los derechos que se consignan como parte de la tutela judicial efectiva, deben asegurarse también en el arbitraje, la igualdad de trato entre las partes, el derecho a la defensa, son parte de las garantías mínimas que deben cumplirse, a efectos de hacer efectivo el debido proceso.

Para tratar del procedimiento arbitral corresponde hacer una especial mención a que, en el caso del Ecuador, el arbitraje es una institución de instancia única, no admite la interposición de recursos verticales, admitiendo eso sí los horizontales, entendiéndose por tales, la aclaración y ampliación⁴²⁵, previstos en el ordenamiento procesal civil respecto de las providencias judiciales⁴²⁶. Estas reglas se extienden al arbitraje, pudiendo los árbitros —a petición de parte— aclarar la providencia, si es oscura, o ampliarla, si resulta insuficiente respecto de lo peticionado.

⁴²⁵ En el Ecuador, la aclaración y ampliación son considerados, erróneamente, un recurso. Artículo 251 del COGEP. *Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: aclaración, reforma, ampliación, revocatoria, apelación, casación y de hecho. Concedido o negado cualquier recurso no se lo podrá interponer por segunda vez.*

⁴²⁶ Artículo 253. *“Aclaración y ampliación.- La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.”*

Se ha indicado ya, que en caso del Ecuador el arbitraje es de única instancia, y esta aclaración tiene su razón de ser ya que en países como Perú⁴²⁷ se reconoció la doble instancia en materia arbitral hasta el año 2008, aunque todavía existe resistencia respecto de la existencia de una segunda instancia en materia arbitral, no es menos cierto que nuestro rechazo a una segunda instancia conocida y resuelta por jueces de justicia ordinaria. Respecto al debido proceso y la única instancia en el arbitraje se analizará en el siguiente capítulo al tratarse el ordenamiento constitucional y el arbitraje⁴²⁸.

En el Ecuador, al hacerse referencia al arbitraje administrado o institucionalizado debe indicarse que existe un procedimiento determinado que se desarrolla en dos etapas claramente diferenciadas, una que es previa a la conformación del Tribunal Arbitral, que comprende fases esenciales del procedimiento como es ante quien se presentan tanto la demanda como la contestación y propuesta de excepciones, de existir demanda de reconvención y su contestación, hasta llegar a la Audiencia de Mediación, pasando por la citación con la demanda y las notificaciones correspondientes.

La responsabilidad del cumplimiento de los requisitos y formalidades de los actos procesales previamente enunciados corresponde a la Dirección del Centro de Arbitraje. Así de considerar este funcionario que, por ejemplo la demanda o la

⁴²⁷ Artículo 60 de la Ley General de Arbitraje -Ley Núm. 26572, promulgada el 5 de enero de 1996-, reconocía la facultad que poseían las partes para apelar el laudo, sin embargo dicho cuerpo jurídico fue derogado de forma integral por el Decreto Legislativo Núm. 1071, Promulgado: 27 de junio de 2008, Publicado: 28 de junio de 2008, Vigente desde el 1º de setiembre de 2008; el cual contiene de forma expresa establecido en su artículo 59º.- Efectos del laudo 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada(...). Por lo que podemos observar la eliminación del recurso de apelación que la ley anterior dejaba librado a la voluntad de las partes, debido a que la nueva ley limita los recursos impugnatorios al de anulación del laudo únicamente.

⁴²⁸ González de Cossío, F Arbitraje. ..., ob. cit. afirma que *“En general, en el arbitraje no existe una segunda instancia. Las únicas excepciones a este principio se presentan cuando las partes lo pacten en forma expresa o que el reglamento de arbitraje así lo establezca”*. (Pág. 728).

contestación no cumple con los requisitos determinados legalmente, entonces dispondrá que la parte correspondiente la complete dentro del término que se fije para al efecto. Un aspecto que resulta fundamental que es propio de las legislaciones en el mundo en materia procesal lo constituye el anuncio de las pruebas, y que se encuentra recogido en la legislación que norma el arbitraje en el Ecuador.

Cabe indicarse la correcta inclusión de este anuncio en materia arbitral, principios como lealtad procesal, que inspira el proceso, determina que las partes deben litigar en igualdad de armas, y que se merecen respeto mutuo dentro del proceso. Afortunadamente, en el caso de Ecuador, C.P.Cv.⁴²⁹, incorporó el

⁴²⁹ Artículo 141. *Inicio del proceso. Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código.*

Artículo 142. *Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá:*

1. *La designación de la o del juzgador ante quien se la propone.*
2. *Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.*
3. *El número del Registro Único de Contribuyentes en los casos que así se requiera.*
4. *Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce.*
5. *La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.*
6. *Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.*
7. *El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.*
8. *La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.*
9. *La pretensión clara y precisa que se exige.*
10. *La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento.*
11. *La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa.*
12. *Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que la o el actor no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante la o el funcionario judicial correspondiente, quien sentará la respectiva razón.*
13. *Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso.*

anuncio de pruebas al momento de la presentación de la demanda así como de las excepciones.

El artículo 10 de la L.A.M., incluye cuales son los requisitos de la demanda y su condición de admisibilidad, remitiéndose al C.P.Cv., en la parte correspondiente⁴³⁰.

Artículo 151. *Forma y contenido de la contestación. La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda.*

La parte demandada deberá pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega.

Deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar.

En el término de tres días de calificada la contestación se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.

En materia de niñez y adolescencia, en el término de un día de calificada la contestación, se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de tres días podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.

Artículo 152. *Anuncio de la prueba en la contestación. La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación.*

A este efecto, se acompañará la nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares.

Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.”.

⁴³⁰ Artículo 10. *“La demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio. La demanda contendrá:*

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

Se deberán, además, cumplir los requisitos señalados en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil. A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste.

Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.”.

La C.C.Ec.⁴³¹ se pronunció sobre el momento oportuno para la presentación de las pruebas, manifestando, que sobre la práctica de las pruebas en el proceso arbitral, estas deben de ser presentadas o solicitadas al momento de presentar la demanda o la contestación a la demanda, en ese caso, la accionante [de la acción extraordinaria de protección, impugnando laudo arbitral] solicito al Tribunal arbitral la práctica de pruebas de las cuales no hizo referencia en el momento de la contestación a la demanda, ante ello, la corte desestimo dicha acción, debido al hecho de que el accionante pretendió practicar o solicitar nuevas pruebas inoportunamente, es decir, en otro momento que no fuera el de la contestación a la demanda.

Tratándose de arbitraje independiente el árbitro que conoce de la causa dispondrá la citación al demandado, como ya se indicaba al aludir en el arbitraje administrado le corresponderá al Director del Centro de Arbitraje el cumplimiento de ésta formalidad. La citación se realiza en la forma prevista en el C.P.Cv., para los juicios que se siguen ante la justicia ordinaria. La citación la realiza el funcionario competente del Centro de Arbitraje, a quien se le ha encomendado la práctica de tal diligencia.

El demandado tiene un término de diez días para la contestación de la demanda, pudiendo ser personalmente o por boleta; de tratarse de boletas se lo hará conforme el procedimiento civil en tres días distintos, dejando una cada día en el domicilio del demandado⁴³². Es preciso resaltar, puesto que incluso ha sido

⁴³¹ Sentencia 063-12-SEP-CC (2012)

⁴³² Artículo 11. *Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, debiendo practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda.*

Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación.

materia de pronunciamiento de la ex Corte Suprema de Justicia⁴³³, actual Corte Nacional de Justicia, que la práctica de la citación a las personas realizadas en

El silencio se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Si el demandado no compareciere en el término de diez (10) días después de la última publicación, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La imposibilidad de determinación del domicilio del demandado deberá justificarse con arreglo a las normas del Código de Procedimiento Civil.

⁴³³ Barrezueta de Palacios vs. Burgos Pazmiño y otros, Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 267, febrero, 2003. Indica: *Segundo.- Según el inciso primero del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, en correspondencia con el artículo 97, la citación al demandado, cuando no pueda hacérsela personalmente, ha de practicarse, por regla general, mediante boletas dejadas, en tres días distintos en la correspondiente habitación, a cualquier individuo de su familia o servidumbre, y si no hubiera a quien entregarla, se la fijará en las puertas de la respectiva habitación. Habitación es el lugar en que se vive, se mora, o reside. Lugar de trabajo, en cambio, es el lugar en que una persona ejerce funciones laborales; por consiguiente, lugar de habitación y lugar de trabajo son conceptos jurídicos distintos. Por excepción según los incisos segundo y tercero del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, la citación a un comerciante o al representante de una compañía de comercio, podrá también hacerse en el respectivo establecimiento de comercio, en horas hábiles. Si no se encontrare a la persona que debe ser citada se lo hará por boleta que se entregará a cualquiera de sus auxiliares o dependientes.* Salamanca vs. Zúñiga, Corte Nacional de Justicia, caso núm. 92, de 24 de setiembre de 2004, señala que: *"El Código de Comercio prescribe, en su Art. 2, que "son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual. El actor, recurrente en casación, es evidente que se encuentra en el caso previsto en el transcrito Art. 2 del Código de Comercio, pues celebró el contrato de fojas 1, con la demandada, para tomar en arriendo el local mencionado en dicho instrumento, para destinarlo a "la venta de muebles de madera, cromados y electrodomésticos en general", lo que al tenor del ordinal cuarto del artículo 3 del Código de Comercio, es una actividad mercantil por tratarse de actos de comercio, pues el negocio por el actor instalado en el local por él arrendado a la señora Carmela Zúñiga Hoyos es, a no dudarlo, un almacén para la venta de muebles de madera, cromados y electrodomésticos en general. Y decimos que la citación que se le hizo por las tres boletas dejadas en ese establecimiento de comercio es legal, toda vez que así expresamente lo previene precisamente la norma que el casacionista acusa haber sido infringida en la sentencia recurrida. En efecto, esa norma prevé que la citación a un comerciante -y el actor lo es- podrá hacerse en su establecimiento de comercio, y si la persona así citada alega violación de trámite en la citación por no ser comerciante, o no ser el sitio donde se le citó por boletas su establecimiento de comercio, debe probar sus asertos y afirmaciones. (...) La citación es y debe ser si tal vez no lo más formal de todas las actuaciones o diligencias de un proceso, en todo caso una de las más formales y solemnes, pues es la que emplaza al demandado a juicio; es la que le hace saber que en su contra se ha iniciado un proceso, de suerte tal que en su conocimiento pueda proveer a su defensa. Es por esta formalidad o solemnidad que se exige que el demandado pueda ser citado en legal y debida forma, si no se le encuentra en persona, mediante tres boletas dejadas en día distinto, en el caso sub-júdice, en el establecimiento de comercio del comerciante demandado, que es exactamente lo que ha ocurrido con la demanda del juicio verbal sumario de inquilinato cuya sentencia ejecutoriada ha sido motivo del presente juicio ordinario de nulidad de sentencia. Carece, entonces, de fundamento la acusación que se hace a la sentencia recurrida, de falta de aplicación del inciso tercero del Art. 81 del Código de Procedimiento Civil y por ese motivo se la desestima."*

sus lugares de trabajo y no en el domicilio como lo dispone la norma procesal civil, provoca la nulidad de la causa, por lo que procede retrotraer el proceso al tiempo en que ésta se produjo.

De resultar imposible realizar la citación con la demanda en los lugares determinados para el efecto, se procederá a citar, conforme lo previsto en la norma adjetiva procesal, mediante publicación por prensa, mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Existe aquí dos diferencias importantes con el proceso civil, lo cual es importante destacar, la primera va de la mano con el número de publicaciones que se realizan en la citación, y la segunda que éstas se realizan tanto en el lugar donde se sigue el arbitraje como en el domicilio del demandado, lo cual no es concordante con el procedimiento civil ecuatoriano, pero cabe mencionar que así se procede en el juicio de divorcio, conforme el C.Cv.Ec..

Practicada la diligencia de citación el demandado cuenta con diez días para comparecer al proceso contestar la demanda y proponer excepciones a la demanda interpuesta contados desde el último día de la citación⁴³⁴. La contestación con la demanda debe someterse a los requisitos previstos en el C.P.Cv., considerándose el silencio del demandado como negativa pura y simple de los hechos y pretensiones del actor⁴³⁵. El silencio del demandado se

Cardoso vs. Pallatanga S.A., Corte Nacional de Justicia, caso núm. 159, de 22 de junio de 2001, señala que: *"El domicilio consiste, dice el artículo 45 del Código Civil, en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídase en político y civil.- Y el artículo 48 agrega, "el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determinará su domicilio civil o vecindad". La residencia es el lugar de morado, habitación donde vive un individuo; el domicilio es más amplio aunque puede coincidir con residencia; pues es aquella en donde el individuo realiza la actividad de sus negocios, es el lugar donde ha establecido la sede de sus negocios e intereses. El domicilio no coincide necesariamente con el lugar del trabajo del demandado, pues solo silo persona laboro en su propio domicilio puede haber coincidencia de ambos."*

⁴³⁴ Artículos 151 y 152 de la C.P.Cv.

⁴³⁵ Artículo 102 del C.P.Cv., *"La contestación de la demanda contendrá: 1. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del demandado, comparezca por sí o por medio de representante legal o apoderado, y la designación del lugar en donde ha de recibir notificaciones; 2. Un*

considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda⁴³⁶.

Otra regla respecto de la citación se encuentra incluida en el Artículo 12 de la L.A.M., y es la que hace relación con el término de distancia, en el caso que el arbitraje se sustancie fuera del lugar donde tiene domicilio el demandado, se concede un término adicional para la contestación de la demanda y propuesta de excepciones, de tal forma que si el término de contestación es, como ya se había expuesto, de diez días, el término de distancia no podrá exceder de veinte días.

El derecho de defensa del demandado dentro de un procedimiento arbitral, como parte de las garantías del debido proceso se encuentra debidamente reconocido en el Ecuador (artículos 11 y 12 de la L.A.M.). El término de la distancia concedido por la Ley resulta lógico, dentro de ésta normativa que regula el debido proceso y tutela el derecho a las personas, podemos argumentar además que no solamente se hace efectivo el debido proceso con este reconocimiento legislativo – procesal, sino que también se cumple con la tutela judicial efectiva, de la que se tratara más adelante, garantizando el derecho al acceso a la justicia, como una sub derecho dentro del ya anunciado de tutela judicial⁴³⁷.

pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor y los documentos anexos a la demanda, con indicación categórica de lo que admite o lo que niega; 3. Todas las excepciones que se deduzcan contra las pretensiones del actor. La contestación a la demanda se acompañará de las pruebas instrumentales que disponga el demandado, y las que acrediten su representación si fuere del caso.”

⁴³⁶ Artículos 151 y 152 de la C.P.Cv.

⁴³⁷ Sentencias Núm. 0006-10-SEP-CC (2010), Núm. 109-15-SEP-CC (2015), Núm, 325-15-SEP-CC (2015)

En el Ecuador el arbitraje permite la reconvencción conexa⁴³⁸, es decir la demanda contra el actor presentada por el demandado, lo cual lo hace en el mismo documento con el que contesta las pretensiones del actor, lo básico es que esta nueva demanda debe versar sobre la misma materia del arbitraje⁴³⁹. La reconvencción o contrademanda, afirma Couture es la “... *pretensión que el demandado deduce al contestar la demanda, por lo que se constituye a la vez en demandante al actor, a fin de que se fallen las dos pretensiones en una sola sentencia ...*”⁴⁴⁰. El tiempo para la contestación de la reconvencción es el mismo que el previsto inicialmente para la contestación de la demanda⁴⁴¹.

La normativa aplicable en materia de arbitraje y mediación contiene normas respecto de la modificación de la demanda y su contestación⁴⁴², estando facultadas las partes para que dentro de los cinco días posteriores a la presentación o contestación de la demanda poder modificar, incluso la reconvencción, por una sola vez. Concediendo además un término corto de tres días para la contestación a la modificación de la demanda.

⁴³⁸ Artículo 12. *Si el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar de arbitraje, se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el que no podrá exceder del doble del ordinario.*

Al contestar la demanda, el demandado podrá reconvenir exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje siempre y cuando su pretensión pueda, conforme al convenio arbitral, someterse al arbitraje.

En este caso se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvencción.

A la reconvencción y su contestación se deberá adjuntar las pruebas y solicitar las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en éstas.

⁴³⁹ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit. entiende que: “Los reglamentos arbitrales en general no contemplan restricción alguna de la admisibilidad de la reconvencción. Sin embargo, los principios que rigen la argumentación o la modificación de las conclusiones principales son en principio aplicables a la reconvencción” (Pág. 521).

⁴⁴⁰ Couture, E. Las garantías constitucionales del proceso civil. Estudios de derecho procesal en honor a Alsina, H. Adiar. Buenos Aires. 1946, Pág. 614.

⁴⁴¹ Artículos 151 y 152C.P.Cv.

⁴⁴² Artículo 13 de la L.A.M. “Las partes podrán modificar la demanda, la contestación a ésta, la reconvencción a la demanda, o la contestación a ésta, por una sola vez, en el término de cinco días luego de presentada cualquiera de éstas. Las partes tendrán el término de tres días para contestar cualquiera de las modificaciones, en cuyo caso no correrán los términos que estuvieren transcurriendo.”.

De igual modo sucede en España, señalando la Audiencia Provincial de Madrid⁴⁴³ que la L.A., que configura, efectivamente, el procedimiento arbitral con gran flexibilidad al permitir artículo 29.2 de la L.A., modificar o ampliar la demanda o contestación durante el curso de las actuaciones, salvo: acuerdo en contrario de las partes; o que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiese hecho. No admite duda la voluntad del legislador: alejarse de la regulación que la L.E.Cv. hace de los escritos de la demanda y contestación y reconvencción en el ámbito jurisdiccional civil; pero siempre con respecto de los principios establecidos como esenciales en la propia L.A. (artículo 24), cuales son igualdad, audiencia y contradicción y de defensa.

Así mismo se pronunció la Audiencia Provincial de Sevilla⁴⁴⁴, en la cual establece que por lo que respecta a la cuestión de la alteración de las posiciones procesales de las partes, hemos de significar que dada la naturaleza del procedimiento arbitral, las condiciones del demandante y demandado no siempre están claramente definidas, pudiendo existir recíprocas pretensiones entre las partes cuando acuden al arbitraje porque cada una entiende que quien ha incumplido el contrato es la otra, o porque no hay acuerdo en la interpretación de la cláusula contractual, porque ejerciten recíprocas pretensiones.

Cabe recordar que mediante la modificación a la demanda, la contestación a la demanda, la reconvencción y su contestación no se podrán ni cambiar la materia arbitral ni modificar o adicionar más partes al procedimiento arbitral⁴⁴⁵.

La legislación española regula la cuestión relativa a la modificación a la demanda y contestación a la demanda en el artículo 29 de la L.A., disponiéndose que: "(...) 2. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá*

⁴⁴³ SAP Madrid 14ª 15 septiembre 2008. [JUR 2008, 382560]

⁴⁴⁴ SAP Sevilla 5ª 26 enero 2011 [JUR 2011, 219201]

⁴⁴⁵ Artículo 12 de la L.A.M.

modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho.”.

Y en relación al tema de la reconvencción, que no se encuentra reconocida de forma expresa en la L.A., la Audiencias Provincial de Vizcaya⁴⁴⁶ se ha pronunciado al respecto, señalando que: “... es cierto que el artículo 29 de la L.A. no contempla de modo expreso la posibilidad de reconvenir; y es cierto que es la parte promovente del procedimiento arbitral la que fija la cuestión sometida a arbitraje, dentro de los términos de la cláusula arbitral y de la normativa legal, como se infiere del tenor de los arts. 1 y 2 de la citada ley. Pero no lo es menos que tampoco la prohíbe, y que el criterio mayoritario ha sido siempre favorable a su admisión, por cuanto no solo no existen óbices procesales para su rechazo, ya que de esta forma se garantiza el efectivo cumplimiento de los principios de audiencia, igualdad y contradicción entre las partes que establece el Artículo 24 sino que además el planteamiento de alegaciones y peticiones contrapuestas permite al Tribunal un conocimiento más completo de la controversia, pues no puede desconocerse que la finalidad del arbitraje es dar una solución extrajudicial a las controversias que surjan o puedan surgir, en el ámbito de las relaciones jurídicas determinadas, de manera que iniciado el procedimiento a instancia de una parte, la contraria, al igual que sucede en el procedimiento judicial, lógicamente puede oponerse mediante alegaciones no solo de solo de los motivos que estime pertinentes, sino también formulando pretensiones distintas pero conexas y relacionadas con las formuladas por la actora, siempre que estén comprendidas dentro del ámbito del convenio arbitral por medio de la reconvencción ...”.

⁴⁴⁶ SAP Vizcaya 4ª 30 mayo 2007 [JUR 2007, 349763]

Tras cumplida con esta etapa corresponde la convocatoria a las partes a la audiencia de Mediación, y concluida ésta termina la etapa de Dirección de Centro de Arbitraje, en el arbitraje administrado para pasar a la etapa de Tribunal Arbitral propiamente dicha. Como ya se indicaba en líneas anteriores, importantes momentos del procedimiento arbitral le corresponde conocer y sustanciar al Director del Centro, quien cabe indicarse que es un funcionario de naturaleza administrativa, no jurisdiccional, sin embargo al conocer, sustanciar y resolver sobre peticiones y requerimiento de las partes dentro del procedimiento, está desarrollando verdaderas potestades jurisdiccionales.

Como ya se indicó corresponde la notificación con el día y hora para que tenga lugar la audiencia de Mediación, a fin de procurar un arreglo una solución de la controversia de las partes, el árbitro único en arbitraje independiente o el Director de Centro de Arbitraje, en el caso de arbitraje administrado o institucional, son quienes convocan a ésta audiencia de Mediación. Al respecto deben hacerse dos consideraciones, la primera la Mediación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que a diferencia del arbitraje tiene naturaleza autocompositivo, es decir, son las mismas partes las que buscan la solución de sus diferencias, guiadas por una persona especializada en tema, que interviene imparcialmente, sin adoptar posturas en favor de una u otra parte. La segunda reflexión es respecto al principio de audiencia, ya analizado⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ Pelayo Lavín, M. La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos, Universidad de Salamanca [tesis doctoral], Salamanca, 2011, Obtenido de http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110555/1/DDAFP_Pelayo_Lavin_M_LaMediacion.pdf señala que: *“La mediación es un método auto compositivo de resolución de conflictos, en el que las propias partes con la ayuda de un tercero intentan resolver una controversia”* (Pág. 89). Calaza López, S. Principios Rectores Del Proceso Judicial Español, Revista de derecho UNED, 2011, obtenido de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2011-8-5020/Documento.pdf>. Señala además que: *Así mismo, es necesario observar a este método autocompositivo de resolución de conflictos desde el amparo del principio de audiencia, para precautelar los derechos de las partes, tal como lo concibe Calaza López, S. “El principio de audiencia garantiza a los particulares la posibilidad de que sean oídos en el proceso.(...) Asimismo, conforme al clásico principio de audiencia bilateral o audiatur et altera pars –oiga también a la otra parte– nadie puede ser condenado, con la sola excepción del demandado rebelde en el proceso civil, sin haber sido oído. Ahora bien, este principio de audiencia bilateral, que se*

La mediación⁴⁴⁸ es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que consiste en una “... *negociación asistida, en la que un tercero imparcial ayuda a que dos partes encuentren una solución final a un conflicto o controversia. Para lograrlo, las partes colaboran entre sí, para ella exponer propuestas que de ser posible llegarían a un acuerdo. La mediación es confidencial...*”⁴⁴⁹. Si se revisa la finalidad de la mediación se observa que no es llegar a un acuerdo, sino generar las condiciones, dar la posibilidad de que tal acuerdo ocurra. Sin desconocer la fuerza y el valor que tiene este mecanismo para solucionar controversias, en este procedimiento es un paso previo para avanzar a la etapa de Tribunal Arbitral, lo cual puede afectar a la institución y el verdadero rol que esta tiene dada su naturaleza, al verla como una etapa más para continuar avanzando en el arbitraje.

contrae en la máxima, comúnmente conocida, atinente a que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio se refiere, en puridad, no a la «realidad material y física» de que el justiciable haya sido oído, sino a la posibilidad, que éste haya tenido, de haber sido, en efecto «oído», esto es, a que se le haya realmente dado oportunidad de «ser oído» con independencia de que el sujeto, en concreto, haya hecho uso de este derecho o, en otro caso, no lo hubiere ejercitado. En este sentido, el principio de audiencia no será objeto de violación alguna cuando el justiciable decida, voluntariamente, en un proceso determinado, permanecer en silencio, siempre y cuando, pese a ello, se le hubiere dado oportunidad de ser «oído». Si esto no fuese así, bastaría la mera pasividad del sujeto pasivo, en todo tipo de procesos, para el éxito de su defensa/resistencia, a través de la siempre obligada sentencia absolutoria. El principio de audiencia no supone, como es lógico, un derecho ilimitado, del justiciable, a realizar todo tipo de manifestaciones a lo largo de todo el procedimiento, sino que se concreta a los períodos o fases de alegaciones, legalmente estipuladas, conforme a criterios de economía, conveniencia y oportunidad.” (Pág. 56-57).

⁴⁴⁸ Vid.: Blanco Carrasco, M. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, menciona que: “*Las características principales de la mediación serían las siguientes: Es un ADR [alternative dispute resolution] que requiere la intervención de una tercera persona llamada mediador. Esta tercera persona es neutral e imparcial, cuya función principal no es ofrecer una solución al conflicto sino restablecer la comunicación entre los sujetos en conflicto. Son las partes las que deciden cual es la solución a la controversia. Lo sujetos que acuden a la mediación demandan la asistencia o ayuda de un tercero en la negociación o dialogo de aquellos puntos en los cuales no se sienten capaces de alcanzar un acuerdo, pero desean ser ellas mismas las que adopten la decisión que les vincule frente a la otra parte. Requiere la existencia de un proceso. Consiste en una serie de actos enlazados entre sí con un objetivo común, el restablecimiento de la comunicación constructiva entre las partes, que permita alcanzar la solución al conflicto, pudiendo distinguirse una serie de etapas con objetivos diferentes en cada una de ellas.*” (Pág. 142).

⁴⁴⁹ Jalkh, G. y Sánchez, F. citados por Sánchez Hidalgo, F. Resolución Alternativa de Conflictos. PRAXIS, Talento Creativo. Quito, 1997, Pág. 53.

En el Capítulo I se dejaban sentados algunos aspectos básicos, y ya se expuso, dentro de los principios que inspiran el arbitraje el de audiencia, consistiendo éste en la posibilidad que tienen las partes de ser oídas en el proceso, formular sus alegaciones, peticionar y actuar las respectivas pruebas afín de hacer valer los derechos de los que se cree asistida, consideramos que va muy de la mano con el principio de concentración, y que a través de ambos se pueden sustanciar las controversias en cualquier proceso o procedimiento. Aunque el arbitraje, en el Ecuador se desarrolla en cuatro audiencias, como ya se señaló, nada obsta que las actuaciones queden reducidas por escrito.

La primera de las audiencias es la de mediación, donde comparecen las partes, acompañadas o representadas por sus abogados, cada una interviene con sus pretensiones en la audiencia, y con la participación de un Medidor calificado por el Centro de Arbitraje, orientando la o las sesiones, o tratándose de un mediador designado por las partes, en el caso de Mediación en un arbitraje independiente; trata de llegar a avenimientos que permitan solucionar el conflicto, avenimientos que podrán ser parciales o totales. De ser totales se termina la controversia y se suscribe un acta de mediación, si son parciales, entonces se termina y se firma el acta de mediación respecto de estos puntos y se continúa el arbitraje en aquellos sobre los que no se alcanzó acuerdo alguno⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ Artículo 15 de la L.A.M. *Una vez contestada o no la demanda o la reconvenición, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, lo cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia. El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio. Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.*

La actuación del mediador consiste en escuchar las exposiciones de las partes, conocer los documentos que éstas presentan en la audiencia y que van a permitir sustentar sus pretensiones, el acta de mediación se suscribe al final de la audiencia, y contendrá los acuerdos alcanzados, sin determinar la intervención o participación concreta de cada parte, sin entrar a detalles o particularidades, las mismas que, con carácter confidencial, quedarán en conocimiento del mediador y quienes participaron en la audiencia.

El acta de mediación tiene el valor de sentencia ejecutoriada⁴⁵¹ pasada por autoridad de cosa juzgada, es decir sobre estos puntos no podrá volver a tratarse, se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, mediante la vía de apremio, ante autoridad judicial; cabe indicarse que al Juez que le corresponda conocer sobre la ejecución de lo resuelto en un acta de mediación, por existir un incumplimiento de la misma, no podrá pronunciarse sobre aspectos de fondo, ni aceptar excepción alguna, no es necesario iniciar un nuevo proceso.

La segunda audiencia en el procedimiento arbitral es la audiencia de sustanciación, que como su nombre lo indica es en ésta se sustancia el proceso, en arbitraje administrado es el inicio de la etapa de Tribunal Arbitral, y el ejercicio de la jurisdicción arbitral a la que ya se ha hecho referencia. Una vez constituido el Tribunal conforme lo previsto en el convenio arbitral, los árbitros procederán a señalar día y hora para que se lleve a cabo la audiencia de sustanciación. En ésta se posesiona al Secretario del Tribunal Arbitral, del listado de secretarios que el Centro de Arbitraje deberá de llevar.

Cuando inicia la audiencia de sustanciación el Tribunal procede a realizar dos actuaciones que resultan trascendentes, la primera da lectura al convenio arbitral, a fin de determinar la correcta conformación del mismo y determinar

⁴⁵¹ Vid.: Artículo 363 del COGEP. “Son títulos de ejecución los siguientes: (...) 3. El acta de mediación.”

cuáles son las reglas del procedimiento, la segunda viene dada, a partir de la lectura del convenio arbitral, su pronunciamiento sobre su propia competencia (Kompetenz-Kompetenz)⁴⁵²; si luego de la lectura del convenio el Tribunal tiene dudas sobre el convenio deberán ellos mismos resolverlas, tomando en cuenta lo previsto en las reglas para la interpretación de los contratos. En virtud del principio competencia por competencia, contenido en el Artículo 22 de la L.A.M., podrán los árbitros pronunciarse en forma previa si existen causales de nulidad o inexistencia del convenio arbitral, podrán así también pronunciarse sobre cualquier aspecto, que a criterio del Tribunal, corresponda resolver.

Con respecto a lo inmediatamente explicado, y en relación al arbitraje internacional, *“La UNCITRAL ha elaborado una guía para la organización de procedimientos arbitrales y sugiere que los siguientes puntos sean abordados en caso de que las partes no lo hayan ya plasmado en el acuerdo de arbitraje: (a) la adopción de reglas procesales; (b) el idioma; (c) traducción simultánea; (d) el lugar del arbitraje; (e) servicios administrativos (en caso de arbitrajes ad-hoc); (f) depósitos para gastos; (g) la confidencialidad de la información; (h) forma de comunicación; (i) condiciones de las promociones; (j) definición de los puntos legales a ventilar; (k) las pruebas (documentales, físicas o testimoniales); y (l) las audiencias.”*⁴⁵³.

Si las partes se encuentran presentes en la audiencia, no es obligatoria su comparecencia, podrán hacerlo a través de procuradores o abogados autorizados

⁴⁵² Vid.: AAP Madrid 12ª 5 mayo 2010 [JUR 2010, 252915] *“...una vez iniciado el procedimiento arbitral, el árbitro designado tiene la competencia para resolver todas las cuestiones que afecten al arbitraje y a su validez, incluida su propia competencia, tal y como lo establece el Artículo 22 de la L.A., el cual dispone “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” así mismo la Sala hace referencia a la emisión EM de la citada ley en su apartado V indicando con respecto al mismo Artículo 22, que este establece la regla capital para el arbitraje, de que os árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia.”*

⁴⁵³ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Pág. 535.

para el efecto, podrán hacer precisiones respecto de las pretensiones que se encuentra comprendidas, en su orden, en la demanda, contestación de la demanda, de existir reconvencción, en la contestación, modificación de la demanda y contestación de la modificación; así también en los hechos que sustentan sus pretensiones. Es posible asimilar esta audiencia a una Junta Preliminar, que prevé la legislación mexicana, ya que en la misma "...tiene la finalidad de establecer los aspectos que regirán el procedimiento arbitral. Es recomendable que como parte de dicha junta se ventilen los aspectos procesales que las partes deben saber a efecto de seguir el procedimiento."⁴⁵⁴.

Sobre la comparecencia de las partes, en la legislación ecuatoriana se establece en el artículo 14 de la L.A.M., que, si el demandado, una vez citado con la demanda no compareciere al proceso, **su no comparecencia no impedirá que el arbitraje continúe su curso**. Consecuentemente si no comparece, de acuerdo al artículo 11.2 de la L.A.M. El silencio se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Si el demandado no compareciere en el término de diez (10) días después de la última publicación, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La imposibilidad de determinación del domicilio del demandado deberá justificarse con arreglo a las normas del C.P.Cv..

Por otro lado, la L.A. dispone que, en el artículo 31, relativo a la falta de comparecencia de las partes que: *"Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros: a) El demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones,*

⁴⁵⁴ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Pág. 534.

a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión. b) El demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, **sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.** c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan.”.

Habiéndose declarado competente el Tribunal comienza la sustanciación del arbitraje, el Tribunal podrá, hasta antes de que declare finalizada la audiencia de sustanciación, fijar cual es la misión del Tribunal Arbitral⁴⁵⁵, dispondrá la formación del calendario probatorio, que tendrá carácter de provisional, y dispondrá la práctica de todas las pruebas anunciadas por las partes en los actos procesales que contienen su intervención en el proceso, las que deberán ser analizadas, por parte del Tribunal determinando que cumplan con ser útiles, pertinentes y oportunas.

En arbitraje son admitidas todas las pruebas que admite el procedimiento civil, las reglas de la valoración de la prueba son las mismas del procedimiento, se

⁴⁵⁵ Artículo 21 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *“Acta de Misión.- Salvo que el tribunal se hubiese declarado incompetente, a más tardar al final de la audiencia de sustanciación el Tribunal Arbitral expedirá una providencia que se denominará Acta de Misión, en la que determinará cuál es su misión en el procedimiento arbitral y cuál es el calendario provisional que pretende seguir para la conducción del mismo. Esta providencia deberá contener, al menos, lo siguiente:*

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

valoran conforme a la regla de la sana crítica. La mayoría de las legislaciones, en materia probatoria en arbitraje, reconocen las diligencias de mejor proveer, entendidas por tales aquella iniciativa probatoria que se le confiere a los jueces, para disponer y actuar pruebas antes de sentencia⁴⁵⁶; la cuestión que puede suscitarse es si, no estando sujeto el arbitraje al rigorismo y formalidad del procedimiento civil, cumpliendo las reglas de la prueba, y respetando los derechos constitucional y legalmente tutelados de las personas, procede que las diligencias para mejor proveer pueda ordenar el Tribunal, y valorarlas plenamente al tiempo de emitir el laudo.

La legislación española contempla lo referido a la prueba en el arbitraje en sus artículos 25.2, 29.1 y 30.1, disponiendo en el primero de ellos que *“A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros*

⁴⁵⁶ La entrada en vigor de la L.E.Cv., supuso la desaparición de las diligencias para mejor proveer incorporándose las diligencias finales al proceso civil español. Como se puede apreciar en el Apartado XII de la Exposición de Motivos de dicha Ley que manifiesta *“La Ley suprime las denominadas “diligencias para mejor proveer”, sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas. La razón principal para este cambio es la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla, debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además, es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieran podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado.”* Tras lo cual, en su art. 435, *“Diligencias finales. Procedencia. 1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:*

1.ª No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429. 2ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas. 3ª También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.”

comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración”, mientras que el segundo de los artículos citados prescribe que: “ Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda. Las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer”, finalmente el último de los artículos citados dispone que: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán (...), la práctica de pruebas (...)”.

Por la importancia del tema procede revisar algunos aspectos relativos a la práctica de las pruebas en el procedimiento arbitral, a saber:

1. Se ha revisado que la L.A.M. hace mención a la exigencia de anunciar las pruebas al tiempo de comparecer, sea en calidad de actor o demandado, a fin de poder demostrar sus afirmaciones, y adjuntar las pruebas instrumentales de las que se creen asistidos. Corresponde analizar si este es el único momento en que se pueden presentar las pruebas o si con posterioridad pueden solicitarse la actuación de otras, más allá de las anunciadas. Sería errado limitar el derecho que le asiste a la parte a formular pruebas, una conclusión *a priori* sin más expresión, podría limitar sería y severamente el derecho de defensa de quienes comparecen al proceso. Si bien tenemos el principio de lealtad procesal, no es menos cierto que de la revisión del artículo 23 de la L.A.M., no solamente las partes sino también los árbitros, podrán solicitar pruebas hasta antes de laudo, por lo tanto no es procedente limitar la proposición de prueba por no

haberla anunciado en el momento procesal que dispone la normativa.⁴⁵⁷ En palabras de González de Cossío, se indica que las pruebas dentro de un arbitraje *"... tienen un tratamiento distinto al que se les da en procedimientos judiciales. El formalismo judicial no existe –ni debe existir– en el arbitraje."*⁴⁵⁸

Sin embargo, la C.C.Ec.⁴⁵⁹, negó la acción extraordinaria aludida en contra de laudo arbitral, en el cual la accionante alegó que durante la sustanciación del arbitraje se le negó la solicitud de la práctica de pruebas, ante lo cual la Corte estableció que no se había vulnerado su derecho al debido proceso, sobre la práctica de las pruebas en el proceso arbitral. Ante lo cual cita los artículos 10 y 11 de la L.A.M., que señalan los requisitos formales que deben contener tanto la demanda arbitral, como la contestación a la misma, y añaden tales normas que *"se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda"* o *"en la contestación"*, respectivamente. En virtud de ello, el Tribunal Arbitral, en la celebración de la audiencia de sustanciación, *"ordenó la práctica de las pruebas solicitadas en la demanda, en la contestación a la demanda y en los escritos presentados por las partes"*, como se indica en el numeral Quinto del laudo arbitral (hojas 1 a 23 del proceso judicial Núm. 208-2008 - 1er. Cuerpo); d) El artículo 23 de la citada Ley señala: *"Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora"*, lo cual de ninguna manera constituye una norma imperativa; por tanto, el Tribunal

⁴⁵⁷ Artículo 23. *"Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora..."*.

⁴⁵⁸ González de Cossío, Arbitraje..., ob. cit., Pág. 541.

⁴⁵⁹ Sentencia, Núm. 063-12-SEP-CC. (2012)

Arbitral no estaba legalmente obligado a aceptar las pruebas que, con posterioridad a la demanda y contestación a ella, hayan sido solicitadas por las partes⁴⁶⁰.

En España, de acuerdo al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), con sede en Madrid, por mutuo acuerdo se pueden someter las partes, se establece la forma en la que procederá el arbitraje, entre las cuales se hace referencia al momento en el cual se pueden presentar o solicitar pruebas. En relación con dicha previsión reglamentaria, la Audiencia Provincial de Madrid⁴⁶¹, expresándose de la siguiente forma: “... *debemos dejar sentado que el Reglamento de Procedimiento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje CIMA, a la que se han sometido las partes establece en lo que pueda afectar a aquellas (...) segundo, que presentada la contestación el árbitro podrá citar a las partes a una audiencia y que en dicha comparecencia podrán las partes proponer nuevas pruebas adicionales, a las ya propuestas en sus escritos iniciales, tercero que el árbitro proveerá sobre las pruebas propuestas disponiendo las particularidades de ordenación y lugar de las que estime pertinente o acordare por si, y cuarto que concluida la prueba, el árbitro señalará un periodo común a las partes en el que podrán examinar y valorar por escrito el resultado de aquella, formulando a continuación sus conclusiones, quinto el árbitro podrá acordar que pruebas estime conveniente, y sexto, se concluye el procedimiento con la emisión del laudo por el árbitro. ...*”⁴⁶².

Deduca la Audiencia, por un lado, que el que el procedimiento arbitral, administrado por la CIMA es reglado y sujeto a plazos preclusivos, que nos es posible variar sin acuerdo de las partes, por otro lado, al igual que lo establecido

⁴⁶⁰ Sentencia, Núm. 063-12-SEP-CC. (2012)

⁴⁶¹ SAP Madrid 12ª 25 enero 2007 [JUR 2007, 177406]

⁴⁶² SAP Madrid 12ª 25 enero 2007 [JUR 2007, 177406]

por la C.C.Ec., en el caso antes citado⁴⁶³, que el árbitro no viene obligado a admitir toda prueba que se le proponga, sino que tiene también facultades para no admitir las pruebas que por no guardar relación con los hechos objeto del proceso, hayan de considerarse impertinentes o inútiles o que según sus criterios razonables, no puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

2. El contenido del artículo 23 de la L.A.M. admite la existencia de las pruebas de oficio, al disponer textualmente: “... *el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar...*” la práctica de otras pruebas. (el subrayada y negrillas son nuestros) “No hay un periodo predeterminado para ofrecer pruebas. Le corresponde al tribunal arbitral decidir sobre el momento y forma en que se presentarán y, en su caso, desahogarán, las pruebas”⁴⁶⁴.

Resulta pertinente realizar algunas puntuales consideraciones sobre la prueba de oficio en atención al tema que se está abordando⁴⁶⁵. Por su

⁴⁶³ Sentencia, Núm 063-12-SEP-CC en concordancia con el artículo 60 de la LAM que manifiesta “Artículo 160. Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.

En la audiencia preliminar la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente.

La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley.

Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir. La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente.”.

Artículo 161. “Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso.

La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.”

⁴⁶⁴ González de Cossío, Arbitraje, ... ob. cit. (Pág. 245).

⁴⁶⁵ Parra Quijano, J. Manual de Derecho Probatorio, 18ª edición, Ediciones del Profesional LTDA., Bogotá, 2011, Pág. 185- 211.

importancia en el proceso y por su cuestionamiento doctrinario, de quienes consideran que constituye una forma de parcializar a los jueces, y que previo a expedir sentencia adopten una postura procesal. La prueba de oficio es admitida en el procedimiento arbitral, conforme el texto que hemos expuesto. Los críticos de ésta teoría consideran que si el juez no ha dispuesto la práctica de una prueba, no es dable que el Juez lo haga, es asumir una postura en el proceso, lo cual conlleva una vulneración de los principios que lo inspiran.

Sin embargo, la moderna doctrina en materia procesal, reconoce la prueba de oficio, autores como Montero Aroca⁴⁶⁶, como un mecanismo que permite llegar a la verdad, el C.O.F.J., dispone que el proceso es un mecanismo para hacer efectiva justicia, con este razonamiento se considera que se está permitiendo al juzgado que actúe las pruebas necesarias para el esclarecimiento de la verdad⁴⁶⁷. Parece acertada la teoría, y el hecho de pedirla u ordenarla no va a ser determinante en el proceso, independiente de a quien beneficie.

Contempla el artículo de la L.A.M. las diligencias para mejor proveer, estableciendo que, si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora.

⁴⁶⁶ La prueba en el proceso civil. Editorial Aranzandi, Barcelona, 2005, Págs. 465-498.

⁴⁶⁷ Artículo 118 del C.P.Cv. *“Las juezas y jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá la jueza o el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente.*

Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa...”

3. Como se ha expuesto anteriormente, pueden solicitarse y practicarse todas las pruebas contempladas en la normativa procesal civil, por lo que son admisibles en el arbitraje la confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes, admitiéndose además grabaciones magnetofónicas, radiografías, fotografías, cintas cinematográficas, documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica⁴⁶⁸; sostiene González de Cossío que: *“Existe una multiplicidad de géneros de pruebas dentro de las cuales destacan las pruebas documentales, testimoniales, opiniones técnicas o de expertos, y la inspección física/ocular del objeto de la controversia. Y existe todo un corpus legal arbitral cuyo modus operandi merece un tratado”*⁴⁶⁹.

4. Como se indicó, en líneas anteriores, la valoración de la prueba se la hará conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo ser valoradas en su conjunto⁴⁷⁰. Es así como se debe exponer en forma práctica los problemas que se han presentado a partir de la codificación del año 2005 realizada al C.P.Cv., en virtud del cual el segundo inciso del artículo 115 del referido

⁴⁶⁸ La prueba se encuentra contenida en el Título II del COGEP, sobre la prueba, estructurado mediante secciones, estableciéndose las reglas generales de cada uno de los medios probatorios (capítulo 1), entre estos están: *la prueba testimonial (sección I), declaración de parte y declaración de testigos (sección II), luego dentro de la prueba documental (capítulo 2), instrumentos públicos (sección II) o privados (sección III), dictamen de peritos (capítulo 4, sección II) inspección judicial (capítulo 5).*

⁴⁶⁹ González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit., Pág. 543.

⁴⁷⁰ Cfr.: S.C.Ec. núm. 063-12-SEP-CC; otro ejemplo, que refleja la aplicación de la sana crítica para valorar las pruebas, se puede apreciar en la SAP de Vizcaya, SAP Vizcaya 4ª 20 mayo 2009 [JUR, 344993], en la cual manifiestan que: *“La infracción de los principios de audiencia, contradicción e igualdad, no se produce por la denegación de algunas de las pruebas propuestas por las partes pues no existe un derecho constitucional a la admisión de todos los medios de prueba, y si solo de la prueba que resulte útil y pertinente a los efectos del proceso, y de ahí que no se pueda entender vulnerado el art. 9 LOTT pues tal precepto solo establece la obligación de admitir la prueba que el Tribunal estime oportuna, la denegación de su práctica no supone la vulneración de ningún precepto constitucional.”*

cuerpo normativo dispone que el juez deberá exponer, al momento de resolver, la valoración que dio a todas las pruebas. Como se ha hecho referencia, ésta redacción fue introducida por los codificadores de la normativa procesal adjetiva civil, quienes sin atribuciones agregaron al artículo ya citado este contenido, desvirtuando la forma como se valora la prueba bajo el esquema de la sana crítica⁴⁷¹.

5. Los medios de prueba deben concretarse a aquello que se litiga en el arbitraje, y a los hechos que son sometidos a conocimiento y pronunciamiento de los árbitros.

En este sentido la Audiencia Provincial de Madrid⁴⁷² señaló que las partes no pueden exigir la admisión de todos los medios probatorios, sino que han de ser pertinentes en relación a los hechos y el tema a decidir, correspondiendo el juicio de su pertinencia al juzgador (en este caso al árbitro) que podría rechazar sin que ello produzca indefensión fundamentándolo adecuadamente siempre que la realice de forma razonada y jurídicamente formulada. En idéntico sentido se manifiesta la Audiencia Provincial de A Coruña⁴⁷³ al señalar que: *“El meritado reglamento no señala que todas las pruebas propuestas deban de ser practicadas, sino las declaradas pertinentes por el Tribunal de Arbitraje. (...) no existe un derecho absoluto de la prueba sino solo aquella que se adecuada y útil a los efectos de la controversia suscitada o, dicho de otra manera, la necesaria para la prosperabilidad de la pretensión sostenida por la parte recurrente, de modo que la decisión del laudo, de haberse practicado la*

⁴⁷¹ Vid.: González de Cossío, F. Arbitraje..., ob. cit. afirma: *“Cada tribunal adopta la forma que juzga conveniente acerca de la manera en que deben ser presentadas las pruebas y el peso probatorio que le atribuye a cada una. Prácticamente todas las pruebas son admisibles por los árbitros sin que se requieran formalismos especiales para ofrecerse. Después de todo, será el valor probatorio lo que determine su utilidad en el arbitraje.”*(Pág. 549).

⁴⁷² SAP Madrid 25ª 26 noviembre 2010 [JUR 2011, 40338]

⁴⁷³ SAP A Coruña 15 marzo 1995 [AC 1995, 404]

misma, hubiese sido otra favorable a la tesis de la parte recurrente, para lo cual habrá que ponderar las razones esgrimidas en la resolución arbitral a los efectos resolutorios de la cuestión debatida.”.

6. Conforme lo dispuesto en el C.P.Cv. las pruebas son públicas, debiendo ser convocadas las partes para su realización, y pudiendo tener acceso a ellas, en cumplimiento del principio de inmediación.

Algunas consideraciones adicionales merecen realizarse respecto del procedimiento arbitral, en lo relativo a la prueba, a saber:

a. La forma de cómputo del tiempo en el arbitraje, al igual que el proceso civil, se lo hará en términos, es decir solamente se computan los días y horas hábiles. Deberá seguirse la regla contenida en el artículo 35 del C.Cv.Ec. “... *En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los Tribunales o Juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de día útiles, expresándose así, pues, en tal caso, no se contarán los feriados...*”. Los términos se computan desde el último día en que se hizo la citación o del día de la notificación, salvo que la ley determine una formula especial de computar el plazo.

En relación con dicha cuestión el T.S. señaló que ha de aplicarse en cuanto al cómputo del plazo o termino en que los árbitros habrán de pronunciarse respecto del laudo “(...) *lo dispuesto en el art. 5 del título preliminar del código civil español, en cuyo artículo expresamente se determina que en los*

*plazos fijados por días a contar de uno determinado días a quo quedara este excluido del cómputo y que no se excluyen los inhábiles*⁴⁷⁴.

b. Podrán pactar las partes la suspensión del procedimiento arbitral, de mutuo acuerdo, sea la cualquiera la causa que motivare tal suspensión, por ejemplo la eventualidad de un acuerdo, o la suspensión de un árbitro, puede hacérsela coincidir con la suspensión del procedimiento. Una vez concluido el tiempo de suspensión que se haya pactado, el procedimiento se reanuda, debiendo continuarse con el cómputo de los plazos previstos en la normativa para duración del arbitraje⁴⁷⁵.

La previsión sobre dicha cuestión se contempla, en relación, al ordenamiento español en el artículo 25.1 de la L.A. Al disponer que: *“Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. (...)”*

c. Las partes están facultadas para pactar el lugar donde se debe sustanciar el arbitraje, así como las normas que regularán el procedimiento, aun cuando las partes tengan su domicilio en otra localidad. Podrá acordarse de que el arbitraje se sustancie en el lugar donde ha de surtir efecto el contrato. En caso de optarse por arbitraje administrado y en el lugar pactado no existiere un Centro de Arbitraje, se deberá acudir a la localidad más cercana, conforme lo previsto en la normativa arbitral vigente⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ STS 1ª 20 mayo 1982 [RJ, 2584]

⁴⁷⁵ Artículo 38. *“El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.”*

⁴⁷⁶ Artículo 35 de la L.A. *“De no constar en el convenio, las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje, y de no llegarse a un acuerdo podrá optarse por el lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o el del domicilio del demandante a elección de éste, en caso de no*

La legislación española contempla, en lo relativo al lugar del arbitraje, en el artículo 26 de la L.A. que las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

d. El artículo 35 segundo inciso de la L.A.M. confiere la potestad al Tribunal de reunirse y deliberar en cualquier lugar, oír testigos, trasladarse para realizar diligencias, examinar la cosa materia del arbitraje, inspeccionar lugares, en general realizar cualquier diligencia, salvo que las partes hubieren limitado el ejercicio de ésta facultad al Tribunal Arbitral.

Por su parte, el artículo 26 de la L.A. prescribe que: *“(...) 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los árbitros podrán, previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de éstas, reunirse en cualquier lugar que estimen apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. Los árbitros podrán celebrar deliberaciones en cualquier lugar que estimen apropiado”*⁴⁷⁷.

e. En la sustanciación del arbitraje no se admiten incidentes que pretendan o tengan efectivamente como objetivo retrasar la sustanciación del procedimiento, facultándose al Tribunal incluso a multar a la parte que realice este tipo de actuaciones, siendo la multa fijada por el Tribunal dentro de los parámetros legalmente previstos.

existir tribunal de arbitraje en uno de los referidos lugares, deberá acudir al de la localidad más próxima.”.

⁴⁷⁷ Vid.: Hoyos Sancho, M. de. “De la sustanciación de las actuaciones arbitrales. Comentarios al artículo 26.” en Comentarios prácticos de la Ley de Arbitraje. –AA.VV. y Guillarte Gutiérrez, V. y Mateo Sanz. B.-. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2004, Págs. 479-486.

f. El idioma será el castellano o el que las partes acuerden, si se presentan documentos que están en otro idioma deberán ser agregados al proceso arbitral debidamente traducidos al idioma en que se sustancia el procedimiento.

Igualmente, el artículo 28 de la L.A. contempla la libertad del idioma o los idiomas, disponiéndose que, a falta de acuerdo, y cuando de las circunstancias del caso no permitan delimitar la cuestión, se tramitará el arbitraje en cualquiera de las lenguas oficiales en el lugar donde se desarrollan las actuaciones⁴⁷⁸.

g. Podrán las partes pactar confidencialidad del arbitraje, de haberse pactado ésta solamente las partes y a quienes éstas autoricen podrán revisar el procedimiento, debiendo los árbitros abstenerse de hacer referencia pública del procedimiento así pactado⁴⁷⁹.

La confidencialidad también está contemplada en el artículo 24.2 de la L.A., disponiéndose que los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Vid.: Vidal Fernández, B. Comentarios al artículo 28 de la L.A. en Comentarios prácticos a la Ley ..., ob. cit., Págs. 497-500; Marcos Francisco, D. El idioma en el arbitraje común y, especialmente, en el arbitraje de consumo. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2011, Págs. 1-16.

⁴⁷⁹ Vid.: Artículo 34 de la L.A.M. *“Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.”*

⁴⁸⁰ Vid.: Tomás Martínez, G. Comentario al artículo 24 de la Ley de Arbitraje. en Comentarios a la Ley ..., ob. cit., Págs. 611-634; Cortés Domínguez, V. Comentario al artículo 24 de la Ley de Arbitraje. en Comentarios a la Ley ..., ob. cit., Págs. 421-446.

h. Concluida la audiencia de sustanciación, se reconoce la audiencia de una tercera audiencia, momento procesal en que las partes podrán presentar los alegatos que consideren necesarios, ésta se realizará concluida la práctica de las pruebas dispuestas por el Tribunal. A través de las audiencias de sustanciación y estrados se hacen efectivos varios principios propios del proceso civil, plenamente aplicables en arbitraje, estos son contradicción, audiencia e inmediatez, puesto que permite a las partes estar cerca del juzgador, y que éste escuche en forma directa y de primera mano las afirmaciones y alegaciones de las partes, recibir la prueba, valorar directa e inicialmente la prueba; en otras palabras estar cerca de la controversia, valorarla, analizarla y finalmente, como corresponde, resolverla.

Una vez concluida la audiencia de estrados, corresponde que el Tribunal arbitral que se pronuncie sobre la controversia, dictando el laudo arbitral, constituyendo éste la decisión final que resuelve la controversia sometida a su conocimiento y resolución. En el Ecuador, existe una gran confusión respecto a cuándo debe entenderse que se extingue la competencia de los árbitros para sustanciar una controversia, algunos árbitros consideran que con la expedición del laudo arbitral, sin embargo se presentan situaciones que tienen connotación jurídica con posterioridad a la expedición del laudo, e incluso una vez que éste está ejecutoriado, como lo es la interposición de la acción de nulidad, dentro del término establecido por ley, o como es la devolución de garantías para asegurar el resultado del laudo y suspender la tramitación de la causa.

Dicha cuestión se solventa, en España, de conformidad con lo prescrito en el artículo 38.1 de la L.A., al señalarse que las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo⁴⁸¹.

⁴⁸¹ Cfr.: STSJ Madrid 1ª 25 junio 2012 [JUR 2012, 290925]

Respecto de lo expuesto algunos árbitros consideran que con el laudo se agotó la competencia, y que cualquier actuación posterior deberá ser realizada, en el caso del Arbitraje Administrado por el Director del Centro de Arbitraje, frente a lo antes expuesto, algunos Tribunales en cambio consideran que su competencia se extiende hasta la resolución final de la controversia. La autora de este trabajo considera que el Tribunal debe resolver y continuar actuando incluidas este tipo de situaciones que surgen a raíz de la expedición del laudo.

Desde la audiencia de sustanciación el Tribunal arbitral tendrá un término de ciento cincuenta días para expedir el laudo. Sea por acuerdo de las partes o de oficio el Tribunal podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver⁴⁸².

El plazo, en la legislación española se prescribe conforme, al artículo 37.2 de la L.A., salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 de la L.A. o de expiración del plazo para presentarla, pudiendo prorrogarse, salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada⁴⁸³. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros⁴⁸⁴.

⁴⁸² Vid.: Artículo 25 de la L.A.M.: *“Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo. El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio”*.

⁴⁸³ Cfr.: S. AP de Valencia 181 /2008 25 de marzo de 2008, sobre criterios de anulabilidad de los laudos dictados fuera de plazo..

⁴⁸⁴ Vid.: Lacruz Mantecón, M. L. La impugnación del arbitraje ..., ob. cit. Págs. 79-84.

Con respecto a la responsabilidad del árbitro para cumplir con el plazo estipulado por la Ley para dictar el laudo, se puede observar lo dictado por la Sala de Audiencias Provinciales de Navarra que establece en el caso en concreto, que se debió de dictar el laudo en el plazo y al no haberlo hecho así es evidente que lo dictó fuera de plazo, siendo su consecuencia la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros, sin afectar a la eficacia del convenio arbitral y sin perjuicio de la responsabilidad en que vayan a incurrir los árbitros (artículo 37.2 de la LA)⁴⁸⁵.

Finalmente cabe referirse a la cuarta audiencia, donde se lleva a cabo lectura del laudo arbitral, para el efecto el Tribunal señalará día y hora para la audiencia, y convocará a las partes donde, como su nombre lo indica se leerá el laudo y se entregará copias a cada una de las partes presentes, con lo cual se cumple con la diligencia de notificación. Nada obsta que posteriormente se lo haga llegar mediante los mecanismos determinados para el efecto. La parte que no asista a la audiencia deberá ser notificada en el lugar señalado en el procedimiento.

Cabe reseñar, en relación con la cuestión inmediatamente señalada que la Audiencia Provincial de Madrid⁴⁸⁶, señaló, en relación con los artículos 37.3 y de la L.A., que es indispensable que conste que se ha remitido al interesado un ejemplar del laudo que se pretende ejecutar, acordando que si el laudo arbitral produce idénticos efectos procesales que una sentencia, resulta lógico (artículos 218.1 LEC y 3.1 CC) considerar que el legislador exigirá en la notificación de dicha resolución arbitral garantías similares a las exigidas para la notificación de las resoluciones judiciales. Lo cual incide en la interpretación que se ha venido manteniendo, en el sentido de que la notificación del laudo ha de acreditar que tal comunicación es precisamente el laudo cuya ejecución se postula.

⁴⁸⁵ SAP Navarra 3ª 30 enero 2008 [JUR 2008, 184056].

⁴⁸⁶ SAP Madrid 12ª 5 marzo 2008 [JUR 2008, 153145]

Por su parte, en supuesto de incumplimiento de los plazos, la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁸⁷ manifestó que la extemporaneidad de la actuaciones posteriores al dictado laudo dentro del plazo, como es su notificación, no determinan por disposición expresa, ni implícita de la ley, la nulidad del acto decisorio, ni de los actos procesales anteriores, sin perjuicio de otras consecuencias, como pudiera ser la responsabilidad de los árbitros por los daños y perjuicios que la tardía notificación haya podido causar.

3. La coerción y la ejecución en el arbitraje

La norma jurídica posee elementos que le son propios y que le permite distinguir de otras normas de comportamiento que también regulan el actuar del hombre en la sociedad, como son las normas morales, religiosas y sociales, que si bien condicionan el actuar el hombre no tienen ese elemento diferenciador que tiene la norma jurídica que es la coercibilidad y la coactividad⁴⁸⁸. El derecho puede afirmarse, que es un conjunto de normas que regulan la conducta del hombre en sociedad, en un tiempo y en un espacio determinado, normas que deben ser acatadas obligatoriamente.

⁴⁸⁷ SAP 15ª 18 enero 2008 [JUR 2008, 138941]

⁴⁸⁸ Kelsen, H. Teoría General del Derecho y del Estado. (García Máynez E., traducción), 5ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995, señala que: "... el elemento de coerción esencial al derecho consiste, entonces, no en la llamada compulsión psíquica, sino en el hecho de que actos específicos de coerción, considerados como sanciones, son establecidos, para casos también específicos, por las reglas que forman el orden jurídico. El elemento de coerción únicamente tiene importancia cuando forma parte del contenido de la norma jurídica, como acto estipulado por esta y no como un proceso en la mente del individuo sujeto a la propia norma. Las reglas que constituyen un sistema de moralidad no tienen esta significación. El que los hombres se comporten o no realmente de manera de evitar la sanción con que amenaza la norma jurídica, y el que la sanción sea o no realmente ejecutada en caso de que se llenen las condiciones de ejecución, son cuestiones que atañen a la eficacia del derecho ..." (Págs. 34-35).

Este conjunto de normas tienen naturaleza coercible, es decir su comportamiento puede ser exigido al sujeto bajo la amenaza de una sanción, no significa que se aplicará siempre u obligatoriamente la sanción. La coerción no es lo mismo que sanción, pues el derecho es necesariamente coercible, pero eventualmente coactivo⁴⁸⁹. Es que la coercibilidad del derecho es la posibilidad de exigir el cumplimiento coactivo de una conducta, es la amenaza de cumplimiento de la norma bajo la amenaza de una sanción, no es menos cierto que no necesariamente se ejecuta la sanción que se encuentra reconocida en la norma jurídica.

En virtud del arbitraje, que se conforma como una jurisdicción de carácter voluntario, la autonomía de la voluntad es tan importante, que logra crear una *forma* de solucionar conflictos, que dentro de los límites constitucionales y legales, y bajo lo preceptuado en la ley es factible de generar consecuencias jurídicas.

Cuando las partes pactan un convenio arbitral se obligan a acatar el contenido del laudo arbitral; el cumplimiento de éste no podrá depender de la voluntad de las partes o de su reconocimiento como tal por parte de quien resulte vencido y quien vencedor después de la contienda jurídica. La jurisdicción, que no es otra cosa que juzgar y hacer cumplir lo juzgado, que es propio de los jueces, dotados plenamente de *imperium* para conocer, sustanciar, resolver y ejecutar lo

⁴⁸⁹ Kelsen, H. Teoría General del Derecho y del Estado..., ob. cit., menciona que: “*La opinión de que la coacción es un elemento esencial al derecho es a menudo falsamente interpretada, cuando se afirma que la efectividad de la sanción jurídica es una parte del concepto derecho. Se dice que la sanción es efectiva cuando los individuos sometidos al derecho se comportan legalmente, a fin de evitar el daño de la sanción. También se habla de la efectividad de la sanción cuando ésta es ejecutada al realizarse su supuesto, el acto antijurídico. Una expresión de este punto de vista es el aserto tan frecuentemente repetido de que el derecho es una norma coercible, o inclusive una norma que es efectivamente impuesta de modo coactivo por determinada autoridad. (...) Es decir es de la esencia de la regla jurídica que la sanción que prescribe sea ejecutada por el órgano correspondiente. Pero este es el caso únicamente cuando un individuo no se comporta de acuerdo con la ley, es decir, cuando viola la norma jurídica. En otras palabras, la sanción que debe ser ejecutada por el órgano es establecida solo para aquellos casos concretos en que la conducta que el orden legal pretende provocar no ha sido ejecutada. Y la sanción se establece únicamente para este caso ...*” (Págs. 36-27).

resuelto en ejercicio precisamente de la jurisdicción de la que se encuentran investidos.

Los árbitros ejercen potestades jurisdiccionales, es decir, se les ha dotado de jurisdicción, pero ésta no les es propia como si le corresponde a quienes forman parte de la administración de justicia ordinaria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo permite encontrar algunos elementos importantes que ratifican lo expuesto anteriormente en el sentido de que: *“... el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del “Juez” titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de imperium, y del “árbitro”, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva es un particular que ejerce una función pública La función que ejerce el árbitro es para –jurisdiccional o cuasi–jurisdiccional y ese “casi” es el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en el sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder... necesita además del brazo ejecutor del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado. ...”*⁴⁹⁰.

Es interesante analizar si los árbitros al no poder ejecutar lo que han fallado pueden, sin embargo, ejercer coerción para que se cumpla el laudo arbitral.

Es necesario remitirse nuevamente a Roma, y teniendo en cuenta el origen de la institución comprender las limitaciones de los árbitros de ejecutar lo resuelto. Así inicialmente en Roma los laudos arbitrales no eran ejecutables, solamente a

⁴⁹⁰ A.TS 3ª 18 noviembre 1986 y 2 marzo 1987; ATC 259/1993, de 20 de julio -*cfr.*: Verdura Tuells E. y otros. Jurisprudencia Española de Arbitrajes. Thomson Reuters Proviewe Book, 2013, Pág. 49.

partir de Justiniano se le concede fuerza de ejecución al pronunciamiento de los árbitros⁴⁹¹.

Señala Caivano que: *“... el Estado reconoce a las decisiones arbitrales el valor de la cosa juzgada, habilitando para su ejecución los procedimientos de ejecución de sentencias judiciales. Los árbitros carecen del imperium propio de los magistrados estatales, pero ello no significa un menoscabo a su jurisdicción, ya que el ordenamiento establece la obligación de los jueces de prestarles auxilio. No concede a los árbitros la potestad de ejercer por sí la coerción necesaria para hacer cumplir sus decisiones, pero pone a su disposición el aparato jurisdiccional público a través del cual podrán obtenerla”*⁴⁹².

Como se ve, los árbitros por sí mismos no pueden ejercer coerción para que se cumpla el laudo arbitral, deberán contar con los jueces ordinarios para ello.

En este mismo sentido, Salcedo Verduga, señala: *“No obstante, a pesar de que, como hemos dicho anteriormente, la Ley de Arbitraje y Mediación otorga al laudo un valor equivalente al de la sentencia dictada dentro de un proceso judicial, con iguales efectos de ejecutoriedad y de cosa juzgada, a los árbitros –en su condición de jueces- sólo se les concede la posibilidad de “juzgar”, pero no de “hacer ejecutar lo juzgado”, ya que en todo caso (cuando se produce incumplimiento de una de las partes a lo ordenado en el fallo), la ejecución del laudo está siempre atribuida a los jueces de la justicia ordinaria.*

⁴⁹¹ Becerra Toro, R. Manual de Arbitraje ..., ob. cit., respecto de la ejecución del laudo, señala: *“Hoy, no cabe duda que el laudo goza de ejecutibilidad, pero, el tribunal arbitral no tiene competencia para hacer efectivo el laudo, porque su jurisdicción se acaba cuando lo dicta.”* (Pág. 156).

⁴⁹² El arbitraje: Nociones introductorias. - www.derecho-comercial.com%2FDoctrina%2FArb-001.pdf&ei=3VQ-VcHUKaOwsASW7oHQCQ&usq=AFQjCNGIL-vYMvrERd7Wknnt3XRjk0rG4g&bvm=bv.91665533.d.cWc&cad=rja (consultado el día 12 de abril de 2016).

La doctrina explica esto diciendo que, aunque el arbitraje es un mecanismo que permite reducir la sobrecarga de trabajo de los jueces y tribunales de la Función Judicial, y desde esa perspectiva toma pleno sentido el arbitraje como un sustituto o equivalente del proceso, según lo ha expresado Carnelutti, tal hecho, sin embargo, no autoriza para conceder a los árbitros aquella fuerza o poder de imposición que sólo está atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado”.

En efecto, estamos de acuerdo, los árbitros no pueden ejercer coerción ni coacción para que se ejecute un laudo arbitral, ya se ha señalado anteriormente, la autoridad competente en estos casos son los jueces ordinarios, tanto en la legislación ecuatoriana como la española.

Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder. El árbitro necesita del brazo secular del juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque solo a los jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado⁴⁹³.

En el plano legal, la ejecución del laudo, cuando no se cumple voluntariamente por la parte vencida, se tramita ante la justicia ordinaria⁴⁹⁴, y en consecuencia, la ejecución forzosa se contrae al artículo 334 CPC⁴⁹⁵.

En Ecuador, se puede observar que el contenido del artículo 32 de la L.A.M. dispone, en forma clara y correcta, que las partes deberán de cumplir el laudo de inmediato, podría mejorarse, afirmando que deberán cumplirlo en los términos previstos en el mismo. La norma dispone que cualquiera de las partes

⁴⁹³ Cfr.: STC 259/1993, de 20 de julio

⁴⁹⁴ Cfr.: Parágr.2, 165 Decreto 1818.

⁴⁹⁵ Artículo 363 del COGEP reconoce al laudo arbitral como título de ejecución, para poder ejecutarlo forzosamente.

podrán pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o transacciones que se celebre, presentando copia certificada del laudo o acta transaccional, certificación que deberá ser conferida por el Secretario del Tribunal, el Director del Centro o árbitro o árbitros, según corresponda con la razón de estar ejecutoriada⁴⁹⁶.

Finalmente, aun cuando se invadan aspectos a ser abordados en líneas posteriores debe indicarse que el laudo arbitral procede efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, se ejecutará como las sentencias de última instancia, es decir por la vía del apremio; no estando facultado el Juez que realice la ejecución a aceptar excepción alguna, salvo que éstas se originen en causas posteriores a la ejecución del laudo. Esta afirmación nos remite a las normas y contenido del C.P.Cv..

Sin embargo, no cabe desconocerse, como recuerda Alvaro Velloso que: *“(...) al pactar la cláusula compromisoria, los interesados pueden limitarse a prometer someter a arbitraje o, yendo más allá, pueden convenir: (...) todas o algunas de las siguientes circunstancias: nombre del árbitro, y eventualmente el de su sustituto; sede y lengua o idioma del arbitraje; procedimiento integramente concebido; plazo para laudar y extensión del laudo, así como las facultades que se otorgan al árbitro para hacerlo (...) y, aún más, pueden pactar cómo se hará la ejecución de la hipotética condena, a fin de no hacer necesario que el ganancioso ocurra ante la justicia pública para lograr allí la coerción de la prestación incumplida. Cuando esto ocurre, ya desencadenado el litigio, el pretendiente solo*

⁴⁹⁶ Artículo 32. *“Ejecutoriada el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada. Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.”*

le cabe (...) presentarse ante el (árbitro) –y sólo ante él, ya que todo otro órgano será incompetente al efecto- a fin de que se constituya en su calidad de árbitro y proceda en consecuencia”⁴⁹⁷.

Como se observa, es una posibilidad, recuérdese que el arbitraje tiene un origen convencional y bien puede ésta razón superponer la voluntad de las partes a las previsiones de la L.A.M., pues la misma no señala una prevalencia de una o de otra fuente que regule el procedimiento más bien reconoce que las normas del convenio arbitral también son reglas de carácter procedimental que inciden en el arbitraje⁴⁹⁸, y es más, se corre el riesgo que de no cumplírselas pueden acarrear la nulidad del laudo por ejemplo como si no se respetase el procedimiento convencional para la designación de árbitros.

4. Fuerza del laudo arbitral y sus efectos

Aunque los árbitros no pueden ejecutar lo juzgado, como ya se ha indicado, el artículo 32 de la L.A.M. conduce necesariamente a lo “lo jurisdiccional” en el arbitraje, que precisamente se refiere al valor jurídico del laudo arbitral y sus efectos⁴⁹⁹.

En este sentido afirma: “(...) ese artículo de ley nos conduce necesariamente a lo jurisdiccional en la función arbitral, porque los laudos arbitrales tienen el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia. Esto es así, porque en el fondo, en lo que es sustantivo y fundamental, aunque los laudos

⁴⁹⁷ El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses. Revista La Ley 1986-E-1005.

⁴⁹⁸ Vid.: Caivano, R. J. La cláusula arbitral: evolución ..., ob. cit., Págn. 133.

⁴⁹⁹ Vid.: García Feraud, G. Lo Jurisdiccional en el Arbitraje - http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2004/17/17_Jurisdiccional_En_Arbitraje.pdf (consultado el día 12 de abril de 2016).

arbitrales no sean sentencias, sí en cambio, por su contenido definitorio, en rigor jurídico o en equidad, declarando el derecho, tienen los mismos efectos. Su categoría es la misma en el orden de las providencias motivadas y resolutivas, no solo por un antiguo mandato de ley sino por la constitucionalización de la entidad jurídica en la Carta Política del Ecuador (...)”.

En efecto, el laudo arbitral tiene el valor de sentencia ejecutoriada de última instancia y cosa juzgada, y que en ese estado, su contenido es definitorio para solucionar las controversias sometidas a arbitraje, es decir, una decisión final y de fondo; por lo que habida cuenta de ello, no se puede negar que el órgano que lo emitió ejerció funciones jurisdiccionales -aunque sea temporalmente-.

Ahora, el laudo arbitral no puede tener solamente efectos declarativos sino que también debe constituir derechos y, de ser el caso, condenar a una de las partes, como señala García Feraud: *”Por cierto, un laudo arbitral de igual modo que una sentencia jurídica en un juicio de conocimiento, al declarar el derecho no solo puede ser puramente declarativo, pues la estructura y naturaleza de sus definiciones resolutivas pueden contenerse aspectos constitutivos y condenatorios, como suele ocurrir con las conclusiones y efectos de los fallos expedidos por los jueces profesionales del orgánico permanente de la Función Judicial”*⁵⁰⁰.

De ahí que se hace necesario que el laudo arbitral contenga una resolución de fondo del conflicto, esto es, que resuelva la Litis sometida a su conocimiento, con todas las pretensiones de las partes (sea en la demanda o en una reconvencción) y las excepciones que se hayan planteado; no pudiendo dejar de resolver una de ellas ni yendo más allá, a riesgo de incurrir en un vicio de incongruencia que acarrearía la nulidad del laudo arbitral.

⁵⁰⁰ Lo Jurisdiccional en ..., trab. cit.

El laudo arbitral, precisamente, es la forma regular en que se desea que se termine el arbitraje, pero el laudo arbitral debe responder a las cuestiones que las partes hayan sometido a conocimiento de los particulares que actuarán como árbitros. De ahí que las funciones de árbitro son temporales y limitadas, al caso concreto, en que las partes les han atribuido jurisdicción a particulares que se ven investidos de la potestad de juzgar temporalmente a pesar de no ser jueces nominados por el Estado.

El laudo es, como se ha indicado, el pronunciamiento que hacen los árbitros respecto de los puntos principales sometidos a su conocimiento y resolución, de ésta forma se podría definir al laudo arbitral, y se estaría vinculándolo en forma directa e inmediata con la definición de la sentencia; existen elementos diferenciadores y propios, entre uno y otra, pero no es menos cierto que ambos –sentencia y laudo– son el pronunciamiento definitivo que el juez o el árbitro, según el caso, hacen respecto de la controversia que se les ha confiado dirimir.

A este respecto resulta pertinente traer a colación, el criterio de la Audiencia Provincial de Madrid⁵⁰¹ hace referencia a que el laudo, en el caso en concreto que fija determinados honorarios, que se encuentra en firme, produce los efectos idénticos a la cosa juzgada, lo que conlleva a la imposibilidad de entrar a valorar la cuestión de la cuantía por el efecto de cosa juzgada.

El laudo arbitral tiene una estructura determinada, que comienza por una primera parte que es el encabezado, la motivación y una parte resolutive o el fallo propiamente dicho, que debe ser consecuencia de este proceso lógico que caracteriza al derecho.

⁵⁰¹ SAP 8ª 3 noviembre 2008 [JUR 2009,35077]

Prescribe el artículo 37 de la L.A.⁵⁰², con relación a la forma, contenido y notificación de laudo arbitral lo siguiente:

- Forma
 - Debe constar por escrito y ser firmado por los árbitros. Estos podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra.
 - Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente.

- Contenido
 - En la parte inicial, del encabezado el laudo comienza, al igual que una sentencia, determinando claramente en la ciudad en que se expide, la fecha del mismo y la hora. Contiene adicionalmente la exposición de las partes que intervinieron en el procedimiento, con expresión de las calidades en la que intervinieron.
 - Constarán la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje
 - Los árbitros se pronunciarán sobre las costas del arbitraje.
 - El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 36 L.A..
 - En cuanto al segundo elemento del laudo, al igual que una sentencia, el laudo debe contener una relación entre los hechos y el derecho, relación que debe evidenciar una correspondencia lógica entre ambos de tal forma que permita arribar a una resolución debidamente fundamentada⁵⁰³. La motivación resulta trascendente,

⁵⁰² Vid.: Cordero Cutillas, I. "Comentarios al artículo 37 de la L.A.". en Comentarios prácticos a la Ley ..., ob. cit., Pgs. 577-608; Pérez-Cruz Martín, A. J. "El arbitraje interno en España conforme a lo previsto en la Ley ...", trab. cit., en "Los Nuevos Retos ..., ob. cit., Págs. 182-187.

⁵⁰³ Cfr.: SAP Barcelona 14ª 5 febrero 2004 [JUR 2004, 91775] señala que, *en cuanto a la fundamentación del laudo, lo importante según ha declarado reiteradamente el TS, es que en la resolución se contenga la aplicación de la legislación correspondiente para la resolución del litigio atendiendo al supuesto fáctico planteado por las partes y al resultado de su actividad probatoria,*

puesto que su finalidad como una de las garantías mínimas del debido proceso, dentro del derecho a la defensa, le permite al justiciable librarse de la arbitrariedad que pudiere producirse, al no existir, un fundamento de las decisiones que se adoptan al tiempo de resolver sobre derechos y obligaciones de las personas. De lo anteriormente expuesto resulta el efecto fuerte determinado constitucionalmente cuando una autoridad, al tiempo de resolver, lo hace con una inadecuada o indebida motivación, su efecto es la nulidad⁵⁰⁴.

- Notificación

- Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado
- En su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado.
- El laudo podrá ser protocolizado notarialmente

De lo anteriormente expuesto merece especial revisión o atención los laudos que se emiten en equidad, se debe considerar que, aunque no se laude exponiendo o fundamentándose en normas del ordenamiento jurídico, la doctrina o la jurisprudencia, en forma obligatoria, no es menos cierto que el laudar en equidad no significa arbitrariedad, ya que al no motivar la resolución ésta se haría

aunque no se indique en la sentencia expresamente el precepto legal que se ha aplicado o la jurisprudencia en que se basa la resolución de la controversia. La motivación es la exigencia formal que debe reunir toda sentencia, en cuanto que debe expresarse en la misma las razones de hecho y de derecho que la fundamenta, es decir, el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión o fallo.

⁵⁰⁴ Artículo 76.7 l) de la C.Ec., dentro de las garantías mínimas del debido proceso, ha establecido que "... las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados ...".

presente, este *“leal saber y entender”* del árbitro al resolver es el que debe inspirar y fundamentar el contenido de la resolución adoptada.

De acuerdo con el TC, aunque pudiera admitirse con algún sector de la doctrina que la actividad de los árbitros de derecho privado, es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a los preceptos constitucionales, especialmente en aquellos casos en que por ser el arbitraje de equidad, las partes en virtud del juego de la autonomía de la voluntad, manifestada en el contrato de compromiso, previamente en las cláusulas o pactos compromisorios, se han autoexcluido no solamente de la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del estado, sino de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiendo sus conflictos y litigios a decisiones de equidad o, como suele decirse, al leal saber y entender de los árbitros⁵⁰⁵.

En concordancia con la jurisprudencia que antecede, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Girona, manifestando que por la propia naturaleza del arbitraje para aquello que las partes le han conferido el poder de disposición, goza de plena autonomía decisoria sin que consecuentemente puedan los órganos jurisdiccionales revisar el laudo con la única excepción de haber vulnerado aquel en la resolución del conflicto el orden público, entendido este como infracción de principios constitucionales⁵⁰⁶.

En cuanto a la parte resolutive el laudo arbitral⁵⁰⁷, ésta deberá contener un pronunciamiento sobre la materia de la controversia sometida a su conocimiento y

⁵⁰⁵ ATC 701/1988, de 6 de junio.

⁵⁰⁶ SAP 1ª 17 noviembre 2004 [AC 2004, 2353]

⁵⁰⁷ Cfr.: SAP Valencia 8ª 25 marzo 2008 [JUR 2008, 190220] señaló que, *“... como en cualquier resolución judicial, la motivación ha de responder a los pedimentos concretos de las partes, no siendo preciso que sea exhaustiva. Además, por cuanto la decisión final del árbitro no es producto de una precipitada, inopinada decisión adoptada por el árbitro, sino el producto de un discurso jurídico plenamente lógico, por cuanto expone sus premisas fácticas y de derecho y de las mismas*

resolución, sobre todos y cada uno de los elementos sobre los que se trabó la litis, y que fueron aspectos de fondo que se desarrollaron a lo largo del procedimiento, de haberse dictado medidas cautelares, se levantarán. Si el laudo se expide en derecho deberá estar fundamentado en normas jurídicas, doctrina, los principios generales del derecho, jurisprudencia, y como se expresó anteriormente, si se expide en equidad, deberán el o los árbitros velar por no contrariar el orden público y el debido proceso⁵⁰⁸.

a la luz de las normas jurídicas que considera aplicables, obtiene una consecuencia plenamente racional, en modo alguno puede tildarse de inmotivada, arbitraria. Ante lo cual la Sala considero que, en el caso en concreto, el árbitro motivo pormenorizada y extensamente su decisión, aludiendo al procedimiento seguido, así como la legitimación capacidad y representación de las partes, definiendo la controversia que mantenían las mismas en relación con el contrato concertado en su día. En definitiva, no solo no es cierto que el laudo de referencia no estuviera motivado, sino que fue muy detallada la motivación del mismo, tanto por lo que se refiere a los elementos facticos acreditados mediante las pruebas aportadas por las partes como a las normas y la jurisprudencia de observancia en el supuesto controvertido. ...”.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid (SAP 8ª 20 septiembre 2010 [JUR 2010, 368667]) *partiendo del caso en concreto, que la parte impugnante parece partir de una contraposición entre derecho y equidad, como si el Derecho consistiera en la plasmación normativa de las arbitrariedades, insensateces o criterios irrazonables, cuando esto, al menos en la opinión de la Sala no es así. Por tanto, no creen que exista obstáculo, en que, al resolver una controversia conforme a la equidad, el árbitro decida guiarse por las disposiciones legales, que no debe olvidarse que muchas veces, ellas vienen dando soluciones desde hace siglos, a cuestiones litigiosas repetidas desde antiguo. Ahora bien, lo que tampoco ofrece dudas, es que en un arbitraje de equidad el árbitro no tiene porqué sujetarse, ni siquiera fijarse, en la normativa legal. En este caso el arbitraje se decide en equidad, y así se expresa en el laudo, siendo cosa bien distinta que el árbitro decida aplicar la equidad partiendo precisamente de normas de Derecho positivo, debiendo separarse de ellas solo cuando su aplicación rigurosa conduzca a una solución injusta en el caso concreto, supuesto que entiendo no darse en la decisión arbitral.*

⁵⁰⁸ *Vid.: Cárdenas Mejía, C. El Arbitraje en Equidad. Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, señala que: “De esta manera, la equidad no implica necesariamente apartarse de las reglas que rigen en general la comunidad, pues las mismas en principio constituyen un desarrollo de la justicia y lo que ellas consagran determina las legítimas expectativas que deben ser atendidas para lograr una solución justa. (...)La equidad es de la misma índole que lo justo legal pero es superior porque es lo justo natural en relación con el caso concreto. A tal efecto advierte Aristóteles que el derecho comprende reglas universales, pero ellas no son válidas en todos los casos, pues la ley toma como base el caso usual, esto es, aquel que se presenta normalmente. Por ello la fórmula general de la ley puede ser incorrecta en casos diferentes del que se tomó en cuenta. Ello no es un error del legislador, sino que resulta de la naturaleza de las cosas. En los casos que no están cubiertos por la norma, lo justo es mirar lo que el legislador habría dicho si se enfrentara al caso concreto, si lo hubiera previsto. Por ello lo equitativo es lo justo. La equidad es la corrección de la ley cuando ella es defectuosa por su universalidad. Al dictar una norma el legislador quiere producir un efecto y por ello anticipa el efecto que va a producir, que considera justo. Pero si al aplicar la norma se producen efectos distintos a los que el legislador quiso, no procede aplicar la norma. Si por el contrario si los produce, debe aplicarse.”.* (Págs. 369-370).

Admite Vidal Ramírez, varios tipos de laudo, señalando que: *“El proceso arbitral puede tener vicisitudes que determinen la expedición de un laudo atendiendo a la situación procesal que lo genera. Así, puede darse el caso de un allanamiento respecto a una o más de las pretensiones, pero no a todas, lo que determina que los árbitros dicten un laudo preliminar y reserven el laudo definitivo. Puede también presentarse el caso en que las partes concilien sus pretensiones y les pidan a los árbitros la expedición de un laudo en los términos que han convenido, por lo que corresponde un laudo interlocutorio. Pueden las partes haber convenido en una transacción y solicitar a los árbitros que la aprueben mediante laudo. Puede ocurrir, por último, que se presenten las circunstancias que determinan la conclusión anticipada del proceso... y que los árbitros emitan un laudo para formalizar su conclusión y darle la fuerza de una res iudicata.”*⁵⁰⁹.

La L.A. utiliza el termino laudo para designar a la resolución arbitral, que pone termino a las actuaciones de forma definitiva, resolviendo sobre el fondo de la controversia mientras en defecto de la denominación legal específica suelen emplear las de “resolución” o “decisión” arbitral para nombrar las dictadas a los largo del procedimiento y ello tanto respecto del simple impulso del procedimiento, como sobre cuestiones más relevantes (como la admisión o inadmisión de pruebas por ejemplo.). El T.S.J., hace referencia a que los laudos parciales pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones como la competencia de los árbitros o medidas cautelares, de donde resulta que un laudo no es solo la decisión arbitral que pone termino a un procedimiento arbitral resolviendo sobre el fondo del asunto. Aun cuando los artículos 22 de la L.A. (sobre la competencia) y 23 de la L.A. (relativo a las medidas cautelares) no emplean el termino laudo para designar la resolución de los árbitros sobre estas materias, sino el de “decisión arbitral”, lo cierto es que

⁵⁰⁹ Vid.: Vidal Ramírez, F. Manual de Derecho Arbitral. Gaceta Jurídica. Año 2003, Págs. 125–126.

tanto el artículo 22.3 de la L.A., como el artículo 23.3 de la L.A., permiten concluir que los árbitros deben dictar laudos parciales en esos casos, como base de remisión expresa al ejercicio de la acción de anulación que contienen. Fuera de los dos casos anteriores de la L.A. no exige expresamente que se dicten “laudos parciales” para resolver otras cuestiones diferentes al fondo de la controversia. Los árbitros deben resolver en forma de laudos aquellos aspectos parciales que razonablemente lo exijan en cada caso concreto, por ejemplo, cuando el arbitraje termina anormalmente o cuando se requiera a los árbitros la corrección, aclaración, complemento o extralimitación del laudo⁵¹⁰.

En la mayoría de las legislaciones el laudo arbitral no es susceptible de recursos verticales, apelación, pero nada obsta que antes de que se produzca la ejecutoria del mismo, las partes puedan pedir al tribunal arbitral que lo dictó que lo aclare o amplíe, dependiendo de si éste es oscuro o está diminuto respecto a las pretensiones de las partes, sobre las que versa la controversia. Al igual que en las sentencias los árbitros podrán corregir errores matemáticos, de cálculo, numéricos o de similar naturaleza que se pudieren presentar, sin afectar la ejecutoria del mismo⁵¹¹.

Una vez que el laudo se encuentra ejecutoriado las partes deberán cumplirlo en forma obligatoria, no depende de su voluntad, no es potestativo, es una obligación de las partes asumidas precisamente al adoptar este mecanismo

⁵¹⁰ Cfr.: STSJ Madrid CP 1ª 25 junio 2012 [JUR 2012, 290925]

⁵¹¹ Vid.: Artículo 39.1 de la L.A. “Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros la corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo.”

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

alternativo de solución de sus controversias, como una característica propia de éste al que se someten por la autonomía de la voluntad.

El laudo una vez transcurrido el término de ley causa ejecutoria, tiene fuerza de sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada, y no existirá autoridad que pueda volver a conocer sobre ésta controversia y resolver al respecto, porque la decisión es definitiva, distinto es el caso de, a efectos de llevar adelante el control de legalidad o de constitucionalidad del laudo, éste sea revisado, no como una apelación o recurso, no porque no produzca efectos, sino para que éste no contraríe el orden legal o constitucional establecido, y de hacerlo, someterse a las consecuencias, mediante una acción de nulidad o extraordinaria de protección, según corresponda.

El laudo firme los efectos de la cosa juzgada y frente a él solo cabe solicitar la revisión conforme lo establece la L.E.Cv.⁵¹², debiendo regirse la ejecución forzosa del laudo por lo dispuesto en la misma⁵¹³.

Para finalizar con el análisis respecto de la fuerza del laudo y sus efectos resulta oportuno hacer referencia al criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Madrid⁵¹⁴ en el sentido de que: *“El arbitraje en definitiva no es otra cosa que, como especificase la STC 4 octubre 1993 que un equivalente jurisdiccional,*

⁵¹² Afirma Grijelmo Mintegui *“...Teniendo en cuenta lo recogido en el citado artículo 43, atribuir el carácter de cosa juzgada a los laudos no impugnados y a los que lo hayan sido, permite esta previsión legal la formulación del denominado recurso extraordinario de revisión contra los laudos que se encuentre en alguno de los dos anteriores supuestos.*

En este punto debo matizar una cuestión. Sin perjuicio de que la norma es clara y sostiene el carácter de fuerza de cosa juzgada al laudo sobre el que se ha presentado una demanda de anulación, no se puede recomendar que se inicie la demanda de revisión del laudo sino hasta que se hubiere desestimado íntegramente la demanda de anulación. De lo contrario pudiera producirse una situación contradictoria, iniciarse un proceso de revisión frente a un laudo que con posterioridad se hubiere anulado por el tribunal competente.” (La acción de anulación del laudo arbitral: análisis de los motivos. Revista Jurídica de Arbitraje, Mediación y otros Sistemas de resolución extrajudicial de conflictos. Abril, 2014, Pág. 2).

⁵¹³ Cfr.: AAP Madrid 9ª 6 junio 2011 [JUR 2011, 345418]

⁵¹⁴ AAP 10ª 26 febrero 2010 [JUR 2010, 166405]

mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto, 'la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada', de forma que la inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados en la LA/1988 ... '. Encontrando, además, respecto de la fuerza del laudo arbitral, y adicionalmente vincula el tema con la acción de nulidad, el criterio del T.C., que permite observar la sinergia existente entre la normativa jurídica española, en materia de arbitraje y la ecuatoriana, en el sentido de que: *"La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales [...]. Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que (STC 62/1991 [RTC 1991, 62] [14] 'un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada'. Ahora bien, la ley prevé unos mecanismos específicos de revisión judicial de los laudos arbitrales, de forma que [...] sólo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos [...] cuando el recurso es presentado en el plazo preclusivo [...]. En consecuencia, hay que concluir que cuando este efecto se produce por causa distinta a las taxativamente previstas o en virtud de recurso presentado fuera de plazo se está desconociendo el efectos de cosa juzgada que la Ley les otorga, vulnerando el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que les es de aplicación, y, en última instancia, desconociendo la tutela judicial efectiva del beneficiado por él."*⁵¹⁵.

5. Efectos y control

Ya se ha indicado anteriormente los efectos del laudo arbitral, pueden sintetizarse, afirmando que el laudo arbitral produce la terminación de la

⁵¹⁵ Vid.: Verdera Tuells, E. y otros. Jurisprudencia Española de Arbitraje. Thomson Reuters ProvieweBook. Navarra, 2013, Pág. 49.

controversia, o mejor dicho el pronunciamiento definitivo sobre el conflicto, el laudo causa ejecutoria una vez transcurrido tiempo previsto legalmente para tal efecto, una vez ejecutoriado produce efecto de cosa juzgada⁵¹⁶, blindando la decisión adoptada, no pudiendo ser lo resuelto materia de otro procedimiento arbitral, ni en la justicia ordinaria; permite contribuir a generar seguridad jurídica en el Estado, permitiendo conseguir paz y armonía en las relaciones de los hombres en la sociedad, solucionando conflictos.

Si el arbitraje debe tener sujeción al ordenamiento jurídico vigente, verdaderas limitaciones constitucionales de la mano con tutela judicial efectiva, debido proceso y finalmente seguridad jurídica, sujeción al orden público, y a las normas jurídicas; sin embargo si esta sujeción a la que se ha hecho referencia no se cumple y los árbitros en su actuar se alejaron de sus limitaciones e infringieron los límites expuestos, se activan los mecanismos tanto constitucionales como legales de control del laudo arbitral, ya habíamos expuesto, en su orden la acción de nulidad y la acción extraordinaria de protección, de las que será abordadas en el Capítulo IV.

Finalmente es necesario reiterar que, del control de legalidad del laudo arbitral, el sometimiento voluntario es la característica principal y más definitoria del arbitraje. Este es de naturaleza esencialmente convencional y está sometido a la libertad de las partes. Como se decía en el siglo XIX con motivo de la Ley española de 1855: *“En esa libertad tan grande, tan ilimitada consiste una de las principales garantías del individuo: elegir el juez que nos ha de juzgar es lo mismo que constituirnos a nosotros mismos como verdaderamente soberanos, pudiendo decir si somos condenados: esa condena es por boca nuestra, nadie sino nosotros la hemos dictado, toda vez que el que la pronuncia ha recibido de nosotros mismos la investidura”*. Las partes del procedimiento arbitral, que se han

⁵¹⁶ Vid.: STC 299/1993, de 4 de octubre sostiene que la laudo arbitral le resulta aplicable el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales

dirigido al arbitraje libremente y con la clara voluntad de que el Estado intervenga lo menos posible en sus asuntos privados, lo que significa sino eliminar totalmente si reducir al mínimo indispensable el papel de los órganos jurisdiccionales, son conscientes, desde el primer momento, de las notables limitaciones con las que deberán actuar, de llegar el caso, los tribunales encargados del control postarbitral. Este control limitado no es más que una de las concretas y consecuentes manifestaciones de ese principio de intervención mínima que innegablemente asumen y aceptan cuando, por decisión propia y en consideración a lo que juzgan mejor o más conveniente al conjunto de sus intereses, sustituyen Justicia pública por privada como medio de resolución de sus controversias⁵¹⁷.

⁵¹⁷ Verdera Tuells, E. y otros. *Jurisprudencia Española...*, ob. cit., Pág. 46.

CAPÍTULO III

**ARBITRAJE Y LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA**

1. Orígenes y generalidades

La constitucionalización del ordenamiento jurídico, producto del Estado constitucional de derechos y justicia, significa un cambio radical en la forma de actuar del Estado, dejando a un lado un estado legalista, para pasar a un Estado garantista de los derechos de las personas, donde los jueces y demás autoridades judiciales cobran un papel preponderante, no observado en los sistemas anteriores, por cuanto este garantismo se hace efectivo a través de garantías jurisdiccionales, de las que ya se ha tratado en el presente trabajo, y que consisten en diferentes mecanismos, tales como la acción de protección, la acción extraordinaria de protección, acción de acceso a la información, entre otras.

Los jueces, en opinión Zagrebelsky⁵¹⁸ menciona, “... *no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo eran el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia...*”. Este nuevo papel de garantes que se le confiere a los jueces significa una nueva responsabilidad para estos, que debe hacerse efectivo precisamente a través de los mecanismos constitucionales ya señalados.

El acceso a la justicia, el obtener una resolución en tiempo razonable y que las decisiones judiciales sean debidamente cumplidas, no son otros que los derechos que se encuentran comprendidos dentro de la tutela judicial efectiva, y que es la forma como el justiciable podrá hacer efectivos todo este amplio catálogo de derechos que el ordenamiento jurídico constitucionalizado le garantiza que posee; cómo podemos observar la tutela judicial efectiva cobra un lugar preponderante.

⁵¹⁸ Zagrebelsky, G. El derecho dúctil, ley, derechos, justicia, Editorial Trotta, Madrid, 1995, Pág.153.

Respecto del origen de la tutela judicial efectiva, podemos vincularlo al origen del debido Proceso, en el año 1215, con la Carta Magna de Juan Sin Tierra (Capítulo XXXIX), disponiendo que: *“Ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”*, consagrando, de este modo, algunos aspectos que más adelante permitirán configurar ambos derechos, del que va de la mano sobre todo la necesidad que las personas sean juzgadas por quien es su juez natural, garantía básica del debido proceso.

Se debe indicar que un antecedente remoto para la configuración de este derecho es la Declaración de Derechos de Virginia, pronunciada en junio de 1776 en lo que actualmente conocemos como Estados Unidos de América⁵¹⁹, posteriormente ya con la configuración del Estado, y la expedición de la Constitución del referido país se incorpora una declaración similar a la de Virginia en la enmienda del año 1791. El texto de la Declaración de Virginia es el siguiente: *“... Que el gobierno es o debe ser, instituido para el beneficio común, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; que de los distintos modos o formas de gobierno el mejor es aquel que es capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad y ofrece la mejor garantía efectiva contra el peligro de una mala administración ...”*⁵²⁰.

Revisando algunos textos, de Constituciones europeas, a modo de ejemplo, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania⁵²¹ y textos

⁵¹⁹ Vid.: García-Pelayo, M. Derecho constitucional comparado. Editorial Manuales de la Revista de Occidente. 1ª Edición. Madrid, 1950, Págs. 247-248.

⁵²⁰ Declaración de Derechos de Virginia. 12 de junio de 1776. Obtenido de <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>

⁵²¹ “La Ley fundamental Federal de la República federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, regula el acceso a la justicia, si bien no de forma expresa, reconociendo en sus artículos 103 y 104 el derecho de todas las personas de ser oídas legalmente en los tribunales, a no ser castigado si la pena del delito no se encuentra recogida en la ley con anterioridad y no ser juzgado más de una vez por el mismo hecho, en tal virtud, precisan los artículos citados: Artículo 103 [Derecho a ser

internacionales⁵²² se puede observar preocupación por la protección del Estado al justiciable, el garantizar el acceso a la justicia para hacer efectivos los derechos,

oído, prohibición de leyes penales con efectos retroactivos y el principio de ne bis in idem] (1) Todos tienen el derecho de ser oídos ante los tribunales. (2) Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto. (3) Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales.

Artículo 104 [Garantías jurídicas en caso de privación de libertad] (1) La libertad de la persona podrá ser restringida únicamente en virtud de una ley formal y sólo respetando las formas prescriptas en la misma. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente. (2) Sólo el juez decidirá sobre la admisibilidad y duración de una privación de libertad. En todo caso de privación de libertad no basada en una orden judicial debe procurarse de inmediato la decisión judicial. La policía, en el ejercicio de su autoridad, no podrá mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día siguiente al de la detención. La regulación se hará por ley. (3) Toda persona detenida provisionalmente bajo la sospecha de haber cometido un acto delictivo debe ser llevada ante el juez lo más tarde el día siguiente al de su detención; el juez debe informarla acerca de las causas de la detención, interrogarla y darle la oportunidad para formular objeciones. El juez debe dictar de inmediato o bien una orden escrita de prisión indicando las causas de la misma, u ordenar la puesta en libertad. (4) De toda resolución judicial que ordene o prolongue una privación de libertad debe informarse sin demora alguna a un familiar del detenido o a una persona de su confianza.” -<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Vid.: Barnes Vázquez, J. "La tutela judicial efectiva en la Constitución alemana", en AA.W., La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Editorial Civitas. Madrid 1993, Págs. 429 a 469.

⁵²² Vid.: La DUDH, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, consagró como derecho de todas las personas el derecho de amparo a los derechos fundamentales, en los siguientes términos:

Artículo 8. *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley.”.*

El PIDCP adoptado en el seno de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, también se estableció como un compromiso de los Estados Partes en el Pacto, el garantizar que:

Artículo 2.3, “a). *Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;*

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”.

En la misma línea de regulación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debe mencionarse la CADH, adoptada por la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, que estableció también el derecho de amparo, delineándolo con mayor precisión, incluso como institución latinoamericana, establecida como la garantía judicial por excelencia de los derechos humanos, tanto de los regulados en las Constituciones y otras normas del derecho interno, como de los enumerados en los instrumentos internacionales. En tal sentido, el artículo 25 de CADH dispone que:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún

así este concepto se va desarrollando con una importante labor en los ordenamientos jurídicos europeos, y es de Europa donde se traslada a América, pese al antecedente expuesto. Aunque en doctrina a decir de Reyes Martín ⁵²³ en América Latina, “... *Un antecedente de esta posición en América del Sur se encuentra en Couture, quien en 1947, sostenía que la función última del ejercicio jurisdiccional (siempre a través del proceso) es dar respuesta fundada a las peticiones formuladas por los justiciables; por lo demás, esa respuesta, traducida en una resolución con autoridad de cosa juzgada, requiere ser ejecutable ...*”.

Desde el punto de vista normativo el antecedente en virtud del cual se configura el derecho a la tutela judicial efectiva, no solamente en el Ecuador sino en América, es el contenido del artículo 24.1 de la C.E.⁵²⁴. En el caso del Ecuador,

cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”.

Por su parte, el CEDH, de 4 de Noviembre de 1950, establece, de forma muy precisa, que:

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a. a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b. a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c. a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
- d. a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e. a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”.

⁵²³ Reyes Martín, H. Tutela Jurisdiccional diferenciado. Palestra Editores, Lima, 2006, Pág. 36.

⁵²⁴ *Vid.*: La redacción del artículo ha sido criticada por la doctrina (Almagro Nosete, J. Constitución y proceso. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, 1984, Pág. 96) con fundamento en las consideraciones

la primera vez que se encuentra con la tutela judicial efectiva, pero de la mano y de íntima relación con el debido proceso fue en la C.P.R., y vigente solamente diez años en que es derogada al promulgarse la C.Ec. En el texto constitucional se reconoce en el artículo 75 a la tutela judicial efectiva, dentro de los derechos de protección, conjuntamente con el debido proceso. La redacción del texto constitucional ecuatoriano recoge los derechos que comprende la tutela judicial, sin embargo, agrega, con lo cual no coincidimos la gratuidad de la justicia⁵²⁵.

Ha definido Hernández Terán⁵²⁶ a la tutela judicial como: *“La posibilidad de jurídica que tiene un sujeto del Derecho a acceder en condiciones de igualdad con otro sujeto de similares características a la administración de justicia o a órganos relacionados en forma directa con ella, y a conseguir de dicha administración en tiempo razonable y en el marco de un debido proceso, una resolución motivada y justa que debe cumplirse en forma integral y real en forma inmediata, salvo que por la materia de la decisión o por otra circunstancia su ejecución exija un tiempo posterior.”*

Por su parte la C.C.Ec.⁵²⁷, ha definido al derecho a la tutela judicial efectiva, como: *“El derecho de tutela judicial efectiva, expedita e imparcial es*

siguientes: a) En primer lugar, establece una vinculación del Derecho Procesal de acción con los derechos e intereses legítimos que se pretenden hacer valer, totalmente superada por la doctrina, dando a entenderse que quien no esté en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (que es lo que debe reconocer o declarar la sentencia) no tiene derecho a acudir a los Tribunales, o que esa actuación de los Tribunales, en caso de que no se dé la razón a quien la pretenda, es una actuación prestada gratuitamente al ciudadano (Almagro Nosete, J. “Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución», AA.VV., Lecturas sobre la Constitución española. Tomo I, Madrid, 1980, Pág. 305.); b) En segundo lugar, refiere el adjetivo ‘efectiva’ a la tutela y no al derecho, con lo cual nada significa como no sea una remisión al tema de las sentencias justas o injustas y c) Finalmente, elude el problema del reconocimiento constitucional con rango general de un derecho a la jurisdicción.

⁵²⁵ Artículo 75 de la C.Ec.: *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”*

⁵²⁶ La Tutela Judicial Efectiva..., ob. cit., Pág. 29.

⁵²⁷ Cfr.: Sentencia, Núm. 020 – 09 – SEP – CC, de 13 de agosto de 2009.

*aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas; por lo tanto, la efectividad en la tutela de los derechos no se traduce únicamente en la mera construcción de una sentencia o fallo por parte del juez, sino además que dicho fallo debe ser argumentado, motivado y coherente.*⁵²⁸.

El T.C., se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva (derecho-estrella)⁵²⁹, que tiene un contenido complejo⁵³⁰, reconociendo que en el artículo 24 de la C.E., se garantiza, como ya se ha tenido ocasión de poner de manifiesto anteriormente, el derecho a acceder al proceso, y a los recursos legalmente establecidos, en condiciones de ser oídos y de ejercitar la defensa de los derechos e intereses legítimos, con respeto de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal, dándoles así la oportunidad de actuar en defensa de sus derechos e intereses y de evitar la indefensión⁵³¹. Dicho derecho que requiere, en un orden lógico y cronológico, el libre acceso a la justicia -que presupone el concepto anterior de ésta-⁵³², se reconoce de forma sumamente amplia el derecho de libre acceso a los tribunales ("*todas las personas*"), configurándose así la acción como un derecho subjetivo público, constitucionalmente reconocido, cuyo objeto es poner el funcionamiento

⁵²⁸ Sentencia, Núm. 155-12-SE -CC dentro del Caso Núm. 1037-10-EP, dicta en Quito, el 17 de abril del 2012.

⁵²⁹ Cfr.: Díez-Picazo y Ponce de León, L. Notas sobre el derecho a la tutela efectiva. Revista Poder Judicial, núm. 5, 1987, Pág. 49.

⁵³⁰ Cfr.: Picó i Junoy, J. Las garantías constitucionales del proceso. Editorial J.M. Bosch. Barcelona 1997, Pág. 40.

⁵³¹ Cfr.: STC 334/1993, de 15 de noviembre

⁵³² Cfr.: SS.TC 115/1984, de 3 de diciembre; 65/1985, de 23 de mayo; 100/1988, de 7 de junio.

de la actividad jurisdiccional⁵³³. El mencionado derecho se satisface con una resolución de fondo fundada en derecho, si concurren todos los requisitos procesales para ello⁵³⁴, razonada y congruencia con las peticiones de las partes⁵³⁵, pues una resolución judicial que altere de modo decisivo los términos en que se desarrolla la contienda, substrayendo a las partes el verdadero debate contradictorio propuesto por ellas, con merma de sus posibilidades y derecho de defensa y que ocasione un fallo o parte dispositiva no adecuado o ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes, incurre en la vulneración del derecho a la congruencia amparado por el artículo 24.1º C.E.⁵³⁶. Por ello se ha reconocido, la dimensión constitucional de la incongruencia como denegación de la tutela judicial, cuando el órgano judicial omite la decisión sobre el objeto procesal, trazado entre la pretensión y su contestación o resistencia⁵³⁷. El TC ha resaltado, igualmente, el derecho subjetivo a que se ejecuten las sentencias de los tribunales ordinarios, y objetivamente supone, a su vez, una pieza clave para la efectividad del Estado de Derecho⁵³⁸. De aquí se sigue que el art. 118 C.E. establezca la obligatoriedad de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales⁵³⁹. Si no fuera así las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que contuvieran se convertirían en meras declaraciones de intenciones⁵⁴⁰.

El artículo 24.1º C.E. no se ha limitado a constitucionalizar el derecho de acción como derecho a poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del

⁵³³ Vid.: Gimeno Sendra, J. V. Introducción al Derecho Procesal. Editorial Civitas. Madrid, 1981, Pags. 49-50.

⁵³⁴ Cfr.: SS.TC 9/1981, de 31 de marzo; 32/1982, de 7 de junio; 55/1987, de 13 de mayo; 180/1988, de 11 de octubre; 119/2007, de 21 de mayo; 52/2009, de 23 de febrero; 125/2010, de 29 de noviembre; 231/2012, de 11 de enero.

⁵³⁵ Cfr.: SS.TC 177/1985, de 19 de diciembre; 206/1987, de 21 de diciembre; 51/1992 de 2 de abril.

⁵³⁶ Cfr.: SS.TC 29/1987, de 6 de marzo; 211/1988, de 10 de noviembre.

⁵³⁷ Cfr.: SS.TC 142/1987, de 23 de julio y 244/1988, de 19 de diciembre.

⁵³⁸ Vid.: Pérez-Cruz Martín, A. J. Constitución y ..., Ob. cit., Pág. 312.

⁵³⁹ Cfr.: SS.TC 32/1982, de 7 de junio; 61/1984, de 16 de mayo; 159/1987, de 26 de octubre; 148/1989, de 21 de setiembre.

⁵⁴⁰ Cfr.: SS. TC 26/1983, de 13 de abril; 167/1987, de 28 de octubre.

Estado, sino que va más allá, abarcando el denominado derecho a un proceso debido⁵⁴¹. El principio lo ha enunciado la CE, señalando que la tutela otorgada por los Jueces y Tribunales ha de ser efectiva y reforzándolo con la prohibición de que en ningún caso se produzca indefensión.

2. La tutela judicial efectiva, derechos garantizados.

La tutela judicial efectiva tiene una difícil configuración, no existe unanimidad al tratar dicho derecho fundamental, debatiéndose en la doctrina⁵⁴² si la tutela judicial consiste en un derecho fundamental al que puede acceder el justiciable, o si realmente se está frente a una garantía de acceso a los derechos que forman parte de ésta, y cuya breve revisión se realizará a continuación.

En el caso del Ecuador, la discusión doctrinaria parecería terminada, puesto que de la revisión del texto constitucional observa que ésta es desarrollada dentro del Capítulo VII, que trata de los derechos de protección, compartiendo

⁵⁴¹ Cfr.: SS.TC 13/1981, de 22 de abril; 65/1985, de 23 de mayo y 118/1989, de 3 de julio.

⁵⁴² Vid.: Aguirre Guzmán, V. El derecho a la tutela judicial: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos, Revista Foro, Núm. 14, 2010, señala que: *La tutela judicial efectiva, como derecho de configuración compleja, tiene múltiples contenidos. Ya se dijo que la dificultad en la formulación de un concepto –habida cuenta de que, para llegar a él, la doctrina mencionada en el punto anterior ha partido del derecho de acción, cuya noción es harto difícil-, obliga a definirlo a través de sus manifestaciones, puesto que se materializa, precisamente, en varios derechos y garantías procesales. (...). El término “derecho fundamental” ha sido frecuentemente confundido con un “derecho humano”. La distinción entre uno y otro término consiste en que el derecho humano ya ha sido positivado, normalmente a nivel constitucional y que, por lo tanto, goza de una tutela reforzada frente a otros derechos. La conveniencia de la constitucionalización del derecho la tutela judicial efectiva resalta desde todo punto de vista. No solo porque de esta manera sus múltiples manifestaciones adquieren la relevancia necesaria y se contagian, si cabe el término, de esta característica, sino también porque en el ámbito del proceso, las “promesas de certidumbre y coerción propias de las normas jurídicas” adquieren eficacia (...) Como todo derecho fundamental, a la tutela judicial efectiva se le puede distinguir por su contenido esencial. Pero en el caso particular, la fórmula debe emplearse en plural porque, como se explicará, el derecho tiene varios aspectos. Según como se entiendan estos contenidos esenciales, dependerá también la formulación que tanto el legislador como el poder jurisdiccional –en sus respectivos ámbitos- adopten respecto del derecho.” (Pág. 11).*

espacio y por lo tanto considerándolos como tales, tanto a la tutela como al debido proceso y a la seguridad jurídica.

Respecto de los derechos garantizados por la C.Ec. se puede observar que quedan constitucionalizados: i) El acceso a la justicia; ii) Derecho a obtener un pronunciamiento respecto de sus pretensiones; iii) cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Respecto al acceso a la justicia, de igual complejidad que la tutela judicial efectiva plantea el acceso a la justicia, realmente se ha dicho que todavía es un derecho en construcción y está caracterizado, por el derecho que tiene el justiciable a acceder a los órganos judiciales a efecto de obtener un pronunciamiento respecto a una amenaza de violación, violación propiamente dicha, reconocimiento o establecimiento o reparación de un derecho desconocido⁵⁴³.

Es doctrina reiterada del T.C. que el primer contenido del derecho a obtener la tutela judicial, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas⁵⁴⁴. Asimismo, hemos dicho que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho prestacional y de

⁵⁴³ Araújo-Oñarte, R. M. Acceso a la Justicia y a la tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la Justicia administrativa. Visión de Derecho comparado. Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2011, obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73318918009>, señala que: *Como un derecho fundamental el acceso a la administración de justicia (...) Implica el reconocimiento al derecho a que se imparta justicia. Ello se deduce igualmente de lo establecido en el preámbulo de la Constitución, que implica que las autoridades que administran justicia deben garantizar la plenitud de garantías procesales a fin de obtener la vigencia de los principios, derechos y deberes constitucionales, debiendo orientar sus actuaciones hacia el logro del valor justicia dentro de las previsiones del ordenamiento jurídico.* (Pág. 252).

⁵⁴⁴ Cfr.: SSTC 220/1993, de 30 de junio; 34/1994, de 31 de enero y 20/2012, de 16 de febrero, entre otras.

configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador⁵⁴⁵. Ello implica que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar la actividad judicial y, más concretamente, el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos⁵⁴⁶. En esta regulación, la ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (artículo 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida⁵⁴⁷. En principio, pues, el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE podría verse conculcado por aquellas disposiciones legales que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultaran innecesarias, excesivas o carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador⁵⁴⁸.

La Corte Constitucional Colombiana en forma acertada ha concluido que el derecho al acceso a la justicia, no se agota únicamente con la brindarle la posibilidad al sujeto de derecho de acceder a la justicia, sino que se pueda valer de todas las herramientas que el sistema reconoce que le permita el ejercicio de su derecho y la garantía de su reconocimiento de ser procedente, acceder en

⁵⁴⁵ Cfr.: SSTC 99/1985, de 30 de septiembre y 182/2004, de 2 de noviembre.

⁵⁴⁶ Cfr.: STC 206/1987, de 21 de diciembre.

⁵⁴⁷ Cfr.: SSTC 158/1987, de 20 de octubre; 32/1991, de 14 de febrero y 133/2004, de 22 de julio, entre otras.

⁵⁴⁸ Cfr.: SSTC 60/1989, de 16 de marzo; 114/1992, de 14 de septiembre; 273/2005, de 27 de octubre y 52/2014, de 10 de abril de 2014.

condiciones de igualdad, que se observen los términos, que se permita la inmediación y contradicción que caracteriza a los procesos civiles⁵⁴⁹.

En cuanto al segundo de los derechos garantizados, esto es derecho a obtener una sentencia, no solamente el justiciable debe o puede acceder a la administración de justicia, es preciso que se obtenga un pronunciamiento respecto de sus pretensiones, de que le sirve el poder acceder a la autoridad judicial, si como vimos en líneas anteriores en la jurisprudencia colombiana, no obtiene una resolución de la autoridad respecto de su pretensión. Conforme lo expuesto pueden hacerse dos reflexiones que permiten comprender el alcance de éste derecho.

La primera de ellas es que el derecho a obtener una sentencia, un pronunciamiento, no significa que este derecho se satisfaga en forma obligatoria cuando el Juzgado o Tribunal le da la “razón” a la parte en su pronunciamiento⁵⁵⁰, bajo esa consideración solamente se produciría la tutela judicial efectiva y el derecho a obtener una sentencia en aquellos casos en que resultamos vencedores en la controversia judicial⁵⁵¹. Este derecho, debería llamarse más bien a obtener un pronunciamiento sobre sus pretensiones, derecho que se satisface incluso cuando la pretensión de la parte es inadmitida, o cuando se inadmite la demanda por incumplimiento de los requisitos para la admisión a trámite, puesto que permite obtener el respectivo pronunciamiento⁵⁵².

⁵⁴⁹ Sentencia C-543-92, que permite configurar el acceso a la justicia: *“El acceso a la administración de justicia requiere, para que en efecto tenga utilidad, de un sistema jurídico que contemple un momento procesal definitivo en el que, con certeza, las resoluciones que se profieran sean aptas para la concreción de los derechos. Pero, además, implica que los jueces vayan resolviendo los asuntos puestos a su consideración de tal modo que, evacuados los que se definen, puedan prestar atención a nuevos procesos. Los pleitos interminables acaparan y obstruyen el aparato judicial y por lo tanto impiden a otras personas acceder a la administración de justicia, causando simultáneamente daño al interés general.”*

⁵⁵⁰ Cfr.: S. TC 9/1981, de 31 de marzo; ATC 185/1997, de 18 de febrero.

⁵⁵¹ Cfr.: Pérez-Cruz Martín, A. J. Constitución y ..., Ob. cit., Págn. 205.

⁵⁵² Cfr.: STC 244/2006, de 24 de julio.

El segundo elemento que se debe destacar es que la resolución debe expedirse dentro de un plazo razonable, criterio ampliamente aceptado y reconocido en el sistema interamericano de derechos humanos, que ha desarrollado qué comprende el plazo razonable dentro del referido sistema; y es que de qué le sirve al justiciable un pronunciamiento tardío, cuando la posibilidad de hacerlo efectivo o la posibilidad de obtener una recuperación o hacer efectivo tal reconocimiento ya resulta imposible de obtener.

Esto lleva al tercer elemento, o derecho que forma parte de la tutela judicial efectiva, que consiste en que las sentencias sean ejecutadas. En el caso del Ecuador se observa que incluso en la norma constitucional se recoge que el incumplimiento de los fallos o resoluciones será sancionado de conformidad con la Ley.

Al justiciable una sentencia correcta y perfectamente dictada si ésta no es ejecutada o no existe la posibilidad real de exigir su cumplimiento. Las decisiones judiciales deben de ser acatadas, y es obligación de los Jueces, en respeto de éste derecho, el permitirle al justiciable que las sentencias sean cumplidas. Mecanismos para cumplimiento de la sentencias o pronunciamientos judiciales existen algunos en la normas, ejemplo de estos, en cuanto a la parte clásica del derecho, se pueden observar las medidas cautelares dictadas antes o durante el proceso, así como las medidas definitivas de ejecución; en la doctrina procesal moderna la ejecución anticipada de la sentencia puede ser un mecanismo eficiente.

En el mismo sentido se ha manifestado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva la C.C.Ec., al señalar que:

“El derecho a la tutela judicial efectiva se cumple en tres momentos: primero, a través del derecho de acción, que implica el acceso a los

órganos jurisdiccionales, en armonía con el principio dispuesto en el artículo 168 de la Constitución de la República⁶; en segundo lugar, mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho; y, finalmente en tercer lugar, a través del rol de la jueza o juez, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos. Es decir, la tutela judicial efectiva va más allá del simple acceso gratuito a la justicia, implica una serie de actuaciones por parte del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República. Por tanto, los operadores de justicia deben enmarcar sus actuaciones sin condicionamientos, en observancia a las disposiciones constitucionales y legales aplicables al caso concreto⁵⁵³.

Finalmente, haciendo una reflexión respecto a la gratuidad que la norma constitucional agrega a la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que no necesariamente conlleva la gratuidad en el acceso a dicho derecho, sin embargo, el constituyente ecuatoriano dispuso en el artículo 75 de la C.Ec., la gratuidad de la justicia y debe ser cumplido en forma obligatoria; si bien existen causas en que la gratuidad debe ser una exigencia, como en el caso de alimentos o regulaciones de visitas, casos de violencia intrafamiliar, pero en temas mercantiles, civiles o comerciales, se puede justificar el cobro de una tasa que permita, incluso, financiar la actividad de administración de justicia, sin cargarse completamente tal rubro al presupuesto estatal⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Sentencia, núm. 109-15-SEP-CC. (2015)

⁵⁵⁴ Artículo 12 del C.O.F.J. "*Principio de Gratuidad.- El acceso a la administración de justicia es gratuito. El régimen de costas procesales será regulado de conformidad con las previsiones de este Código y de las demás normas procesales aplicables a la materia.*".

3. La tutela judicial efectiva en los ordenamientos jurídicos ecuatoriano y español.

Algunas consideraciones se deben hacer para abordar este tema, en los orígenes y generalidades de la tutela judicial efectiva, en la primera parte de este capítulo se revisarán algunos aspectos, y se arribará a una importante conclusión; cual es que el desarrollo de la tutela judicial efectiva aquí en América Latina se hace a partir de la configuración de este derecho en el ordenamiento jurídico español, concretamente en el artículo 24.1 de la C.E.

Deben destacarse algunos elementos respecto a la concepción de la tutela en el ordenamiento jurídico español, y es que no solamente brinda protección a los derechos, sino que recoge los intereses legítimos que el sujeto de derecho pudiere tener en la protección o tutela de un bien o una situación jurídica determinada. La protección es más amplia, porque como justiciable no se necesita justificar un derecho, sino que basta un tener un interés legítimo.

Respecto del interés legítimo, Zavala Egas⁵⁵⁵ ha manifestado que viene referido al que tiene una persona sobre la defensa del medio ambiente, bien jurídico del que no es titular, pero sobre el que pretende su conservación, y por lo tanto inicia acciones para evitar su eventual deterioro.

Se trata de un concepto más amplio que el ser titular de un derecho, si bien este interés no es cualquiera, sino que a su vez significa que va a permitir ejercer o tener acceso a un derecho, por eso la calificación de legítimo, ¿cuál derecho? En el caso de medio ambiente, a la salud, a un medio ambiente sano, a desarrollo

⁵⁵⁵ Derecho administrativo, tomo I, Editorial Edino, Guayaquil, 2005, Págs. 121-127.

integral; si bien el justiciable no es el titular de dominio, pero se le permite estar legitimado para acceder a la justicia, y obtener la protección.

Con relación al concepto de interés legítimo Pérez Royo⁵⁵⁶, manifiesta que: *“... El Tribunal Constitucional ha considerado que el acceso al proceso no se limita a quienes tienen la titularidad de un derecho, sino que basta para ello alegar un interés legítimo, lo que “equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita cualquiera que sea el origen de dicha posición de ventaja o utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, y que materializa de prospera ésta (STC 143/1994, Fj 3). ...”*

El alcance constitucional de la expresión “interés legítimo” es una cuestión que, como señala Pérez-Cruz Martín, ha suscitado una interesante polémica en el sentido de que: *“A partir de la referencia constitucional a ‘derechos e intereses legítimos’ VIVES ANTON desarrolla la tesis que le lleva a distinguir entre el derecho de acción, como derecho constitucional a poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado, obteniendo una resolución y el derecho a la tutela que surge como consecuencia del ejercicio de la acción y cuyo objeto es la satisfacción de las pretensiones deducidas en el proceso, en tanto se hallen correctamente fundadas, por lo tanto, sigue afirmando no puede identificarse el derecho de acción con el derecho de tutela, ni éste constituye su objeto, sino más bien su finalidad, entiende que el derecho de acción es abstracto y queda, en consecuencia satisfecho con cualquier tipo de resolución, pero la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos no puede ser sino concreta, como concreto ha de ser el derecho a ella, y, en consecuencia, no puede satisfacerse con cualquier clase de resolución fundada, sino sólo con la resolución correcta, es decir, aquella que esté correctamente fundada en derecho.*

⁵⁵⁶ Pérez Royo, J. Curso de Derecho Constitucional, 12ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, Pág. 385.

En parecidos términos, a los expresados por VIVES ANTÓN, desarrolla GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ su argumentación en el sentido siguiente: ‘... el que carece de un derecho o interés legítimo no puede obtener la tutela jurídica, aunque sí pueda pretenderla ...’, precisando que es necesario superar la confusión -facilitada, probablemente, por el tratamiento que la jurisprudencia viene dando al tema de la legitimación- entre el calificativo “legítimo” que sigue a los términos derecho e interés y la legitimación, pues mientras que ésta viene referida aquel presupuesto procesal que exige la necesaria presencia de todas aquellas personas que tienen interés en la relación jurídico mate- rial que se discute en el proceso, sin embargo el calificativo de “legítimo” viene referido al necesario apoyo que en el Derecho sustantivo tiene que tener el derecho o interés cuestionado en el indicado proceso lo que queda evidenciado si tenemos en cuanto que todo legitimado para actuar en un proceso judicial no está protegido por un derecho e interés legítimo, es más, lo normal, es que una de las partes, perfectamente legitimadas carezca de él.

Las mencionadas tesis son objeto de una severa crítica por LOZANO-HIGUERO PINTO quien señala, en primer lugar que ni la dicción literal, ni la interpretación sistemática del art. 24.1º C.E. permite deducir la existencia de una duplicidad de derechos: derecho de acción y derecho a la tutela; en segundo lugar los términos concreto- abstracto no pueden estar vinculados como calificativos de una correcta resolución judicial -al menos no fueron utilizados con ese sentido por WACH o CHIOVENDA-, debiéndose predicar la corrección res- pecto de todas las resoluciones judiciales en el sentido de exigirse a ellas la regularidad en lo formal -en el sentido del art. 248 L.O.P.J.- y en lo material -en el sentido del art. 11.3º L.O.P.J. y 218 L.E.Cv., es decir, congruente con los planteamientos formulados a lo largo del proceso-. ...”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Constitución y ..., Ob. cit. Págs. 378-359

Un aspecto importante a destacar de la normativa española es su asociación a que el sujeto de derecho, la persona cualquiera sea ésta, sin clasificación ni limitaciones o distinciones por ser persona natural o jurídica, es que no podrá quedar en indefensión, este concepto aparece asociado o relacionado con una completa y absoluta ausencia de tutela judicial efectiva, por lo tanto se configura como un elemento del concepto, no como un derecho parte de la tutela judicial, pero si como una garantía o tutela que el Estado debe brindar al justiciable al tiempo de acceder éste a la justicia buscando tutela o una protección jurídica.

Si se revisa el artículo 24.1 de la C.E., *versus* el contenido del artículo 75 de la C.Ec., que como ya se ha indicado, dentro de los derechos de protección reconoce y garantiza la tutela judicial efectiva, debe observarse que para comprender quienes son titulares de éste derecho una expresión más clara y definida la reconoce la normativa española, en el caso del Ecuador solamente se refiere a titulares de derechos e intereses, sin mayor definición o determinación a qué categoría jurídica se está refiriendo. En consecuencia la normativa ecuatoriana debería recoger una definición de tutela judicial efectiva como la que nos trae la normativa española.

Una inquietud que se hace evidente, es si a través del arbitraje se consigue o alcanza tutela judicial efectiva, somos del criterio que efectivamente a través del arbitraje se puede alcanzar ésta protección que es lo que busca el justiciable al tiempo de activar este mecanismo alternativo de solución de controversias, permitir a través del convenio arbitral dar vida a la jurisdicción convencional y a

través de los árbitros que dotados de potestades jurisdiccionales podrán resolver controversias⁵⁵⁸.

Como puede observarse, a criterio de la Jara Vásquez⁵⁵⁹, el arbitraje es una vía idónea para la vigencia de la tutela de sus derechos, consagrándose los tres derechos que hemos analizado en líneas anteriores, correspondiéndole la ejecución de los laudos arbitrales, en los términos expuestos, a los operadores de justicia que forman parte de la justicia ordinaria.

El control, que realiza el Estado de la legalidad de las actuaciones arbitrales, constituye una forma de garantizar al sujeto de derecho el no quedar en indefensión como elemento de la tutela judicial efectiva, conforme lo previsto en ambas normas constitucionales, tanto la española como la ecuatoriana, lo cual se lo hará a través del reconocimiento legislativo de la acción de nulidad a través de la posibilidad jurídica iniciar la referida acción, o a través del cumplimiento forzoso del laudo de no adolecer de vicios formales éste.

⁵⁵⁸ Cordero Vásquez, M. G. "La aplicación y vigencia en el arbitraje", Universidad del Azuay, 2014, menciona que: *En resumen, respecto a la aplicación de las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva podemos decir que en todo proceso arbitral debe estar presente: Igualdad: que implica el dar trato igualitario a las partes, es decir que en todo el procedimiento las partes contendrán en un escenario que no implique situaciones de privilegio para una de las partes, o que obstaculicen a cualquiera de ellas. 2. Debido proceso, resumido en las siguientes tareas del Tribunal Arbitral: a. El tribunal siempre tendrá que recibir de todas las partes los escritos donde hacen valer sus pretensiones. Lo anterior siempre y cuando no se haya cerrado la etapa de instrucción o sea contrario a la organización que el tribunal haya establecido. b. El tribunal debe permitir a todas las partes presentar pruebas y que tengan la oportunidad de desahogar las mismas. c. Es indispensable que el tribunal escuche los alegatos de las partes y que se les autorice para exponer sus presentaciones y defensas respectivamente. d. El tribunal debe cerciorarse que ambas partes tengan acceso a la información presentada por la otra parte. Es decir, que ambas partes tengan acceso a toda la información/documentación que será presentada por las partes al tribunal. e. No debe limitarse el derecho para probar ni para alegar, excepto cuando se trate de peticiones inconducentes o que únicamente tiendan a retardar el procedimiento.*" (Págs. 58-59).

⁵⁵⁹ Jara Vásquez, M. E. Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre el arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, 2011, obtenida de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3213/1/CON-PAP-Jara%2c%20M.E-Arbitraje.pdf>

De acuerdo a la C.C.Ec.⁵⁶⁰ en el caso en concreto, se establece que el auto impugnado vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en el elemento de acceso a la justicia:

1) En materia arbitral, debe quedar claro que no existe posibilidad de apelar el laudo arbitral, no solo porque el legislador así lo ha establecido, sino porque además debe tenerse en cuenta que el recurso de apelación, por antonomasia, debe ser conocido y sustanciado por una entidad orgánicamente superior y en el caso ecuatoriano, los tribunales de arbitraje son órganos de única y definitiva instancia.

2) Así mismo, el legislador ha previsto el control judicial de los laudos arbitrales (la acción de nulidad de laudo arbitral), en donde las autoridades jurisdiccionales del Estado ingresan a analizar si dicho laudo ha incurrido en alguna de las causales de nulidad establecidas en la LAM, sin que aquello signifique que los jueces ingresen a analizar el tema de fondo del asunto sometido por las partes a arbitraje (al plantear esta acción se está ejerciendo el derecho a la tutela judicial efectiva).

3) Para la Corte Constitucional, la tutela judicial efectiva se ve afectada cuando teniendo los accionantes la posibilidad procesal de acceder a los órganos superiores para formular pretensiones de acuerdo a la naturaleza propia de cada recurso, se impide dicho acceso de modo injustificable.

Por su parte la Corte Constitucional de Venezuela⁵⁶¹, haciendo referencia al fin y la dimensión del arbitraje destaca la importancia de la institución, no

⁵⁶⁰ Sentencia, Núm. 325-15-SEP-CC. (2015).

⁵⁶¹ *Vid.*: Sentencia de 28 de febrero del 2008, Sala de lo Constitucional de Venezuela señala: “A través de mecanismos alternos al del procedimiento judicial, se logra el fin del derecho como lo es

solamente para descongestionar juzgados, sino para alcanzar tutela de derechos y protección al sujeto de derecho:

Finalmente, la relación entre la tutela judicial efectiva y el arbitraje se ha puesto de manifiesto por el T.C.⁵⁶², al señalar que:

“No cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo a las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción – pero no su “equivalente jurisdiccional” arbitral, SSTC 15/1989 (RTC 1989, 15) (13), 62/1991 (RTC 1991, 62) (14) Y 174/1995 (RTC 1995, 174) (17, 26, 181, 757) – legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta sujeción legal”.

la paz social perfecta conjunción con el poder judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia.

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

⁵⁶² Vid.: SS. TC 99/1985, de 30 de setiembre; 50/1990, de 26 de marzo; 176/1996/1996, de 11 de noviembre.

4. Tutela judicial efectiva de los derechos y la causal de nulidad del laudo.

Resulta innegable la relación entre tutela judicial efectiva y arbitraje, los lineamientos y la forma como ésta se produce fue abordada en líneas anteriores tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de diferentes países. Al mismo tiempo se destacaron algunos elementos que permitían vincular en forma directa a la tutela judicial efectiva con el control de legalidad que el Estado realiza de las actuaciones judiciales, que terminan con un laudo arbitral, a través de diferentes mecanismos que dispone la propia ley.

Por lo tanto la acción de nulidad, como forma de control de la legalidad del laudo arbitral, permite hacer efectiva la tutela judicial⁵⁶³, garantizarle a quien accede a órganos judiciales o arbitrales, que no va a quedarse sin resolver su pretensión, y en el supuesto de que las actuaciones de quienes administran justicia, no se ajusten formalmente al ordenamiento jurídico, y esto les ocasione una lesión a sus derechos, generando indefensión, entonces activar los mecanismos correspondientes para que pueda hacer efectiva la protección necesaria a los mismos, y consiguiendo de este modo un doble fin, por un lado la satisfacción de los derechos de quien accede a los órganos judiciales en busca del reconocimiento de su pretensión, y por otro la seguridad jurídica, que se traduce también en seguridad y tranquilidad social⁵⁶⁴.

⁵⁶³ Vid.: Álvarez Sánchez de Movellán, P. La anulación del Laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación". Editorial Comares, Granada, 1996, afirma: "*La posibilidad del recurso responde a la necesidad y exigencia del ordenamiento, de dotar a las partes en el arbitraje de la tutela judicial a la que tienen derecho. Esta tutela judicial es necesaria frente al laudo arbitral, acto jurídico de singular virtualidad al que se le reconoce efectos de cosa juzgada, caso de no ser estimado el repetido recurso de anulación que oportunamente se hay interpuesto.*" (Pág.67).

⁵⁶⁴ Cfr.: SAP Barcelona 14ª 26 noviembre 2002 [JUR 2003,61825] niega la acción de anulación, haciendo referencia a los requisitos para que esta proceda con respecto a la pretensión de la violación al derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene como consecuencia la indefensión, afirmando: "*... La pretendida infracción del derecho a la no se aprecia en el laudo recurrido, pues este resuelve todas las cuestiones planteadas y se basa de modo razonado y sin arbitrariedad en la prueba que libremente han propuesto las partes, sin que ninguna de ellas hay sufrido indefensión ya que examinado el expediente constan cumplidos los principios de audiencia,*

De forma extensa en el Capítulo siguiente, habiendo sentado esta base de relación entre tutela judicial efectiva y acción de nulidad del laudo arbitral, se abordará el análisis de la referida acción.

igualdad y contradicción, por lo que la pretensión de la recurrente implicaría entrar en el fondo del asunto y valorar nuevamente la prueba practicada. Cometido que no corresponde a esta Sala al no apreciarse infracción alguna al orden público ...”.

CAPITULO IV

SISTEMA ARBITRAL

CONTROL

CONSTITUCIONAL Y

JUDICIAL DEL PROCESO Y

DEL LAUDO Y EL ALCANCE

DEL CONTROL

1. Breves consideraciones constitucionales.

Al convivir en un Estado constitucional de derechos y justicia, las revisiones de instituciones y de la doctrina realizadas respecto de éstas tienen que partir de consideraciones constitucionales, así el control posteriori al que está sometido el laudo arbitral, y consecuentemente la institución materia del análisis, tanto en materia constitucional como en el marco de la legalidad, se deberá de hacer a partir de la perspectiva ya expuesta, analizando básicamente como se relaciona o permite cumplir la garantía del debido proceso y la seguridad jurídica, habiendo sido la tutela judicial efectiva fue analizada en el Capítulo III; siendo este el marco en que debe cumplirse el actuar de los árbitros, partiendo del privilegio que el Estado le ha conferido.

El debido proceso, cuyo origen remonta de la Carta Magna en el año 1215, de Juan Sin Tierra, disponiendo una serie de privilegios para ciertas clases sociales inglesas, las más privilegiadas, sentando las bases tanto de la tutela judicial efectiva como del debido proceso, sin comprender en su momento la importancia de lo que había actuado⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ Oyarte, R. "Debido Proceso", Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2016 "Los aspectos relacionados con el debido proceso no se originan en las constituciones, textos que en la historia del derecho son relativamente nuevos. Estas reglas, garantías y derechos del debido proceso son incorporados en las denominadas declaraciones de derechos que, en esas partes, tenían notoria importancia penal.

Esas declaraciones derecho, inicialmente, conformaban cuerpos distintos a los textos constitucionales, que se redactaban por separado. En el Ecuador, desde la constitución de 1830 se reconocieron derechos fundamentales, lo que no ocurre en la constitución quiteña de 1812, siguiendo la corriente de la época en que se separan los asuntos orgánicos en un texto denominado constitución de la declaración de derechos, aunque tempranamente se funden en un solo texto, como ocurre con la constitución de los Estados Unidos de 1787 en que sus diez primeras enmiendas, todas de 1790, incorporan las declaración de derechos de Virginia. La situación de las garantías es diferente, pues no fue sino hasta la constitución de 1929 en que se incorporó la primera que es el habeas corpus y es solo hasta la reforma constitucional de 1996 en que se incorporaron las acciones de amparo y habeas data, con la ampliación del sistema en la constitución de 2008.

Entonces, hay que decirlo el desarrollo del debido proceso es un aporte del derecho penal. Ahora bien como esas reglas, principios, garantías y derechos se consagran en esas declaraciones de derechos que luego, pasan a integrar los textos constitucionales, se extienden a todas las ramas jurídicas." (Pág.6).

En el Ecuador, la garantía del debido proceso aparece, por primera vez, en la C.Ec., con una simple enunciación en el artículo...⁵⁶⁶, de forma limitada. Sin

⁵⁶⁶ Artículo 76. "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

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

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

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

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

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

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

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

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

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

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

embargo, el cambio en cuanto a la concepción del Estado, y la constitucionalización del ordenamiento jurídico han dado paso a una nueva forma de hacer derecho, y como resulta obvio da un lugar preponderante a los derechos fundamentales y su garantía, siendo éstos los que deben inspirar el actuar tanto de los públicos como de los privados.

Como se ha mencionado varias veces, el arbitraje como mecanismo heterocompositivo, alternativo a la justicia ordinaria, brinda a las partes ciertas libertades, flexibilidad, menos rigorismo y formalidad que es propio del procedimiento civil, pero no significa en lo más mínimo que no tenga limitaciones y que los árbitros no deban de sujetar su actuar, de la forma más general, al orden público, cumplir con el debido proceso judicial, y velar porque sus actuaciones brinden la tan demandada tutela judicial efectiva, y la necesaria seguridad jurídica para los particulares y el Estado.

Precisamente, como se ha expuesto, es por seguridad jurídica que el laudo, produce efecto de cosa juzgada, impidiendo que cualquier autoridad, en cualquier sede pueda volver a conocer y resolver sobre lo ya resuelto⁵⁶⁷.

Las limitaciones a las que se ha hecho referencia, y la forma efectiva de ejercer el control del arbitraje, es a través de la acción de nulidad, la que constituye una verdadera acción, de carácter autónoma, no un recurso⁵⁶⁸, la que

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

⁵⁶⁷ Vid.: STS 1ª 4 junio 1991 [RJ 1991, 4412] señala que, al quedar firme un laudo, las partes aceptan sus declaraciones y son cosa juzgada para las mismas y por ello no pueden volver sobre los temas que ya hubo arbitral al no poder legalmente ser objeto de controversia posterior las cuestiones resueltas por el laudo anterior firme, debe ser acogido el motivo alegado por los recurrentes.

⁵⁶⁸ Lacruz Mantecon, M. L. La impugnación del arbitraje ..., Ob. cit define que: "*Precisando el medio por el cual se hace efectiva la pretensión invalidatoria, y según la Exposición de Motivos de la Ley de 2003, «Respecto de la anulación, se evita la expresión «recurso», por resultar técnicamente incorrecta»: se quiere resaltar que el laudo no es el producto de una actividad jurisdiccional, sino arbitral, y por tanto que contra el mismo no se ejercita un recurso, sino una*

acción de invalidez, de anulación, como la que procede contra un acto o negocio en el que concurre un motivo invalidante.

Tampoco puede considerarse recurso, según Lete, porque el control jurisdiccional sobre la validez del laudo no puede reexaminar la decisión de la controversia (ni la parte demandante solicitar dicho nuevo examen, lo que por contra es, precisamente, lo que se pide en un recurso), es decir, ni la interpretación de los hechos ni la aplicación del Derecho material por los árbitros.

La exposición de motivos de la L.A. indica, bien a las claras, que “respecto de la anulación, se evita la expresión ‘recurso’, por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo”. Y más adelante, enlazando la cuestión con la naturaleza del arbitraje, precisa que lo que se inicia con la acción de anulación del laudo arbitral, “... es un proceso de impugnación de la validez del laudo como una “primera y única instancia” que implicaría que, antes de la petición de anulación del laudo arbitral, no existe actividad jurisdiccional alguna, lo cual es cierto, y que lo que se tramita ante las AAPP (art. 8.5 LA) —está hablando de la regulación anterior— no es una instancia ad quem, sino propiamente a quo relativa al examen en única instancia de una decisión que por no ser sentencia sino laudo arbitral no podría acceder al recurso ...Partiendo de la conceptualización negocial del arbitraje, que supone que en él no es posible transferir a las AAPP el ámbito negocial de quienes suscribieron el convenio arbitral que justamente termina con el laudo arbitral, el por lo que después de él no existe técnicamente instancia procesal de recurso, sino demanda de anulación del laudo arbitral ».

De aquí la inevitable conclusión de que este proceso de anulación no es una nueva instancia, sino un nuevo proceso. Por tanto los tribunales conocerán del asunto decidiendo la validez o invalidez del laudo conforme al motivo esgrimido (fundamentalmente su ajuste procedimental), pero no dictando una distinta solución para el caso sometido a arbitraje: no emitiendo un nuevo laudo, peculiaridad que describía LACRUZ BERDEJO, hablando de insustituibilidad del laudo. Y todo esto resulta coherente con lo que se apuntaba al comienzo de este estudio: se quiere impedir que una decisión arbitral mal tomada produzca efectos, no sustituirla por otra, y para ello se declara su invalidez obteniendo consecuentemente su ineficacia. La finalidad de la acción es por tanto puramente negativa: destructiva, si se quiere.” (Págs. 41-47).

Bermejo Reales, L. F. La eficacia de las decisiones arbitrales : La impugnación y ejecución de laudos, Revista Jurídica de Castilla y León: Arbitraje y mediación, No. 29, enero 2013, señala que: “Como punto de partida es necesario hacer una precisión terminológica en relación con el título del presente artículo, ya que el laudo arbitral no es susceptible de impugnación —frente al mismo no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario—, sino de acciones o medios rescisorios —procesos nuevos o autónomos del propio proceso arbitral cuya única y exclusiva finalidad es la rescisión de la cosa juzgada material derivada de la firmeza de la resolución arbitral.” (Pág. 3).

Matheus López, C. A. La anulación del laudo arbitral justificada en errores in procedendo, en Constitución y Proceso, ARA Editores, Lima, 2009, señala que: “Debemos además indicar que en este caso no estamos ante un «recurso» en puridad, pues al no poder transferirse al órgano jurisdiccional el ámbito negocial de quienes suscribieron el convenio arbitral dado que este termina con el laudo, no existe técnicamente instancia procesal de «recurso» al no haber solución de continuidad, entre el órgano arbitral y el órgano jurisdiccional, que la justifique.

A ello abona además nuestra opción por la conceptualización negocial-procesal del arbitraje, sumado a que la teoría jurisdiccionalista sobre la naturaleza jurídica del arbitraje resulta insostenible, priva de toda razón para equiparar el laudo arbitral a una sentencia y para que, finalmente, éste al igual que aquella, pueda ser objeto de recuso como si se tratase de una resolución judicial. (Págs. 317-318).

Por su parte, Matheus López, C. A. La independencia e imparcialidad del árbitro, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009, señala que: “No es propiamente un recurso: debemos además indicar que no se está en presencia de un “recurso”, pues al no poder transferirse al órgano jurisdiccional el ámbito negocial de quienes suscribieron el convenio arbitral

procede en los casos expresamente previstos en la Ley, en forma excepcional y ante la autoridad que la normativa vigente ha determinado como competente. Esto por el lado de la legalidad, en el caso del Ecuador, a partir del año 2008 se encuentra importante e interesante jurisprudencia constitucional en materia de arbitraje vía acción extraordinaria de protección, en virtud de la cual se realiza el

dado que este termina con el laudo, no existe técnicamente instancia procesal de "recurso" al no haber solución de continuidad, entre el órgano arbitral y el órgano jurisdiccional, que la justifique." (Pág. 103).

Cordón Moreno, F. Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones preliminares, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2010 señala que: *"Por lo que llevamos dicho, resulta claro que la acción de anulación del laudo, que sólo cabe ejercitarla cuando el arbitraje se ha celebrado en España, no es un recurso que abra una segunda instancia judicial, dando lugar a lo que sería un extraño procedimiento híbrido (arbitral-judicial) que sólo podría entenderse (y a duras penas) desde una concepción radicalmente jurisdiccionalista del arbitraje, que hoy nadie defiende, sino un instrumento autónomo para dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva que siguen conservando las partes en el procedimiento arbitral, porque –como dice la Exposición de Motivos- el convenio arbitral no supone una renuncia al mismo: el actor ejercita ante los tribunales una concreta pretensión de tutela jurídica por medio de una demanda, en la que suplica una anulación del laudo con fundamento en unas determinadas causas o motivos, y da lugar a un proceso judicial independiente que se tramita por el cauce del juicio verbal de la LEC.*

La SAP Madrid de 25 de junio 2003 (JUR 2003, 248392) resulta gráfica al respecto: *«La voz recurso identifica el acto de parte dirigido a impugnar una resolución judicial que el afectado siente que es ilegal, injusta o ambas cosas a la vez. Pero esta acepción del término engloba dos realidades distintas. La primera es la impugnación, dirigida a rescindir resoluciones judiciales que son ilegales por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, esté o no constitucionalizadas, y los presupuestos y requisitos legales de la actividad. La segunda es el recurso propiamente dicho, con el que se pretende revisar el juicio, incluyendo la cuestión de hecho y las pruebas porque, en opinión de la parte, la resolución judicial es formalmente correcta, pero injusta. La acción que nos ocupa se parece mucho a los medios de impugnación por ilegalidad formal, pero no guarda relación con lo expuesto porque su origen es distinto. La decisión atacada no emana de un sistema estatal de resolución de conflictos, en el que el recurso es una garantía más del ciudadano. Procede un sistema privado contractual de autorregulación de intereses en materias disponibles, basado en la decisión vinculante de un tercero, y cuyo presupuesto es, precisamente, la huida de lo judicial y de todas sus exigencias. La diferencia de origen nos lleva a la afirmación de que las resoluciones judiciales o administrativas son recurribles dentro del mismo sistema de resolución de conflictos, y los actos de los árbitros, cuyo poder se acaba y agota en la decisión, son anulables por medio de acciones de impugnación, ejercitables fuera del sistema privado de decisión del que dimanen, o lo que es lo mismo ante el sistema judicial, único capaz de anularlo coactivamente porque el sistema privado arbitral se agotó en sí mismo, sin que en su entramado se prevea la segunda instancia. A la luz de lo expuesto, la pretensión de la parte debe catalogarse como acción autónoma de impugnación, situada en el ámbito de las pretensiones declarativas con efectos constitutivos de anulación, por motivos tasados de ilegalidad formal, y sin que los órganos judiciales puedan entrar a revisar el fondo de la cuestión, ni la valoración de la prueba. Como tal, está sometida a rígidos plazos de caducidad, basados en poderosas razones de seguridad jurídica, que obligan a las partes a estar y pasar por la decisión a la que se sometieron expresamente, sin permitir la vencido que demore el cumplimiento de lo decidido.»* (Págs. 64-67).

control de constitucionalidad del arbitraje, una muestra representativa de éstas sentencias es la dictada por dicho órgano de control constitucional⁵⁶⁹.

El análisis precedente, se encuentra que algunas de las garantías tuteladas del debido proceso, que deben cumplirse expresamente en el arbitraje, es la del derecho al juez natural⁵⁷⁰, autoridad que en el presente caso es el determinado en

⁵⁶⁹ Caso 0712–09-EP seguido por Faizal Misle Zaidán contra la sentencia dictada por el Juez Primero de lo Civil de Pichincha, Primera Sala de la Ex–Corte Superior de Justicia y Segunda Sala de la Ex Corte Suprema de Justicia.

⁵⁷⁰ Vid.: Artículo 76 de la C.Ec.: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

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

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

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

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

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

el convenio arbitral, el impedirle acceso a éste, y obligarlo a acudir ante la justicia ordinaria habiendo renunciado a ella expresamente significa una vulneración a su derecho constitucionalmente consagrado; así también el contar con tiempo suficiente para organizar y poder ejercer el derecho de defensa, es igualmente parte de ésta garantía⁵⁷¹.

Puede concluirse, en esta primera parte, que el arbitraje tiene que respetar los límites constitucionales determinados por el orden público, y la forma de tutelar el derecho de las personas es precisamente mediante un mecanismo de control de legalidad, de naturaleza judicial, que es la acción de nulidad⁵⁷².

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

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

-----ctúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

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

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

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

⁵⁷¹ Cfr.: Sentencia, núm. 006-10-SEP-CC de la C.C.: "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 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."

⁵⁷² Vid.: SAP Barcelona 14ª 14 noviembre 2003 [JUR 2004, 5079], manifestando que: "Desde un punto de vista subjetivo, conectado con el objetivo, el árbitro no puede equipararse a un juez en la medida en que este es titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo. 117 CE), revestido, por tanto, de imperium, mientras que aquel se encuentra desprovisto de tal cualidad, pues su mandato tiene origen en la voluntad de los interesados, dentro

2. Control de legalidad.

Resulta necesario hacer algunas consideraciones para comprender esta acción, su carácter extraordinario, comprender porque se trata de un recurso, y fundamentalmente su autonomía.

En materia procesal civil, la norma procesal vigente⁵⁷³ se reconoce a partir del artículo 344 las nulidades procesales comunes a todo tipo de proceso, determinando en el artículo 346 en qué consisten estas, y en el 1014 respecto a la nulidad que se produce por violación del trámite. Solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto.

de una concreta contienda o controversia. Sin embargo, por la propia naturaleza del arbitraje para aquello que las partes le han conferido poder de disposición, goza de plena autonomía decisoria sin que consecuentemente puedan los órganos jurisdiccionales revisar el laudo con única excepción de haber vulnerado aquel en la solución del conflicto, el orden público entendido este como infracción de principios constitucionales.”.

⁵⁷³ A partir del año 2016, deberá tomarse como referencia lo previsto en Artículo 107 del COGEP.

“Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos:

1. *Jurisdicción.*
2. *Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila.*
3. *Legitimidad de personería.*
4. *Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente.*
5. *Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias.*
6. *Notificación a las partes con la sentencia.*
7. *Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe.”.*

Artículo 109.- Efecto de la nulidad. La nulidad de un acto procesal tiene como efecto retrotraer el proceso al momento procesal anterior a aquel en que se dictó el acto nulo.

Artículo 110.- Declaración de nulidad y convalidación. La nulidad del proceso deberá ser declarada:

1. De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial.
2. A petición de parte, en las audiencias respectivas cuando la nulidad haya sido invocada como causa de apelación o casación. No puede pedir la nulidad de un acto procesal quien la ha provocado. No se declarará la nulidad por vicio de procedimiento cuando la omisión haya sido discutido en audiencia preliminar o fase de saneamiento.

Para comprender la acción de nulidad se debe comenzar por definir en que consiste la nulidad, a fin de comenzar por lo general, para llegar a conclusiones particulares⁵⁷⁴.

La Ex Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional en jurisprudencia⁵⁷⁵ señaló al pronunciarse sobre las nulidades procesales, que para que éstas procedan deben cumplirse los siguientes requisitos de forma simultánea:

- Que el acto impugnado se vea restado de eficacia por la existencia de un vicio formal;
- Que exista un interés jurídico; y
- Finalmente que exista falta de convalidación.

Las nulidades procesales tienen origen legal, es decir solamente una ley puede determinar en qué casos y bajo qué circunstancias se presentan las nulidades procesales, normas de inferior jerarquía como reglamentos u ordenanzas no pueden crear ningún tipo de nulidad o establecerla como sanción, sin embargo debemos lamentar que en el caso del Ecuador, muchas veces ésta regla se rompe y se encuentra plagado el sistema jurídico de nulidades que carecen de validez y legitimidad por el origen normativo que tienen.

⁵⁷⁴ Ramos Méndez, F. El Sistema Procesal Español. Editorial Bosch. 9ª Ed. Barcelona, 2013, señala que: *"el peso del sistema de nulidades ha abandonado la dogmática de presupuestos y requisitos del acto y se orienta básicamente hacia el respeto de las garantías constitucionales. Estamos a un paso de generalizar la regla de que la nulidad del acto procesal deriva de la infracción de garantías fundamentales y poco más."* (Pág. 390).

Universidad Católica de Colombia. Manual de Derecho Procesal Civil. Editorial U.C.C., Bogotá-Colombia, 2010 obtenido de (http://aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/men_udea/pluginfile.php/27496/mod_resource/content/0/IMANUAL_DE_DERECHO_PROCESAL_CIVIL.PDF), indica que: *"Podemos definir la nulidad procesal como la sanción de ineficacia mediante la cual se priva a un acto o actuación del proceso o a todo él, de sus efectos normales previstos por la ley, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por aquélla."* (Pág. 303).

⁵⁷⁵ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en su Sentencia ,Núm. 137, de 1 de marzo de 1999, publicada en el Suplemento del R.O., núm. 185, de 6 de mayo de 1999, Expediente 137-99.

Dos principios construyen la doctrina⁵⁷⁶, el primer elemento o principio es que las nulidades deben de ser trascendentes –principio de trascendencia-, una nulidad procesal no es cualquiera, debe de tener un peso dentro del proceso, debe impedirle a la parte ejercer el derecho a la defensa, como en el caso de la nulidad que afecta al proceso por falta de citación, cumplidos los requisitos, demostrada la trascendencia la falta incurrida, entonces procede declarar nulo el proceso.

La ex Corte Suprema de Justicia⁵⁷⁷, respecto a la trascendencia que debe tener la nulidad para que ésta produzca un efecto en el proceso, ha señalado: *“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 existe la nulidad procesal que la violación ... hubiere influido o pudiere influir en la decisión de la causa.”*

El segundo elemento al que se hacía referencia para que exista una nulidad procesal es la legalidad o especificidad, como ya se exponía las nulidades procesales están descritas en un catálogo taxativo en una norma jurídica de rango legal, no es factible que un reglamento o un acuerdo determine o cree nulidades; así si la ley no prevé como efecto la nulidad por un incumplimiento significa que la sanción por tal será cualquier otra que prevea el mismo ordenamiento jurídico, pero no la nulidad del acto, contrato o actuación procesal. En conclusión son características de las nulidades procesales el ser taxativas, específicas y limitadas a lo previsto en una Ley.

⁵⁷⁶ Couture, E. “Principio de Trascendencia” en Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, editorial DEPALMA, 1978, Pág. 390.

⁵⁷⁷ Vid.: Expediente Núm. 187- 2000, Primera Sala, R.O. Núm. 83, de 23 de mayo del 2000.

Con respecto al carácter taxativo los motivos para la procedencia de la acción de anulación contenidas en la L.A., la Audiencia Provincial de Madrid⁵⁷⁸ ha manifestado el hecho de que la acción de anulación solo puede fundarse en una serie de motivos legalmente tasados, recogidos en el artículo 41.1 de la L.A.⁵⁷⁹.

En la legislación ecuatoriana cabe señalar que el artículo 31 de la L.A.M.⁵⁸⁰, contiene en catálogo de nulidades procesales que son aplicables al laudo arbitral.

⁵⁷⁸ SAP 28ª 10 junio 2011 [JUR 2011, 256573]

⁵⁷⁹ Artículo 41. Motivos:

1. *El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:*
 - a) *Que el convenio arbitral no existe o no es válido.*
 - b) *Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.*
 - c) *Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.*
 - d) *Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.*
 - e) *Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.*
 - f) *Que el laudo es contrario al orden público.*
2. *Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.*
3. *En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.*
4. *La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.”*

⁵⁸⁰ Artículo 31. *Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:*

- a) *No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;*
- b) *No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;*
- c) *Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;*
- d) *El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,*
- e) *Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.*

Procedimiento: del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite.

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

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

La caución deberá constituirse, dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación⁵⁸¹.

El arbitraje tiene elementos que lo caracterizan y lo hacen tener una estructura propia, diferente incluso a los otros mecanismos alternativos de solución de controversias, y obviamente de la justicia ordinaria; estos elementos deben ser estar claros para quienes estudian o ejercen en arbitraje, a efectos de comprender el control de legalidad del laudo arbitral

⁵⁸¹ Debe comentarse, respecto a este artículo, que la C.Ec., reemplazó a las Cortes Superiores por las Cortes Provinciales de Justicia, por lo que la autoridad competente para sustanciar la acción de nulidad, es el Presidente de la Corte Provincial.

que se realiza a través de la acción de nulidad. El primero de ellos es la temporalidad, la facultad de él o los árbitros de dirimir al controversia tiene una limitación temporal importante, debe hacérselo máximo en ciento cincuenta días contados a partir de la audiencia de sustanciación, plazo prorrogable por una sola vez, en máximo igualdad de días, es decir por ciento cincuenta días más.

A diferencia de Ecuador, en España se contabiliza el plazo que poseen los árbitros para decidir sobre la controversia, desde el momento en se presenta la contestación a la demanda o desde que expira el plazo para presentarla, concediéndoles 6 meses desde aquel, y la posibilidad de prorrogarlo 2 meses más⁵⁸².

Otro elemento diferenciador del arbitraje es que es un procedimiento de una instancia, esto es dictado el laudo arbitral, no procede apelación –como se ha mencionado anteriormente– causa ejecutoria, produce efecto de cosa juzgada. Admite los recursos horizontales de aclaración y ampliación. Al no existir recurso de apelación del laudo, tampoco es procedente el recurso de casación del laudo, por no estar expresamente determinado dentro de las providencias, sentencias o auto que se pueden impugnar a través de este recurso extraordinario⁵⁸³.

⁵⁸² Vid.: Artículo 37.2. de la L.A.M. “(...) Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”

⁵⁸³ Artículo 2 de la Ley de Casación. Procedencia.- “El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. (...)”. Así mismo de acuerdo al COGEP, manifiesta en su art. 250 sobre la impugnación de las providencias que: “En todos los procesos que tengan relación con los intereses patrimoniales del Estado, además de las partes intervinientes, estará legitimado para impugnar las providencias judiciales la o el Procurador General del Estado o su delegado. Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias

Al igual que la legislación ecuatoriana, el artículo 43 de la L.A. prescribe que contra los laudos arbitrales firmes “solo” cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la L.E.Cv. para las sentencias firmes.

Sin embargo de lo expuesto, es procedente afirmar que son las legislaciones nacionales, las que van diseñando el arbitraje doméstico, las reglas del arbitraje internacional son diferentes, así que pese a lo expuesto en líneas anteriores legislaciones como la de Argentina⁵⁸⁴ reconoce una segunda instancia para la impugnación del laudo arbitral. Tampoco existe uniformidad en quién debe ser la autoridad que conozca de este recurso de apelación, algunas legislaciones reconocen que debe ser una autoridad judicial, mientras que en otras ocasiones se reconoce que es un nuevo Tribunal Arbitral de apelación constituido para el efecto.

La legislación de España, al igual que la de Ecuador, reconoce el efecto de cosa juzgada material del laudo, y su inapelabilidad, conforme lo dispuesto el artículo 40 de la L.A., estableciendo que contra el laudo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título⁵⁸⁵. Y en el artículo

con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad. La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley. Los términos para la impugnación de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito.”

Artículo 251. Se prevén as clases de recursos: *aclaración, reforma, ampliación, revocatoria, apelación, casación y de hecho. Concedido o negado cualquier recurso no se lo podrá interponer por segunda vez.*

⁵⁸⁴ Se ha apuntado ya que el CPCC establece como regla general que “contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso” (artículo 758 CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION). Por lo que corresponde remitirse al Capítulo IV del Título IV del Libro I del CPCC. Este Capítulo prevé los recursos de reposición, apelación, apelación ordinaria ante la Corte Suprema, apelación extraordinaria ante la Corte Suprema, queja por recurso denegado y recurso de inaplicabilidad de ley.

⁵⁸⁵ *Vid.: Vid.: Suárez Robledano, J. M. “Comentario al artículo 40 de la L.A.”. en Comentarios a la Ley ..., ob. cit., Págs. 897-917; Hinojosa Segovia, R. “Comentario al artículo 40 de la L.A.”. en Comentarios a la ley ..., ob. cit., Págs. 506-515.*

22.3 en la que el legislador reconoce que la decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado.

Una última reflexión respecto a que el arbitraje es de única instancia, dentro de las garantías del debido proceso, en el Ecuador, se encuentra el artículo 76.7.m. de la C.Ec., consagra como garantía mínima el derecho del justiciable a recurrir de los fallos o resoluciones en los procedimientos en los que se resuelva sobre sus derechos. Entonces procede analizar si el artículo 30 de la L.A.M., que consagra la inapelabilidad del laudo arbitral, es constitucional o no, y por lo tanto debe ser expulsado del ordenamiento jurídico por no respeta la jerarquía normativa, e ir contra norma constitucional expresa.

En este sentido, Cerdón Moreno⁵⁸⁶, menciona: *“Se deriva de la anterior doctrina que, a diferencia de lo que ocurre con el acceso a la jurisdicción, el derecho de acceso a los recursos no nace ex Constituciones, sino de lo que establezca en cada caso la ley; ambos derechos son, por lo tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos (cfr. ATC 100/ 1996, de 24 de abril). El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, gozando el legislador de un amplio margen de libertad para configurar el sistema SSTC 142/1996, de 16 de septiembre y 149/1995, de 16 de octubre”*.

Por su parte, Pérez-Cruz Martín, en relación con la vinculación entre el derecho a los recursos y la tutela judicial efectiva, señala que, conforme a la doctrina del T.C. *“... El T.C. desde el principio de sus pronunciamientos (Ss.TC. 19/1983, de 14 de marzo; 54/1984, de 4 de mayo; 17/1985, de 9 de febrero; 140/1985, de 21 de octubre; 37/1988, de 3 de marzo) hasta el momento presente*

⁵⁸⁶ Cerdón Moreno, F. Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas, Editorial Aranzadi 2010, Pág. 90.

(Ss. TC 37/1995, de 7 de febrero; 58/1995, de 10 de marzo; 138/1995, de; 172/1995, de 21 de noviembre; 142/1996, de 16 de setiembre; 9/1997, de 14 de enero; 76/1997, de 21 de abril; 125/1997, de 1 de julio; 270/2005, de 24 de octubre; 19/2009, de 26 de enero) ha venido señalando que el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes procesos, sin que pueda afirmarse la existencia de un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, salvo en el proceso penal, donde el art. 14.5 P.I.D.C.P. obliga a establecer el mecanismo que permita el sometimiento del fallo y la pena a un tribunal superior, no pudiéndose afirmar que de dicho texto internacional se desprenda necesariamente la obligación de establecer, por el legislador interno, propiamente una doble instancia, quedando, pues, a la discrecionalidad del legislador la articulación del sistema de impugnación que le parezca más adecuada.

Respecto de la ubicación del derecho a los recursos dentro del art. 24.1 C.E. (Ss.TC 123/1983, de 6 de diciembre; 19/1986, de 7 de febrero; 5/1988, de 21 de enero; 176/1990, de 12 de noviembre), es decir, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva -bien es cierto que, inicialmente, el T.C. incardinó el derecho a los recursos dentro del párrafo 2 del art. 24 C.E. (STC. 42/1982, de 5 de julio)- debemos manifestar nuestra opinión contraria -en línea con la opinión mantenida por VÁZQUEZ SOTELO o SUAY MOREY- por entender que dicho derecho debe encuadrarse en el derecho a un proceso con todas las garantías. En pro, sin embargo, entendiendo acertada la doctrina del T.C. de ubicar el derecho a los recursos dentro del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se manifiestan CHAMORRO BERNAL o ARMENTA DEU; mientras que

en una postura equidistante se muestran GÓMEZ COLOMER y VILLAGÓMEZ CEBRIAN.⁵⁸⁷

Por su parte la C.C.Ec., en varias resoluciones⁵⁸⁸, ha resuelto respecto de la doble instancia, al igual que el tribunal español, que el derecho a recurrir admite limitaciones legislativas, atendiendo a la naturaleza jurídica de una determinada institución, así lo ha expuesto tanto al analizar la institución arbitral, como al concluir sobre la constitucionalidad del juicio de recusación que por su naturaleza, y por seguridad jurídica, solamente admite una instancia a fin de no generar dilaciones innecesarias al proceso judicial.

Este criterio de la C.C.Ec., es compartido igualmente por la Corte Constitucional de Colombia⁵⁸⁹, entonces no existe ningún inconveniente en cuanto

⁵⁸⁷ Derecho Procesal Civil. –con Seoane Spiegelberg, J. L.-Tomo II. Editorial TÓRCULO. 4ª Edición actualizada y revisada. Santiago de Compostela (A Coruña), 2014, Pág. 124.

⁵⁸⁸ Vid.: Fallo 071–13–SEP - CC del caso Núm. 0152–13–EP, de fecha 4 de septiembre de 2013, en que la C.C.Ec., al respecto afirmó: *“Se entiende el derecho a recurrir como la garantía de los ciudadanos para acceder a un administrador de justicia diferente al primero, que pueda revisar una decisión judicial que ha sido contraria a sus pretensiones; en este sentido, un tribunal de alzada analiza nuevamente la decisión del juez de primer nivel, que por los errores del que es susceptible de cometer, o por vicios en que haya incurrido, emita una decisión que lesione los intereses o derechos de una de las partes. La regla es la concesión de recursos o que el proceso tenga dos instancias y la excepción tiene que ser expresamente determinada en la ley; de esta manera se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y sobre todo se asegura la confianza en la administración de justicia”*.

Por su parte, la C.C.Ec., con relación al derecho a la doble instancia y el arbitraje, Sentencia, Núm. 081-13-SEP-CC. (2013), inadmitió una acción extraordinaria de protección ante laudo arbitral manifestando sobre el derecho constitucional a recurrir el fallo, que las partes al aceptar someterse al arbitraje, debido a la naturaleza de la materia, aceptan la inapelabilidad de los laudos, por lo que no existe la posibilidad de que un órgano judicial pudiese conocer el fondo del litigio en otra sede, so pena de desnaturalizar el arbitraje. Y que en el momento en que se suscribe el convenio arbitral se limita legítimamente 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. Así mismo en la L.A.M., se establece que a pesar de que el Laudo como tal es inapelable, este es susceptible a concurrir en algunas de las causales de nulidad establecidas en la misma ley, mediante una acción de nulidad, la cual la accionante si ejerció y posteriormente hizo efectivo nuevamente su derecho a recurrir el fallo interponiendo el recurso de casación sobre dicha decisión, el que también fue desfavorable para sus intereses debido a su inadmisión.

⁵⁸⁹ Sin embargo, resulta necesario mencionar que la doble instancia mediante el reconocimiento del recurso de alzada no es obligatoria en todos los asuntos que son de decisión judicial, puesto que la ley está autorizada para establecer excepciones siempre y cuando se respete el debido

a la constitucionalidad del artículo 30 de la L.A., que es la norma que contiene la limitación legislativa.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid⁵⁹⁰, ha señalado, respecto de la imposibilidad de recurrir a un laudo, que el control judicial, de los laudos arbitrales se lleva a cabo exclusivamente a través del recurso de revisión y la acción de anulación.

Esta línea de análisis permite llegar a la primera conclusión que respecto de la acción de nulidad, no es un recurso, sino una acción autónoma, independiente al procedimiento arbitral, que se ejerce ante una autoridad judicial, precisamente en respeto a la mínima, pero necesaria injerencia de la función judicial en el arbitraje.

Este control judicial, que se realiza a través de la justicia ordinaria, en el caso del Ecuador a través del Presidente de la Corte Provincial de Justicia, está limitado a fallas o errores que se pudieren presentar en el procedimiento, la revisión que realiza ésta autoridad judicial no se extiende a aspectos sustantivos,

proceso, el derecho de defensa, la igualdad, y no se niegue el acceso a la administración de justicia Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Núm. C-377/02.

“el legislador goza de libertad de configuración en lo referente al establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades. Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso –reposición, apelación, u otro– tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos –positivos y negativos – que deben darse para su ejercicio” Corte Constitucional de Colombia. Ver: Sentencia Núm. C-742/99.

⁵⁹⁰ AAP Madrid 9ª 13 mayo 2004 [AC 2004, 1584]. *“Tal como acertadamente se razono en el auto apelado, la L.A., establece una serie de mecanismos a través de los cuales se puede proceder al control judicial del arbitraje y de forma expresa del laudo que haya podido dictarse, ya sea un arbitraje de derecho o de equidad, mecanismo que es el recurso de anulación que se regula en el artículo 40 de la L.A., permitiendo incluso el artículo 41 de la citada ley que determinados motivos de nulidad puedan ser apreciados de oficio por parte del tribunal aunque no haya sido alegado por las partes. (...). Así mismo citó al artículo 43 de la L.A., la cual viene a establecer que el laudo en firme produce los efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabe solicitar la revisión conforme establece de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo regirse la ejecución forzosa del laudo por lo dispuesto en la citada ley.”*

al fondo de la controversia, sino únicamente a resolver si el laudo se encuadra en una de las causales previstas en el citado artículo 31 de la L.A.M., y de encuadrarse procede la nulidad del laudo arbitral.

De la misma forma sucede, en España, al disponer el artículo 8.5 de la L.A. que el órgano competente para conocer la acción de anulación del laudo será la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma^{591 592} donde aquél se hubiere dictado.

Naturaleza jurídica.

Es criterio del T.S.⁵⁹³, así como de la ex Corte Suprema de Justicia⁵⁹⁴ que la justicia ordinaria está limitada a detectar en su caso la comisión de errores, que

⁵⁹¹ Tras la reforma de la L.A., por L. 11/2011, de 20 de mayo, la competencia para el conocimiento de la acción de anulación se traslada de las Audiencias Provinciales a los T.S.J. de las CC.AA. de mayo, habiendo prosperado, desde dicho momento, exclusivamente, dos acciones de anulación de laudos arbitrales –*cf.*: Fortún, A. y Álvarez-Garcillán, G. La impugnación de laudos arbitrales. [http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_impugnacion_de_los_laudos_arbitrales_economist_jurist_n_171_2013_\(junio\)_340.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_impugnacion_de_los_laudos_arbitrales_economist_jurist_n_171_2013_(junio)_340.pdf)

⁵⁹² Esta reasignación de atribuciones, se explica en la Exposición de Motivos, se lleva a cabo con el propósito de “... impulsar el arbitraje, la presente Ley comienza por llevar a cabo una reasignación de las funciones judiciales en relación con el arbitraje, tanto las funciones de apoyo, como el conocimiento de la acción de anulación del laudo y el exequátur de laudos extranjeros, que permita dar más uniformidad al sistema mediante una «elevación» de determinadas funciones. Se trata, en concreto, de las relativas al nombramiento y remoción judicial de árbitros, el conocimiento de la acción de anulación del laudo y la competencia para conocer el exequátur de los laudos extranjeros, que ahora se atribuyen a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, manteniéndose en los Tribunales de Primera Instancia la competencia de ejecución.” (Apartado II).

⁵⁹³ Vid.: STS de 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6508) señala que: “Una vez emitido el laudo, su contenido, fuera de los remedios impugnatorios prevenidos legalmente, no puede ser objeto de variaciones esenciales, pues éstas, por su propia índole, tendrían que ser materia de un nuevo laudo; es decir, que el emitido como consecuencia de la escritura de arbitraje únicamente puede ser objeto de corrección o rectificación de errores o aclaración de conceptos que no afecten, desvirtuándoles, a puntos esenciales ya resueltos... Indudablemente, la modificación sustancial realizada (en el caso) por el árbitro vino motivada por el explícito acuerdo de las partes y por una clara razón de economía procesal, y, probablemente, en la confianza de que aquéllas fuesen leales y respetasen los términos de cuanto convinieron, pero semejante motivación no impide que, en atención a lo anteriormente expuesto, no pueda concederse eficacia a la modificación llevada a cabo por vía aclaratoria.”

hubieran podido producir a lo largo de la tramitación del procedimiento arbitral que dando vedado la revisión, que realice la autoridad judicial a aspectos sustantivos, al fondo de la controversia y en consecuencia limitarse a apreciarse el laudo arbitral se encuentra incurso en alguno de los motivos previstos en el artículo 31 de la L.A.M, o del artículo 41 de la L.A.⁵⁹⁵

Por su parte, igualmente, las Audiencias Provinciales como por la Corte Provincial de Ecuador acogen el criterio de que la revisión judicial de los laudos no se extiende a temas sustantivos, resueltos por los árbitros mediante el laudo. En este sentido cabe traer a colación algunos pronunciamientos judiciales de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil⁵⁹⁶ y de distintas ciudades españolas⁵⁹⁷.

En sentido similar, el T.S. recuerda que la función del recurso de nulidad no es corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de su elaboración, creando dificultades al móvil de paz y equidad que preside el arbitraje privado, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto, que la especial naturaleza de este recurso extraordinario no consiente; es decir, en ningún caso pueden servir de base al recurso de nulidad las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo, ni las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión (S. de 14 de julio de 1986 [RJ 1986\4507]).

⁵⁹⁴ Sentencia 242–2007, caso Latín American Telecom Inc. vs Pacifictel S.A., R.O. Núm. 542, de fecha 6 de marzo de 2007, al referirse al objeto de la acción de nulidad afirma: “... *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 la naturaleza de la acción de nulidad de 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 adoptada.*”

⁵⁹⁵ Vid.: Suárez Robledano, J. M. Comentario al artículo 41. en Comentarios a la Ley ..., ob. cit., Págs. 919-967; Hinojosa Segovia, R. Comentarios al artículo Art. 41. en Comentarios a la Ley ..., ob. cit., Págs. 515-556; Lacruz Mantecón, M. L. La impugnación del arbitraje. Editorial Reus. Madrid, 2011, Págs. 70-78.

⁵⁹⁶ Cfr.: Sentencia del Presidente Corte Provincial de Justicia del Guayas del 18 de diciembre de 2012, las 15h15. Laudo Arbitral Núm. 03–2007, Tribunal Arbitral: Drs. Fernando González Williams, Alexandra Iza de Díaz y Vladimiro Álvarez Grau. Procedimiento arbitral Banco de Guayaquil S.A. contra la Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE). “*TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la L.A.M., la resolución que se dicte dentro de un expediente de Laudo Arbitral es inapelable, no es susceptible de recurso que no se encuentre establecido en dicha Ley; sin embargo, para defender a las partes de una posible indefensión, existe la acción de nulidad que debe observarse en las circunstancias que se encuentran establecidas en el precitado Cuerpo de Leyes y para resolver dicha acción, no se requiere analizar las causas de fondo ni emitir juicios de valor sobre el tema del Arbitraje, sino establecer si las normas están cumplidas de*

acuerdo al procedimiento en el desarrollo del Laudo que debe haber sido tramitado con legalidad y apreciando el trámite que corresponde, sin incurrir en violaciones que acarreen nulidad, debido a lo cual, si una de las partes estima ha sido afectada en sus derechos producto de algún hecho que se traduzca en indefensión proveniente de actos injustos, se produce nulidad y puede acceder a esta acción, pero de no existir indefensión ni actos procesales inadecuados que se adapten a lo prescrito en la Ley correspondiente o que violen la Constitución, no existe nulidad y sobre este hecho concreto es que corresponde analizar al Juez al que se recurre con la correspondiente Acción, quien debe resolver sin entrar a analizar los fundamentos en que se basa el Tribunal Arbitral al emitir un Laudo, ni tampoco pronunciarse sobre las pruebas aportadas por las partes ni valorarlas y teniendo como objetivo procurar el respeto y garantizar el debido proceso, siendo esa es la naturaleza de la acción de nulidad.”

Sentencia del Presidente Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 1 de marzo de 2011, las 15hs.15'. Laudo Arbitral Núm. 04 – 2010. Tribunal Arbitral compuesto por los Drs. Rafael Brigante Guerra, Carlos Manzur Sandoval y Santiago Velázquez Coello. Proceso arbitral Núm. 50-2008. *“SEXTO: Como lo sostiene la doctrina, la acción de nulidad tiene como antecedente necesario para su ejercicio, un fallo arbitral viciado por una cualquiera de las causales señaladas por el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y su objetivo es el de obtener una nueva resolución por la justicia ordinaria que invalide el laudo viciado. La acción de nulidad es un instrumento que permite el control del Estado respecto de la organización y desarrollo correcto del proceso arbitral, garantizando la seguridad jurídica para quienes acuden a solucionar sus controversias a través del arbitraje.”*

Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia, de 19 de octubre de 2009, las 10h35. laudo arbitral Drs. Galo García Carrión, María del Carmen Vidal Maspons y Jimmy Pazmiño Pareja, dentro del proceso arbitral Núm. 025–05 *“CUARTO: La doctrina arbitral es unánime cuando afirma que la acción de anulación del laudo sólo permite su control externo, es decir, de la forma del juicio de arbitraje o de sus garantías procesales, de donde se sigue que le está vedado al juez entrar a valorar elementos y hechos enjuiciados en la resolución... Consecuentemente no procede considerarla y se desechan de plano las alegaciones referentes a la parte sustancial o de fondo del laudo.”*

Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia 12 de julio de 2011, las 9h45. Laudo arbitral Dr. Rubén Morán Sarmiento, y abogados Aldo Márquez de la Plata y Luis Eduardo García Plaza, el 3 de diciembre de 2009, a las 09h00: Proceso No. 046 – 08. *“QUINTO: El pronunciamiento de esta Presidencia, debe circunscribirse a declarar si se ha producido o no, una de las causales de nulidad que en forma expresa señala el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, sin entrar a analizar lo principal de la contienda, ni los razonamientos jurídicos invocados por los árbitros en su pronunciamiento”*.

⁵⁹⁷ Vid.: SAP Barcelona 16ª 26 enero 1993. *“Los recurrentes han pretendido con su recurso de nulidad, plantear un auténtico recurso de apelación, lo que escapa totalmente a la función jurisdiccional de este Tribunal en este recurso; pues en nuestra doctrina, el TS siempre se ha pronunciado en el sentido de que no puede el Tribunal entrar en un estudio de las cuestiones sometidas a la decisión de un árbitro, como ocurre en la apelación de una resolución judicial, en donde el Tribunal examina ex novo todos los supuestos de hecho y de derecho que han llevado al enjuiciamiento y resolución de la primera instancia.”*

SAP Pontevedra 1ª 16 septiembre 2009 [JUR 2009, 436994]. *“En el presente caso la impugnante lo que en realidad pretende es una revisión del fondo de la cuestión al estar disconforme con lo resuelto por el árbitro. Lo que en definitiva pretende no es que la sala revise y se pronuncie sobre la problemática material o sustantiva existente entre las partes, y más concretamente si la parte impugnante ha de asumir o no unos determinados gastos para el caso de resolución de un contrato de compraventa, lo que no es posible desde el art. 41 LA, arrojando luz a tal fin el apartado octavo de la EM de la LA/2003 [...]. En consecuencia, no invocándose ni hallándose que el supuesto alegado pueda incardinarse en alguno de los tasados motivos de anulación recogidos en el art. 41,1º LA, procede desestimar la impugnación.”*

Afirma González de Cossío⁵⁹⁸, al analizar la acción de nulidad versus el recurso de apelación que: *“Existe una diferencia conceptual entre, por un lado, la apelación y, por el otro, los recursos existentes en relación con los laudos. Su diferente naturaleza obedece a que un recurso de apelación examina el fondo del laudo (es decir, tanto los hechos como el derecho) y el tribunal que realice dicha revisión tiene la facultad de confirmar, revocar o modificar el mismo. En los recursos de nulidad, reconocimiento y ejecución, el órgano competente tiene una jurisdicción limitada. Su nivel de análisis se limita a la determinación de la presencia de una de las causales de nulidad o no ejecución. El órgano que realiza esta revisión no determina la correcta determinación de los hechos ni la correcta aplicación del derecho. Únicamente decide si se ha presentado un vicio en la emisión del laudo que justifique su invalidación. El primer tipo de recurso (apelación) convierte al laudo en aún no obligatorio. El segundo tipo de recurso no afecta la obligatoriedad del laudo, a menos (y hasta) que sea procedente.”*

Plazo

El tiempo, para interponer la acción de nulidad se fija cuando el laudo arbitral se encuentra ejecutoriado, contrario a lo que ocurre con los recursos, que una vez ejecutoriados no se puede realizar actuación procesal alguna, entonces

SAP Madrid 12 22 marzo 2006 [AC 2006, 353] manifestando que *“cuando se solicite la anulación del laudo, no sea de pretender corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de elaboración, creando dificultades al móvil de paz que preside el arbitraje, y desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza en el mismo, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto, que la naturaleza del recurso no consiente.”*

SAP Murcia 4ª 28 marzo 2006 [JUR 2006, 131847] mencionando que: *“La LA/2003 ha configurado un recurso de anulación distinto y no equiparable a un recurso de apelación de plena cognición, que permita la revisión en segunda instancia de la decisión de los árbitros. Dicho recurso, dada su naturaleza jurídica, incide únicamente sobre la anulación del “laudo” por errores in procedendo, de modo que la cuestión de fondo o mejor su motivación, solo será atacada indirectamente en función de una posible anulación de contenido en todo caso garantista o en función de la inobservancia de las garantías que en la emisión del laudo deban observar los árbitros, en cuanto al respeto del orden público y a los puntos no sometidos a decisión arbitral.”*

⁵⁹⁸ González de Cossío, F. Arbitraje ..., ob. cit., Pág. 398.

por su naturaleza por no existir un recurso vertical, no procede la revisión de cómo ha sido la aplicación del derecho sustantivo en el caso cuyo laudo se somete a control de legalidad⁵⁹⁹.

La doctrina de los tribunales expuesta permite señalar que la acción de nulidad procede exclusivamente para apreciar, en su caso la comisión de vicios *in procedendo*⁶⁰⁰. Es, pues, limitado el contenido revisor de la jurisdicción ordinaria

⁵⁹⁹ Vid.: SAP Vizcaya 4ª 18 de Junio 1998 (AC 1998, 60820) con relación al control judicial del laudo arbitral, ha señalado: *“El control jurisdiccional en que consiste el recurso de anulación se concreta a la actuación de los árbitros in procediendo y no a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros, sobre todo cuando el arbitraje, como en este caso, lo fuere en equidad. La recurrente ha querido convertir, sin embargo, este procedimiento en una segunda instancia, cuando en el mismo no es posible revisar la controversia de fondo sino tan sólo la validez del laudo (...) No es eso lo que se plantea en este recurso, sino el que por qué no se anuló el contrato objeto de la controversia en atención a su duración... No puede este Tribunal entrar al análisis de lo razonado juicio emitido por el árbitro y el hecho de que la recurrente tan sólo pretenda esta (reafirmándose en ello en el acto de la vista, con su alusión a una posible cuestión prejudicial comunitaria, con lo que su desorientación en cuanto al ámbito del recurso de anulación de un laudo arbitral es patente), es causa suficiente para desestimar su pretensión.”*

⁶⁰⁰ Vid.: AAP Madrid 25ª 7 junio 2011 [JUR 2011, 291463] señaló que: *“la acción de anulación del laudo se configura como un remedio extraordinario, sui generis, con motivos tasados de corte casacional y restringido a efectuar un juicio externo o de control de la observancia en el procedimiento arbitral de las garantías formales; sin que abarque la adecuación jurídica del laudo a la normativa vigente ni la justicia intrínseca de su decisión. El control jurisdiccional que permite esta específica vía impugnatoria queda circunscrito a la observancia de las formalidades o principios esenciales establecidos por la ley en cuanto al convenio arbitral, el procedimiento arbitral y el laudo y a la preservación del orden público, como se plasma y queda recogido en los tasados motivos de nulidad que enumera el artículo 41.1 de la ley, cuya interpretación debe ser estricta, excluyendo cualquier otro que no se incardine en su ámbito (...). No se transfiere, por tanto a la Audiencia Provincial- órgano competente para conocer en única instancia dicha acción (artículos. 8.5 y 42.2)- la jurisdicción originaria exclusiva del árbitro, por lo que no cabe asimilar su alcance y contenido al recurso ordinario de apelación.”*

En sentido similar, la SAP Las Palmas de Gran Canaria 5ª 30 septiembre 2008 [JUR 2009, 135128] ha indicado que: *“la acción de anulación del laudo arbitral, prevista en los arts. 41 y ss. LA/2003, no transfiere a la Audiencia Provincial Competente para conocer la jurisdicción ordinaria del árbitro ni cabe por tanto asimilar su alcance ya contenido al recurso de apelación, pues la revisión que legitima esta específica vía impugnatoria es la propia de un juicio externo o de control de la observancia en el procedimiento arbitral de las garantías formales, sin que abarque la adecuación jurídica de auto ni la justicia intrínseca de su decisión. En suma a la audiencia le incumbe solo decidir la regularidad del proceso y la correcta observancia de los principios esenciales por los que ha de regirse como son los de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia y proscripción de cualquier situación de indefensión.”*

Igualmente, el A.AP de Barcelona, de 6 de mayo de 2003, señala que, el objeto del denominado recurso de anulación se limita a declarar la nulidad o la validez del laudo sin que en ningún caso pueda extenderse al conocimiento del litigio sometido a arbitraje. En el supuesto de declarar su nulidad total o parcial deberá someterse nuevamente a conocimiento de árbitros, salvo

al resolver la acción de anulación, limitándose a emitir un juicio externo acerca de la observancia de lo contenido, dejando sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, pero sin entrar en el fondo de la controversia sustraído el control de los tribunales justamente por el efecto por el efecto por el convenio arbitral en que las partes, por voluntad concorde han renunciado expresamente a someter sus divergencias a la jurisdicción civil ordinaria atribuyendo la resolución de las mismas a la arbitral a la que han de atenerse debiendo pasar por sus decisiones, ya que el recurso de anulación o la acción del mismo *nomen iuris* no confiere al tribunal la jurisdicción ordinaria exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisoría de juicio de equidad en sí mismo⁶⁰¹. En similar sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Alicante⁶⁰², en el sentido de que: *“El recurso de anulación no constituye un proceso hábil para obtener un pronunciamiento de fondo favorable a propósito de las cuestiones que fueron objeto del proceso arbitral, sino únicamente la privación de efectos del laudo dictado. No se trata, pues, de un recurso en sentido propio, sino de una acción rescisoria fundada en motivos tasados (numerus clausus) y orientada única y exclusivamente a obtener un pronunciamiento constitutivo: la creación de una situación nueva ya que a partir de la anulación un laudo que es firme, válido y ejecutivo desde que se dicta deja de serlo.”*.

Tras el análisis y configuración de la naturaleza jurídica de la acción de nulidad, cabe realizar una conceptualización de la misma en los términos que señala González de Cossío, al respecto ha dicho: *“Anular el laudo cuando se está*

que el motivo de impugnación sea la inexistencia de pacto arbitral o dé lugar a la nulidad del sometimiento a arbitraje o concluya la inarbitrabilidad de la materia litigiosa, en cuyo caso deberá plantearse *ex novo* la litis ante el Juez competente en sede de la Jurisdicción ordinaria.

⁶⁰¹ SAP de Madrid 10ª 12 mayo 2008 [JUR 2008, 214217]

En este sentido, igualmente, se ha manifestado la Corte Nacional de Justicia, Núm. 242-2007, 11 de julio de 2007, Latin American Telecom Inc. vs. Pacifictel S.A. (R.O. Suplemento 542, de 6 de marzo 2009); Sentencias de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, de 30 de junio de 2010, caso Jr. Security Cia. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A., de 20 de marzo de 2011, caso Empresa Pública Hidrotopi E.P. vs. Construtora Norberto Odebrecht y de 26 de abril de 2011, caso Primax Comercial del Ecuador S.A. vs. Lafarge Cementos S.A.

⁶⁰² SAP Alicante 8ª 26 noviembre 2008 [JUR 2009, 62774]

*en presencia de una de las causales de nulidad. De ser procedente, el laudo quedará sin efectos a partir de la fecha que así lo declare el juez competente, sujeto a los términos de la resolución de nulidad.*⁶⁰³.

Por su parte, respecto de la misma cuestión Marchán, afirma: *“Es pertinente anotar que esta no constituye un recurso sino acción bajo el derecho ecuatoriano, diferenciación trascendental que motivó la reforma de la L.A.M. en el año 2005 y el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia en el caso Latin American Telecom INC. versus Pacifictel S.A., en el que afirmó: “... quedó claro ... que la nulidad del laudo arbitral se persigue por medio de una acción y no de un recurso”. Esta distinción tiene relevancia en el derecho ecuatoriano porque los recursos normalmente son concebidos para que los tribunales superiores sustituyan las decisiones de cortes inferiores por la existencia de errores sustantivos o adjetivos propios de los procesos de la justicia ordinaria, mientras que la acción de nulidad de la L.A.M., tiene por única finalidad hacer un control a posteriori del laudo sobre la existencia de los presupuestos formales de validez*⁶⁰⁴.

Al tratarse de una acción autónoma, y no de un recurso⁶⁰⁵, no existe una relación de jerarquía entre el Tribunal Arbitral y la autoridad que debe resolver la

⁶⁰³ González de Cossío, Arbitraje..., ob. cit., Pág. 399.

⁶⁰⁴ Andrade Cadena X. y Marchan Maldonado J. M. “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2011. La cita hace referencia a la L.A.M., que contemplaba el “recurso de nulidad” y no la acción de nulidad, como lo hace actualmente.

⁶⁰⁵ Por un lado, autores que niegan la tipificación de recurso -Hinojosa Segovia sostiene se trata de una acción autónoma de impugnación, es un auténtico proceso y no puede ser incluido en la categoría de los recursos -El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales. Editorial de Derecho Reunidas. Madrid, 1991, Pág. 67; Álvarez Sánchez de Movellán entiende que estamos en presencia de un medio de impugnación y, en concreto, ante una acción de impugnación, por contraposición a lo que constituye un medio de gravamen -La Anulación del Laudo Arbitral y su impugnación Proceso Arbitral y ..., ob. cit., Pág. 27-; Loca Navarrete afirma que no existe técnicamente instancia procesal de recurso sino una demanda de anulación del laudo que sólo puede tramitarse por el procedimiento que la LA tipifica como «recurso de anulación» (Manual de Derecho de Arbitraje, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, Pág. 1152). También le niegan la calificación de recurso Porcellar Giménez (El Recurso de Anulación en la Ley 36/1988, de

acción de nulidad⁶⁰⁶, si resuelve un Juez de una Unidad Judicial Civil para resolver la apelación competente será, por jerarquía la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia, que jerárquicamente superior respecto del Juez que emitió la sentencia.

Se deberá de cuestionar entonces, si la acción de nulidad constituye o no un nuevo proceso, al respecto, corresponde continuar la revisión, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia respecto de la referida acción, a fin de comprender su particular naturaleza, su objeto y su procedibilidad⁶⁰⁷.

Respecto a que si se trata de un nuevo proceso, Salcedo Verduga, ha formulado la siguiente reflexión: *“El laudo dictado es el acto con el que concluye el*

Arbitraje», Tribunales de Justicia, núm. 3, 1999, Pág. 222); Llana Vicente, quien lo configura como “acción impugnativa autónoma” -El Recurso de Anulación contra Laudo Arbitral. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1859, 1999, Pág. 3880; Coullaut Santurtún –“Acción de Anulación del Laudo”. en Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003. –AA.VV. y Lozano, D., Coord.-, Editorial Thomson–Aranzadi, Navarra 2005, Pág. 384.

Mientras que lo tipifican como recurso: Barona Vilar (El recurso de anulación del laudo arbitral. Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. V, 1988-1989, Pág. 117); Ortíz Navacerrada (La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: Aspectos procesales. Actualidad Civil, vol. I, núm. 42, 1989, Pág. 151.

Por últimos, otros prefieren adoptar una posición más ecléctica: Mullerat sostiene que se trata de un recurso de apelación por motivos de nulidad (La Anulación del Laudo Arbitral. Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XI, 1995, Pág. 116). Para Cabanillas Sánchez se estaría en presencia de un medio de impugnación judicial con características especiales (De la Anulación del Laudo, op. cit., Pág. 739).

⁶⁰⁶ Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 22 de marzo de 2010, caso PETROINDUSTRIAL vs. Di - Chem del Ecuador S.A.,

⁶⁰⁷ Cfr.: ATS 1ª de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3105) afirma: *“El arbitraje está configurado como un medio para la solución extrajudicial de un conflicto que, precisamente por suponer una alternativa al proceso, no constituye una primera instancia, ni el laudo arbitral puede equipararse a la sentencia que dicta el juez de primera instancia tras la tramitación ordinaria del proceso, de ahí que sea imposible extender el ámbito de las resoluciones recurribles del art. 477.2º. LEC/2000, a las sentencias que dicta la AP en base a lo previsto en el art. 49.2ª. LA /1988. Evidentemente el recurso de anulación se prevé legalmente como un medio de impugnación de la decisión arbitral, sin constituir una segunda instancia judicial, por lo que la sentencia de la Audiencia no puede considerarse una resolución incardinable en el art. 477.2 LEC/2000, aparte de existir una explícita previsión de irrecurribilidad en el propio art. 49.2ª LA/1988, comprensiva tanto de medios de impugnación ordinarios como extraordinarios, que disipa toda duda sobre la imposibilidad del acceso a la casación, tratándose de un precepto sobre cuya vigencia ninguna discusión puede haber; al no oponerse ni ser incompatible con precepto alguno de la nueva LEC/2000 (cf. Disp. Derog. Única, ap. 3, LEC/2000), faltando una derogatoria expresa del mismo o su modificación (vid. Dips. Final octava LEC/2000).*

*proceso arbitral en cambio que la actividad que se despliega con posterioridad para determinar la validez o invalidez del laudo, es una actividad que se produce en sede judicial. En efecto, mediante la acción de nulidad se da inicio a un nuevo proceso, pero éste ya es de competencia y de conocimiento de un órgano judicial, concretamente de la Corte Superior de Justicia del Distrito del lugar donde se llevó a cabo el proceso arbitral.*⁶⁰⁸.

Forma

Con relación a la forma de interponer la acción de nulidad, de la lectura del artículo 31 de la L.A.M., puede llegarse a varias conclusiones, la primera es que la acción de nulidad se interponga ante el Tribunal Arbitral o Árbitro único que dictó el laudo, como ya se ha indicado, que la autoridad competente es el Presidente de la respectiva Sala de la Corte Provincial de Justicia, con la adecuación constitucional a la ya se ha hecho referencia; y que el término para interponer la acción es de diez días contados a partir de que el laudo arbitral se ejecutorió.

Y que, en el caso de España, el laudo dictado produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la L.E.Cv., para las sentencias firmes (artículo 43 de la L.A.)⁶⁰⁹. Así mismo que el órgano competente para conocer la acción de anulación del laudo será la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado (artículo 8.5 de la L.A.)⁶¹⁰. Y que el término para interponerla es dentro de los dos meses siguientes a la notificación del laudo o, en caso de que se haya

⁶⁰⁸ El Arbitraje..., ob. cit., Pág. 311.

⁶⁰⁹ Vid.: Hinojosa Segovia, R. Comentarios al artículo 43. en "Comentarios a la Ley ...", ob. cit. Págs. 568-571; Suárez Robledano, J. M. Comentario al artículo 43. En "Comentarios a la Ley ...", ob. cit., Págs. 991-1007.

⁶¹⁰ Vid.: Pérez del Blanco, G. La modificación de la competencia objetiva en la intervención judicial en el arbitraje. en "La Reforma de la Ley de Arbitraje ...", ob. cit., Págs. 291-305.

solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla (artículo 41.4 de la L.A.).⁶¹¹

Aunque de la lectura del artículo 31 de la L.A.M., que se está analizando, parecería ser claro el tiempo para interponer la acción, tanto en la doctrina como en la aplicación práctica del Arbitraje⁶¹² por parte de los Tribunales Arbitrales genera una inquietud fundamental, desde cuando corre término para interponer la acción, o para mayor claridad nuestra inquietud se orienta de determinar desde cuando el laudo arbitral se encuentra ejecutoriado a fin de contar los diez días para interponer la acción de nulidad, y que ésta no sea desechada por ser interpuesta o en forma extemporánea o en forma anticipada, con la consecuente afectación del derecho de las personas.

En relación con el plazo para la interposición de la acción de anulación, en la legislación española, el T.S.J. de Cataluña⁶¹³ ha señalado que: *“(…) Así las cosas, siendo el ejercicio [de la acción de anulación] en el plazo de dos meses un presupuesto legal de la acción de anulación instada (art. 41.1 LA/2003), que ha de sustanciarse por los causes del juicio verbal, como al principio se ha apuntado (art. 42.1 LA), la inobservancia de dicho presupuesto y la consiguiente caducidad de la acción, dado que desde el día siguiente a la notificación de la resolución denegatoria de la aclaración notificada- 4 de marzo 2011- hasta la presentación*

⁶¹¹ Vid.: SAP de Barcelona de 17 de junio de 2002 (Anuario de Justicia Alternativa núm. 3/2002, págs. 192 a 197) sostiene que el plazo para el ejercicio de la acción de rescisión del laudo no es un plazo procesal estricto sensu, sino un plazo civil, que no excluye por tanto de su cómputo los días inhábiles, y que conforme a lo dispuesto en los arts. 36.2 y 46.2 LA debe interponerse, en caso de haberse pedido aclaración del laudo, tras la resolución de dicha aclaración. Con ello omite el vigente texto legal abordar la cuestión suscitada por la sentencia que comentamos: ¿Cuál es el dies a quo en el supuesto de denegación tácita de la petición aclaratoria?. Y ello genera la referida inseguridad jurídica respecto de una cuestión tan relevante como es la concreción del momento a partir del cual deviene firme el laudo.

⁶¹² S. C.C.Ec., núm. 155–12–sep–cc, de 17 abril de 2012, caso 1037-10-ep Corte constitucional para el periodo de transición, hace un análisis claro acerca del tiempo para interponer una acción de nulidad luego de que las partes han interpuesto un recurso de aclaración y ampliación.

⁶¹³ Cfr.: STSJ Cataluña, núm. 35/2012, 4 junio 2012 - STSJ CAT 7529/2012-.

de la demanda que nos ocupa -27 octubre 2011- ha transcurrido con creces el término de dos meses legalmente establecido para el ejercicio de tal acción, debe conducir inexorablemente la desestimación de la pretensión actora, sin necesidad, ni oportunidad de analizar el fondo del asunto, como expresa la reciente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 21 septiembre 2011. Corolario de lo hasta aquí expuesto, es la desestimación de la demanda entablada por caducidad de la acción ejercitada.”.

El tema abordado ha motivado la intervención, en reiteradas ocasiones, de la C.C.Ec.⁶¹⁴, generando jurisprudencia vinculante respecto del tiempo para interponer la acción de nulidad. La C.C.Ec., analizó y resolvió, respecto al tiempo para interponer la acción de nulidad, y cuándo se entiende ejecutoriado el laudo arbitral, en la parte medular, fijando el criterio siguiente: *“La decisión que se impugna mediante la acción extraordinaria de protección, materia de este análisis es la providencia del 21 de junio de 2010, mediante la cual el Tribunal Arbitral resuelve no admitir a trámite la acción de nulidad presentada el 14 de mayo de 2010, por la parte demanda, por encontrarse del término legal para interponer la acción. La providencia mediante la cual el Tribunal negó las peticiones de aclaración y ampliación fue notificada a las partes el día 28 de abril del 2010. El*

⁶¹⁴ Sentencia, Núm. 155–12–SEP–CC, dictada el 17 de abril de 2012. Se pronuncia sobre una Acción Extraordinaria de Protección interpuesta por la señora Esmeralda Lossa de Rosillo, por sus propios derechos y por los que representa de la Compañía ROS & LO CIA. LTDA., Jorge Rosillo Lossa por los derechos que representa de la Compañía ROS & LO CIA. LTDA., y Jorge Rosillo Claudet, por sus propios derechos, la acción interpuesta es contra la providencia expedida el 21 de junio de 2010, dentro del arbitraje iniciado por el señor Rolando Jorge SimanSacir, ante el Tribunal Arbitral de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, conformado por los Drs. Jorge Wright Arosemena, Armando Serrano Carrión y Hernán Pérez Loose. La pretensión de las partes se concretó a lo siguiente: *“Por lo expuesto señores miembros de la Corte Constitucional. Sirva[n]se declarar la inconstitucionalidad del auto que inadmite la acción de nulidad dictado el 21 de junio del 2010 a las 15h41 y nuevamente confirmado el 30 de junio del 2010 por los doctores Corte Constitucional Hernán Pérez Loose, Jorge Wright Ycaza y Armando Serrano Carrión como miembros del Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, puesto que se ha violado el derecho a la tutela efectiva que comprende el deber de motivación como parte del derecho a la defensa y el debido proceso. Toda vez que la falta de motivación implica arbitrariedad, de por sí contraria al Derecho, y en virtud del tenor expreso del art. 76 n. 7 1) de la Constitución, sírvanse declarar la admisibilidad de la acción de nulidad, y disponer que se remita todo el expediente de Arbitraje No. 033-2007 al Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas para que sea esta autoridad quien conozca de nuestro reclamo planteado”.*

*Tribunal en la providencia ha dicho "... por lo que el término para interponer la acción en mención comenzó a transcurrir a partir del día siguiente hábil de la misma, habiendo vencido dicho término el miércoles 12 de mayo del 2010."*⁶¹⁵.

En la acción extraordinaria de protección, una de las primeras actuaciones que realiza la C.C.Ec., es delimitar el problema jurídico que debe resolver, a fin de concretarlo y resolver al respecto, el problema que se planteó la C.C.Ec. es determinar, cuándo se ejecutorió el laudo arbitral, y si la decisión que impugnan los accionantes efectivamente vulnera la prohibición constitucional de no sacrificar la justicia por la mera omisión de formalidades, que de haberse producido constituirían vulneración a varios derechos y garantías, como la seguridad jurídica, consagrados en la Constitución de la República.

El análisis de los fundamentos la C.C.Ec., lo hace con apoyatura en el C.P.Cv., norma supletoria en materia arbitral en el Ecuador conforme lo previsto legalmente, y dos resoluciones⁶¹⁶ expedidas por la ex Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia), que hacen referencia al día en que se produce la ejecutoria de una sentencia aplicando, en forma extensiva, tal criterio al laudo arbitral, por su naturaleza de poner fin a la controversia.

El análisis lo inicia con el artículo 306 del C.P.Cv.⁶¹⁷, respecto a cuándo debe entenderse legal y debidamente interpuestos los recursos⁶¹⁸. De

⁶¹⁵ Sentencia, Núm. 155-12-SEP-CC, de 17 de abril del 2012.

⁶¹⁶ Resolución. Núm. 303, publicada en el R.O., Núm. 34 de 26 de septiembre de 1998, que textualmente, en la parte pertinente, dispone: "... el decurso del término de apelar de la sentencia de primera instancia comenzó a partir de la notificación del auto... por el cual se negó la solicitud de ampliación de la sentencia...".

Y la Resolución, Núm. 115-966, publicada en el Suplemento del R.O. de 26 de mayo de 1997, que textualmente señala: "... a partir del día siguiente hábil de la notificación de esta última providencia [impugnación horizontal] comenzó el decurso del término para la interposición del recurso de casación ...".

⁶¹⁷ Artículo 306. "Los recursos propuestos dentro de los tres días siguientes a la última citación o notificación de una providencia, se tendrán por legal y oportunamente interpuestos, no obstante el hecho de presentarse solicitud de ampliación, reforma, aclaración o revocación de la providencia

conformidad con el artículo citado, los recursos se considerarán en debida forma legal y oportunamente interpuestos dentro de tres días contados a partir de la notificada la providencia de la que se pretende recurrir, o en los tres días posteriores luego de la notificación del auto que resuelve la concesión o negativa de la petición de ampliación o aclaración de la providencia o sentencia, salvo que en la ley se disponga un término diferente. Concretando este comentario al laudo arbitral se ha referido únicamente a los recursos horizontales de ampliación y aclaración. El término especial previsto en la ley para interponer la acción de nulidad, como se ha expuesto, es de diez días.

En relación con la cuestión del plazo, para interponer la acción de anulación, la Audiencia Provincial de Sevilla⁶¹⁹ manifestando que: *“De acuerdo al artículo 41.4 de la L.A., la acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación, o en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla, no siendo por tanto admisibles las demandas que se presenten fuera de ese plazo, en el caso de autos, consta que el laudo fue notificado el día 20 diciembre 2010 por lo que cuando se presenta la demanda el día 1 de marzo 2011 la misma se encontraba fuera de plazo.”*

Dos conclusiones obtiene la C.C.Ec., a partir del análisis de las Resoluciones 303 y 115-996, la primera es que la sentencia queda ejecutoriada a

recurrida, y sin perjuicio del derecho de las partes a interponer, también, cualquier recurso en los tres días posteriores a la notificación del auto que resuelva la preindicada solicitud, salvo lo que dispongan otras leyes ...”

⁶¹⁸ Artículo 79.6 del COGEP. *Para la interposición de recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito.*

Artículo 225: *a petición se podrá formular en la audiencia o en la diligencia en que se dicte la resolución. Si se trata de resolución dictada fuera de audiencia o de diligencia se formulará por escrito dentro del término de tres días siguientes a su notificación. (...) Si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos que procedan, correrán a partir del día siguiente al de su notificación.*

⁶¹⁹ AAP Sevilla 5ª 24 marzo 2011 [JUR 2011, 216439]

partir de la notificación de la absolución de los recursos de aclaración y ampliación, y que la decisión final de un proceso se ejecutoría posteriormente haber sido notificada la providencia mediante la cual el operador de justicia se pronuncia sobre la solicitud de ampliación y aclaración. Entonces concluye que conforme las normas procesales y reglas que rigen el proceso, la ejecutoria de un laudo arbitral se produce con la notificación que se realiza con la providencia que resuelve los recursos horizontales de aclaración y ampliación.

Con fundamento en lo expuesto, la C.C.Ec., resolvió que en el caso de análisis, no existía vulneración al debido proceso, por haberse alegado violación al derecho a la defensa, ni tampoco se había violentado la seguridad jurídica, puesto que la acción de nulidad, que el Tribunal Arbitral había desechado por extemporánea, efectivamente había sido interpuesta fuera de tiempo, por lo que el Tribunal conforme lo previsto en la ley que regula la materia estaba impedido legalmente de dar paso a la acción interpuesta.

Forma

Respecto de la forma de interponer la acción de nulidad, se deben hacer algunas reflexiones que parten de criterios ya expuestos en este trabajo al tratar en forma general sobre las nulidades procesales, se retomarán las ideas ya expuestas para sustentar el análisis de este tema, al amparo de la doctrina, la jurisprudencia y la ley, lo cual permitirá arribar a conclusiones respecto a esta compleja institución que permite hacer efectivo el control judicial del laudo arbitral.

La nulidad procesal, configurada como el efecto previsto en la ley por haberse violado una norma legal, permite comprender el alcance y la naturaleza

de tal acción. Ya ha sido expuesto que, para que el efecto de un incumplimiento, sea una nulidad, éste debe de estar expresamente previsto en la norma⁶²⁰.

La Audiencia Provincial de Madrid⁶²¹, manifestó que: *“El hecho de que la acción de anulación solo pueda fundarse en una serie de motivos legalmente tasados, los identificados en el artículo 41.1° LA, no impide que dada la generalidad de su formulación, puedan considerarse como causas de anulación supuestos no previstos expresamente en el precepto, pero que resulten subsumibles o deducibles de los relacionados en él. (Cuestión totalmente distinta de la posibilidad de ampliación del elenco de motivos anulatorios por vía de interpretación analógica, que ha de entenderse descartada).”*

La acción de nulidad es el mecanismo en virtud del cual se ejerce el control, por vía judicial del arbitraje, que se sustenta en la mínima y necesaria intervención de la justicia ordinaria y que solamente procede en caso de vicios *in procedendo*, es una autoridad judicial ejerciendo el control a la actuación de los árbitros. Al no tratarse de un recurso, al limitarse a una revisión del procedimiento, es preciso primero que la parte que interpone la acción de nulidad determine en forma clara y precisa en cuál de los motivos de nulidad, previstas en la normativa legal vigente fundamenta su acción, de no determinar la causal entonces la acción de nulidad deberá ser desechada⁶²².

⁶²⁰ Cfr.: Salcedo Verduga, E. El Arbitraje..., ob. cit. respecto a las nulidades procesales expuso: *“No hay nulidad sin ley específica que la establezca. Es la regla básica, que teniendo su origen y equivalente en la máxima francesa pas de nullite san texte, concreta el principio director de este presupuesto, llamado de especificidad o legalidad. No basta, entonces, que la ley prescriba una determinada formalidad par que su omisión o defecto origine la nulidad del acto o del procedimiento. Ella debe ser expresa, específica. Por esta razón las causales de nulidad de los actos procesales son limitadas, taxativas, puntuales solo aquellas y nada más que aquellas que han sido establecidas por la ley procesal.”* (Pág. 294).

⁶²¹ SAP Madrid 28ª 10 junio 2011 [JUR 2011, 256573]

⁶²² Vid.: Sentencia Presidente de la Corte Provincial del Guayas, 18 de mayo de 2011, las 10hs. 00. Acción de Nulidad FASTECHNICAL S.A., contra el laudo arbitral en el Proceso Núm. 08-2010. Conocida por el Presidente de la Corte Provincial del Guayas, en los considerandos del caso expuesto a continuación:“(...) CUARTO.- Es evidente pues, que el proponente de la acción de nulidad en el libelo que contiene la misma, divaga en forma genérica y confusa, sobre aspectos

Debe señalarse especial énfasis en algunos aspectos de la acción de nulidad, antes de analizar y exponer los motivos previstas en la Ley, por cuanto aun cuando la institución es relativamente nueva en el Ecuador, hasta la intervención de la C.C.Ec., el procedimiento a seguir para sustanciar ésta acción había sido de lo más accidentado, por decir lo menos, de la lectura del artículo 31 de la L.A.M., parecería que la forma de sustanciarla es de lo más clara, sin embargo ya se han puesto de manifiesto los inconvenientes presentados respecto al tiempo de interposición de la acción.

A efectos de conocer las dificultades prácticas presentadas en este tema, y de cómo se ha avanzado a una solución, que de alguna u otra forma ha generado uniformidad en los últimos años en el tratamiento de la acción de nulidad, se realiza algunas precisiones que se desprenden de la lectura y revisión del artículo 31 de la L.A.M.^{623 624}.

procesales y presuntas actuaciones indebidas e ilegales del árbitro que dicto el laudo, sin precisar concretamente en qué forma se infringió la ley o se apartó de alguna norma vigente. Todas estas afirmaciones dicen relación sobre la principal que es precisamente sobre lo que este Presidencia no tiene competencia para conocer. Así mismo, al no invocar una o unas puntuales causales de nulidad, el recurrente torna imposible que se pueda resolver sobre la pretensión de declarar nulo el laudo.”

⁶²³ I) La autoridad competente, resulta evidente que es el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del lugar donde se sustancia el arbitraje.

II) El Tribunal Arbitral (utilizándolo como término genérico) debe en el término de tres días remitir el expediente al Presidente de la Corte para que avoque conocimiento y resuelva.

III) El Presidente de la Corte Provincial tiene el término de treinta días para resolver la causa, contados desde que avocó conocimiento de la misma.

IV) La Acción de Nulidad presentada fuera de término se entenderá por no interpuesta, y como consecuencia será desechada (sentencia de la Corte Constitucional, caso Ross, antes expuesto).

V) Un aspecto importante que se desprende también de la lectura y revisión del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Medición, y que abona a la tesis que no se trata de un recurso sino de una verdadera acción, independiente de como la llamen las legislaciones, es que cualquiera de las partes puede interponer la acción de nulidad, aun la parte a quien el laudo arbitral le reconoce sus pretensiones podría interponerla por considerar que el contenido de la resolución vulnera el ordenamiento jurídico, y este es un mecanismo de control de legalidad.

VI) Es importante exponer que la interposición de la acción en análisis no suspende la ejecución del laudo.

El artículo 43 de la L.A., viene a establecer que el laudo firme produce los efectos de cosa juzgada, y frente a él solo cabe solicitar la revisión conforme lo establece la ley de enjuiciamiento civil, debiendo regirse la ejecución forzosa del laudo por lo dispuesto en la misma⁶²⁵.

Como se ha observado la única forma de impedir la ejecución del laudo es caucionando sus efectos, por el perjuicio que pudiere resultar, a quien habiendo obtenido un pronunciamiento favorable a su pretensión, tuviere que esperar el resultado de la acción para poder dar cumplimiento a lo resuelto, tomando en cuenta que en ocasiones en vías arbitrales se ventilarán temas que requieren una ejecución urgente como consecuencia de una norma o actuación de carácter comercial⁶²⁶.

Como se expuso en líneas anteriores, y consta expresado en forma clara en la L.A.M., la caución no es para garantizar un resultado, sino para asegurar los

VII) La ley dispone que para que se suspenda la ejecución del laudo arbitral deberá de presentarse una caución suficiente, la que deberá ser fijada por el Tribunal Arbitral, dentro de los tres días de interpuesta la acción.

⁶²⁴ Vid.: Salcedo Verduga, E. El Arbitraje: La Justicia Alternativa..., ob. cit., quien respecto a la ejecución del laudo, aun interpuesta la acción de nulidad, manifiesta: *“El cumplimiento anticipado del laudo, consiste fundamentalmente en que las resoluciones del fallo arbitral recurrido por vía de nulidad, deben ejecutarse no obstante la interposición de la acción de impugnación correspondiente. El efecto de incumplimiento anticipado de la acción de nulidad se ampara en la presunción de legalidad y acierto del laudo mientras la Corte Superior no decida lo contrario mediante un pronunciamiento definitivo. Es el llamado principio de conservación de los actos, que permite entender válido el laudo arbitral que no ha sido impugnado por la concurrencia de un vicio o defecto de los del artículo 31 de la LAM; por tanto, la caución se establece como una medida cautelar contra la temeridad del recurrente que pretende la nulidad del fallo arbitral sin fundamento jurídico.”*(Pág. 315).

⁶²⁵ AAP 9ª 6 junio 2011 [JUR 2011, [345418]

⁶²⁶ Vid.: Artículo 45 de la L.A.: *“Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo.*

1. El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución. (...).”

eventuales perjuicios que pudieren presentarse por la demora en ejecución del laudo arbitral, tiene como finalidad equilibrar la desigualdad que pudiere significar a quien resulta vencedor en la controversia de la espera de la resolución de la autoridad judicial, aunque la L.A.M., establece un término de treinta días para que el Presidente de la Corte Provincial de Justicia resuelva la acción de nulidad, no es menos cierto que, dado el alto grado de congestión de la justicia, este plazo resulta corto para resolver las acciones que se interpongan en esta materia.

Procediendo a seguir en materia de acción de nulidad, aunque el artículo 31 de la L.A.M., establece cuál es el procedimiento, en la práctica las ex Cortes Superiores (actuales Cortes Provinciales), han tenido criterios diferentes al tiempo de sustanciar la acción de nulidad, e interpretando el citado artículo han concluido que éste solamente establece la autoridad competente, el tiempo en que debe remitirse el expediente al Presidente de la Corte, y el tiempo en que debe pronunciarse ésta autoridad.

En el Ecuador, de forma indebida, se aplica la supletoriedad del C.P.Cv., para el procedimiento arbitral, lo que ha motivado que, los ex Presidentes de las Cortes Superiores consideren que, al no existir un procedimiento aplicable previsto por la ley, y con fundamento en tal supletoriedad, lo que procedía era la aplicación del artículo 59 de la norma procesal civil, que dispone que cuando una controversia judicial no tiene un trámite especial establecido para sustanciarla, ésta se ventilará en juicio ordinario⁶²⁷.

Entonces los Presidentes de la ex Corte Superior de Justicia, aplicaron a la acción de nulidad las normas del juicio ordinario, con lo cual, en una errada equivocación terminaron los beneficios, la ventaja y la celeridad del arbitraje, y lo transformaron en algo completamente complicado de realizar. Además lo más

⁶²⁷ Artículo 289 del COGEP. *Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación.*

grave es que se transformó la acción de nulidad en un juicio de conocimiento con actuación de pruebas, que permite confundir el alcance y objeto de ésta acción, recordemos que hemos expuesto que corresponde solamente a vicios *in procedendo*, es decir del procedimiento y no al fondo de la causa.

Respecto de lo expuesto es pertinente hacer una muy breve reflexión. Cuando existe una relación jurídica, una base contractual, es posible que se presenten incumplimiento, las partes deciden adoptar un mecanismo para solucionar sus conflictos, tienen dos básicamente abiertos, uno es la justicia ordinaria, con los formalismos, los recursos, la rigurosidad de los tiempos, con la congestión de la justicia, y la calidad de los jueces – que también incide en la tramitación y resolución de una causa -, y otra es acogerse a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, sean auto o heterocompositivos dependiendo de quién adopta la decisión en la solución de la controversia, que son mecanismos menos rigurosos, más flexibles, que permiten en ocasiones que sean las partes las que construyan las soluciones, o que seleccionen ellas el procedimiento para solucionarlas.

Se puede decir, además, que escoger o la justicia ordinaria o los mecanismos alternativos de solución de controversias, significa que al escoger uno se cierra la puerta que estaba abierta del otro mecanismo, y se aceptan las condiciones, particularidades y limitaciones de uno u otro. Entonces bajo este esquema de análisis, que es bastante práctico y realista, no es compatible ni que se aplique o exista la supletoriedad del C.P.Cv., que consagra la L.A.M., y menos aún que se pretenda aplicar el contenido del artículo 59 del mismo cuerpo adjetivo civil para resolver la controversia en el caso de una acción de nulidad.

Por lo que refiere a la legislación española el artículo 42 de L.A.⁶²⁸ remite para la sustanciación de la acción a los cauces del juicio verbal sin perjuicio de las siguientes especialidades:

a) La demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la L.E.Cv., acompañada de los documentos justificativos de su pretensión, del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor.

b) El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la demanda al demandado, para que conteste en el plazo de veinte días. En la contestación, acompañada de los documentos justificativos de su oposición, deberá proponer todos los medios de prueba de que intente valerse. De este escrito, y de los documentos que lo acompañan, se dará traslado al actor para que pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba.

c) Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, el letrado de la Administración de Justicia citará a la vista, si así lo solicitan las partes en sus escritos de demanda y contestación. Si en sus escritos no hubieren solicitado la celebración de vista, o cuando la única prueba propuesta sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o en el caso de los informes periciales no sea necesaria la ratificación, el Tribunal dictará sentencia, sin más trámite.

Frente a la sentencia que se dicte no cabrá recurso alguno⁶²⁹.

⁶²⁸ Vid.: Suárez Robledano, J. M. Comentarios al art. 42 de la L.A. en “Comentarios a la Ley ...”, ob. cit. Págs. 969-988; Hinojosa Segovia, R. Comentarios al art. 42 de la L.A. en “Comentarios a la Ley ...”, ob. cit., Págs. 556-568.

⁶²⁹ Vid.: ATS 1^a 15 noviembre 2005 [JUR 2006, 26635] señala “(...) A) como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los tribunales se circunscribe a

La acción de nulidad, es particularísima, excepcional con sus propias características, y como resulta evidente con un procedimiento que le es propio, señalado en el artículo 31 de la L.A.M., por expresa decisión de legislador.

Más allá de ser una verdadera injerencia de la justicia ordinaria en la convencional, y que genera complicaciones importantes a la institución arbitral, siguiendo esta línea de pensamiento resulta trascendente destacar el error, además por los recursos que se pueden interponer de las decisiones adoptadas por el Presidente de la Corte Provincial, al tiempo de resolver, porque si es un juicio

actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la ley reguladora de la institución (cf. Art. 7 LA). Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Para ello tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y mejor defensa, articulando el mecanismo de control y través de una única instancia procesal, que se sujeta a las reglas del juicio verbal, y cuya competencia se atribuye a las Audiencias Provinciales. B) Esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el art. 42.2º de la vigente ley de arbitraje, como también se hacía en el art. 49.2º de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dicte en el proceso sobre la anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal e satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo. C) paralelamente a lo anterior debe tenerse en cuenta que la LEC limita el recurso de casación a las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art.477.2º LEC), lo que excluye del recurso a las resoluciones, que como las dictadas en los juicios verbales sobre anulación de los laudos arbitrales, han sido dictadas en una única instancia, en la cual la intervención de las audiencias provinciales no se contrae a la revisión de lo resuelto en una anterior instancia, sino al examen primero y único de la pretensión anulatoria, por lo que no se trata de una segunda instancia judicial. Esta conclusión y la irrecurribilidad en casación de las sentencias que deciden las acciones de anulación de laudos arbitrales, ha sido plasmada en numerosos autos resolutorios de recurso de queja e inadmisión de recurso de casación dictados bajo de la LA/1998 (...) y debe mantenerse cuando se trata de recurrir en casación las sentencias dictadas en los procesos anulatorios sustanciados con arreglo a lo dispuesto en la Ley 60/2003. (...)

En el AAP Madrid 21ª 14 abril 2011 [JUR 2011, 226844] se señala que: “El artículo 44 LA/2003 (actual artículo 42) establece que la acción de anulación de laudo arbitral se sustanciará por los cauces del juicio verbal; y conforme a las normas que regulan los procesos declarativos, artículo 20 L.E.C., una de las formas de conclusión del proceso es mediante la renuncia o desistimiento de la actora.”

ordinario es susceptible de todos los recursos que se pudieren presentar en un juicio de conocimiento, correspondiendo apelación de la sentencia ante la respectiva Sala y porque no casación ante la Corte Nacional de Justicia; que habíamos dicho que no procedían del laudo arbitral.

En relación con la cuestión que se está tratando resulta relevante abordar la exposición y estudio del criterio, acogido por la Sentencia de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, en sentencia del Juicio Ordinario Laudo Arbitral Núm. 759–2009, en el sentido de que: *“5. a. La acción de nulidad del laudo arbitral es una acción autónoma e independiente reconocida y consagrada por la misma Ley de la materia, cuya finalidad es instaurar un proceso declarativo en sentido estricto sobre la validez o no del laudo, por aquellas causales fundadas legalmente, con lo cual, a través de esta acción de nulidad se garantiza principalmente el derecho constitucional a la Tutela Judicial efectiva, que sirve como instrumento de control de las actuaciones arbitrales, a fin de que no se incurra en el campo de las arbitrariedades o ilegalidades en perjuicio de los litigantes.”*

Es preciso, respecto de la sentencia citada, realizar algunas reflexiones:

i) El fallo de la Primera Sala es respecto de la sentencia dictada por el Presidente de la actual Corte Provincial de Justicia del Guayas, en el juicio de nulidad de laudo arbitral Núm. 13–2006, dictado por el Tribunal Arbitral⁶³⁰ dentro del proceso arbitral Núm. 025–05.

ii) El considerando segundo de la sentencia del Presidente de la Corte precisa:

⁶³⁰ Integrado por los Abogados Jimmy Pazmiño Pareja, María del Carmen Vidal Maspons y Dr. Galo García Carrión.

“No se aprecia omisión de solemnidad sustancial ni violación de trámite que pueda influir en la decisión de la causa; en consecuencia, se declara la validez de lo actuado. Se ha seguido la vía ordinaria en conformidad, con lo resuelto en el auto de nulidad dictado por la mayoría de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la extinguida Corte Suprema de Justicia, el 20 de agosto de 2007, a las 10h30, en el recurso de hecho al de casación interpuesto por PACIFICTEL de la sentencia dictada por el anterior Presidente de esta honorable Corte, auto mediante el cual se declaró la nulidad de todo lo actuado por considerarse que “al juicio de nulidad de laudo arbitral, se le ha dado un trámite sumario, que no está previsto en la ley, pues dado que ningún cuerpo legal establece el procedimiento en que debe sustanciarse la pretensión expuesta por la parte actora, por lo que acorde con el mencionado artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, debía ventilarse en juicio verbal sumario o de lato conocimiento ...”

Por error se hace referencia al juicio verbal sumario, cuando lo correcto es juicio ordinario.

iii) Esta sentencia, que motiva la apelación, abre la puerta a un procedimiento no determinado, con término de prueba y demás particularidades del juicio ordinario, posibilitando igualmente, la interposición del recurso, cerrado por no encuadrar el laudo en lo previsto en el artículo 2 de la Ley de Casación.

No procede el recurso de casación, ni siquiera en la apelación de la acción de nulidad, que si es aceptada por la doctrina⁶³¹, bajo el criterio que se trata de un proceso de carácter judicial que no tiene limitada legalmente la posibilidad de apelación, por lo que ésta es procedente, debiendo cumplir con el derecho a recurrir previsto constitucionalmente dentro del debido proceso. Así la limitación legal que existe para interponer recursos verticales al laudo arbitral, somos del criterio que extiende a la acción de nulidad, como mecanismo de control de legalidad del laudo arbitral. Por lo que para finalizar esta reflexión como autora de esta investigación me permito concluir que la apelación de la sentencia que expida la Corte Provincial de Justicia no es apelable, pues es un proceso de única instancia como el arbitraje

Igualmente, la sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en el Juicio Núm. 106–2007, adopta el mismo criterio equivocado de que no existía vía para sustanciar la acción de nulidad, aplicando lo previsto en el artículo 59 del C.P.Cv, señalando que:

“Esta falta de determinación del trámite que debe darse al proceso que se origina en la acción de nulidad del laudo arbitral, es suplida por el artículo 59 del C.P.Cv que señala: toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario,. En consecuencia, al no establecerse en la ley el procedimiento a seguirse frente a tales acciones, lo que corresponde por el mismo mandato de la ley, es su sustanciación en juicio ordinario, sin que pueda considerarse acertada la interpretación aquella por la cual, al señalarse un término de 30 días para que el Presidente de la Corte Superior de Justicia dicta la

⁶³¹ García Ascencios, F. Amparo versus Arbitraje. Improcedencia del amparo contra laudos arbitrales. Editorial Adrus, Lima, 2012, afirma que: “(...) solo si el laudo resulta anulado de forma total o parcial, entonces procederá interponer casación ante la sala de lo civil de la Corte Suprema, siendo esta una garantía irrenunciable para la parte a quien le anularon el laudo en la corte superior” (Pág. 69).

resolución correspondiente, dicha acción de nulidad merezca un trámite especial o sumarísimo, como podría pensarse, pues si esa hubiera sido la intención del legislador, expresamente así lo habría hecho constar

Por lo tanto, al haberse violado el trámite correspondiente a la naturaleza del asunto que se juzga, violación que ha influido en la decisión de la causa, y al ser dicha violación una cuestión de derecho público, que mira al orden público, de oficio se declara la nulidad de todo lo actuado a partir del decreto dictado por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil...”.

Parte, la resolución, parcialmente transcrita, del criterio equivocado de que no existe una vía para sustanciar la acción de nulidad, por lo que, considera, que es aplicable el artículo 59 del C.P.Cv., en función de la supletoriedad de la norma adjetiva civil, indebidamente consagrada en la L.A.M, al respecto en la presente investigación se es del criterio que sobre este aspecto la L.A.M debe ser revisada.

Los fallos, anteriormente expuesto, recogen la aplicación del artículo 59 ya citado para sustanciar el procedimiento de la acción de nulidad, sin embargo debe reconocerse que el criterio no era uniforme, en determinadas Cortes⁶³² los Presidentes acogían lo previsto en el artículo 31 de la L.A.M. y se limitaban a realizar las actuaciones, dentro de los plazos previsto en la referida norma.

En el año 2008, ocurre un hecho fundamental para superar las barreras que se impusieron al arbitraje con esta errónea aplicación del artículo 59 ya referido, y es que la C.C.Ec., para el periodo de transición, en este nuevo Estado

⁶³² Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (2008) resolución N° 0010-2009 (2009); Corte Nacional De Justicia. Sala De Lo Civil, Mercantil Y Familia, Resolución No. 54-11 (2009); Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, Resolución N° 0054-2011 (2011)

Constitucional de Derechos y Justicia⁶³³, se pronuncia respecto de una solicitud de inaplicabilidad del artículo 59 del C.P.Cv., dictada por el Dr. Patricio Carrillo Dávila, ex Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito.

Para comprender la importancia de este pronunciamiento debe retroceder a lo previsto en la C.P.R., en que entra a regir la Norma Suprema vigente hasta nuestros días, y explicar el cambio radical que ocurre con la nueva norma.

La Norma Suprema, vigente desde el año 1998, reconocía como sistema de control constitucional, en forma muy clara un sistema difuso, en donde existían jueces de instancia con potestades constitucionales, sin que exista un órgano central –concentrado–control constitucional; así cuando los jueces consideraban que una norma era inconstitucional procedían a inaplicarla en la causa que estaban conociendo, y debían informar al Tribunal Constitucional a fin de que éste resuelva sobre la constitucionalidad o no de la norma, pero dejaba de aplicarse al caso concreto. El Tribunal Constitucional procedía a realizar el examen de constitucionalidad de la norma, así si pasaba el examen no ocurría nada, la normas seguía aplicándose regularme, en cambio si no pasaba el examen de constitucionalidad, era expulsada del ordenamiento jurídico.

Este sistema cambió a partir del año 2008, cuando se estableció el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, caracterizado por un sistema de control constitucional concentrado, con la existencia de una Corte Constitucional, como máximo órgano de justicia constitucional en el Ecuador. Bajo esta nueva estructura cuando un Juez considere que una norma es contraria a la norma constitucional o a los tratados de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los reconocidos en la Constitución, sea de oficio o a petición de parte, deberá suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente a la

⁶³³ Corte Constitucional en Periodo de Transición, Caso Núm. 0008–2008 (R.O., núm. 605, del 4 de junio de 2009.

Corte Constitucional para que ésta se pronuncie. La Corte tendrá un plazo no mayor de cuarenta y cinco días para pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la norma. Un problema práctico que plantea este nuevo mecanismo de control constitucional es que no se establece que pasa con la norma si transcurridos los cuarenta y cinco días, o cual es la responsabilidad de la Corte por no pronunciarse en el término antes referido.

Debe reconocerse que respecto a la sentencia a la que se ha hecho referencia en líneas anteriores, y que permite superar los inconvenientes expuestos, que la Corte Constitucional para el período de transición, en forma acertada resuelve que el artículo 59 del C.P.Cv. no es aplicable, pero no porque el referido artículo sea inconstitucional, como manifestaba el Presidente de la Corte Superior de Quito, sino porque el procedimiento estaba determinado en el artículo 31 de la L.A.M., y que el referido artículo 59 cumplía una importante función a fin de garantizar el acceso a la justicia como parte de la tutela judicial efectiva, en materia procesal, en aquellos casos en que no está previsto por parte de la ley un procedimiento especial para sustanciar un proceso. En su resolución la C.C.Ec.⁶³⁴, para el período de transición concluyó:

*“Esta Corte advierte que el señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito incurre en una equivocación al considerar que el arbitraje y, concretamente, la acción de nulidad del laudo arbitral se ajustan a lo previsto en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, razón por la que declara su inaplicabilidad al caso y aplica el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. **Es verdad que el artículo adjetivo civil en cuestión no es aplicable al caso, pues la Ley de la materia establece un procedimiento especial, pero no porque sea inconstitucional, es decir, porque contraría principios de celeridad y eficacia en la***

⁶³⁴ Corte Constitucional en Período de Transición, Caso Núm. 0008–2008

administración de justicia, como garantizaba el artículo 192 de la Constitución Política de 1998 y el artículo 169 de la Constitución vigente que dispone: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

Previo al análisis de cada una de los motivos de la acción de nulidad procede analizar un aspecto que queda esbozado por la doctrina⁶³⁵, pero que es importante analizar para comprender la institución, y de ser necesario sustanciar en forma correcta la acción; este se refiere a si los motivos para interponer la acción de nulidad son o no taxativas. La respuesta es que efectivamente son taxativas, y que son *numerus clausus*, es decir no hay una cláusula abierta, constituyen un catálogo en el que el laudo deberá encuadrar para que proceda la acción, caso contrario no hay procedencia, aun cuando se considere que una determinada causa debería provocar la nulidad, si no está prevista en la ley no procede, recordemos nuestro análisis inicial sobre las nulidades procesales.

⁶³⁵ Ledesma Narváez, M. Jurisdicción y Arbitraje, 2ª edición, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010 señala que: "El control tampoco puede implicar una revisión formal exhaustiva, porque, como bien explica Dawson, lo que se requiere es buscar un equilibrio entre la finalidad del proceso arbitral y la necesidad de reservar al Poder Judicial una competencia de supervisión para corregir serias injusticias, lo que se denomina «condiciones mínimas que deben observarse en todo proceso arbitral» (1997: 206). Estas condiciones mínimas que controlen el exceso de poder de los árbitros deben limitarse a cuestiones fundamentales porque, de lo contrario, «las partes se encontrarían envueltas en penosos y dilatados trámites de apelación que el acuerdo arbitral apunta precisamente a eliminar». Como se aprecia, el legislador no ha querido abrir los métodos ordinarios de impugnación a las partes que se crean gravadas por una decisión arbitral. Si las partes han querido someterse a la decisión de un tercero no parece lógico que esa decisión pueda ser sometida a revisión por los tribunales jurisdiccionales. Por ello, debe afirmarse que a través del recurso de anulación no es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones, ya que no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir —exclusiva de los árbitros—. Esto se debe a que las partes han querido precisamente excluir a los tribunales de una intervención que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, precisamente, las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse." (Págs. 155-157).

En el caso Quasar Náutica Expedition S.A. versus Ocean Adventures S.A., el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha afirma, en el considerando décimo, señala: “Los motivos de nulidad se encuentran taxativamente establecidos en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.”⁶³⁶.

⁶³⁶ Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 25 de noviembre de 2009. El criterio mantenido por la sentencia citada es, igualmente, acogido por la sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, 18 de diciembre de 2012. Laudo Arbitral Núm. 03–2007 árbitros Ab. Wladimiro Álvarez Grau, Dr. Fernando González Williams y Ab. Alexandra Iza de Díaz. Arbitraje BANCO DE GUAYAQUIL S.A. y CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA (CAE) “CUARTO: La Acción de Nulidad está prevista en el art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, disposición que taxativamente señala los cinco casos en que procede la prenombrada Acción y que son cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía; o b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del Tribunal y este hecho impida o limite el derecho a la defensa de la parte; o c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; o d) El Laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos para hacer valer sus derechos.”.

Por su parte, la sentencia del Presidente de la Corte Provincial del Guayas 6 de julio de 2010, Laudo Arbitral Núm. 03–2010. Árbitros Drs. Cristian Castelblanco Zamora, Luis Cabezas Parrales, y Raúl Gómez Ordeñana. OIL SERVICES & SOLUTIONS S.A., OIL SERV y Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP sostiene que: “CUARTO: El artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece claramente cuáles son las causales por las que se puede declarar nulo un laudo arbitral. Usualmente son causales que se refieren a vicios formales de tales actos. La pretensión de Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP consiste en que se declare nulo el laudo, por no haber el mismo resuelto uno de los puntos sobre los que se trabó la litis, esto es, la resolución del contrato que las partes suscribieron y que fue materia del litigio. Entre las causales que la ley establece no se observa que exista una que le permita a los Presidentes de las Cortes Provinciales declarar la nulidad del laudo cuando el mismo no ha resuelto una de las pretensiones de las partes.”.

Igualmente, la sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas 27 de diciembre de 2012. Laudo Arbitral Núm. 08– 2012. Árbitros Abg. César Drouet Candell, Drs. Rubén Morán Sarmiento y Santiago Velázquez Coello. SERVICIOS HOSPITALARIOS S.A. ALBOTEOTÓN y R.DES SERVICIOS CORPORATIVOS CIA.LTDA mantiene que: “CUARTO: La acción de nulidad de laudo está prevista en el art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, disposición que taxativamente señala los cinco casos en que procede la prenombrada acción, además de las constitucionales, y que son cuando “a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía; o, b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y éste hecho impida o limite el derecho a la defensa de la parte; o, c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban probarse; o, d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas a 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”; por lo que le corresponde a este Juzgador analizar si la presente acción se encuadra en la precitada norma, para declarar su procedencia o negarla.”.

En el ámbito doctrinal es, igualmente mantenida la opinión de que los motivos de anulación se configuran como números clausus y, en este sentido se manifiesta Riaño Brun, manifestando que: *“Los motivos de anulación de laudo arbitral se encuentran recogido en el art. 41 de la Ley de Arbitraje, en una enumeración que es caracterizada como numerus clausus y que se encuentra referida exclusivamente a elementos formales relativos al desarrollo del procedimiento arbitral, descartándose (...) la posibilidad de una impugnación en cuanto al fondo. No puede entenderse de otra manera si se toma como punto de referencia el tenor literal del precepto (“el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación alegue y pruebe”) y la referencia efectuada en la propia exposición de motivos (“se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y o han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”), si bien el legislador no ha contribuido a proporcionar la debida claridad en la materia desde el momento en que la rotunda afirmación recogida en el art. 41 se ve desautorizada por el tibio pronunciamiento de la exposición de motivos, en que se abre la puerta a la posibilidad de que el contenido del laudo sea objeto de revisión judicial.”*⁶³⁷.

Finalmente, cabe referirse a la Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 19 de octubre de 2009, a las 10hs. 35. Laudo Arbitral Núm. 13 – 2006. Árbitros Abg. Jimmy Pazmiño Pareja, María del Carmen Vidal Maspons y Dr. Galo García Carrión. PACIFICTEL S.A. y NEGOCIOS Y TELEFONÍA S.A. NEDETEL que señala: *“Y, sin embargo, la revisión jurisdiccional que a través del recurso de anulación puede hacerse de la actividad del órgano arbitral, es muy limitada ya que el recurso no tiene por finalidad analizar la solución que el árbitro haya dado a la cuestión litigiosa... Esta limitación en el ámbito del recurso de anulación impidiendo que pueda controlarse judicialmente la decisión que el árbitro haya alcanzado en cuanto al fondo de la controversia, redundando en beneficio de la institución arbitral configurando una manifestación del principio del “favor arbitri”. Por su parte, el tratadista Fernando Mantilla-Serrano, en su obra “Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional”, señala: “... la posibilidad de anular un laudo, contemplada en la gran mayoría de las legislaciones modernas sobre arbitraje, no constituye un recurso en el sentido estricto. En la medida en que no se revisa el fondo de la decisión arbitral y, además, los motivos que prevé la ley son fijados taxativamente y se relacionan con defectos formales, sin permitir cuestionar ni la aplicación del derecho por los árbitros ni la valoración de los hechos y el análisis probatorio que éstos hayan hecho en su laudo ...”.*

⁶³⁷ Riaño Brun, I. I. El Arbitraje: una nueva perspectiva desde el derecho español y el derecho francés. 1ª Edición. Editorial La Ley, España, 2013, Págs. 248-249.

Para concluir este punto debe exponerse que no existe mayor discrepancia tanto en la doctrina como por la jurisprudencia respecto al carácter taxativo de los motivos para procedencia de la acción de nulidad prevista en la L.A.M.

Este mismo criterio es el acogido por la Audiencia Provincial de Barcelona⁶³⁸, manifestando que: *“... partiendo de que la base de que los motivos de anulación de laudo arbitral han de ser de carácter tasado y no han de permitir una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad, de oficio o solo a instancia de parte, se inspiran en la ley Modelo elaborada por la CNUDMI (...). La ley pretende con ello, de un lado que solo puedan invocarse dichos motivos legalmente establecidos y, de otro que, mediante el análisis de tales motivos, no se entre por la autoridad judicial en una revisión del fondo de la contienda sometida a arbitraje, salvo, claro está, la contravención al orden público en su caso.”*

Motivos

Seguidamente se pasa al analizar los motivos de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y español, al amparo de la doctrina y la jurisprudencia, al fin de comprender el sentido de cada una de ellas y determinar la actuación de la autoridad judicial a cargo del ejercicio de ésta acción.

Motivo primero: artículo 31 de la L.A.M.: 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.

⁶³⁸ SAP Barcelona 15ª 23 marzo 2006 [JUR 2006,241254]

Existen una serie de elementos para configurar la primera causal que prevé la L.A.M. que se desprenden de la lectura del mismo artículo, primero no debe de haberse citado legalmente con la demanda; segundo el juicio debe de haberse seguido y terminado en rebeldía; el tercer elemento es que la falta de citación haya impedido que el demandado ejerza el derecho de defensa; y, finalmente que al tiempo de intervenir en la controversia haya reclamado por tal omisión.

Esta primera causal tiene una directa vinculación con el debido proceso y dentro de este con el derecho a la defensa⁶³⁹.

Para obtener una definición de la citación es necesario revisar el artículo 73 del C.P.Cv., que la define como: “... *el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos.*”^{640 641}.

Porqué es importante la citación, cuál es su finalidad dentro del proceso, como para que su omisión haya sido sancionada con el efecto de la nulidad del laudo arbitral. La citación tiene como finalidad dar publicidad a cualquier solicitud o petición que se inicie contra una persona y cuyo resultado pudiere causarle una consecuencia. A través de la citación se permite que la persona, al tener conocimiento de las acciones iniciadas en su contra a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa, la citación es un acto procesal que está directamente vinculado con el debido proceso, previsto en el artículo 76.7. a), c) y d) de la C.Ec.,

⁶³⁹ Al respecto se tomará como referencia para análisis el C.P.Cv. y la Sentencia Núm. 055–13–SEP–CC de la Corte Constitucional del Ecuador expedida el 7 de agosto del 2013 en el caso Núm. 2192–11–EP.

⁶⁴⁰ Codificación 11, publicada en el R.O. Suplemento, núm. 58, de 12 de julio de 2005 contiene hasta la reforma de 24 de noviembre de 2011.

⁶⁴¹ Artículo 53 del COGEP. “*Citación. La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas. Se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador (...)*”

los que en su orden disponen que *“nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”*; el derecho a *“ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”*, y finalmente el *“ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”*.

A este respecto el artículo 41 de la L.A. prescribe que: *“(…) b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.”*⁶⁴².

Así también en el Ecuador se ha pronunciado respecto de la citación, la C.C.Ec.⁶⁴³, destacando la importancia procesal de la misma. La argumentación, acogida en el contenido de la sentencia del 5 de octubre de 2011, en la acción extraordinaria de protección interpuesta por el señor Germán Ernesto Ortega Luere, contra el Juez Quinto de Trabajo de Pichincha señala que:

“... una característica importante de todo proceso es la publicidad, que es el derecho que tienen las partes a estar debidamente informadas sobre las acciones seguidas en su contra y el estado en el que se encuentra su proceso, por lo que la citación, de conformidad con el artículo 73 del Código de Procedimiento Civil “(…) es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o el acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos”; entonces, la citación es el acto procesal por medio del cual se anuncia al demandado la sujeción al órgano jurisdiccional y la de convertir en litigio un derecho; en otras palabras, la

⁶⁴² Vid.: SAP Barcelona 15ª 13 marzo 2006 [AC 2006, 1947] señala *“(…) De los hechos anteriormente relatados no se desprende indefensión de clase alguna a la demandante. La misma fue citada con antelación suficiente para poderse defender como así lo hizo efectivamente por medio de letrado, el cual, en momento alguno, alegó en la vista oral desconocimiento del idioma, ni lo hizo tampoco la propia accionante en su primer escrito compareciendo en las actuaciones. El domicilio además al que se notificó fue el que constaba en el CMR. De ahí que se cumplieran en el citado procedimiento arbitral los requisitos prevenidos en los arts. 5 y 30 LA/2003.”*

⁶⁴³ Sentencia, Núm. 33–11– SE –CC, caso Núm. 0519–09– EP.

citación da comienzo a la litispendencia y esta constituye la relación la relación jurídico procesal.”.

En la sentencia, antes transcrita, la C.C.Ec., a efectos de configurar en debida forma los efectos de la citación⁶⁴⁴, ha establecido que este comprende una serie de supuestos, a saber:

a) “El que cualquiera de las partes procesales pueda exponer argumentos de hecho y de derecho para fundamentar sus pretensiones o excepciones; b) Ser oído oportunamente y en igualdad de condiciones; c) Estar presente en todas las diligencias procesales que se practiquen; d) Recibir la asistencia técnica de un abogado; e) Oportunidad para producir pruebas, que incluye el derecho a asegurarlas, aportarlas, contradecirlas, evacuarlas, que sean controladas, apreciadas y sean públicas; f) Presentar alegatos, informes u observaciones a todos los actos procesales realizados; g) Recurrir del fallo que le perjudique, que incluye el dererecho a recurrir de hecho cuando le es negado el recursos; así como presentar informes o pruebas en la medida que esto le sea permitido procesalmente.”.

Para que se configure el motivo no es suficiente que no se cite, es preciso además que el proceso se haya seguido y resuelto en rebeldía de la parte demandada, esto es que el demandando no haya comparecido al procedimiento arbitral en ninguna de sus etapas y haya hecho efectivo el derecho de la defensa; en el supuesto de comparecer al proceso y no reclamar por la falta de citación, sino que solamente hace efectivo sus derechos y contestar las pretensiones de la otra parte, no se configura la causal, sino que se convalida la nulidad que se hubiere podido producir.

⁶⁴⁴ Vid.: Bello Tabares, H. y Jiménez Ramos, D. Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales. Ediciones Paredes, Caracas 2009, Págs 362-363.

Respecto de la citación la C.C.Ec., dentro del mismo caso ha continuado fundamentando: *“Tal como lo señalamos anteriormente, la citación es un presupuesto procesal fundamental cuya omisión acarrea la nulidad del proceso debido a que su incumplimiento o su cumplimiento defectuoso vulneran el derecho a la defensa, pues limita el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa. De ahí que es obligación del juzgador tener la plena seguridad de que la citación se practique cumpliendo los parámetros legales establecidos.”*

Para finalizar nuestras reflexiones, respecto a esta causal de nulidad, corresponde señalar cuándo, conforme lo dispuesto por la C.C.Ec., se produce la citación en forma correcta, y cabe destacar que ésta es la que se realiza en el domicilio de la persona demandada; al menos, en el Ecuador, es una práctica reiterada el realizar la citación de las personas en los lugares de trabajo, como si las personas vivieran allí, en estos casos lo único que termina produciéndose es la nulidad del acto procesal y corresponde volver a actuar todo desde el momento de producirse la nulidad:

“(…) Debe entregarse personalmente al demandado la boleta que contenga copia de la demanda y providencias dispuestas, y de no poderlo hacer, se le debe dejar en su domicilio dicha boleta, pero en tres días distintos, procedimiento que va en contra de la sencillez, rapidez y eficacia de los procesos constitucionales, característica que, como se indicó, implica no permitir la indefensión, en este caso, del demandado, que al no tener la posibilidad de informarse se vería imposibilitado de concurrir al proceso en pos de su defensa. Entonces, para que la citación realizada dentro de un proceso constitucional surta efectos jurídicos, el/a juzgador/a deberá tener la plena seguridad de que, mediante el medio dispuesto y el lugar en donde se ha ordenado se realice. Objetivamente el/la demandado/a va a

*enterarse del proceso iniciado y por ende podrán comparecer al proceso a ejercer su defensa.*⁶⁴⁵.

En relación con la causal que se está analizando cabe reseñalar una sentencia del anterior Presidente de la ex Corte Superior de Quito, en el caso seguido por el Sr. Federico Arturo Pérez Molina vs. Programa de Protección Social, que concluyó con un laudo dictado por el tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.

En este caso los demandados alegaron que el Programa de Protección Social del anterior Ministerio de Bienestar Social nunca fue debidamente citado con la demanda, ya que en la fecha de citación, el funcionario que fue citado con la demanda no representaba legalmente a dicha entidad. Por esta razón alega que se causó indefensión al demandado y se configuró la causal de nulidad contenida en el literal a) del artículo 31 de la LAM.

La sentencia declara la nulidad del laudo en vista de que la demanda fue dirigida en contra del Programa de Protección Social, órgano adscrito al Ministerio de Bienestar Social, más no fue dirigida en contra del Estado ecuatoriano, a través Procurador General del Estado, conforme dispone la ley⁶⁴⁶.

El motivo de la indebida citación, contenida de forma expresa en el literal a) del artículo 31 de la L.A.M. ha sido apreciada y valorada bajo la concepción del derecho español, desde el tercer supuesto contenido en el artículo 41.1 b) de la L.A., en la cual a partir de las sentencias antes citadas, si puede apreciar que,

⁶⁴⁵ Corte Constitucional para el periodo de transición. Sentencia, Núm. 033-11-SEP-CC; caso Núm. 0519-09-Ep.

⁶⁴⁶ Cfr.: Marchán Maldonado, J. M., Pérez Bustamente & Ponce. La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en Ecuador -<http://www.latinarbitrationlaw.com/la-aplicaci-n-de-la-acci-n-de-nulidad-de-laudos-arbitrales-en-el-ecuador/>

aunque la L.A. no reconoce de forma expresa esta causal, como si pasa en la legislación ecuatoriana, se encuentra contenida en el último supuesto. Si se llegase producir una indebida citación que tuviera como consecuencia la indefensión del interesado, se podría alegar el motivo contenido en el tercer supuesto del artículo 41.1 b) de la L.A. que consiste en que por alguna razón no se ha podido hacer valer sus derechos, de acuerdo a la SAP Valencia 6ª 25 junio 2009, la citación es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y al omitirlo, se dejaría al interesado en una situación de indefensión⁶⁴⁷.

Por lo que se refiere a este motivo, reconocida expresa y directamente por la LAM, también puede ser alegada para activar la acción de anulación en el caso de España, por verse contenida, aunque no expresamente, en el tercer supuesto del art. 41.1 b) de la L.A.

Con relación al tema de la citación, la Audiencia Provincial de Valencia⁶⁴⁸ ha manifestado: *“Alega que la ahora impugnante (...) argumenta que la notificación de la demanda de arbitraje fue notificada al anciano padre del administrador de la mercantil que, según manifiesta, nunca comunico nada este último, y por ello ni tuvo conocimiento de la existencia de un procedimiento arbitral, ni de la designación de la designación de arbitro, ni de las actuaciones arbitrales, teniendo por primer a vez conocimiento del arbitraje por la prensa local en que se publicaba el resultado del laudo (...). Por ser los actos de comunicación elemento fundamental del núcleo esencial de la Tutela Judicial efectiva, cuando se omiten o se realizan de forma deficiente, frustrando la finalidad con ellos perseguida, colocan al interesado en una situación de indefensión lesiva del derecho de defensa (en este sentido, STC 16/1989).”*

⁶⁴⁷ Vid.: Fuerquet Monasterio, N. Las comunicaciones procesales. Editorial Atelier. Barcelona, 2005, Págs. 45-57.

⁶⁴⁸ SAP Valencia 6ª 25 junio 2009 [JUR 2009, 376527]

Por su parte, la Audiencia Provincial de A Coruña⁶⁴⁹, manifestó que: *“Lo fundamental del motivo de anulación del art. 41,1º b) es la indefensión, la cual no es meramente formal o hipotética sino real o material, pues en otro caso de trataría de meras irregularidades procedimentales in trascendencia invalidante. Y es principio general en materia procesal que las comunicaciones surtirán pleno efecto si su destinatario queda enterado y no denuncia los supuestos defectos en la primera comparencia (art. 166 LEC en relación al art.5 LA). Por otro lado no cabe pretender convertir una comunicación inicial en un a modo de manual explicativo del arbitraje. En el caso enjuiciado la demandante intervino con igualdad de armas y de derechos a lo largo del procedimiento en numerosas actuaciones, incluida la audiencia previa en cuestión y otras practicadas a presencia del Sr. Árbitro, las cuales vienen reseñadas en los antecedentes 2 al 10 del propio laudo, sin que conste protesta alguna sobre el motivo esgrimido.”*

El T.S.J., de la Comunidad de Valencia⁶⁵⁰ se ha reconocido que en el artículo 41.1 b) de la L.A., establece tres supuestos para invocar la acción de nulidad, basándose en esta causal:

- “1) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro*
- 2) Que no ha sido debidamente notificada de las actuaciones arbitrales o;*
- 3) Que no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.”*

Motivo segundo: artículo 31 de la L.A.M.: 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

⁶⁴⁹ SAP A Coruña 4ª 22 febrero 2007 [JUR 2007, 228595]

⁶⁵⁰ STSJ Comunidad Valenciana 1ª 18 mayo 2012 [RJ 2012, 8784]

La segunda causa de nulidad del laudo arbitral, al igual que la primera tiene relación con el derecho a la defensa, a manera de hacer efectivo el debido proceso, y se refiere igualmente a la publicidad que deben tener los actos procesales, ya no mediante la citación sino mediante la notificación de estos. Al respecto el segundo inciso del artículo 73 del C.P.Cv., señala que la notificación es “... el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez.”⁶⁵¹.

Es requisito esencial también de esta causa, que la falta de notificación haya impedido o limite el ejercicio del derecho a la defensa a la parte que la ha sufrido, en el caso de la notificación tanto la parte actora como la demandada se podrán ver afectadas, a diferencia de la causal anterior que solamente la parte demandada sufría el perjuicio. El efecto de la notificación es el mismo de la citación, la publicidad de los actos procesales, a fin de que la persona pueda hacer efectivos sus derechos ante la autoridad competente⁶⁵².

⁶⁵¹ Artículo 65 de la COGEP. *Notificación.- Es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, de otras personas o de quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento expedido por la o el juzgador, todas las providencias judiciales.*

Las providencias judiciales deberán notificarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su pronunciamiento. Su incumplimiento acarreará sanciones conforme con lo determinado en la ley.

⁶⁵² Vid.: STSJ Comunidad Valenciana CP 1ª 18 mayo 2012 [RJ 2012, 8784] Al respecto, con relación a lo previsto en el artículo 41.1 b) de la L.A. ha señalado: “(...)En este caso y dado que son tres las posibilidades recogidas por el art. 41.1 b) LA, se trataría de la segunda opción, es decir, de una notificación irregular de las actuaciones arbitrales y en tanto y en cuanto pudiera ser causante de indefensión. (...) Se precisaría además que la conducta activa u omisiva del árbitro genere una coyuntura de posible indefensión que para quien siendo parte del arbitraje resulte destinatario del acto de comunicación en cuestión. Y en este punto conviene llamar la atención sobre ciertos supuestos. Concretamente en aquellas hipótesis en que la persona defectuosamente notificada se dio por enterada y compareció en el procedimiento sin efectuar denuncia alguna al respecto; y, por lo que aquí y ahora importa, en aquellas otras en que la eliminación o disminución del derecho de defensa fue provocado por la propia gestión del interesado que, de modo consiente o por negligencia o falta de diligencia, se colocó en situación de indefensión”.

Por su parte, la SAP Madrid 18ª 17 diciembre 2008 [JUR 2009, 115506] afirma: “Pasando al examen de los motivos de nulidad contenidos en la solicitud de la actora, se alega en primer lugar, la causa recogida en el art. 41.1 b) LA, que establece como causa de nulidad que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha

La falta de notificación debe impedir al sujeto ejercer el derecho a la defensa, en forma total o al menos debe limitárselo, si se determina que no existe afectación a este derecho o que habría forma de haberlo ejercido, no se configura la segunda causal del artículo 31 de la L.A.M.

Sobre el supuesto antes expuesto, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid, haciendo referencia a que esta causal procede solo en el supuesto la falta de notificación provoque a la parte interesada estado de indefensión, bajo el siguiente análisis:

Motivo tercero: artículo 31 de la L.A.M.: 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.*

Este motivo, desde la concepción del derecho español, puede ser alegada también a partir del tercer supuesto contenido en el art. 41.1 b) de la L.A., es decir, por no poder hacer valer sus derechos, es decir en este caso quedar en indefensión, por no haber sido notificado de la convocatoria o no se le hubiere dado la oportunidad de practicar las pruebas necesarias de hechos que deban de notificarse.

podido por alguna razón hacer valer sus derecho, y se sostiene dicha causa de nulidad en el hecho de que el árbitro concediera una prórroga del plazo para consignar ante el órgano arbitral, la provisión de fondos para el ejercicio de la demanda reconvencional planteada en el laudo, lo que evidentemente no puede entenderse comprendido en le precepto antes citado, pero además tampoco puede entenderse que fuera una actuación ilícita del árbitro, puesto que el mismo tiene facultades para prorrogar plazos que no son esenciales, ni provocan indefensión a ninguna de las partes, el mero hecho de haber prorrogado el plazo de consignación no vulnera los derechos de la ahora solicitante de nulidad, ni le ha provocado indefensión alguna, por lo que y en consecuencia no puede determinar la nulidad del laudo.”

La prueba es, quizás, la parte más importante en cualquier proceso o procedimiento en que se ventilan y debaten los derechos de las partes. Si bien la debida y correcta configuración de la demanda y de la contestación va a determinar el marco en el que se desarrolle la *litis*, y bajo este esquema al no demandar o no contestar limita la pretensiones, pero no es menos cierto que se puede tener la razón, se puede litigar en forma “correcta”, sin embargo si no se logran probar las afirmaciones habrá que soportar el resultado adverso del proceso.

El avance del derecho probatorio, y la fuerza que el *onus probando* ha ido adoptando permite vincularlo en la actualidad a varios derechos fundamentales, la consecución del debido proceso⁶⁵³, o la realización de la tutela judicial efectiva⁶⁵⁴.

La prueba hace evidente la confrontación de las dos posturas presentes en todo proceso de carácter adversarial, sea que se ventile en la justicia ordinaria, como que se ventile en la justicia convencional. La clave todo proceso es la prueba, es que para que el operador de justicia pueda sustentar un resultado, arribar a él y fundamentar su resolución en éste debe de existir las pruebas. La ausencia de prueba conlleva al fracaso de la pretensión. Las pruebas constituyen el medio que permite vincular al hecho con el derecho, y de esta forma se produce la motivación.

Para Parra Quijano⁶⁵⁵, que realiza un análisis de los principios que inspiran la prueba, dentro del principio de la necesidad de la prueba, ha sostenido: “La

⁶⁵³ Vid.: Petit Guerra, L.A. El sistema de pruebas en el arbitraje desde la asunción del debido proceso como derecho fundamental. -<http://www.cedca.org.ve/documentos/Luis-Petit.pdf> (consultado el día 19 de abril de 2016)-.

⁶⁵⁴ Cfr.: Picó i Junoy, J. Las garantías constitucionales del ..., ob. cit., Págs. 50-59; Ruiz Jaramillo, L. B. El derecho a la prueba como derecho fundamental. <http://tesis.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/2259/1/EI%20derecho%20a%20la%20prueba%20como%20un%20derecho%20fundamental.pdf> (consultado el día 19 de abril de 2016); Pérez-Cruz Martín, A. J. Constitución y ..., ob. cit., Págs.

⁶⁵⁵ Manual de derecho probatorio..., ob. cit., Pág. 68.

prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia; ésta le puede servir para decretar pruebas de oficio, y entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez (artículos 174 C.P.C. y 232 C.P.P., Ley 600/2000).” De modo más preciso, puede afirmar que el objeto de la prueba hace referencia lo que se puede probar en el ámbito del proceso, con independencia de las concretas pretensiones y resistencias de las partes. Así concebido el objeto de la prueba se configuraría como una noción abstracta y puramente objetiva. En definitiva, podríamos concluir que el objeto de la prueba serían los hechos, o como sostiene un importante sector doctrinal⁶⁵⁶ las afirmaciones fácticas de las partes. Estas son definidas, por Canelutti⁶⁵⁷, señalando que la afirmación de un hecho es la posición de éste como presupuesto de la demanda dirigida al juez⁶⁵⁸.

De tal forma, la Corte Constitucional Colombiana⁶⁵⁹, respecto a la finalidad de la prueba, afirma:

“Para la Corte es claro que, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela.

⁶⁵⁶ Vid.: Montero Aroca, J. La prueba en el proceso civil. 3ª Ed. Editorial Civitas. Madrid, 2007, Págs. 52-54.

⁶⁵⁷ La prueba civil –Alcalá-Zamora y Castillo, N., trad.-. Buenos Aires, 2000, Pág. 7.

⁶⁵⁸ Cfr.: Seoane Spiegelberg, J. L. La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones. 2ª Edición. Editorial THOMSON-ARANZADI. Navarra, 2007, Pág. 165.

⁶⁵⁹ Cfr.: Sentencias T-329/96 (1996) y T-555/99 (1999)

La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que hay de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez, y distorsiona el fallo, el cual – contra su misma esencia- no plasma un dictado de justicia sino que, por lo contrario, lo quebranta (se debe tener en cuenta que para que proceda la acción de tutela se requiere que no exista ningún otro medio ordinario de defensa judicial. En proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, fallado en segunda instancia, por la Sección Tercera del Consejo de Estado).”

Una regla importante, respecto a las pruebas, es que éstas existen en la medida que existan hechos que probar, si no existen o si lo que hay que probar es derecho, no es procedente la apertura del término de prueba, sin embargo si ocurre en la práctica que los jueces, aun no existiendo hechos que probar deciden abrir el término probatorio, nada más para que no los acusen de vulnerar o violar el debido proceso al no conceder una etapa probatoria, sin embargo la regla procesalmente hablando es que si no hay prueba no tiene por qué abrirse la estación probatoria.

La prueba, debidamente actuada, es la peticionada, solicitada, despachada y actuada dentro del término de prueba, que como hemos visto en líneas anteriores en el arbitraje no está sometida a la rigurosidad de los días determinados en el C.P.Cv., sino que el tiempo de duración de la prueba lo fija el Tribunal Arbitral, luego de un análisis de la controversia, y de las pruebas a actuarse conforme el calendario provisional formulado en la audiencia de

sustanciación; sin embargo de lo expuesto existen pruebas que pueden realizarse fuera de la estación probatoria, tanto en primera o segunda instancia, dependiendo del juicio, como es la confesión judicial. Si la prueba se realiza fuera de la etapa de prueba carece de valor, perdiendo el efecto y la función que debe cumplir éste en el proceso.

La tendencia actual en materia probatoria es que el anuncio de las pruebas se debe de hacer al tiempo de presentar la demanda o de contestar la demanda, en el caso del Ecuador, en la justicia ordinaria, no se exigía el cumplimiento de este requisito, lo que hacía que algunas personas olvidando el principio de lealtad procesal dejaran la práctica de ciertas pruebas para el último día de actuación de las mismas fijando una estrategia procesal basada precisamente en el desconocimiento de la otra parte de la existencia o fundamento de una prueba, sin embargo con el COGEP, las reglas han cambiado al exigir la presentación de las pruebas en la demanda y contestación⁶⁶⁰.

⁶⁶⁰ Artículo 142. *Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá:*

1. *La designación de la o del juzgador ante quien se la propone.*
2. *Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.*
3. *El número del Registro Único de Contribuyentes en los casos que así se requiera.*
4. *Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce.*
5. *La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.*
6. *Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.*
7. *El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.*
8. *La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.*
9. *La pretensión clara y precisa que se exige.*
10. *La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento.*
11. *La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa.*

Por lo que se refiere a la legislación española, el artículo 29 de la L.A. prescribe que: “(…).Las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.”.

Como ya ha quedado señalado, en su momento, dentro de la sustanciación por audiencias en el arbitraje, en la audiencia de sustanciación, se realiza el calendario provisional de pruebas, para que durante el término probatorio se realicen todas las que hayan sido debidas y correctamente peticionadas por las partes; la notificación de la práctica de las pruebas, en forma definitiva se realizará dentro del respectivo término probatorio.

12. Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que la o el actor no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante la o el funcionario judicial correspondiente, quien sentará la respectiva razón.

13. Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso.

Artículo 151. Forma y contenido de la contestación. La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda.

La parte demandada deberá pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega.

Deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar.

En el término de tres días de calificada la contestación se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.

En materia de niñez y adolescencia, en el término de un día de calificada la contestación, se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de tres días podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.

Artículo 152. Anuncio de la prueba en la contestación. La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación.

A este efecto, se acompañará la nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares.

Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso

Las pruebas, que se solicitan, deben ser despachadas dentro del término correspondiente, y deben ser notificadas a las partes en ejercicio del derecho de defensa. Una vez ordenada una prueba debe ser realizada, debemos de tener presente que la parte que debe proporcionar la prueba debe dar las facilidades para la realización de ésta, si bien es obligación del juzgador disponer la prueba, es obligación de las partes permitir que éstas se realicen cumpliendo con las actuaciones procesales⁶⁶¹.

De la revisión del artículo 31 de la L.A.M., se observa que se configura por la concurrencia de cuatro elementos, a saber: deben existir hechos que deben probarse por lo que es procedente la apertura de un término probatorio, hemos analizado en líneas anteriores a que se refiere este elemento; debe el árbitro convocar la actuación de las pruebas; debe notificar la apertura del término probatorio; y, finalmente debe disponer que se actúen las pruebas.

Cuando el Presidente de la Corte Provincial de Justicia conoce de la acción de nulidad por este motivo, debe constatar la concurrencia de estos elementos, pues, caso contrario no procederá la estimación del motivo de anulación. La

⁶⁶¹ Artículo 164. *Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.*

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

Artículo 159. *Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario.*

La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.

Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código.

La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley.

autoridad que conoce de la acción de nulidad, está prohibida de entrar a valorar o analizar la valoración que el Tribunal le dio a la prueba, puede ser correcta o incorrecta, pero no le corresponde pronunciarse al respecto.

Un aspecto, que ha generado controversia, y que ha sido materia de pronunciamiento de operadores de justicia, en acciones de nulidad, bajo la causa tercera prevista en la Ley, es la facultad de disponer pruebas para mejor proveer –artículo 23 de la L.A.M. Las diligencias de mejor proveer, que son practicadas en el arbitraje, han suscitado una suerte de confusión, en ocasiones, por parte de los abogados de las partes, que quieren dar sustento a sus pretensiones o la falta probatoria precisamente en estas diligencias, al respecto debe señalarse el criterio sustentado por la ex Corte Suprema, al señalar que no es función del Tribunal Arbitral suplir la deficiencia probatoria de las partes⁶⁶².

Para ir concluyendo nuestro análisis, debe exponerse a que se circunscribe la misma, ésta se limita a determinar si se produjo o no la convocatoria a un término de prueba, existiendo hechos que probar; si convocado el término de prueba si fue notificada la convocatoria; si convocada y notificada si se practicaron las pruebas solicitadas, debiendo existir responsabilidad del Tribunal en su no realización y no negligencia de las partes en actuarlas. Como se expuso el Presidente de la Corte no podrá ni revisar la valoración, ni revisar el fondo determinando o no la congruencia de las pruebas con la materia de la controversia, solamente deberá constatar lo expuesto, la legalidad de la etapa⁶⁶³.

⁶⁶² Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 11 de abril de 2013. Laudo Arbitral Núm. 03–2013. Árbitros Abg. José Miguel García Baquerizo, Jorge Sicouret Lynch y Xavier Pino Amador Alerta Médica S.A. Amedsa Y Fiducia S.A. Administradora De Fondos Y Fideicomisos Mercantiles.

⁶⁶³ Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (2008). RESOLUCIÓN Núm. 0154-2010 (2010), *Esta Sala de Conjuceces considera que es pertinente mencionar que las partes han intentado que se discuta nuevamente el fondo del asunto, dentro del juicio de nulidad de laudo arbitral, o al menos han conducido sus argumentos en estrecha relación con los hechos acaecidos, cuando la competencia del Presidente de la Corte Provincial era simplemente conocer sobre la procedencia o no de la nulidad del laudo arbitral propuesta.*

Es criterio de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil que:

“QUINTO.- Incide también el accionante, en que se ha producido la causal de nulidad D del artículo 31 de la Ley de Arbitraje, sosteniendo que el examen pericial de los equipos y del sistema Amadeus era de vital importancia para la dilación del laudo. Se observa que en la sustanciación del proceso arbitral, si aparece solicitada y ordenada tal pericia, habiéndose en providencia, señalado en forma expresa que la parte que solicitaba la diligencia pericial tenía que dar las facilidades necesarias para que el Tribunal Arbitral y peritos pudieran efectuar el examen requerido. Consta del expediente arbitral que pese a que tal orden, la pericia no se realizó y los árbitros en su laudo señalan que tal cosa nunca ocurrió, porque nunca se dieron las facilidades requeridas. Obviamente que el proceso arbitral no podía quedar indefinidamente en suspenso por la falta de dicha diligencia lo que motivó a que el Tribunal Arbitral dictara su laudo con las pruebas que disponía, que según reza en la propia resolución arbitral lo constituían los contratos y convenios aceptados por las partes, así como los instrumentos que demostraban la forma como terminó la relación contractual por decisión de una de las partes. No toca a esta Presidencia pronunciarse sobre la valoración de la prueba arbitral, pero del examen del expediente, no se observa que se haya omitido en

Corte Constitucional. Número de caso: 0091-13-EP. Núm. de Sentencia: 081-13-SEP-CC (2013), La Corte Constitucional ante un acción extraordinaria de protección auto de la Corte Nacional de Justicia que inadmite el trámite del recurso de casación, el cual busca impugnar el auto dictado por Corte Provincial de Justicia del Guayas sobre la acción de nulidad interpuesta respecto de un laudo arbitral, se ha pronunciado al respecto, estableciendo respecto de la posibilidad de que un órgano de alzada conozca el fondo de la controversia, sobre el derecho constitucional a recurrir el fallo, que las partes al aceptar someterse al arbitraje, debido a la naturaleza de la materia, aceptan la impecabilidad de los laudos, por lo que no existe la posibilidad de que un órgano pudiese conocer el fondo del litigio en otra sede, so pena de desnaturalizar el arbitraje.

*perjuicio del recurrente o accionante en este caso, ninguna prueba suficiente para dictar la resolución ahora impugnada.*⁶⁶⁴.

Por su parte, la C.N.J., respecto de este motivo de nulidad⁶⁶⁵, señala que:

*“Resulta obvio que si la parte que debe hacerlo, no cumple con la exhibición ordenada pese a la multa que se le impone, el respectivo órgano jurisdiccional no puede detener el proceso, al contrario, le corresponde emitir su resolución prescindiendo de dicha prueba. Acogiendo la cita que LATIN AMERICA TELECOM INC. hace de la obra “El Arbitraje: La Justicia Alternativa” del Abg. Ernesto Salcedo Verduga, referente a la causal del literal c) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en cuanto a que: “Si las partes –por culpa no atribuida a negligencia de ellas– no han podido ofrecer ni producir pruebas durante el trámite del juicio arbitral a pesar de la existencia de hecho que deben justificarse, el laudo adolece de nulidad, porque los árbitros solo pueden resolver sobre la base de la pruebas ofrecidas y producidas por las partes”. (fs. 1692) (énfasis añadido), esta Sala establece que la omisión en la presentación o exhibición de los documentos que menciona LATIN AMERICA TELECOM INC. en su acción de nulidad del laudo, se debió, como lo menciona la propia compañía actora, a la negativa de PACIFICTEL .S.A por lo que al tenor de la cita transcrita, la no exhibición de la documentación mencionada, en la especie, **SI SE HABRÍA PRODUCIDO POR CULPA ATRIBUIDA A NEGLIGENCIA DE UNA DE LAS PARTES, (PACIFICTEL S.A.)** por lo que el laudo no adolece de la nulidad denunciada ...”*

⁶⁶⁴ Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 11 de abril de 2013. Laudo Arbitral Núm. 03–2013. Árbitros Abg. José Miguel García Baquerizo, Jorge Sicouret Lynch y Xavier Pino Amador ALERTA MÉDICA S.A. AMEDSA Y FIDUCIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS MERCANTILES.

⁶⁶⁵ Caso seguido entre Latín American Telecom INC. y PACIFICTEL S.A., R.O. Suplemento, Núm. 642, de 6 de marzo de 2009.

Por su parte, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas respecto de esta cuestión ha señalado:

“QUINTO.- Del análisis de los antecedentes se desprende que el recurrente basa su pedido de nulidad en el literal c) del art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación transcrito en el considerando que antecede, que en su parte pertinente hace referencia a que no se haya practicado las pruebas a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse, manifestando que el Tribunal Arbitral se contradice al mencionar que existe una deuda y luego rechazar la demanda. Al efecto se advierte que las pruebas solicitadas por la parte fueron practicadas y evacuadas conforme lo dispone la Ley, observándose que las pericias solicitadas y practicadas no pudieron determinar los valores pendientes que podían existir, por circunstancias atribuibles a las mismas partes, sobre todo a la parte actora que era sobre quien recaía la obligación de probar lo alegado, pero no presentó respaldos suficientes que determinen fehacientemente la deuda que dice tener a su favor, todo lo cual fue valorado por el Tribunal y que no es materia de la acción de nulidad de Laudo Arbitral, por lo que al haberse practicado las pruebas pedidas y no haberse determinado fundamento alguno para dar paso a las pretensiones de la parte actora, mal podría la Acción subjudice; y en cuanto al art. 23 de la Ley de la materia, la diligencia de mejor proveer es una potestad que se otorga a los árbitros, más no una obligación, peor aun cuando las partes han sido negligentes al momento de presentar las pruebas.”⁶⁶⁶.

⁶⁶⁶ Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 27 de diciembre de 2012, las 14h. 00. Laudo Arbitral Núm. 08– 2012. Árbitros Ab. César Drouet Candell Dr. Rubén Morán Sarmiento y Dr. Santiago Velázquez Coello. R.DES SERVICIOS CORPORATIVOS CIA. LTDA. y SERVICIOS HOSPITALARIOS S.A. ALBOTEOTON.

En relación con la prueba en el arbitraje español cabe traer a colación que el artículo 25.2 de la L.A. prescribe que: *“(...) A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.”*; así mismo el artículo 30.1 de la L.A. señala que: *“(...) Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito.”*.

Dichas previsiones normativas han sido interpretadas, entre otras, por la Audiencia Provincial de Madrid⁶⁶⁷, manifestando que:

“Lo que se está pidiendo por la demandante es que este Tribunal realice una nueva valoración de las periciales y otras pruebas que evidencien un error en la apreciación del árbitro, lo que es improcedente en un procedimiento de anulación de laudo arbitral, que no constituye una segunda instancia, y en el que está vedado el juicio sobre la valoración de la prueba, salvo los casos de denegación de justicia, arbitrariedad o vulneración de los principios constitucionales, que en este caso no se aprecian.”

Cabe, finalmente, hacer referencia al caso *Cuerpo de Ingenieros del Ejército vs. Hidrotambo*, encontramos una referencia interesante a que el "como" se haya desarrollado una determinada prueba, no constituye razón suficiente para sustentar una nulidad de un laudo arbitral. La sentencia en referencia sostuvo que: *"En este sentido, retomando lo expuesto en el numeral 2.1 de este considerando,*

⁶⁶⁷ SAP 13ª 24 mayo 2010 [JUR 2010, 322952]

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."

La sentencia, a juicio de Marchán Maldonado, Pérez Bustamante & Ponce *"... es positiva deja en responsabilidad de los árbitros la correcta realización de las pruebas pedidas por las partes y obviamente su valoración dentro del procedimiento. No le corresponde a la autoridad pronunciarse sobre la forma en la que se realizó la prueba, únicamente en caso de que la misma no se haya convocado o convocada no se la haya realizado."*⁶⁶⁸.

En parecidos términos se expresó la Audiencia Provincial de Madrid⁶⁶⁹, estableciendo que:

"No podemos olvidar que el laudo arbitral es definitivo, aunque impugnabile, y que el procedimiento judicial de anulación de laudos arbitrales no es equiparable a una segunda instancia jurisdiccional pues el contenido del laudo no es revisable judicialmente por ser el arbitraje un procedimiento ajeno a la jurisdicción y por ello, la acción de anulación no se transfiere a los tribunales de justicia la competencia originaria exclusiva propia de los árbitros (efectos positivo y negativo del convenio arbitral): la función jurisdiccional declarativa queda fuera de la propia acción porque las partes decidieron voluntariamente prescindir de ella, y por ello no se puede

⁶⁶⁸ La aplicación de la acción de nulidad ..., trab. cit.

⁶⁶⁹ SAP 20ª 28 enero 2011 [JUR 2011, 148163]

someter al tribunal cuestiones tales como la valoración de la prueba, o la aplicación o la interpretación de las normas jurídicas materias que son exclusiva competencia del árbitro. De ahí la flexibilidad en la práctica y documentación de la prueba.”.

En otra ocasión se pronunció la Audiencia Provincial de Vizcaya⁶⁷⁰, de la siguiente forma:

“La infracción de los principios de los principios de audiencia, contradicción e igualdad no se produce por la denegación de alguna de las pruebas propuestas por las partes, pues no existe un derecho constitucional a la admisión de todos los medios de prueba, y sí solo de la prueba que resulte útil y pertinente a los efectos del proceso, y de ahí que no se pueda entender vulnerado el art. 9 LOTT pues el precepto solo establece la obligación de admitir la prueba que el tribunal estime oportuna, luego si el Tribunal estima que la propuesta no es oportuna, la denegación de su práctica no supone la vulneración de ningún precepto constitucional. Además, las alegaciones de la recurrente no se ajustan a lo actuado en el procedimiento arbitral, pues conoció la documental propuesta por la contraparte tal como se evidencia en su demanda, y se incorporaron al procedimiento los documentos que ella aportó [...], teniendo pleno conocimiento de las alegaciones de la recurrida de las que se les dio traslado.”.

Motivo cuarto: artículo 31 de la L.A.M. d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.

⁶⁷⁰ SAP Vizcaya 4ª 20 mayo 2009 [JUR 2009, 344993]

Este motivo de nulidad comprende dos vicios procesales que son *ultra petita* y *extra petita*, por conceder más allá de lo peticionado o conceder cuestiones que no han sido materia de la *litis*.

Al respecto debe hacerse la siguiente reflexión, las pretensiones del actor constan en la demanda, al producirse la citación el demandado, de comparecer, deberá contestar la demanda y proponer excepciones respecto de lo peticionado por el demandante. Sobre la pretensión del actor y sobre la excepción del demandado es que se traba la *litis*, esto es sobre aquellos puntos que el juzgador deberá pronunciarse. Bajo este análisis la autoridad que dirime una controversia, sea jurisdicción ordinaria o convencional, está prohibido de excederse de tales límites, y debe someterse a aquellos puntos donde se trabó la *litis*, si resuelve más allá o fuera de en donde se trabó la *litis* comete los vicios a los que hemos hecho referencia en líneas anteriores.

Dada la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, en el Ecuador, debe concluirse que los principios que inspiran los procesos contenidos en el C.O.F.J. le son aplicables al arbitraje. La independencia e imparcialidad, propia de los juzgadores, igualmente es requisito indispensable en el arbitraje debe respetarse la igualdad de las partes, debiendo resolver siempre conforme a las pretensiones de las partes, con base en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, las normas de inferior jerarquía y los elementos probatorios aportados por las partes.

El criterio, sostenido por la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas ha mantenido que la incongruencia, como motivo de anulación debe entenderse en el tenor siguiente:

“En la especie, es necesario analizar, en primer lugar, si el laudo arbitral incurre en el vicio de nulidad consistente en conceder o resolver más allá de lo reclamado. Sobre este tema, el tratadista HUGO ALSINA ha manifestado: “La sentencia debe recaer sobre el objeto reclamado en la demanda. El Juez debe pronunciarse sobre todo lo que se le pide por las partes y nada más que sobre lo que se le pide (...) Por consiguiente sería nula la sentencia que acuerda más de lo pedido (ultra petita) o una cosa distinta a la demandada” (“TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL”, EDIAR, Soc. Anón. Buenos Aires, Tomo IV, p. 95). Como sabemos, ese vicio no solo se puede presentar en los laudos arbitrales, sino que también se puede manifestar en las sentencias emanadas de los órganos de la jurisdicción ordinaria, constituyendo en tal supuesto, una de las causales que permiten la presentación del recurso de casación. Al respecto, existen abundantes fallos de la Corte Nacional de Justicia que ratifican el criterio antes expuesto, así como señalan que para el análisis de la congruencia deben considerarse las tres manifestaciones procesales más significativas: para las partes, la demanda y su contestación, y para el juzgador, la sentencia o decisión final. Así, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia, ha manifestado: “El autor Humberto Murcia Ballén, en su obra La Casación Civil en Colombia dice: “De lo antes dicho podemos inferir, que el principio de congruencia o armonía del fallo se contrae a la necesidad de que este se encuentre en consonancia con las pretensiones deducidas por el demandante en la demanda, o en las demás oportunidades que la ley le ofrece para proponerlas, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieran sido invocadas por el demandado, si no se autoriza su declaración oficiosa. O sea que el juez en su sentencia, tiene que pronunciarse sobre todo lo que se ha pedido por los litigantes y solamente sobre lo demandado; pero, además su decisión no puede

fundarla sobre hechos que no están en debate”. (Obra La Casación Civil en Colombia, pág. 305, Sexta Edición, editorial Jurídica, Gustavo Ibáñez) ...“. En doctrina se llama CAUSAL POR INCONGRUENCIA GENERICA, porque consiste en que el fallo no concuerda o no coincide con la solicitud de las partes” (Sentencia dictada el 13 de febrero de 1997, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. Núm. 8. Pág. 2224). En el presente caso, las partes claramente delimitaron el objeto y ámbito de la litis sometida al Tribunal Arbitral... Incluso el antes descrito objeto del proceso arbitral fue expresamente acotado por el propio Tribunal Arbitral, como consta del Acta de Misión, que obra del expediente principal, en la que se expresa y resume el contenido de la litis, esto es, las pretensiones de la actora y las excepciones de los demandados..... Por consiguiente es claro que el Tribunal Arbitral ha concedido más de lo planteado por la parte demandada...⁶⁷¹.

Uno de los casos que más ha desarrollado esta causal es el caso PETROINDUSTRIAL vs. Di-Chem del Ecuador S.A., en el cual la Presidenta de la Corte Provincial de Pichincha señaló lo siguiente:

*"Esta 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"*⁶⁷².

La sentencia hace un análisis más detallado y señala que la incongruencia *extra petita* a su vez puede presentarse en los siguientes dos supuestos: *"i) Cuando el laudo recae sobre materias que no fueron contempladas en el laudo arbitral; de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto,*

⁶⁷¹ Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Guayas. Laudo arbitral proceso 09 – 2010. Laudo arbitral dictado por los Drs. Cristian Castelblanco Zamora, Jorge Alvear Macías y Santiago Velázquez Coello.

⁶⁷² Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 15 de noviembre de 2011.

como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados 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 recae 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”⁶⁷³.

En este caso la Presidenta de la Corte Provincial anuló el laudo emitido por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, alegando que los árbitros habían excedido el marco de sus atribuciones y resolvió sobre aspectos no pedidos por las partes.

Este, a juicio de la Presidenta de la Corte, el Tribunal vició de incongruencia *extra petita* su decisión al declarar que las cláusulas de aplicación de multas, contenidas en un contrato administrativo, eran *"ilegítimas por violar principios básicos de equidad y proporcionalidad"*.

Esta sentencia, afirman Marchán Maldonado, Pérez Bustamante & Ponce, “*...pone en evidencia un incorrecto entendimiento sobre la posibilidad de que exista arbitraje en contratos administrativos y sobre la facultad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre las consecuencias que la aplicación legal o ilegal de ciertas cláusulas puede tener en los contratos administrativos.*”⁶⁷⁴

Define Caivano⁶⁷⁵ al convenio arbitral como “*... el acuerdo de voluntades por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas*

⁶⁷³ Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 15 de noviembre de 2011.

⁶⁷⁴ La aplicación de la anulación de nulidad, trab. cit.

⁶⁷⁵ Control Judicial del Arbitraje..., ob. cit., Pág. 23.

controversias que hayan surgido o pueden surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o extracontractual...”. El Tribunal Arbitral tiene dos límites para resolver, el primero como se ha expuesto la traba de la *litis*, y el segundo la limitación propia que el convenio arbitral determina, si el arbitraje avanza más allá de lo previsto en el convenio carecería de competencia para hacerlo, el conocer y resolver sobre aspectos no sometidos al arbitraje aborda el complicado y complejo aspecto de la arbitrabilidad objetiva.

Conceder más allá de aquello en donde se trabó la *litis* constituye una vulneración a la igualdad de armas que caracteriza al arbitraje, violenta la imparcialidad que debe tener quien administra justicia en cualquier calidad que tenga, el resolver *extra* o *ultrapetita* significa adoptar una postura a favor de las partes.

Respecto de esta situación, Riaño Brun manifiesta que: “(...) *El fundamento último de la necesaria correspondencia entre el contenido de la resolución judicial y la petición formulada por las partes se encuentra en el principio de contradicción y más en concreto en la necesidad de evitar un pronunciamiento de condena cuyo contenido no haya podido ser rebatido- o argumentado – por la parte a la que se refiera el mismo; en lo que constituiría una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva.*”⁶⁷⁶.

Respecto a este punto González de Cossío⁶⁷⁷, respecto a este motivo de anulación ha señalado: “... *Se estará en presencia de lo que se conoce en el argot arbitral como un laudo “extra petita” o “ultra petita”. Si bien ambos se refieren, en esencia, al mismo fenómeno, puede hacer una pequeña distinción: mientras que en extra petita se refiere al caso en el que un tribunal arbitral ha*

⁶⁷⁶ El arbitraje: una nueva perspectiva desde ..., ob. cit., Pág. 257.

⁶⁷⁷ González de Cossío, F. Arbitraje ..., ob. cit., Pág. 421.

realizado actividades que exceden en su totalidad el ámbito de aplicación del acuerdo arbitral, ultra petita se refiere a situaciones en las que el tribunal comenzó sus labores dentro de los límites del acuerdo arbitral pero terminó por excederlos. Si bien la distinción es académica, lo que debe quedar claro es que las fronteras de la autoridad conferida al tribunal arbitral para resolver controversias son idénticas a los límites del acuerdo arbitral. A este concepto, también se le conoce como “arbitrabilidad privada”.”

El T.C., con relación al vicio de incongruencia procesal a reseñado que: *“el vicio de incongruencia entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos cosa de distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal”* (STC 216/2007, 8 de octubre).

Siendo los motivos del artículo 31 de la L.A.M. de carácter taxativo, así lo ha concluido tanto la doctrina⁶⁷⁸ y la jurisprudencia⁶⁷⁹, por lo que queda excluido otro

⁶⁷⁸ Marchán, J. M. La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador. Revista ecuatoriana de arbitraje, 2011, afirma que: *“... los motivos o causales para solicitar la anulación de un laudo se encuentran enumerados taxativamente en el art. 31 de la LAM, que incluye las siguientes irregularidades procesales: (a) falta de citación de la demanda a la parte demandada en un proceso que se siga y termine ex parte, siempre que ello haya limitado el derecho a la defensa de tal parte; (b) falta de notificación de las providencias del tribunal a las partes que limite o impida su derecho a la defensa; (c) falta de convocatoria, de notificación o de realización de pruebas a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse (...); (d) incongruencias extra o ultra petita; y, (e) constitución ilegal del tribunal arbitral”*. El mismo autor afirma que *“estas causales de anulación tienen dos características fundamentales: (i) son taxativas y (ii) se refieren a irregularidades adjetivas o errores in procedendo, mas no a irregularidades sustantivas o errores in judicando.”* (Págs. 17-30).

Así mismo, existen pronunciamientos de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en los que se manifiesta la taxatividad de las causales del 31 de la L.A.M.; tal y como lo expone la sentencia de 25 de noviembre del 2009, emitida por la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del proceso Núm. 89-2009 BL, Juicio Especial de Nulidad de Laudo Arbitral, señalando que *“... los motivos de nulidad se encuentran taxativamente establecidos en el Art. 31*

vicio, lo cual no resulta comprensible y consideramos debería revisarse su inclusión, y es cuando el laudo arbitral concede menos de las pretensiones de las partes, lo que se conoce como infra *petita*, por no estar expresamente determinado en el contenido del artículo 31 de la L.A.M, no estaría incluido y en el caso de presentarse no procedería la acción de nulidad.

La cuestión relativa a la incongruencia del laudo arbitral, es tratada por el artículo 41.1 de la L.A. disponiendo que: *“El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...) c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. En la legislación española tampoco se hace referencia, al vicio de congruencia infrapetita.”*

La Audiencia Provincial de Girona⁶⁸⁰, manifiesta que el verdadero motivo de nulidad lo basan los impugnantes en el llamado exceso de competencia por enjuiciamiento de cuestiones no sometidas a la decisión arbitral, el cual es un supuesto de exceso de jurisdicción, por violación de los límites de la eficacia obligacional del contrato litigioso, definidos en los artículos 1257 y 1258 C.Cv.

de la Ley de Arbitraje y Mediación, y a ellos debe contraerse la acción contra el laudo arbitral (...). Bajo la misma línea de pensamiento se pronunció al respecto la sentencia, de 15 de noviembre de 2011, emitida por la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del proceso Núm. 28-2011 BL, Juicio Especial de Nulidad de Laudo Arbitral

En el caso Cuerpo de Ingenieros del Ejército vs. Hidrotambo, mediante sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 15 de noviembre de 2011 se señaló: *“(...) 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 legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, más 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 (...)*”. Es decir, el pronunciamiento sobre las causales de nulidad establecidas y restringidas del art. 31 de la LAM

Esta línea fue ratificada por las Sentencias de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 23 de agosto de 2011, caso Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable; de 30 de agosto de 2011, caso Saneamiento EPMAPS vs. Consorcio Bigdig S.A. y Asociados, South Garden S.A. y de 27 de septiembre de 2011, caso Southgarden vs. E.G. Hill Company Inc; Timesharing S.A. vs. Florencio Agustín Monserrate López.

⁶⁸⁰ SAP Girona de 17 de noviembre de 2004.

No obstante de lo antedicho, en España se reconoce a la incongruencia omisiva, manifestando la Audiencias Provincial de Madrid⁶⁸¹, que se produce cuando los árbitros dejan sin resolver puntos que les han sido sometidos, no constituye causa de anulación; la omisión puede ser subsanada mediante complemento del laudo (artículo 39.1 de la L.A.) y puede dar lugar a exigencia de responsabilidad de los árbitros, pero no es causa de anulación prevista en el artículo 41.1 c) de la L.A., que solo prevé la incongruencia *extra* o *ultrapetita*.

Si se denuncia la incongruencia de una sentencia, ha de ponerse en relación el fallo de esta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más o menos o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de derecho constitutivos de su ratio, no con los que contienen meros *obiter dicta*⁶⁸².

Motivo quinto: del artículo 31 LAM e) *Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.*

La legislación española contempla, en el artículo 41.1 de la L.A., que: “(...) d) *la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.*”

No se discute que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que aunque tiene su origen en la autonomía de la voluntad, en algunas legislaciones se reconoce su carácter jurisdiccional al encontrarse reconocido y

⁶⁸¹ SAP Madrid 14ª 15 septiembre 2008 [JUR 2008, 382560]

⁶⁸² AAP Madrid 12ª 5 mayo 2010 [JUR 2010, 252915]

regulado por una Ley, que tiene origen en la función pública ejercida por el Estado a través del Poder Legislativo. La primera fuente para definir el procedimiento arbitral a seguir es el previsto en el convenio arbitral, con las limitaciones ya expuestas, luego será lo previsto en la Ley y dependiendo de que se trate de un arbitraje administrado será el Reglamento del Centro de Arbitraje⁶⁸³.

Con fundamento en la autonomía de la voluntad, las partes en el convenio arbitral están facultadas para crear un procedimiento pudiendo en el convenio establecerse cómo se integrará el Tribunal Arbitral. La autonomía de la voluntad se hace evidente en el convenio arbitral siendo, como hemos dicho, que permita que nazca la jurisdicción convencional y es la que dota de competencia al Tribunal Arbitral.

En el convenio se dispone la forma de conformación del Tribunal Arbitral, pudiendo estar compuesto por un Tribunal de cinco o tres árbitros, o un árbitro único, con sus respectivos alternos. La regla general es el Tribunal Arbitral de tres árbitros y un alterno, que es la opción de la ley. Consideramos que si es un Tribunal de tres árbitros para evitar dificultades deben existir tres alternos, para suplencia de los principales en caso de falta temporal o definitiva. En tal caso habrá que estar a lo previsto en el convenio, y ante el silencio de éste a lo previsto en la Ley.

⁶⁸³ García Ascencios, F. Amparo versus Arbitraje. Improcedencia del amparo contra laudos arbitrales. Editorial Adrus, Lima, 2012, señala que: *“Se ha contextualizado al arbitraje como un mecanismo heterocompositivo, garantista, y esencialmente voluntario, donde las partes someten una o más controversias sobre materias de libre disposición, con el objeto de que sean resueltas por un tercero o terceros, denominados arbitro o tribunal arbitral que gozan de independencia e imparcialidad. El arbitraje hoy ha logrado consolidarse como una opción atractiva de resolución de conflictos, producto de sus múltiples ventajas frente al clásico Poder Judicial, como son la celeridad, especialidad, simplicidad, confianza, confidencialidad, única instancia y ejecución inmediata del laudo. (...) La naturaleza del arbitraje es la autonomía privada, pues está en la voluntad de las partes ir a un proceso arbitral y, de esta manera, someterse a todos los principios y reglas de esta vía alternativa de resolución de controversias (...)”* (Pág. 69).

El quinto motivo de anulación, previsto en el artículo 31 de la L.A.M., tiene una aplicación limitada, al no cumplimiento de lo previsto en el convenio arbitral para la designación del Tribunal Arbitral o la designación de un árbitro único. O cuando tratándose de arbitraje en derecho el árbitro debe ser abogado, y la designación recae en una persona que tiene una profesión diferente; en los casos expuestos se configura ésta causa de nulidad del laudo arbitral.

Una breve reflexión antes de terminar el análisis de este motivo es que si el arbitraje nace del convenio, los límites están previstos en el mismo, y en forma supletoria lo que dice la ley; por lo que la atención, cumplimiento y adecuación al convenio arbitral es parte de la jurisdicción arbitral.

Recuerda Ponce Martínez que: *“La otra causa de nulidad del laudo relacionada con el acuerdo de arbitraje es la que en la constitución del tribunal se haya violado el convenio de las partes. La práctica más común en los acuerdos de arbitraje en el Ecuador, desde la vigencia de la LAM ha sido dejar a las normas del centro que conduzca el arbitraje administrado el mecanismo de designación de árbitros y de constitución del tribunal. Una de las formas alternativas que se ha usado en convenios de arbitraje ha sido la tradicional de que cada parte designe un árbitro y el tercero sea designado por los dos árbitros. En ocasiones se ha añadido que, de no haber acuerdo entre los dos árbitros, el tercero sea designado bien por un juez o notario o bien por el director de uno de los centros de arbitraje. Si estas estipulaciones son vulneradas o alteradas el laudo sería nulo. Este aspecto también debe ser considerado, pues, en la audiencia de sustanciación los árbitros, cuando exista duda acerca de la integración del tribunal. Más aún, en esa diligencia, con consulta de las partes puede sanearse cualquier defectuosa integración del tribunal, si es que ellas consienten y afirman que el tribunal se ha integrado de acuerdo con lo convenido por ellas.”*⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ Caivano, R. J., “La cláusula arbitral ...”, ob. cit., Pág. 456.

Para concluir el análisis respecto del control de legalidad en el arbitraje, procede revisar que ocurre una vez que el Presidente de la Corte Provincial de Justicia se ha dictado sentencia, existen algunas situaciones que se pueden presentar, si el Presidente de la Corte ratifica el laudo arbitral y desestima la acción de nulidad, entonces procederá a cumplirse el laudo arbitral, de estar suspendida su ejecución y se devuelve la garantía.

Puede también ocurrir que se admita la acción de nulidad, ésta opción puede ser compleja, dado que puede admitirse parcial o totalmente la acción. La inquietud es que pasa con ese laudo arbitral que no pasó el control de legalidad porque efectivamente se violó el procedimiento y se encuadró en lo previsto en una de los motivos de la Ley. La L.A.M., nada dispone respecto a estas dos situaciones, resultando imprescindible que, una posterior reforma o revisión de la ley debería recoger este aspecto, y regular, de forma clara, los efectos de la acción de nulidad.

Pese a que nada se dispone en la L.A.M. parece razonable señalar que, el efecto de estimación de la acción de nulidad por parte del Presidente de la Corte Provincial de Justicia, en el ámbito de su competencia, depende del motivo de anulación, correspondiendo o iniciar un nuevo arbitraje o recurrir a la justicia ordinaria; como resulta evidente no existe un único resultado en este importante tema, y, como se indicó, nada dispone la ley al respecto; lo expuesto tomando en consideración que la jurisdicción de la que están investidos los árbitros fenece una vez que se cumplió con el cometido y se dictó el laudo, y no “podrá” reactivarse con motivo de una acción de nulidad. Lamentablemente esto queda o en el ámbito de la doctrina o en el campo de reflexiones para una propuesta normativa.

Uno de los casos más paradigmáticos sobre este aspecto, fue el resuelto por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, cuando anuló el laudo arbitral dictado en el caso Quasar Nautica Expeditions S.A. vs. Oceanadventures S.A., en vista de que uno de los árbitros no estuvo en el país cuando se dictó y firmó el laudo arbitral. De la sentencia, es importante resaltar los siguientes razonamientos:

"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 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."

Los recurrentes ampararon la nulidad en la causal contenida en el literal d) del artículo 31 de la L.A.M., más no en el literal e) del referido artículo, y pese a esto la Sala dio paso a la nulidad que no fue expresamente alegada. Es decir la causal específicamente alegada tiene que ver con nulidad por incongruencia *extra o ultra petita* más no por incorrecta o ilegal integración del Tribunal Arbitral, lo que a juicio de Marchán Maldonado, Pérez Bustamante & Ponce *"... debió ameritar que la acción de nulidad sea rechazada por improcedente. Cualquier nulidad debe ser expresamente alegada y así resuelta por las Cortes, más no pueden los magistrados declarar la nulidad de laudos arbitrales por razones ajenas a las alegadas por las partes."*⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ La aplicación de la acción de anulación ..., trab. cit.,

En relación con la cuestión planteada, la opción plasmada en el artículo 65 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República de Perú, que se encuentra vigente desde el 1 de septiembre de 2008, referido a los efectos de la acción de nulidad, resulta pertinente tomarla de referencia a la hora de proceder la reforma de la L.A.M. en orden a permitir concluir lo iniciado correctamente respecto a la acción materia de análisis.

Las opciones, plasmadas en el citado artículo de la Ley de Arbitraje y Mediación de la Republica de Perú son:

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

- a. Si el laudo se anula por la causal prevista, en el inciso a. del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.**

El motivo, a la que se refiere este artículo, textualmente dispone *“sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe.”*

Esta letra a), que no está recogida en la legislación ecuatoriana, debería incluirse con motivo de la acción de nulidad, e incorporar el caso en que el convenio arbitral es nulo, anulable, inválido o ineficaz, debiendo la parte que alega probar su afirmación. Si, efectivamente, fuera así entonces deberá recurrirse a la justicia ordinaria, salvo que las partes volvieran a pactar resolver la controversia en arbitraje, pudiendo el acuerdo de voluntades modificar lo previsto en el articulado.

Dicho motivo de anulación, aparece recogido en el artículo 41.1.a) de la L.A., que textualmente dispone: *“Que el convenio arbitral no existe o no es válido”*

El motivo citado ha sido interpretado por la Audiencia Provincial de Madrid se ha pronunciado en los términos siguientes:

“Entre las causas de anulación del laudo esta la nulidad de del convenio arbitral y, en ese caso, la acción de anulación trasciende al ámbito privado de la sumisión al arbitraje para ser objeto de enjuiciamiento, comprensivo de su eficacia, esencia y subsistencia, y además se hace con jurisdicción plena, porque lo que se revisa en ese supuesto no es la adecuación del laudo a una serie de principios básicos; se revisa el pronunciamiento del árbitro sobre la validez de la cláusula que sustenta sus poderes, y en ese tal caso, la anulación es un auténtico recursos de apelación.”⁶⁸⁶.

b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

Este motivo, contemplado en la letra b) del artículo 63 se refiere a que una de las partes no ha sido notificada con el nombramiento del árbitro o con una o varias actuaciones arbitrales que resultan trascendentes. Con mejor redacción o con algunos elementos adicionales, este motivo aparece previsto en el artículo 31.b) de la L.A.M. La solución que da la Ley de Arbitraje peruana es que se reanude la actividad del Tribunal, desde donde se produjo la nulidad.

Como ya se ha manifestado con anterioridad, también se encuentra planteado este motivo en el artículo 41.1.b) de la L.A., que establece: *“b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las*

⁶⁸⁶SAP Madrid 14ª 24 enero 2008 [JUR 2008, 98427]

actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.”

Concordante con el apartado 2 del mismo artículo que dispone que la alegación de este motivo de anulación de laudo podrá ser apreciada por el tribunal que conozca de la acción de anulación, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.

c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

El artículo 63.1.c) de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República de Perú, se refiere a la forma de composición del tribunal arbitral, o cuando la actuación del tribunal no se ajusta al acuerdo entre las partes o al reglamento aplicable, salvo que el acuerdo esté en conflicto con lo previsto en la norma. El artículo prevé dos consecuencias, o bien se pueden designar nuevos árbitros o bien, en su defecto, el Tribunal continuará sustanciando desde donde se produjo la nulidad.

d. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

El artículo 63.1.d) de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República de Perú se refiere a vicios *extra petita*, es decir cuando se resuelve sobre materias que no están contempladas en el arbitraje, este motivo está previsto en el artículo 31.d) de la L.A.M. Este motivo viene referido a dos situaciones diferentes, la primera comprende la hipótesis de que la materia no está cubierta por el convenio arbitral podrá iniciarse un nuevo arbitraje, mientras que, en cambio si la materia no pudiese resolverse en arbitraje habrá de recurrirse a la justicia ordinaria.

La L.A., en su artículo 41.1.c) dispone que: *“los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.”*. La consecuencia de la estimación de dicho motivo de anulación se establece en el artículo 41.3 de la L.A. que dispone: *“la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros, siempre que puedan separarse de las demás (...).”*⁶⁸⁷.

e. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.

Este motivo se refiere a que se haya resuelto en arbitraje materias que no se pueden someter a este mecanismo. Es preciso recordar que tanto en arbitraje nacional como internacional, para que una controversia se someta a arbitraje es

⁶⁸⁷ Vid.: STS 1ª 2 julio 2007 [RJ 2007, 3916] señala que: *“La AP, al anular el laudo lo hizo por la causa prevista en el art. 45.4º (actual 41.1 c.) según la cual debe declararse la nulidad del laudo “cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En esos casos la anulación afectara solo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de de arbitraje. Siempre que los mismos tengan sustantividad propia o no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal”. De este precepto se infiere que el laudo anulado parcialmente por incongruencia permite el acceso a la vía judicial respecto de la cuestión excluida por la sentencia de anulación (según se desprende implícitamente de la STS 23 mayo 2002 [RJ 2002, 6420] [240, 263]). A su vez la anulación total del laudo por incongruencia en uno de sus pronunciamientos implica que la cuestión principal está indisolublemente unida a la cuestión que es objeto del pronunciamiento anulado y, por ende que el conflicto en su conjunto, excede del ámbito del convenio arbitral y solo puede ser planteado ante la jurisprudencia ordinaria.(...)”*.

preciso que la materia sea transigible, es decir arbitrabilidad objetiva. Si no cumple con esta condición no podrá someterse a arbitraje. Resulta lógico, en este caso, que a quien corresponde conocer y resolver la controversia sea la justicia ordinaria.

Este motivo, tras el análisis realizado respecto del artículo 31 de la LAM, se puede apreciar que en la legislación ecuatoriana no consta como posible motivo para invocar la nulidad del laudo.

Sin embargo, al igual que en Perú, en España este motivo forma parte de los supuestos establecidos, de forma taxativa en el artículo 41.1.e) de la L.A., para poder acudir al control judicial del laudo por medio de la acción de anulación del laudo. En este caso, se prevé la consecuencia de la procedencia de la invocación del referido motivo, establecida en el art. 41.3 *“la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones (...) no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás”*.

f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del numeral 1 del artículo 63, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

El motivo previsto en el artículo 63.g) Ley de Arbitraje y Mediación de la Republica de Perú, contemplada en la legislación ecuatoriana, debiéndose ser incorporada la hipótesis de que, el laudo fuera dictado fuera de plazo. El artículo 65 propone dos formas de solucionar el tema, la primera con un nuevo arbitraje, o

que la Corte Superior (en nuestro caso Corte Provincial), decida en única instancia el fondo de la controversia.

Respecto de este motivo, a pesar de que tampoco es reconocida expresamente en la L.A., el motivo de la acción de anulación, contemplado en el artículo 41 d) dispone que: *“(...) el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.”*.

Manifiesta Riaño Brun, respecto del análisis de este motivo, que se pueden observar dos criterios diferentes con respecto a considerar si la expedición extemporánea del laudo es o no causal de nulidad, y expresa: *“(...) Por un lado, se encontraban aquellas sentencias que se mostraban favorables a considerar como motivo de anulación la extemporaneidad del laudo, basando sus argumentos en que ‘el laudo debía dictarse dentro del tiempo, porque es el lapso durante el cual las partes voluntariamente, renuncian al ejercicio jurisdiccional de la acción orientada a dilucidar sus diferencias, y dotan de facultades decisorias a los árbitros; pasando el plazo cesa la potestad de los árbitros por haber rebasado el límite, y se vicia de nulidad cualquier actividad arbitral extemporánea’.* Llegando a hablar a este respecto de la naturaleza resolutoria del plazo, cuyo incumplimiento llevaba consigo la extinción del convenio y la consecuente pérdida por parte de los árbitros de su función *“jurisdiccional”*.(...). En este sentido pueden citarse sin ánimo de exhaustividad la SAP de las Palmas N° 52/2007 de 13 de febrero de 2007.

Por otro lado, y frente a la posición adoptada a favor de la anulación del laudo, se situaban otras series de pronunciamientos judiciales que combinaban el carácter numerus clausus de la enumeración recogida por el art. 37 de la naturaleza dispositiva de la norma para sostener que ‘la falta de previsión legal de

ese concreto motivo de anulación releg este defecto (dictar el laudo fuera de plazo) al rango de intrascendente, de forma que no podrá pretenderse su anulación con base en el mismo. Así lo entiende la SAP Madrid N° 23/2009. (...).⁶⁸⁸.

3. Control de constitucionalidad.

Para abordar el tema del control de constitucionalidad y el arbitraje hay que remitirse a las características del Estado Constitucional de Derechos y Justicia que rige en el Ecuador desde el año 2008, donde la sobre interpretación constitucional y la influencia de la norma suprema en diferentes aspectos de la vida social y política resultan preponderantes. En la aplicación de la sobre interpretación constitucional es posible que se realicen interpretaciones extensivas de la Constitución, con la finalidad de aplicarla en forma correcta y conforme lo determinado en la misma norma como un todo orgánico; a partir de esta característica se pueden extraer normas implícitas, irradia a las actividades de la sociedad, regulando todas y cada una de las situaciones jurídicas que se presentan en la sociedad en la que rige.

Como consecuencia de este importante cambio la C.C.Ec., en reemplazo del Congreso Nacional, pasa a ser el intérprete auténtico de la Constitución, y, además, a ser el máximo órgano en materia de administración de justicia constitucional.

⁶⁸⁸ Reflexiones en torno a la acción de anulación del laudo arbitral y los motivos que la justifican, en Pérez Moriones A, Riaño Brun I., Mestrot, M.. (editores), El Arbitraje: una perspectiva desde el Derecho Español y el Derecho Francés., Editorial La Ley, Madrid, 2013, Pág. 262.

Aunque la propia C.C.Ec. así lo ha señalado en jurisprudencia de carácter vinculante⁶⁸⁹, y aunque existe un órgano de control constitucional concentrado, respecto del control constitucional la doctrina, en el Ecuador, no hay un criterio uniforme, puesto que se sostiene que no existe un sistema de control constitucional concentrado, en forma absoluta, puesto que existen una serie de actores como jueces de primera y segunda instancia, la Defensoría del Pueblo, entre otros que tienen a su cargo velar por la supremacía y cumplimiento de la norma constitucional. Se hace preciso recordar el contenido del artículo 426 de la Constitución que dispone que todas las personas, las autoridades e instituciones se encuentren sujetas a la norma constitucional.

El Estado Constitucional caracterizado por el reconocimiento, tutela y garantía de los derechos fundamentales ha significado, la introducción de diferentes tipos de garantías, entre ellas las jurisdiccionales, de entre las que destaca la acción extraordinaria de protección, contemplada en la norma suprema⁶⁹⁰, y desarrollada en la LOGJCC⁶⁹¹ en virtud de la cual se ejerce el control concreto de constitucionalidad en lo referente a las actuaciones judiciales.

Un cambio importante es la introducción de la acción antes indicada, ya que con la estructura, prevista en la C.P.R., se reconocía la acción de amparo constitucional, y expresamente estaba excluida de ésta las providencias y resoluciones judiciales. Bajo el nuevo esquema las actuaciones de las funciones

⁶⁸⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 034-13-SCN-CC, caso 0561-12-CN (Juez Cuarto del Trabajo del Guayas en el caso de solicitud de medidas cautelares realizada por la Compañía Exportadora Bananera Noboa S.A. (R.O. Primer Suplemento Núm. 42 de 23 de julio del 2013).

⁶⁹⁰ Vid.: Artículo 94. *“La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.”*

⁶⁹¹ Artículo 58. *“La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”.*

del Estado se encuentran sujetas al control de constitucionalidad, de diferente naturaleza sea abstracto o concreto, ya que sus actuaciones deben apegarse a las disposiciones de la norma suprema.

En esta línea de pensamiento, que parece absoluta, surge el interrogante de si el laudo arbitral está sometido al control de constitucionalidad concreto, a través de la acción extraordinaria de protección. Una primera respuesta parecería apuntar a que el laudo arbitral es susceptible de control de constitucionalidad; si queda excluido significaría que la supremacía constitucional admite excepciones y que existe entonces una situación real de instituciones, personas que se encuentran excluidas del control de constitucionalidad.

Si bien, en la práctica, el control de constitucionalidad se está llevando adelante, y las sentencias dictadas por la C.C.Ec., que tienen que ver con alegaciones vulneración de derechos protegidos por la Constitución, han sido ya citadas, no es menos cierto que si revisa el contenido de los artículos 94 y 437 de la C.Ec., que se refieren a la acción extraordinaria de protección, y a las actuaciones judiciales que pueden ser impugnadas en ésta acción para control de constitucionalidad se puede observar que los laudos arbitrales, ni una expresión que signifique o comprenda el laudo está contemplada en las normas constitucionales.

Y más aún una forma de obtener interpretación auténtica de la norma es consultando los debates en el proceso de formación de la norma, si se consulta los textos auténticos y los debates de la Asamblea Constituyente en cuanto al alcance de la acción extraordinaria de protección, se puede observar que inicialmente el laudo arbitral estaba incluido dentro del control de la referida acción, y que fue expresamente eliminado del control de constitucionalidad por ésta vía. Se considera que con este antecedente, ni por vía de la sobre

interpretación de la Constitución sería factible someter al laudo arbitral al control de constitucionalidad mediante acción extraordinaria de protección.

Además, se debe considerar que para la solución de controversias existen dos mecanismos, uno es la jurisdicción ordinaria llevada a cabo por el Estado; y, otra es la jurisdicción convencional a cargo de los árbitros, ambas son diferentes, con sus propias características, instituciones, y limitaciones. De decidir acoger la justicia ordinaria lo hará con todas sus instituciones y controles legales y constitucionales; al acoger, en cambio, al arbitraje como mecanismo para solucionar las controversias lo hará con sus particularidades e instituciones, y la forma de controlar la legalidad del laudo arbitral es la acción de nulidad, no existe otro mecanismo.

El referido criterio se lo puede apreciar en las resoluciones emitidas por la Sala de inadmisión de la Corte Constitucional, que, en reiteradas ocasiones, ha inadmitido la procedencia de la acción extraordinaria de protección debido a que se considera que la vía de control constitucional no es la competente para conocer el control de legalidad de los laudos arbitrales. Esta línea de pensamiento se puede apreciar en los casos 1585-10-EP⁶⁹², 0920-14-EP⁶⁹³, 1275-13-EP⁶⁹⁴, 1362-13-EP⁶⁹⁵, donde la sala es constante al manifestar que los recurrentes no habían agotado los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el ordenamiento jurídico para este tipo de procesos, como tampoco ha demostrado que tales recursos sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición no se deba a su negligencia. Y citan para tal efecto a la L.A.M. que prevé el recurso de nulidad de los laudos, cuando se han cumplido las condiciones allí establecidas. Por lo que la Sala manifiesta que las demandas incoadas sobre la acción extraordinaria

⁶⁹² Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 1585-10-EP. (2011)

⁶⁹³ Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 0920-14-EP. (2014)

⁶⁹⁴ Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 1275-13-EP. (2014)

⁶⁹⁵ Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 1362-13-EP. (2014)

de protección, incumplen con los presupuestos de admisibilidad establecidos en el Artículo 62.1.2.4 y 8 de la LOGJCC⁶⁹⁶.

Finalmente, si se revisan las causales de procedencia de la acción de nulidad del laudo, tales como falta de citación, falta de notificación de providencias que impida o limite el derecho de defensa, falta de existencia de práctica de pruebas cuando hayan hechos que justificarse, referencia del laudo a cuestiones no sometidas a arbitraje, violaciones a los procedimientos de designación de árbitros y constitución del tribunal, se observa que esta aluden siempre a violación del debido proceso, por lo que se ratifica que el mecanismo de control de las actuaciones en el arbitraje es la acción de nulidad.

Por los argumentos expuestos, el laudo arbitral no está sujeto al control constitucional vía acción extraordinaria de protección. Sin embargo, la C.C.Ec.,

⁶⁹⁶ Artículo 61. *“Requisitos.- La demanda deberá contener:(...) 3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.”*

Artículo 62. *“Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días.*

La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;

2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;

3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;

4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;

5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;

6. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley;

7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,

8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.(...)”

está llevando adelante el control de constitucionalidad del laudo arbitral a través de la acción ya referida.

Así, se ha pronunciado la C.C.Ec., en casos como EMVIAL S. A. vs el ingeniero Fernando Castro León⁶⁹⁷ y Quasar Náutica Expeditions S.A. vs. Eduardo Diez Cordovez⁶⁹⁸, en los cuales se procedió a realizar un control de constitucionalidad del laudo arbitral, decidiendo en la primera negar la acción extraordinaria de protección, y en la segunda admitirla, debido a la violación de garantías constitucionales contenidas en el derecho al debido proceso.

Así el argumento de la Corte consiste en que se puede interponer acción extraordinaria de protección frente a sentencias o autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, y debido a que la L.A.M. establece que los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada si pueden ser impugnados por medio de la A.E.P., para resolver sobre la vulneración de los derechos constitucionales.

Afirma la C.C.Ec., que: *“Una sentencia que acepte la demanda de nulidad afecta directamente la existencia jurídica del laudo que se impugna. **Por tanto, la acción de nulidad puede considerarse un recurso, por tanto, debe ser agotada previo a la interposición de una acción extraordinaria de protección, con la única excepción de que dicha acción se muestre inadecuada o ineficaz para la resolución del problema.**”*

La acción de nulidad, como se ha indicado, permite atacar el laudo en vulneraciones al debido proceso, entonces nos preguntamos ¿Es necesario que se agote la acción de nulidad en forma previa a la interposición de la acción extraordinaria de protección?

⁶⁹⁷ Sentencia, núm. 169-12-SEP-CC. (2012)

⁶⁹⁸ Sentencia, núm. 113-15-SEP-CC. (2015)

Las previsiones normativas, contenidas en la C.Ec., y la LOGJCC disponen que, para que proceda la acción extraordinaria de protección, se requiere haber agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios; si este es el referente la conclusión podría ser sencilla, y afirmar que no es necesario, por cuanto la acción de nulidad es una verdadera acción, y no un recursos, agotarla; sin embargo si se analiza el término de “recurso”, al que se refiere la ley, y se comprende en un sentido más amplio, se aprecia que constituye recursos cualquier mecanismo que, previsto en el ordenamiento jurídico, tienen como finalidad la subsanación de una situación que afecta el derecho de las personas.

Respecto a lo antes expuesto, la C.C.Ec., en varios fallos⁶⁹⁹, ha concluido que para que proceda la acción extraordinaria de protección existen una serie de requisitos que deben cumplirse, entre otros señala: *... que no exista otro mecanismo idóneo de defensa judicial para reclamar el derecho constitucional violado, del que pueda predicarse la misma inmediatez y eficacia para la protección efectiva, idónea y real del derecho constitucional violado*”.

Igualmente la C.C.Ec., para el período de transición⁷⁰⁰, respecto a la inaplicabilidad declarada por el Presidente de la ex Corte Superior de Quito del artículo 59 del C.P.Cv., señaló: *“la ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez de un laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, 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 éstas pueda aplicarse el Art 59 del Código de Procedimiento Civil, ya que*

⁶⁹⁹ Vid.: Sentencias 19-09-SEP-CC y 021-09-SEP-CC

⁷⁰⁰ Sentencia, Núm. 008–2008

este precepto es aplicable a aquellos casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial”.

Recogiendo el criterio de la C.C.Ec., puede afirmarse que el trámite de la acción de nulidad cumple el criterio de un mecanismo ágil, que en forma previa debe cumplirse cuando se trate de atacar la constitucionalidad del laudo arbitral, por cualquiera de las causales de la referida acción por vulneración del Debido Proceso, a fin de que la justicia ordinaria sea la que corrija, mediante este mecanismo así definido, una eventual afectación a ése derecho constitucionalmente protegido. Sin embargo hasta el momento no existe una postura al respecto por parte de la C.C.Ec.

Para concluir debe afirmarse, al igual que en la acción de nulidad, el control de la C.C.Ec., se limita a la verificación de la vulneración o no de derechos constitucionalmente protegidos y de ser el caso disponer su reparación integral, pero no comprende la revisión de fondo de la controversia, lo cual está restringido debiendo respetarse la autonomía de la voluntad al haber acogido el arbitraje y las potestades jurisdiccionales de las que estos están investidos.

4. La consulta de constitucionalidad.

Un tema importante para abordar es la inclusión del procedimiento arbitral en la facultad prevista en el artículo 428 de la C.C.Ec., que faculta a los jueces para que, a petición de parte o de oficio, eleven una consulta a la C.C.Ec., a efectos de determinar sobre la constitucionalidad de la norma. Ya al analizar la acción de nulidad se realizó el análisis respecto a la facultad que los jueces tenían en la C.P.R. de inaplicación de un artículo que considerase contrario a la norma suprema, a efecto de que el Tribunal Constitucional resolviera sobre la expulsión o mantener la norma en el ordenamiento jurídico.

Esta facultad, prevista en la anterior Constitución, no está prevista en la C.C.Ec., actualmente los jueces deben suspender la tramitación de la causa y remitir la consulta a la C.C.Ec., que tendrá un plazo no mayor de cuarenta y cinco días para resolver sobre la constitucionalidad de la norma⁷⁰¹. Parecería que el contenido de la disposición constitucional solamente abarca a los operadores de justicia comprendidos dentro de la justicia ordinaria, entonces que ocurriría con el control constitucional y la aplicación de normas constitucionales en casos en que el que sustancia un proceso es un árbitro, en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales, y considera que una norma es contraria a la Constitución.

Si seguimos la misma línea de pensamiento que hasta la presente fecha ha aplicado la Corte Constitucional, y además sumamos a esto la potestad exclusiva que tiene la Corte Constitucional para interpretar la norma suprema, así como lo expresamente determinado que ninguna norma podrá ser contraria a la Constitución, principio de jerarquía constitucional que resulta preponderante para la aplicación correcta de la Constitución, como un todo orgánico; llegamos a la conclusión que los árbitros podrán también efectuar consultas de constitucionalidad, este razonamiento de la mano con lo previsto en el artículo 7 del C.O.F.J. que dispone que los árbitros están dotados de potestades jurisdiccionales.

5. Otros aspectos constitucionales del arbitraje.

Dos aspectos constitucionales preocupan adicionalmente en materia arbitral respecto a la adecuada concepción, formulación y aplicación práctica para que no

⁷⁰¹ Artículo. 428. *Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.*

se pierdan los beneficios y ventajas de la institución por una inadecuada concepción o aplicación del mismo, a saber: primero, el acceso gratuito a la justicia; y, segundo sobre la unidad jurisdiccional, esto es si la existencia de este mecanismo afecta o atenta a la unidad jurisdiccional a la que se refiere la C.Ec⁷⁰².

Respecto al primer punto, a los costos del arbitraje, se considera que no existe inconstitucionalidad alguna. Para que se pueda acceder al arbitraje se requieren dos elementos básicos, primero que exista un acuerdo de voluntades que la pacten en forma expresa, y que se hace evidente en el convenio arbitral, esta voluntad significa cerrar las puertas a la justicia ordinaria y aceptar, como hemos afirmado en esta investigación, a la institución con sus elementos que le son característicos, sus limitaciones y particularidades.

El segundo elemento para acceder al arbitraje es que se trate de materia transigible, y que se trate de aspectos o temas sobre los que las partes tienen la libre disposición, y cuya decisión la afecta en forma personal y privada. La misma C.Ec., reconoce los mecanismos alternativos de solución de controversias, y como se dijo lo hace con todas sus características, con aquellos elementos que permiten configurar la institución. El arbitraje no es justicia estatal, tiene el reconocimiento y la tutela estatal, pero no es ejercida por el Estado, su fuente de financiamiento

⁷⁰² Respecto del acceso gratuito a la justicia: Artículo 75. *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”*

Sobre la unidad jurisdiccional a la que se refiere la constitución en su Artículo 168. *“La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley. 2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera. 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. 4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales. 5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley. 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”*

deviene directamente de las partes, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de libertades reconocidas y tuteladas por la propia constitución deciden someter su controversia a las reglas de esta institución, las partes en conocimiento de la institución deciden someter al arbitraje la solución de sus controversias, no existe un arbitraje impuesto u obligatorio. Por lo que no existe inconstitucionalidad o limitación de ninguna naturaleza en que el arbitraje tenga un costo, y qué este sea asumido por las partes.

Para finalizar debe exponerse, además, que el arbitraje, reconocido en el Artículo 190 de la C.Ec., no evidencia otra cosa que el ejercicio de uno de los derechos fundamentales reconocidos en la misma norma suprema que es la libertad de contratación, el mismo que se encuentra plenamente reconocido en una norma constitucional. El compromiso adoptado por las partes en el convenio arbitral debe ser respetado y tutelado por el ordenamiento jurídico caso contrario se atentaría a la seguridad jurídica, derecho también de naturaleza constitucional.

Respecto al segundo punto respecto a que atenta a la unidad jurisdiccional debe hacerse algunas reflexiones, somos del criterio que tal reflexión carece de fundamento alguno. El principio de unidad jurisdiccional va orientado a impedir, con fundamento en éste, que las demás funciones del Estado puedan o tratar de interferir en las decisiones de los operadores de justicia, cualquiera sea su rango, e impedir que en la administración de justicia prime la independencia que es tan propia y la caracteriza. Si se observa el contenido del artículo 190 de la C.Ec., que reconoce y garantiza a los mecanismos alternativos de solución de controversia, ubicados dentro del Capítulo de la Función Judicial y la administración de justicia.

El artículo 168.3 de la C.Ec., que se refiere a los principios que inspiran a la administración de justicia, dispone que *“... en virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades*

jurisdiccionales reconocidas por la Constitución ...”, potestades jurisdiccionales que se han revisado y concluido que es de lo que están dotados los árbitros, por lo que la misma norma determina que no existe ningún tipo de afectación constitucional al respecto.

Conclusiones

PRIMERA.- A partir de la idea de la teoría del conflicto, la doctrina ha elaborado las distintas formas de resolver éste; formas que van desde la negociación –en las diferentes representaciones de ésta– como el típico mecanismo auto compositivo, hasta llegar al arbitraje como mecanismo heterocompositivo más cercano al juicio o proceso judicial para dirimir controversias.

SEGUNDA.- Sin perjuicio de otras referencias históricas con relación al arbitraje, será, en Roma donde surge la diferenciación entre los magistrados, funcionarios del Estado, dotados de *imperium* y que ejercían la jurisdicción a nombre de la ciudad, actuaciones de carácter general y permanente; y los árbitros, que si bien ejercían jurisdicción al ser seleccionados de una lista, o directamente por las partes que intervenían en una controversia, solamente ejercían la jurisdicción en ese caso concreto, no siendo general para demás conflictos; y, terminado el caso quedaba agotada ésta, característica que se mantiene hasta nuestros días.

TERCERO.- La (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL, cuya finalidad es armonizar la abundante legislación en materia de arbitraje internacional, básicamente respecto de la forma de designación y remoción de los Árbitros, forma de obtención y actuación de pruebas, nulidad y ejecución de laudos arbitrales, ha sido, en la actualidad, adoptada por la Legislación interna de algunos países, como es el caso de España. En Ecuador, la adopción de la (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL, es un tema pendiente aún.

CUARTO.- En cuanto al desarrollo del arbitraje doméstico, en la moderna América Latina, tres países: Perú, Colombia y Ecuador, han reconocido, en sus normas constitucionales, la protección y garantía Estatal de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre ellos el arbitraje.

Dicho reconocimiento, en la República de Ecuador, viene prevista en el artículo 190 en los términos siguientes: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.*

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

El arbitraje y la justicia ordinaria tienen una colaboración activa en los ordenamientos jurídicos ecuatoriano y español, esa colaboración se produce en relación especialmente en la adopción de medidas cautelares, en la acción de nulidad, en la ejecución de laudos arbitrales. Mientras que, en España, puede observarse esta colaboración además en el nombramiento de árbitros.

QUINTO.- La jurisprudencia, ecuatoriana y española, han reconocido la existencia del arbitraje como un método heterocompositivo de solución de conflictos, sustentado en el principio de libertad manifestado a través de la autonomía de la voluntad de las partes. Este reconocimiento del arbitraje, en el caso del Ecuador, consta en la Constitución vigente mientras que en la legislación española el reconocimiento del arbitraje lo realiza una norma de carácter legal. Se ha podido concluir que para la existencia de un método alternativo de solución de conflictos se necesita por parte de los ordenamientos jurídicos y de la sociedad en

general el reconocimiento del principio de libertad que es el que sustenta el método.

SEXTA.- La severa crisis que afecta a la administración de justicia, a nivel mundial, que se observa en situaciones, como por ejemplo, la dilación en la tramitación de cualquier tipo de proceso, o la forma de congestión que viven los Tribunales y Juzgados por la excesiva carga de trabajo, ha permitido un importante desarrollo de los diferentes mecanismos de solución de controversias, entre ellos el arbitraje.

Dicha situación, sin duda, ha contribuido a que el arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, de naturaleza heterocompositivo, haya ido ganando cada vez más espacio en la solución de diferentes tipos de controversias, en diferentes materias, y con un importante ámbito de aplicación, tanto en relaciones entre Estados, como entre Estados y particulares; y, finalmente entre particulares; como observamos es muy amplio su ámbito de aplicación.

OCTAVA.- La necesidad de abordar el estudio de la naturaleza jurídica del arbitraje se evidencia en atención por dos situaciones claramente determinadas. La primera de ellas resulta ser una evidente inquietud académica: si consideramos al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que caracteriza a este mecanismo; la segunda inquietud, va a permitir identificar cómo se produce y cuál es la afectación de la relación entre la jurisdicción ordinaria y la convencional, y los eventuales conflictos que se pudieren presentar y la forma de abordarlos.

La doctrina reconoce, básicamente, cuatro teorías para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, va a depender de la posición normativa que al

respecto adopte cada Estado, no necesariamente adoptar un postura y no otra es correcto o incorrecto, pues esto dependerá del espacio y reconocimiento que en la organización de la sociedad se quiera dar a los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Las teorías a las que hemos hecho referencia son: i) Teoría jurisdiccional; ii) Teoría contractualista; iii) Teoría mixta; iv) Teoría autónoma.

NOVENA.- El tema sobre la naturaleza jurídica puede afirmarse que, en el plano constitucional, en Ecuador, al igual que en Colombia, Costa Rica, Perú, ha quedado solventado en los términos de reconocer que los árbitros están investidos de función de administrar justicia en forma temporal, es decir, dependiendo del caso concreto que es sometido a su conocimiento, análisis y resolución. La atribución de los poderes jurisdiccionales a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto del derecho público, operara por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes, pues si bien éstas dan el modo para que se produzcan tales efectos jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones de voluntad.

DÉCIMA.- El arbitraje está conformado en base a una serie de principios, debiéndose distinguir entre aquellos que son comunes con el debido proceso civil debido, a saber: a) Principio de audiencia; b) Principio de inmediación, y c) Principio de contradicción; y los principios propios del arbitraje, que pasaremos a revisar son: i) Principio de separabilidad del convenio arbitral; ii) Competencia por Competencia/Kompetenz et Kompetenz; iii) Favori Arbitralis o Pro Arbitraje.

UNDÉCIMA.- La doctrina tradicional o clásica, en sus inicios, sostiene que el convenio arbitral -llamado inicialmente, por la connotación que tenía, cláusula

arbitral- era accesorio al contrato principal, con lo cual no se lograba aislarlo de las vicisitudes o la suerte que siguiera del contrato al que accedía.

Con la evolución del arbitraje se produce un cambio importante en cuanto a lo antes expuesto, y aparece este principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral, que en su parte medular propugna que existen dos acuerdos de voluntades o dos convenios completamente diferenciados, uno es el que contiene la relación jurídica, el contrato marco de prestación de servicios, compraventa de mercaderías, entre otros, cualquiera sea éste; y otro el convenio arbitral, que permite dar vida al arbitraje, de tal forma que deja de ser una simple cláusula accesoria al contrato principal, para convertirse en un convenio autónomo que subsiste independiente de lo que ocurra con el contrato o convenio cuya relación jurídica, en caso de conflictos, va a ser la que corresponda resolver.

DUODÉCIMA.- Las nuevas tendencias tecnológicas han sido determinantes permitiéndose que el convenio conste no solo por escrito sino que pueda además estar recogido en medios telemáticos, la norma y la jurisprudencia han sido determinantes al respecto, así aunque la legislación arbitral en Ecuador no prevé como tal el uso de medios electrónicos para formalizar el acuerdo de arbitraje, remitiéndose para esa posibilidad a la Ley de Comercio Electrónico, firma electrónica y mensajería de datos; en España, la L.A. ha reconocido expresamente la validez del convenio arbitral que se pacta en tales circunstancias, siguiendo plenamente la tendencia actual y lo previsto en la ley de arbitraje modelo UNCITRAL

DÉCIMOTERCERO.- Competencia por competencia, o por su nombre en alemán Kompetenz-Kompetenz, que tiene su origen en el siglo XIX, en el año 1876, y está estrechamente vinculado con el principio de autonomía o

separabilidad del convenio arbitral, ambos recogidos por la mayoría de las legislaciones positivas, de las cuales ni España ni Ecuador son la excepción.

Por este principio la primera actuación del Tribunal Arbitral es conocer y pronunciarse respecto de su competencia; no corresponde a un órgano judicial o alguna autoridad lejana o ajena al arbitraje pronunciarse sobre ésta, sino al mismo tribunal arbitral y/o árbitro único.

Los principios de autonomía o separabilidad y de competencia, estrechamente relacionados, parte de la independencia del convenio de las demás cláusulas del contrato, permite declarar la nulidad del mismo, en caso de ser procedente, sin que se afecte al convenio arbitral; si no existiera la independencia que se propugna con ésta teoría, entonces no sería factible a los árbitros pronunciarse sobre su propia competencia.

DÉCIMOCUARTO.- El contenido mínimo, que debe incluir, cualquier convenio arbitral: a) la voluntad expresa; b) la expresión clara y concreta de cuál es el procedimiento que se va a seguir; comprende esta expresión el Centro de Arbitraje al que se van a someter, en caso de que le arbitraje sea administrado; c) la forma de designación del Tribunal Arbitral; d) si se trata de un arbitraje confidencial o no; e) si los árbitros pueden dictar medidas cautelares.

En la doctrina se denomina “cláusula patológica” a aquella en que hacen falta uno de los elementos, o que estando presentes no son expresados con la claridad y precisión necesaria, que impide o dificulta el cumplimiento de la voluntad de las partes, y que no permite apreciar claramente la voluntad inserta en

ella. Ante esta situación en los arbitrajes administrados, la referencia de dichos reglamentos en los convenios arbitrales toma una gran importancia, debido a que lo que no se encuentre acordado por las partes lo podrá suplir en ese caso lo establecido de forma supletoria en dicho reglamento.

Ante situaciones de eventuales ataques o situaciones que pudieren afectar al arbitraje, como son las “cláusulas patológicas”, que buscan o consiguen retrasar el procedimiento arbitral, aparece el principio pro arbitraje, que significa conservación o validez del arbitraje. En función de este principio se le confieren herramientas a los Tribunales Arbitrales, para que actúen en defensa del correcto y completo desarrollo del procedimiento arbitral.

DÉCIMOQUINTO.- El principio de audiencia se fundamenta en la posibilidad que tiene una persona de ser oída dentro del proceso, formular alegaciones y actuar las pruebas de las que se crea asistida en el proceso, a fin de hacer valer sus derechos. Este principio general es aplicable, no solo al proceso, sino al procedimiento arbitral.

El reconocimiento del principio de audiencia, tanto para el actor al proponer su demanda –o solicitud como lo conocen otras legislaciones-, como el demandado al contestar deberán no solamente exponer sus pretensiones o excepciones, sino que deberá anunciar y proporcionar los medios de prueba necesarios para justificar sus afirmaciones, conforme las reglas de la carga de la prueba, que rigen no solamente el proceso civil sino también el procedimiento arbitral.

Por otro lado respecto del principio contradictorio, que tiene dos caras, por un lado el derecho que tienen las partes procesales de oponerse o impugnar, ya sea un acto determinado en el proceso -como una petición o solicitud-, cuando considere que afecta su pretensión; y, por otra parte, a través de éste se hace efectivo el control de legalidad de las actuaciones judiciales, al replicar o contradecir las partes lo dispuesto por el tribunal.

Dicho principio, en relación con el procedimiento arbitral, exige la audiencia de la parte frente a quien se dirige la demanda arbitral, concediéndole la oportunidad de hacer valer los medios de defensa que estime oportunos. Este principio se satisface concediendo a la demandada la posibilidad de actuar en el proceso, debiendo cumplirse unas exigencias determinadas: (i) el derecho a la representación letrada; (ii) el derecho al conocimiento previo de la demanda; (iii) el derecho a contestar a la demanda; y (iv) el derecho a la última palabra en la fase de alegaciones y conclusiones.

DÉCIMOSEXTA.- El arbitraje, como uno de los mecanismos alternativos, de carácter heterocompositivo, de solución de conflictos, en virtud del cual se construye una institución de naturaleza sui generis, con elementos y características que le son propias, inspiradas en principios que la caracterizan, y que la permiten distinguirse de cualquier otra institución, que realizan potestades jurisdiccionales, reconocidas por la Constitución y la ley, sin que ésta afecte la unidad judicial consagrada en la norma suprema.

Existe, en Ecuador, una jurisdicción arbitral, diferente de la jurisdicción ordinaria, y que resulta alternativa a la última de las mencionadas, a la que se accede por la voluntad o acuerdo de las partes, pero que pactada excluye a la

justicia ordinaria, subsistiendo aún la posibilidad de renunciar expresa o tácitamente a tal acuerdo; pese a lo expuesto debe manifestarse que existen importantes puntos de confluencia entre ambos sistemas de justicia.

DÉCIMO OCTAVA.- La facultad de resolver la controversia por parte de los árbitros nace a partir de la voluntad de las partes. Uno de los elementos que debe cumplir el convenio arbitral, y que será determinante para acceder al procedimiento, sin inconvenientes, es que la voluntad de las partes contenida en él –única forma para ingresar a este mecanismo alternativo de solución de controversias-, debe ser expresa y constar por escrito, sin que exista ambages o ambigüedades que permita la interpretación o generen duda en cuanto al alcance de la voluntad de las personas.

Otro aspecto a destacar del convenio arbitral es que el procedimiento a seguir se encuentra determinado en él, en el referido convenio se establece el límite de la competencia de los árbitros, y constituye una verdadera “camisa de fuerza” para quien sustancia el procedimiento arbitral, puesto que tendrá que limitarse a lo previsto en el mismo.

La legislación arbitral en Ecuador no prevé como tal el uso de medios electrónicos para formalizar el acuerdo de arbitraje, contrario a lo que sucede en España, en donde la L.A. ha reconocido expresamente la validez del convenio arbitral que se pacta en tales circunstancias, siguiendo plenamente la tendencia actual y lo previsto en la Ley de arbitraje Modelo UNCITRAL

DÉCIMONOVENA. La cláusula también deberá de contener La determinación de si se trata de arbitraje en derecho o en equidad.

Respecto del arbitraje en derecho significará la sujeción a normas de derecho, a la doctrina, la jurisprudencia, y los principios que inspiran la doctrina.

Si las actuaciones del árbitro se deben ajustar a su “leal saber y entender”, aplicando la sana crítica, se está ante un arbitraje en equidad, en el cual la decisión del árbitro o árbitros no debe sujetarse rigurosamente a la ley. Esta distinción es importante en la sustanciación del procedimiento arbitral, en especial en lo relativo a la actuación y valoración de la prueba, y en la motivación que debe contener el laudo, para cumplir con las prescripciones del debido proceso y garantizar una tutela judicial efectiva; el tratamiento en estos tres aspectos será diferente y dependerá del tipo de arbitraje y el modo cómo deben pronunciarse los árbitros.

La diferencia entre el arbitraje en Derecho y el arbitraje en Equidad es la amplia ponderación que existe en uno y que se encuentra restringida en otro, pudiendo en el primer caso los árbitros, moderar la rigidez de la ley cuando proceda en el caso concreto, debiendo siempre motivar su decisión para precautelar los derechos subjetivos de los implicados. Se considera que debería dejarse constancia o explicarse, por más que pudiese resultar obvio que éste “leal saber y entender” tiene como límite el orden público, puesto que si bien es cierto su pronunciamiento no deberá basarse en el ordenamiento jurídico, en forma expresa, no es posible dictar un laudo que sea contrario al ordenamiento jurídico vigente. Con mayor motivo se considera que en España, la violación al orden

público es, precisamente, un motivo para la interposición de la acción de anulación del laudo.

VIGÉSIMA.- La facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares, sin tener que recurrir al auxilio de los jueces o autoridad alguna está reconocida por la legislación ecuatoriana. Si el convenio arbitral nada establece respecto de medidas cautelares podrán entonces ser solicitadas a un juez ordinario, sin que esto signifique renuncia al arbitraje.

En España, el panorama en materia cautelar es diferente, pues a pesar de que su ordenamiento jurídico se ha ajustado para promover el arbitraje, la ejecución de las medidas está reservada al Poder judicial, de tal forma que, aun cuando las partes así lo quisieran, los árbitros estarán imposibilitados de llevarlas a cabo, debiendo, conforme dispone el artículo 722 de la L.E.Cv. los jueces españoles podrán: a) dictar medidas cautelares antes de la iniciación del arbitraje si se lo pide una parte del convenio arbitral; b) dicten medidas cautelares tras la apertura de un procedimiento arbitral seguido en España, o para el que se hubiera solicitado su formalización o iniciación en España, y c) dicten medidas cautelares en relación a procedimientos arbitrales extranjeros, de acuerdo con los tratados internacionales, salvo que los tribunales españoles fueran exclusivamente competentes para conocer el asunto principal.

VIGÉSIMOPRIMERA.- Las materias arbitrables, sobre las que puede recaer el arbitraje, reciben un diferente tratamiento en Ecuador y España. El C.Cv.Ec., en la regulación del contrato de transacción, determina cuales materias no son transigibles y por ende tampoco arbitrables, dentro de las cuales se destacan las relativas al estado civil de las personas, los derechos ajenos y los que no existen,

el derecho de alimentos futuro, y el reconocimiento de este derecho a quienes por ley se debe, la acción penal sobre la comisión de un delito, y todo aquello que ya ha pasado por autoridad de cosa juzgada. A diferencia de España en la cual se plantea un límite más amplio, al listado restringido que plantea el código civil ecuatoriano, manifiesta que el límite no son solo las materias transigibles, sino que este límite es el orden público y a su vez se establece que mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso cuyo límite se ve marcado por el código civil, también por el interés u orden público y el perjuicio para tercero, la controversia se puede ventilar ante arbitraje.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- El acto más importante y trascendente que ejecutan las partes dentro del procedimiento arbitral es la selección de los árbitros, toda vez que de una correcta selección va a depender la correcta tramitación del procedimiento.

Tanto la independencia como la imparcialidad del o los árbitros son elementos imprescindibles para la completa y correcta validez de la institución; la imparcialidad, que busca la ajenidad del o los árbitros relación con la materia sometida a arbitraje y la independencia, que garantiza la actuación arbitral al margen de cualquier injerencia y su actuación conforme a Derecho o a su “leal saber y entender”, en función de que se trate de un arbitraje de derecho o de equidad, constituyendo una obligación del o los árbitros, cuando perciban que su imparcialidad o independencia está afectada, excusarse, debiendo revelar cualquier causa que ponga en juego su imparcialidad o independencia.

Las formas de designación así como la excusa y recusación de árbitros en Ecuador y en España son distintas, para observar, pudiendo señalarse que en

Ecuador, por ejemplo, en materia de excusa y recusación de árbitros existe el reenvío a la legislación procesal en materia civil, la legislación española en materia de excusa e inhabilidades de los árbitros, ha dejado de lado ese reenvío, al considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos.

VIGÉSIMOTERCERA.- Las partes son las llamadas a establecer las reglas del procedimiento arbitral al que someten sus controversias, procedimiento al que están sujetos el o los árbitros al tiempo de expedir el laudo.

Sin embargo, aun cuando las partes puedan pactar un determinado procedimiento y haya que estar a lo previsto en el convenio arbitral, cualquiera sea el tipo de arbitraje del que se trate —administrado o independiente, en equidad o en derecho— existen limitaciones al procedimiento que tienen rango constitucional y legal, a las que deben someterse los árbitros y que son: las garantías de la tutela judicial efectiva y el debido proceso —o proceso con todas las garantías-.

En el arbitraje, los derechos que se consignan como parte de la tutela judicial efectiva, deben quedar, igualmente, garantizados, así como la igualdad de trato entre las partes, el derecho a la defensa que forman parte de las garantías mínimas que deben cumplirse, a efectos de hacer efectivo el debido proceso —o proceso con todas las garantías, en la terminología constitucional española-.

VIGÉSIMO CUARTA.- El arbitraje puede ser una alternativa para que los ciudadanos obtengan la Tutela Judicial Efectiva pues lo que busca el justiciable al tiempo de interponer una acción ante un juez, un árbitro o un tribunal arbitral es la

tutela y protección del Estado al garantizarle que sus pretensiones sean atendidas y resueltas de conformidad al ordenamiento jurídico.

Igualmente, el arbitraje queda sujeto a las garantías del debido proceso –o proceso con todas las garantías-, de tal forma que los laudos arbitrales que ponen fin al procedimiento arbitral permiten hacer efectiva la protección y tutela que a la persona le corresponde como un derecho humano.

VIGÉSIMOQUINTA.- El control de legalidad del laudo arbitral se lleva a cabo a través de la acción de nulidad, moldeada en el tiempo por la jurisprudencia, fundada en alguno de los motivos de nulidad, que si bien varían en la legislación ecuatoriana y española, se puede concluir en ambas, que la acción de nulidad es concebida como una acción propiamente dicha, y no un recurso, ya que no revisa las pretensiones de fondo de las partes, que ésta es conocida y resuelta por la justicia ordinaria (por las Cortes Provinciales de Justicia, en Ecuador y Tribunal Superior de Justicia, en España), que sus causas son taxativas y que son nulidades de carácter procesal.

VIGÉSIMO SEXTA.- El control constitucional, realizado en España por el Tribunal Constitucional y en Ecuador por la Corte Constitucional, presenta diferencias en España y Ecuador, pues, en Ecuador, a partir de la jurisprudencia constitucional, si bien para interponer esta acción necesita agotarse la acción de nulidad previamente, es posible que se interponga una acción extraordinaria de protección de forma directa cuando los motivos de nulidad no tutelan el derecho vulnerado; mientras que, en España, debe agotarse la vía judicial, a través de la interposición de la acción de nulidad contra el laudo arbitral, como requisito esencial para que el Tribunal Constitucional pueda resolver el recurso de amparo

que se interponga contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que resolvió la indicada acción de nulidad.

Fuentes

Fuentes Bibliográficas

Aguirre Guzmán, V. El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos, Revista Foro, Núm. 14, Quito, 2010.

Alarcón Peña, P. “El estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales”, en Benavides Ordoñez, J y Escudero Soliz, J. (eds.), Manual de Justicia constitucional ecuatoriana, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Ecuador, 2014.

Alcalá-Zamora y Castillo, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Notas relativas al concepto de jurisdicción. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972.

Alcalá-Zamora y Castillo, N. Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. 1ª reimpresión de la 3ª Edición. México, 2000.

Alexy R. Derecho y razón práctica, 1ª edición 1993, 3ª reimpr. Distribuciones Fontamara, México D.F., 2006.

Almagro Nosete, J. Consideraciones de Derecho Procesal. Editorial Librería Bosch. Barcelona, 1987.

Almagro Nosete, J. Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución». en AA.VV., Lecturas sobre la Constitución española. Tomo I, Madrid, 1980

Almagro Nosete, J. Constitución y proceso. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, 1984.

- Almagro Nosete, J. La ejecución del laudo arbitral. Revista Universitaria de Derecho Procesal., núm. 0, 1988.
- Alonso García, E. "El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en AA.W. Estudios sobre la Constitución española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid, 1991.
- Álvarez Alarcón, A. Procedimiento de arbitraje. Justicia: Revista de derecho procesal. Núm. 4, 1989.
- Álvarez Alarcón, A. "Intervención jurisdiccional en el Arbitraje", en Comentario breve a la Ley de Arbitraje -Lorca Navarrete, A. M^a, Coord.-. Editado por Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1989.
- Álvarez Alarcón, A. La Ley de Arbitraje de 1988: intervención y control jurisdiccional. Revista universitaria de derecho procesal, Núm. 5, 1991.
- Álvarez Alarcón, A. "Arbitration procedure", en Arbitration in Spain -CREMADES. B.M. Coord.-, La Ley, MADRID, 1991.
- Álvarez Alarcón, A. El Sistema Español de Arbitraje de Consumo, Editado por el Instituto de Consumo, Madrid, 1999.
- Álvarez Alarcón, A. "Arbitraje y medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en La Justicia en el Siglo XXI. A Coruña, 2000.
- Álvarez Alarcón, A. "La protección de los consumidores y usuarios: intereses individuales e intereses de grupo", en Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, -AA.VV. y Alonso-Cuevillas Sayrol, J., Dtor.-. Volumen: I. Editorial Economist & Jurist. Barcelona. 2000.

Álvarez Alarcón, A. “El sistema de arbitraje de consumo en España como método de solución de litigios de consumo”. Foro del Jurista, Vol. 23, 2002.

Álvarez Alarcón, A. “El sistema de arbitraje de transporte”, en Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada –AA.VV. Pérez-Cruz Martín, A. J., Dtor. y Neira Pena, A. M^a, Coord.-. Edit. Civitas - Thomson Reuters. Pamplona 2011.

Álvarez Alarcón, A. “El sistema de arbitraje de consumo de Perú”, en Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global. Liber Amicorum II en honor de María del Carmen Calvo Sánchez, -AA.VV. y Bujosa Vadell, L.M. y Pérez-Cruz Martín, A. J., Dtores.. Editorial Atelier. Barcelona, 2013.

Álvarez Miranda, E. y Muñoz Hernández, G. La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales. en Arbitraje y Constitución –AA.VV.-. Editorial Palestra. Lima 2012.

Álvarez Sánchez de Movellán, P. La anulación del Laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación”. Editorial Comares. Granada, 1996.

Alvaro Velloso, A. El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses. Revista La Ley 1986-E-1005.

Alvaro Velloso, A. –Jurisdicción y Competencia. -
http://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Competencia__AAV.pdf)

Andrade Cadena X. y Marchan J. M. “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial, Editorial WoltersKluwer, 2011.

Antequera, J. M., Historia de La Legislación Romana, 3^a edición, Madrid, 1874.

Araújo-Oñarte, R. M. Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva. Propuesta para fortalecer la Justicia administrativa. Visión de Derecho comparado. Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2011, obtenido de (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73318918009>).

Araúz Ramos, J. C. Constitucionalización y Justicia constitucional en el arbitraje comercial panameño. Tesis Doctoral. Madrid, 2015.

Aristóteles. Ética a Nicómaco. -
<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf>

Arrarte Arisnabarreta, A. M^a. Arbitraje, Jurisdicción y Proceso". en Arbitraje On Line. Boletín Jurídico del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Núm. 7, 2006.

Barnes Vázquez, J. "La tutela judicial efectiva en la Constitución alemana", en AA.W., La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Editorial Civitas. Madrid 1993.

Barona Vilar, S. El recurso de anulación del laudo arbitral. Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. V, 1988-1989.

Barona Vilar, S. (Dtora.). Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), AAVV. Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004.

Barona Vilar (El recurso de anulación del laudo arbitral. Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. V, 1988-1989.

Becerra Toro, R., Manual de Arbitraje en Colombia, teoría y práctica, Impresora Ferriva, Cámara de Comercio de Cali, Cali, 2007.

Becerra Toro, R. El arbitraje en equidad. Criterio Jurídico. Vol. 10, núm. 1.

Bello Tabares, H. y Jiménez Ramos, D. Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales. Ediciones Paredes, Caracas 2009.

Benito Llopis-Llombart, M. de Asimetría, separabilidad, sinalagma. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2431/documento/073mdb.pdf?id=1954>.

Bergaglio Lazarte, R. “La imparcialidad del Juez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional. Proceso y Constitución. – AA.VV. y Priori Posada, G., Coord.-. Editorial Palestra. Lima, 2013.

Bermejo Reales, L. F. La eficacia de las decisiones arbitrales: La impugnación y ejecución de laudos, Revista Jurídica de Castilla y León: Arbitraje y mediación, Núm. 29, 2013.

Bernardo M. El arbitraje en la Doctrina Constitucional española. Revista Lima Arbitration núm. 1, 2006.

Betancourt, F. Derecho Romano Clásico, Universidad de Sevilla, Sevilla, 3ª edición, 2007 en www.books.google.com.ec/books?id=Xd-RcfplbOMC&pg=PA144&lpg=PA144&dq=iurisdictio+ius+dicere&source=bl&ots=rPgHoJx0JU&sig=75iqq0OfRsTbxTX92b2mw4BkhsW&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwix6Y2sjKHLAhWLXR4KHbwQAmMQ6AEIGjAB#v=onepage&q&f=false, (disponible el 02 –III-2016).

Blanco Valdés, R. B. Introducción a la Constitución de 1978. Editorial Alianza. 5ª Ed., 2016.

Bonet Navarro, A. El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral. –Sobre la STC 299/1993, de 4 de octubre. Revista de Derecho Privado y Constitución, núm. 6, 1995.

- Borrajo Iniesta, I, Díez-Picazo Giménez, I, y Fernández Farreres, G. El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Editorial Civitas. Madrid, 1995.
- Briseño Sierra, H. El arbitraje en el derecho Privado. Imprenta Universitaria. México, 1963.
- Briseño Sierra, H. El Arbitraje Comercial, Editorial Limusa, Noriega Editores, Santiago, 1979.
- Burton, J. La resolución de conflictos como sistema político. Instituto de Análisis y Resolución de Conflictos, George Mason University, Fairfax, Virginia., 2000.
- Bujosa Vadell, L. M. y Rodríguez García, N. Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional. La Ley. Núm. 4765, 1999.
- Caballol Angelats, L. El tratamiento procesal de la excepción procesal. Ed. J.M. Bosch. Barcelona, 1997.
- Cabanillas Sanchez, A.
- Cabanellas de Torres, G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI: P-Q. (31ª edición), Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2009.
- Caivano, R. J., Negociación Conciliación y Arbitraje, Editorial APENAC, Lima, 1998.
- Caivano. R. J. Arbitraje, Villela editor, Ad Hoc S.R.L. 2ª edición, Buenos Aires, 2000.
- Caivano R. J. La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada. Universidad del Rosario. Colombia, 2011.

Caivano, R. J. Control Judicial en el Arbitraje, Abeledo Perrot editorial, 1ª edición, Buenos Aires, 2011.

Caivano, R. J. El arbitraje: Nociones introductorias. - www.derecho-comercial.com/%2FDoctrina%2FArb-001.pdf&ei=3VQ-VcHUKaOwsASW7oHQCQ&usg=AFQjCNGIL-vYMvrERd7Wknnt3XRjk0rG4g&bvm=bv.91665533,d.cWc&cad=rja (consultado el día 12 de abril de 2016)

Calamandrei, P. Derecho Procesal. volumen II, Impresora Castillo Hermanos, México DF 2000

Calaza López, S. Principios Rectores Del Proceso Judicial Español, Revista De derecho UNED, 2011, obtenido de (<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2011-8-5020/Documento.pdf>).

Calaza López, S. Principios Rectores Del Proceso Judicial Español, Revista de derecho UNED, 2011, obtenido de (<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2011-8-5020/Documento.pdf>.)

Calvo Sánchez, Mª C. La recusación de Jueces y Magistrados. Parte I. Revista Universitaria de Derecho Procesal, núm. 1, 1988.

Calvo Sánchez, Mª. C. La Recusación de Jueces y magistrados, Parte II. Revista Universitaria de Derecho procesal, núm. 2, 1989.

Calvo Sánchez, Mª. C. Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional. Editorial Atelier Libros. Barcelona, 2009.

Cámara de Comercio de Bogotá, Panorama y Perspectivas de la Legislación Iberoamericana Cobre Arbitraje Internacional, Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá D.C. 1993.

- Cano Mata, A. Derecho a la tutela judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional. Editorial Edersa, Madrid, 1984.
- Carbonell, M. y García, Jaramillo L. El canon Neoconstitucional, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010.
- Carbonell, M., Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales, Cevallos editora jurídica, Quito, 2010.
- Carbonell. M. “El Neconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), El Canon Neoconstitucional, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010.
- Cárdenas Mejía, J. P. El Arbitraje en equidad. Universitas, núm. 105, 2003.
- Carnelutti, F. La prueba civil –Alcalá-Zamora y Castillo, N., traductor-. Editorial Arayú. Buenos Aires, 1955.
- Carrión García de Parada, F. J. La tutela cautelar de los derechos en el Arbitraje. Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 29, 2013.
- Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R. ¿Cómo se han relacionado el arbitraje y el amparo en los últimos años?. Revista Boliviana de Derecho, núm, 11, 2011.
- Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R., Contenido y Forma del Convenio Arbitral, en García Ascencios, F. (Coord.), Derecho Arbitral, Editorial Adrus, Arequipa, 2013.
- Castro Patiño, I. Presentación del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. en Zambrano Pasquel, A. Editorial Edilex S.A., Guayaquil, 2011.
- Cerdeño Hernan, M. La reforma de la legislación arbitral por Ley 11/2011 y L.O. 5/2011. Foro, núm. 13, 2011.

Claros Alegria, P. "Acción de Anulación del Laudo". en Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje –AA.VV. y Hinojosa Segovia, R. Coord.-. Editorial. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Barcelona, 2004.

Colullaut Santurtun, A. M^a "Acción de Anulación del laudo", en Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003. –AA.VV. y Lozano, D., Coord.-, Editorial Thomson – Aranzadi, Navarra 2005.

Comanducci, P. "El neoconstitucionalismo ideológico", en Escudero Alday R. (ed.), Democracia, principios e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho, Ara editores, Lima, 2010.

Cook, J, M, "International Arbitration in American Context: A Comparative Look at Arbitration in Mexico and the United States", Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, núm. 3, 1999.

Cordero Cutillas, I. "Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones". en Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje. –AA.VV. Guilarte Gutiérrez, V, Dtor. y Mateo Sanz, J. B., Coord.- Ed. Lex Nova. Valladolid, 2004.

Cordero Vásquez, M. G. La Tutela Judicial Efectiva: Aplicación y Vigencia en el Arbitraje. Universidad del Azuay, 2014.

Cordón Moreno, F. Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas, Editorial Aranzadi, Lima, 2010.

Cordón Moreno, F. Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones preliminares, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2010.

Cordova Schaefer, J.J. Arbitrar o no arbitrar?. He ahí el dilema. La vinculación del convenio arbitral a los no signados. Lima, 2013.

Correa Delcasso, J. P. Arbitraje y référé en Francia. Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral. Revista Peruana de Arbitraje, núm. 4, 2007.

Cortés Domínguez, V. "Comentario al artículo 24 de la Ley de Arbitraje". en Comentarios a la Ley de Arbitraje. -Martín Muñoz, A. de y Herrero Anibarro, S., Coords., AA.VV.-. Editorial. Marcial Pons, Madrid 2006,

Couture, E. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1978.

Couture, E. Las garantías constitucionales del proceso civil. Estudios de derecho procesal en honor a Alsina, H. Adiar, Buenos Aires, 1946.

Cremades Sanz-Pastor, B.M. Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral. - <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf>

Cremades Sanz-Pastor, B. M. "Comentarios al artículo 9 de la L.A.". en Comentarios a la Ley de Arbitraje. -AA.VV y Martín Muñoz, A. de y Herrero Anibarro, S., Coords.- Editorial Marcial Pons. Madrid 2006, Págs. 274-322; Prats Albontosa, L. "Comentarios al artículo 9." en Comentarios a la Ley de Arbitraje. -AA.V. y Prats Albentosas, L., Coord.-. Editorial La Ley. Madrid, 2013.

Cremades Sanz-Pastor, B.M. Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral. - <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf>

- Cremades Sanz-Pastor, B. M. El arbitraje. Doctrina Constitucional española. Revista Lima Arbitration, núm. 1, 2006.
- Cremades Sanz-Pastor, B. M. El Arbitraje en la doctrina constitucional española. Revista Internacional de Arbitraje, 2007.
- Cruz Barney, O. y Cruz Miramontes, R., El Arbitraje, Porrúa-UNAM, México, 2004.
- Chamorro Bernal, F. “El concepto de indefensión en la doctrina del Tribunal Constitucional español.” en Constitución y Proceso. –AA.VV. y Priori Posada, G., Coord.-. Editores Ara. Lima, 2009.
- Chuquimilla Ceballos, M. J. Anulación del laudo arbitral: motivo. (Tesis Doctoral). Valencia, 2015.
- Claros Alegria. “Acción de Anulación del Laudo”. en Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje –AA.VV. y Hinojosa Segovia, R. Coord.-. Editorial. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Barcelona, 2004.
- Cremades, B.M. Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral. - <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf>
- Cremades, B. M. “Comentarios al artículo 9 de la L.A.”. en Comentarios a la Ley de Arbitraje. –AA.VV y Martín Muñoz, A. de y Herrero Anibarro, S., Coords.- Editorial Marcial Pons. Madrid 2006, Págs. 274-322; Prats Albontosa, L. “Comentarios al artículo 9.” en Comentarios a la Ley de Arbitraje. –AA.V. y Prats Albentosas, L., Coord.-. Editorial La Ley. Madrid, 2013.
- Cruz Barney, O. y Cruz Miramontes, R., El Arbitraje, Porrúa-UNAM, México, 2004.
- Davis Echandía, H. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009.

- Díez-Picazo y Ponce de León, L. Notas sobre el derecho a la tutela efectiva. Revista Poder Judicial, núm. 5, 1987.
- Escobar Martínez, L. M. La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro, *International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, 2009.
- Escuela de Negocios. El arbitraje como forma de solución de conflictos empresariales. Madrid, 2012.
- Fernández Barreiro, A. y Paricio, J. Fundamentos de Derecho privado romano. 3ª edición. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2007.
- Fernández de Buján, A. Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje. *Revista General de Derecho Romano*, núm. 1, 2004 –<http://www.iustel.com>;
- Fernández Buján, A. Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano. *Revista General de Derecho Romano*, núm. 5, 2005 –<http://www.iustel.com>.
- Fernández Buján, A. Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano. Editorial Iustel. Madrid, 2006.
- Fernández Rozas, J. A. Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la realización de la Justicia. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, 2005.
- Fernández Rozas, J. A. El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. en *Estudios de Arbitraje. Libro Homenaje al Prof. Patricio Aylwyn Azócar*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2006.
- Fernández Rozas, J. A. Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la realización de la Justicia. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, 2005.
- Figueruelo Burrieza, A, El derecho a la tutela judicial efectiva, Editorial Tecnos. Madrid, 1990.

- Fouchard, Ph. Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française. Revista de arbitraje, 1996.
- Fortún, A. y Álvarez-Garcillán, G. La impugnación de laudos arbitrales. http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_impugnacion_de_laudos_arbitrales_economist_jurist_n_171_2013_junio_340.pdf
- Fuerquet Monasterio, N. Las comunicaciones procesales. Editorial Atelier. Barcelona, 2005.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. Notas sobre la actividad arbitral a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. en Arbitraje y Constitución –AA.VV.-. Editorial Palestra. Lima 2012.
- Garberí Llobregat, J. Comentarios a la nueva Ley de arbitraje. -AA.VV. y González Soria, J. Coord.- Editorial Thomson-Reuters. Navarra 2011.
- García Ascencios, F. Amparo versus Arbitraje. Improcedencia del amparo contra laudos arbitrales. Editorial Adrus, Lima, 2012.
- García Ascencios, F. Amparo versus Arbitraje. Improcedencia del amparo contra laudos arbitrales. Editorial Adrus, Lima, 2012.
- García, F. "Arbitraje Societario", en García F (editor), Derecho Arbitral, Arequipa, Editorial Adrus, Lima, 2013.
- García, F. "Arbitraje Societario", en García, F. (ed.), Derecho Arbitral, Arequipa: Editorial Adrus, 2013.
- García-Pelayo, M. Derecho constitucional comparado. Editorial Manuales de la Revista de Occidente. 1ª Edición. Madrid, 1950.

García Feraud, G. Lo Jurisdiccional en el Arbitraje - http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2004/17/17_Jurisdiccional_En_Arbitraje.pdf.

Gimeno Sendra, J. V. Fundamentos de Derecho Procesal. Editorial Civitas. Madrid 1981.

Gimeno Sendra, J. V. Derecho Procesal Civil. Tomo II (Los procesos especiales). Editorial COLEX. 5ª Edición, Madrid, 2014.

Priori Posadas, G. El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado por el precedente vinculante 142-2011-PA/TC. Arbitraje PUCP, núm. 2, 2012.

González de Cossio, F. (El arbitraje y judicatura: un binomio necesario en la ecuación de procuración de seguridad jurídica - <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20JUDICATURA.pdf>-

Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V. Derecho Procesal Civil. Tomo II. Madrid 1969.

González Lara, R. El arbitraje: una nueva perspectiva desde el derecho español y el derecho francés. 1ª edición. Editorial La Ley, Madrid, 2013.

González Montes, J.L. La excepción de arbitraje. Le ley. Tomo 1990/1.

González Pérez, J. El derecho a la tutela jurisdiccional, Editorial Civitas. Madrid Civitas1984.

Górgolas, C. Cláusulas arbitrales patológicas. Identificación y mecanismos de defensa. Revista Jurídica, Arbitraje, Mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos. Abril 2014.

- Guasp Delgado, J. Ley de Arbitraje. Barcelona 1968.
- Guastini R. Estudios de Teoría Constitucional, 1ª edición, 2001, (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros> – consultado el 2 de marzo de 2016).
- Guastini, R. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. en Carbonell, M., Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- Gutiérrez García de Cortázar, E. “Comentarios al artículo 13 de la Ley de Arbitraje”. en Comentarios a la Ley de Arbitraje. -Martín Muñoz, A. de y Herrero Anibarro, S., Coords., AA.VV.-. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Gutiérrez de Cabiedes y Fernández Heredia, P. La declinatoria, la incompetencia de jurisdicción y las excepciones dilatorias. La ley. Tomo 1980.
- Haderspock Gutierrez, B. El arbitraje. Aspectos Generales. <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/arbitraje-aspectos-generales/arbitraje-aspectos-generales.pdf>
- Hernández Terán, M., La Tutela Judicial Efectiva como Instrumento Esencial de la Democracia. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Guayaquil, 2005.
- Hesse Martínez, G. El arbitraje ante el tribunal constitucional: avances en su legitimidad jurisdiccional. -<http://www.monografias.com/trabajos78/arbitraje-tribunal-constitucional/arbitraje-tribunal-constitucional2.shtml>
- Hinojosa Segovia, R. El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales. Editorial de Derecho Reunidas. Madrid, 1991.
- Hinojosa Segovia, R. “Comentarios a los artículos 40, 41 y 42 de la L.A.” en Comentarios a la Ley de Arbitraje. –AA.VV. y Martín Muñoz, A. de y Herrero Anibarro, S., Coords.-. Editorial Marcial Pons, Madrid 2006.

Hinojosa Segovia, R. La Nueva Ley Arbitraje. -
http://cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_nueva_ley_de_arbitraje_739.pdf.

Hinojosa Segovia R. y Hierro Hernández-Mora A. “El arbitraje comercial internacional en España: Marco legal y jurisprudencial”, en Conejero Roos C., Hierro Hernández-Mora A., Macchia V., Soto Coagila C., (eds.) “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica”, Editorial Legis, Colombia, 2009.

Hinojosa Segovia, R. y Cubillo López I. El Arbitraje, en Hinojosa Segovia R. (editor) Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

Huberto E. III Bello Tabares, Dorgi D. Jiménez Ramos, Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, (Pág. 362-363).

Hoyos Sánchez, M. de “Comentarios al artículo 24 de la L.A.” en Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje. –AA.VV. y Guilarte Gutiérrez, V. Mateo Sanz, J. B.. Coords.-. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2004.

Hoyos Sancho, M. de “Comentarios al artículo 26 de la L.A.” en Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje. –AA.VV. y Guilarte Gutiérrez, V. Mateo Sanz, J. B.. Coords.-. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2004.

Iglesias J, Derecho Romano Instituciones de derecho privado, Editorial Ariel Barcelona, 1982.

Interconsulting Bureau S.L. “Liderazgo y Resolución de conflictos”, 1ª edición, ICB Editores, Bogotá, 2015.

- Íscar de Hoyos, J. El arbitraje institucional, Revista jurídica de Castilla y León: Arbitraje y mediación, Núm. 29, Castilla y León, 2013.
- Jalkh, G. y Sánchez, F. citados por Sánchez Hidalgo, F. Resolución Alternativa de Conflictos. Editorial PRAXIS, Talento Creativo, Quito, 1997.
- Jara Vásquez, M. E. Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre el arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, 2011, obtenida de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3213/1/CON-PAP-Jara%2c%20M.E-Arbitraje.pdf>
- Kelsen, H. Teoría General del Derecho y del Estado. (Traducción de García Máynez E.), 5ª reimpression, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.
- Lacruz Mantecon, M. L. La impugnación del arbitraje, Editorial Reus S.A., Madrid, 2011.
- Landa Arroyo, C. El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. en Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje de 2007. Lima 2008.
- Ledesma Narváez, M. Jurisdicción y Arbitraje, 2ª edición, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.
- López de Argumedo Piñeiro A. y Menéndez de la Cuesta Lamas, K. La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española más reciente. -
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2568/documento/103ala.pdf?id=2598>.

- López, G. (Glosador). Tercera Partida. Editor Portonariis, A de. Salamanca 1555 (Ed. Fascimil).
- Lorca Navarrete, A. M^a. Manual de Derecho de Arbitraje, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.
- Lorca Navarrete, A. M^a: El Derecho Procesal como sistema de garantías. <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex107/BMD10704.pdf>.
- Lozano-Higuero Pinto, M. Introducción al Derecho Procesal. Editorial Ministerio de Justicia. Madrid, 1990.
- Luiso, F. P. Arbitraje y Constitución en el ordenamiento italiano, en Constitución y Proceso, ARA Editores, Lima, 2009.
- Llana Vicente, M. de. El recurso de anulación contra el laudo arbitral. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1859, 1999.
- Macchia V. y Zapiola I. "El arbitraje comercial internacional en Argentina: Marco legal y jurisprudencial", en Conejero Roos C., Hierro Hernández-Mora A., Macchia V., Soto Coagila C., (eds.) "El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica", Editorial Legis, Colombia, 2009.
- Maluquer de Motes y Berner, C.J. "Comentarios al artículo 9 de la L.A." en Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje. –AA.VV. y Guilarte Gutiérrez, V. Mateo Sanz, J. B.. Coords.-. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2004.
- Marchán, J. M. La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador. Revista ecuatoriana de arbitraje, 2011.
- Marcos Francisco, D. El idioma en el arbitraje común y, especialmente, en el arbitraje de consumo. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2011.

- Martín Moral, M. F. La relación entre el concurso de acreedores y el arbitraje. (Tesis Doctoral). Valladolid, 2013.
- Martínez García, E. Algunas reflexiones acerca del posible control de oficio del convenio arbitral en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Revista de la Facultad de Derecho de la Universitat de València, 2002.
- Martínez Val, J. M. Cinco sentencias sobre derecho a la tutela judicial", Revista General de Derecho, 1986, núm. 498.
- Matheus López, C. A. La anulación del laudo arbitral justificada en errores in procedendo, en Constitución y Proceso, ARA Editores, Lima, 2009.
- Matheus López, C. A. La independencia e imparcialidad del árbitro, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009.
- Merchán Álvarez, A. El Arbitraje. Estudio histórico-jurídico. Editorial del Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1981.
- Merino Merchan, J. El Pacto de Arbitraje Telemático, Régimen Jurídico de internet, AAVV, (Cremades García, Coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2002.
- Merino Merchán; J. F. y Chillón Medina, J. Medina, J. M^a. La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1988-1989.
- Merino Merchán, J. F: Chillón Medina, J. M, Tratado de Derecho Arbitral, 3^a edición, Navarro: Thomson Civitas, 2006.
- Molina González, Breve reseña histórica del arbitraje.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/157/dtr/dtr10.pdf>

- Montero Aroca, J., La prueba en el proceso civil. 2ª Edición. Editorial Thomson-Aranzandi. Barcelona, 2007.
- Montesinos García, A. Algunas reflexiones sobre el convenio arbitral. Revista de la Corte Española de Arbitraje. 2006.
- Monroy Palacios, J. J. "Arbitraje, Jurisdicción y Proceso". en Arbitraje On Line. Boletín Jurídico del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Núm. 7, 2006.
- Mullerat, R. La Anulación del Laudo Arbitral. Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XI, 1995.
- Muñoz Sabaté, L. "Comentario al artículo 13 de la Ley de Arbitraje." en Comentarios a la Ley de Arbitraje. -Martín Muñoz, A. de y Herrero Anibarro, S., Coords., AA.VV.-. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Olivencia Ruiz, M. "Evolución y rasgos del sistema arbitral español." en Curso de Derecho Arbitral –AA.VV. y Merino Merchán, J. F., Dtor. editorial Tirant Lo Blanc. Valencia, 2009.
- Olivencia Ruiz, M. El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003. http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/el_arbitraje_en_espana._impacto_de_la_ley_11_2011,_de_reforma_de_la_ley_60_2003._revista_juridica_de_catalunya,_n_4_2012._653.pdf
- Ophelan Pérez, C.F. El arbitraje ante el tribunal constitucional: avances en su legitimidad jurisdiccional. - <http://www.monografias.com/trabajos78/arbitraje-tribunal-constitucional/arbitraje-tribunal-constitucional2.shtml>
- Ortíz Navacerrada, S. La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: Aspectos procesales. Actualidad Civil, vol. I, núm. 42, 1989.

- Osorio Ruíz, Z. Contratos Comerciales - Empresariales y el Arbitraje, Editorial Idemsa S.A, Lima, 2002.
- Ovalle Faundez, A. I. El arbitraje por compromiso en el Derecho Romano. Revista de Derecho de la Universidad de Valparaiso. Núm. XVII, 1996.
- Oyarte, R. “Debido Proceso”, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2016.
- Oyarte, R., “Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado”, Cooperación de Estudios e Impresiones (CEP), Ecuador, 2015.
- Pallares Bossa. J. “Arbitraje Conciliación de Conflictos, Teoría, Técnicas y Legislación”, Editorial Leyer, Bogotá, 2003.
- Parra Quijano, J., Manual de Derecho Probatorio, 18ª edición, Ediciones del Profesional LTDA., Bogotá, 2011.
- Pelayo Lavín, M. La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos, Universidad de Salamanca [tesis doctoral], Salamanca, 2011, Obtenido de (http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110555/1/DDAFP_Pelayo_Lavin_M_LaMediacion.pdf).
- Peña Castrillón, G. y Martínez Neira, N., Pacto Arbitral y arbitramento en conciencia. Temis Editorial, Bogotá, 1988.
- Perales Viscasillas, P. Arbitrabilidad y el convenio arbitral. Editorial Thomson Editorial-Aranzadi. Navarra 2005.
- Perales Viscasillas, P. La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo). Arbitraje, núm. 2. Vol. IV. Arbitraje, 2011.

Pérez Perdomo, R. Los Abogados Americanos de la Monarquía Española.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/cnt/cnt16.htm>

Pérez-Pujazón Millán, M^a. E. y Trigo Sierra, E. La reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje -
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3229/documento/art11.pdf?id=3377>

Pérez Luño Robledo, E. C. La Reforma del Arbitraje de 2011: Presupuestos, Antecedentes y Alcance. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013.

Pérez-Prieto de las Casas, R. “¿Qué hacer frente a la impredecibilidad de las decisiones arbitrales?”. en El rol de las Altas cortes y el derecho a la impugnación. –AA.VV. y Priori Posada, G., Coord.-. Editorial Palestra. Lima, 2015.

Pérez-Cruz Martín, A. J. (Dtor.) y Neira Pena, A. M^a (Coorda.). –VV.AA.- Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada. Editorial THOMSON-REUTERS. Navarra. 2011.

Pérez-Cruz Martín, A. J. y Seoane Spigelberg, J. L. Derecho Procesal Civil. Tomo II. Editorial TÓRCULO. 4^a Edición actualizada y revisada. Santiago de Compostela (A Coruña), 2014.

Pérez-Cruz Martín, A. J. Constitución y Poder Judicial. 2^a Edición. Editorial Atelier. Barcelona, 2015.

Pérez-Cruz Martín, A. J. y Suárez Robledano. J. M. La independencia judicial y los Consejos de la Magistratura y Judicatura (Europa, USA e Iberomérica). Editorial Atelier, Barcelona, 2015.

Pérez Royo, J. Curso de Derecho Constitucional, 12^a edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

Petit Guerra, L.A. El sistema de pruebas en el arbitraje desde la asunción del debido proceso como derecho fundamental. - <http://www.cedca.org.ve/documentos/Luis-Petit.pdf>.

Picó i Junoy, J. Las garantías constitucionales del proceso. Editorial J.M. Bosch. Barcelona 1997.

Pietro Sánchez, L. Neoconstitucionalismo. Diccionario de derecho constitucional. Editorial Porrúa, México, 2005.

Pinzón M. A. y Rodríguez López, T. De la Naturaleza contractual del arbitramento como método Alternativo de soluciones [Tesis de Grado], Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009.

Platón. De Légibus (La Leyes) – <https://archive.org/stream/platonisoperaqua01plat#page/356/mode/2up->.

Porcellar Giménez, E. El Recurso de Anulación en la Ley 36/1988, de Arbitraje. Tribunales de Justicia, núm. 3, 1999.

Priori Posada, G. “Lineamientos para la tutela del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional.” en Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales. Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución. -AA.VV. y Priori Posada, G., Coord.-. Editorial Palestra. Lima, 2014

Prieto-Castro Ferrándiz, L. Exposición del Derecho Procesal Civil de España. Editorial Librería General. Zaragoza, 1941.

Ramírez F. V. Manual De Derecho Arbitral, Gaceta Jurídica S.A., Lima 2003.

Ramos Méndez, F. Derecho Procesal Civil. Editorial J.M Bosch. Barcelona 1992.

Ramos Méndez, F. Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los juicios civiles. Barcelona. 2008.

Ramos Méndez, F. El Sistema Procesal Español. Editorial Atelier. 9ª Edición. Barcelona, 2013.

Redfern, A. Hunter, M. Blackaby & N., Partícuoasides, C. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, Editorial La Ley. 4ª edición, Buenos Aires, 2007.

Reyes Martín, H. Tutela Jurisdiccional diferenciado. Palestra Editores, Lima, 2006.

Riaño Brun, I. I. El Arbitraje: una nueva perspectiva desde el derecho español y el derecho francés. 1ª Edición. España: La Ley. 2013.

--- Reflexiones en torno a la acción de anulación del laudo arbitral y los motivos que la justifican, en Pérez Moriones A, Riaño Brun I., Mestrot, M. (editores), El Arbitraje: una perspectiva desde el Derecho Español y el Derecho Francés., Editorial La Ley, Madrid, 2013

Robiolo J. A. Derecho Arbitral, 1ª edición, La Ley Editorial, Buenos Aires, 2007.

Roca Martínez, J. Mª. Arbitraje e Instituciones arbitrales. Editorial José-Mª Bosch. Barcelona 1993.

Rodríguez Mejía, M. "Requisitos e impedimentos para ser árbitro en el derecho español", 2011, obtenido de (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1876533).

Rousseau, J. J. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. El contrato social, trads. López López, J. y Berges C., Editorial: Folio, Colección Obras Fundamentales de la Filosofía. Barcelona, 1999.

- Rubio Guerrero, R.. El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. -
http://www.limaarbitration.net/LAR4/Roger_Rubio_Guerrero.pdf
- Ruiz Jaramillo, L. B. El derecho a la prueba como derecho fundamental.
<http://tesis.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/2259/1/El%20derecho%20a%20la%20prueba%20como%20un%20derecho%20fundamental.pdf>
- Ruska Maguiña, C. Arbitraje, Ad Hoc o Arbitraje Administrado: el Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú, 2011, obtenido de (http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/iurisDictio_11/El_Inicio_del_Proceso_Constituyente.pdf).
- Salcedo Verduga, E. El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Editorial Jurídica Míguez Mosquera. Guayaquil, 2001.
- Salcedo Verduga, E. La tutela judicial constitucional y el arbitraje. -
http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/19/19_La%20Tutela.pdf
- Salcedo Verduga, E. El Convenio arbitral en la nueva Ley de Arbitraje y Medicación -
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=196&Itemid=63
- Samanes Ara, C. “Comentario al artículo 22 de la L.A.” en Comentarios a la Ley de Arbitraje. –AA.VV. y Guilarte Gutiérrez, V. y Jacobo B. Mateo Sanz, J.B., Coords.-. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2004.
- Sánchez Garrido, J. El arbitraje y mediación como medio de solución de conflictos. Ciudadano y Valores. Fundación. Documentos para el Debate. Fundación FAES. Madrid, 2012.

- Sánchez Pos, M. V. El control judicial en la ejecución del laudo arbitral, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009.
- Sanjurjo Rios, E. I. “El arbitraje de equidad contra las cuerdas. El proceso de reforma de la Ley de arbitraje de 2003, por la Ley 11/2011, de 20 de mayo”. en La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011 –AA.VV. y Damián Moreno, J. Dtor.-. Editorial La Ley. Madrid 2011.
- Santisteban de Noriega J. Arbitraje y Jurisdicción desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional de Perú. Revista Peruana de Arbitraje núm. 2, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2006.
- Segni, A. “Giurisdizione (in geneale)”. en Novissimo digsto Italiano, VII, Editrice Torinese, Turin, 1961.
- Seoane Spiegelberg, J. L. La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones. 2ª Edición. Editorial THOMSON-ARANZADI. Navarra, 2007.
- Serra Domínguez, M. Estudios de Derecho Procesal. Editorial Ariel. Barcelona, 1969.
- Serra Domínguez, M. Serra Domínguez (Jurisdicción, Acción y Proceso. Editorial Atelier. Barcelona 2008.
- Silva Romero, E. Breves observaciones sobre el principio “Kompetenz-Kompetenz”, en Silva Romero E. y Mantilla Espinoza F. (editores) El Contrato de Arbitraje, 1ª edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, (Pág. 580).
- Soto Coaguila, C. A., El Arbitraje en el Perú y el Mundo, Ediciones Magna, 1ª Edición, Lima, en su artículo Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú, 2008.

- Suárez Robledano, J. M. "Comentarios a los arts. 40, 41, 42 y 43 de la L.A." en Comentarios a la Ley de Arbitraje. AA.VV. y Prats Albentosas, L., Coord.-. Editorial La Ley. Madrid, 2013.
- Talero Rueda, S. Arbitraje comercial internacional Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.
- Tomás Martínez, G. "Comentario al artículo 24 de la Ley de Arbitraje." en Comentarios a la Ley de Arbitraje. –AA.VV.. Prats Albentosas, L., Dtor.- Editorial La Ley. Madrid, 2013.
- Universidad Católica de Colombia. Manual de Derecho Procesal Civil. Editorial U.C.C., Bogotá- Colombia, 2010 obtenido de (http://aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/men_udea/pluginfile.php/27496/mod_resource/content/0/IMANUAL_DE_DERECHO_PROCESAL_CIVIL.PDF).
- Valiño, E. Instituciones de Derecho Romano. Valencia. Editorial Universidad de Valencia, 1976.
- Vallespin Pérez, D. El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil. Editorial Atelier. Barcelona 2002.
- Vega, P. de. La reforma constitucional y la problemática del Poder constituyente. Editorial Tecnos. Madrid, 1985.
- Venegas Grau, C. "Comentarios al artículo 22 de la L.A." en Comentarios a la Ley de Arbitraje. –AA.VV. y Prats Albentosas, L., Dtor.-. Editorial La Ley. Madrid, 2013.
- Venegas Grau, C. "Comentarios al artículo 24 de la L.A." en Comentarios a la Ley de Arbitraje. –AA.VV. y Prats Albentosas, L., Dtor.-. Editorial La Ley. Madrid, 2013.

VerderaTuells, E. y otros. Jurisprudencia Española de Arbitraje. Thomson Reuters Proviewe Book. Navarra, 2013.

Vidal Fernández, B. “Comentarios al artículo 28 de la L.A.” en Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje. –AA.VV. y Guilarte Gutiérrez, V. Mateo Sanz, J. B.. Coords.-. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2004.

Vidal Ramírez, F. Manual de Derecho Arbitral. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

Villar-Garcia, N ¿Cómo defender la jurisdicción arbitral pactada frente a las cautelares y a los amparos. - http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_11/Como_Defender_la_Jurisdiccion.pdf

Zagrebelsky, G. El derecho dúctil, ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, Madrid, 1995.

Zavala Egas, J. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilex S.A. Editores, Guayaquil, 2010.

Zavala Egas, J., “Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Costitucional”, Edilex, S. A. Editores, Perú, 2012.

Zavala Egas, J., Derecho administrativo, tomo I, Editorial Edino, Guayaquil, 2005.

Zorraquín R, Historia del Derecho Argentino, Tomo I, 1ª edición, Tercera reimpresión. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1985.

Fuentes jurisprudenciales

Corte Constitucional del Ecuador

Sentencia núm. 020–09 –SEP– CC del 13 de agosto de 2009

Sentencia 0712-09-Ep, caso Caso Misle Zaidan y Ernesto Martínez Cobo

Sentencia, de 26 de Marzo de 2010

Sentencia núm. 0006-10-SEP-CC. (2010)

Sentencia, núm. 0006-10-SEP-CC. (2010)

Sentencia núm. 244-15-SEP-Cc

Sala de Admisiones de la Corte Constitucional, Caso núm. 1585-10-EP. (2011)

Sentencia núm. 063-12-SEP-CC

Sentencia núm. 063-12-SEP-CC. (2012)

Sentencia núm. 063-12-SEP-CC

Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 0920-14-EP. (2014)

Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 1275-13-EP. (2014)

Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 1362-13-EP. (2014)

Sentencia Núm. 109-15-SEP-CC. (2015)

Sentencia núm. 270-15-SEP-CC (2015)

Sentencia núm. 325-15-SEP-CC. (2015)

Sentencia núm. 006-10-SEP-CC

Sentencia Núm. 081-13-SEP-CC. (2013)

Sentencia núm. 155 –12 – SEP – CC dictada el 17 de abril de 2012

Sentencia núm. 33 –11 – SEP – CC, caso No. 0519 – 09 – EP

Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 1585-10-EP. (2011)

Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 0920-14-EP. (2014)

Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 1275-13-EP. (2014)

Sala de Admisiones de la Corte Constitucional. Caso núm. 1362-13-EP. (2014)

Sentencia núm. 169-12-SEP-CC. (2012)

Sentencia núm. 113-15-SEP-CC. (2015)

Sentencia núm. 19-09-SEP-CC

Sentencia núm. 021-09-SEP-CC

Sentencia núm. 008 – 2008

Tribunal Constitucional de España

STC 9/1981, de 31 de marzo

STC 13/1981, de 22 de abril

STC 32/1982, de 7 de junio.

STC 26/1983, de 13 de abril.

STC 61/1984, de 16 de mayo.

STC 115/1984, de 3 de diciembre

STC 65/1985, de 23 de mayo

STC 99/1985, de 30 de septiembre.

STC 109/1985, de 8 de octubre.

STC 177/1985, de 19 de diciembre.

STC 64/1986, de 22 de mayo.

STC 29/1987, de 6 de marzo.

STC 55/1987, de 13 de mayo.

STC 102/1987, de 17 de junio.

STC 142/1987, de 23 de julio.

STC 159/1987, de 26 de octubre.

STC 167/1987, de 28 de octubre.

STC 206/1987, de 21 de diciembre.

STC 205/1988, de 7 de noviembre.

STC 211/1988, de 10 de noviembre.

STC 244/1988, de 19 de diciembre.

STC 43/1988, 16 de marzo

STC. 100/1988, de 7 de junio.

STC 148/1989, de 21 de setiembre.

STC 211/1988, de 10 de noviembre

STC 180/1988, de 11 de octubre

STC 15/1989, de 26 de enero

STC 60/1989, de 16 de marzo.

STC 118/1989, de 3 de julio.

STC 48/1990, de 20 de marzo.

STC 50/1990, de 26 de marzo.

STC 50/1990, de 26 de marzo

STC 62/1991, de 22 de marzo

STC 51/1992 de 2 de abril

STC 114/1992, de 14 de septiembre.

STC 153/1993, de 3 de mayo.

STC 220/1993, de 30 de junio.

STC 259/1993, de 20 de julio

STC 288/1993, de 4 de octubre

STC 299/1993, de 4 de octubre

STC 334/1993, de 15 de noviembre

STC 34/1994, de 31 de enero.

STC 149/1995, de 16 de octubre

STC 174/1995, de 23 de noviembre

STC 142/1996, de 16 de septiembre

STC 176/1996, de 11 noviembre

STC 15/1997, de 30 de enero.

STC 99/1997, de 20 de mayo.

STC 82/1999 de 10 de mayo.

STC 219/1999, de 29 de noviembre

STC 128/2000, de 16 de mayo

STC 268/2000, de 13 de noviembre

STC 182/2004, de 2 de noviembre.

STC 273/2005, de 27 de octubre

STC 293/2005, de 21 de noviembre

STC 244/2006, de 24 de julio.

STC 158/2007, de 2 de julio

STC 119/2007, de 21 de mayo.

STC 2/2008, de 14 de enero.

STC 52/2009, de 23 de febrero.

STC 125/2010, de 29 de noviembre.

STC 136/2010, de 2 diciembre.

STC 20/2012, de 16 de febrero.

STC 231/2012, de 11 de enero.

STC 52/2014, de 10 de abril de 2014.

STC 131/2014, de 21 de julio

STC 180/2015, de 7 de septiembre

ATC 701/1988, de 6 de junio

ATC 259/1993, de 20 de julio

ATC 259/1993, de 20 Julio

ATC 259/1993, de 20 de julio

ATC 185/1997, de 18 de febrero.

Tribunal Supremo de España

STS 1ª 20 mayo 1982 [RJ, 1982, 2584]

STS 1ª 14 de julio de 1986 [RJ 1986, 4507]

STS 15 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9507].

STS 4 de junio 1991 [RJ 1991, 4412]

STS 1ª 7 de junio 1990 [RJ 1990, 4741]

STS 21 de marzo de 1991 [RJ 1991\2424]

STS Pleno 62/1991, de 22 de marzo [RTC 1991, 62]

STS 4 de junio de 1991 [RJ 1991\4412])

STS de 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6508)

STS 1ª 29 septiembre 1997[RJ 1997, 6824]

STS 1ª 14 junio 2001 [RJ 2001, 4338]

STS 1ª 25 octubre 2005 [RJ 2005, 7211]

STS 1ª 2 julio 2007 [RJ 2007, 3916]

STS 1ª 20 noviembre 2008 [RJ 2009, 8]

STS 1ª 9 julio 2009 [RJ 2007, 4960]

STS 1ª 11 febrero 2010 [RJ 2010, 3771]

ATS 3ª. 18 noviembre 1986

ATS 3ª 2 marzo 1987

ATS 1ª de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3105)

ATS 15 noviembre 2005 [JUR 2006, 26635]

Corte Suprema de Justicia / Corte Nacional de Justicia del Ecuador

Sentencia 242–2007, caso Latín American Telecom Inc. vs Pacifictel S.A., de 6 de marzo de 2007

Resolución Núm. 303, publicada en el R.O. Núm. 34, de 26 de septiembre de 1998

Resolución Núm. 115–966, publicada en el Suplemento del R.O., de 26 de mayo de 1997.

Sentencia Presidente de la Corte Provincial del Guayas, de 18 de mayo de 2011.

Tribunal Superior de Justicia de España

STSJ Comunidad Valenciana 1ª 20 Abril 2012 [RJ 2012, 8778]

STSJ Comunidad Valenciana 1ª 26 Marzo 2012 [RJ 2012, 8770]

STSJ Madrid 1ª 25 junio 2012 [JUR 2012, 290925]

STSJ Cantabria 30 enero 2012 [JUR 2012, 203730]

STSJ Cataluña 1ª, núm. 35/2012, 4 junio 2012 - STSJ CAT 7529/2012-

STSJ Comunidad Valenciana 1ª 18 mayo 2012 [RJ 2012, 8784]

STSJ de Madrid, núm. 63/2013, del 29 de julio de 2013 -STSJ M 11503/2013-

STSJ Madrid, núm. 59/2013 de 16 de julio de 2013 -STSJ M 8246/2013.

STSJ Comunidad Valenciana, núm. 8/2013, de 31 de julio -STSJ CV 4190/2013.

ATSJ País Vasco, de 19 abril 2012 [RJ 2012, 6133]

Audiencias Provinciales

SAP Madrid 22 septiembre 1992 [Ac 1992, 1294]

SAP Barcelona 16ª 26 enero 1993

SAP Álava 16 febrero 1993 [AC 1993, 97]

SAP de Sevilla de 4 de noviembre de 1993 (AC 1993/2278)

SAP A. Coruña 15 marzo 1995 [AC 1995, 404]

SAP Madrid 7 noviembre 1995

SAP Barcelona 15ª 30 marzo 1996

SAP Madrid 18ª 16 septiembre 1996

SAP Islas Baleares 3ª 4 febrero 1997 [AC 1997, 318]

SAP de Castellón 2ª de 27 de marzo de 1998 (AC 1998/752)

SAP de Lérida 1ª de 27 de marzo de 1998 (AC 1999/1754)

SAP Vizcaya 4ª 18 de junio 1998 [AC 1998, 6082]

SAP Barcelona 15ª 3 marzo 2000 [AC 2000, 4245]

SAP Coruña 4ª 22 febrero 2002 [JUR 2002, 136409]

SAP Valencia 6ª 30 octubre 2002 [JUR 2003, 12869]

SAP Barcelona 14ª 14 noviembre 2003 [JUR 2004, 5079]

SAP de Murcia 1ª 13 de enero de 2004 (RA 110705/2004)

SAP Barcelona 14ª 29 de enero de 2004 (RA 763/2004)

SAP Barcelona 14ª 5 febrero 2004 [JUR 2004]

SAP Barcelona, 14ª 9 de febrero de 2004 (RA 841/2004),

SAP Barcelona 14ª 14 de noviembre de 2004 (RA 5079/2004)

SAP Girona 1ª 17 Noviembre 2004 [AC 2004, 2353]

SAP Burgos 2ª de 12 de diciembre de 2004 (RA 78128/2004).

SAP Barcelona 15ª 16 marzo 2005 [JUR 2005, 125545]

SAP Barcelona 15ª, 27 Junio 2005

SAP Madrid 14ª 18 junio 2005 [JUR 2005, 237326]

SAP Las Palmas 3ª 10 enero de 2006 [JUR 2006, 102925]

SAP Barcelona 15ª 13 marzo 2006 [AC 2006, 1947]

SAP Madrid 12ª 22 marzo 2006 [AC 2006, 353]

SAP Barcelona 15ª 23 marzo 2006 [JUR 2006,241254]

SAP Murcia 4ª 28 marzo 2006 [JUR 2006, 131847]

SAP Vizcaya 4ª 30 mayo 2007 [JUR 2007, 349763]

SAP Madrid 12ª 25 enero 2007 [JUR 2007, 177406]

SAP A Coruña 4ª 22 febrero 2007 [JUR 2007, 228595]

SAP Madrid 9ª 13 junio 2007 [JUR 2007, 321217]

SAP Madrid 13ª 16 Enero 2008 [JUR 2008, 125502]

SAP Madrid 14ª 24 enero 2008 [JUR 2008, 98427]

SAP Navarra 3ª 30 enero 2008 [JUR 2008, 184056].

SAP Madrid 11ª 26 febrero 2008 [JUR 2008, 135382]

SAP Madrid 12ª 5 marzo 2008 [JUR 2008, 153145]

SAP Valencia 8ª 25 marzo 2008 [JUR 2008, 190220]

SAP Madrid 9ª 5 mayo 2008[JUR 2008, 177811]

SAP de Madrid 10ª 12 mayo 2008 [JUR 2008, 214217]

SAP Madrid 12ª 10 junio 2008 [JUR 2008, 384186]

SAP Madrid 14ª 15 septiembre 2008 [JUR 2008, 382560]

SAP Madrid 14ª 24 Septiembre 2008 [JUR 2009, 53899]

SAP Las Palmas 5ª 30 Septiembre 2008 [JUR 2009, 135128]

SAP Madrid 8ª 3 noviembre 2008 [JUR 2009,35077]

SAP Huelva 3ª 12 noviembre 2008 [JUR 2009, 162745]

SAP Alicante 8ª 26 noviembre 2008 [JUR 2009, 62774]

SAP Madrid 18ª 17 diciembre 2008 [JUR 2009, 115506]

SAP Vizcaya 4ª 12 Febrero 2009 [JUR 2009, 323157]

SAP Las Palmas 4ª 23 marzo 2009 [JUR 2009, 248636]

SAP Santa Cruz de Tenerife 4ª 22 abril 2009 [JUR 2009, 293857]

SAP Vizcaya 4ª 20 mayo 2009 [JUR 2009, 344993]

SAP Barcelona 17ª 28 Mayo 2009 [JUR 2009, 421063]

SAP Valencia 6ª 25 junio 2009 [JUR 2009, 376527]

SAP Pontevedra 1ª 16 septiembre 2009 [JUR 2009, 436994]

SAP Madrid 14ª 24 septiembre 2009 [JUR 2009, 53899]

SAP Madrid 21ª octubre 2009 [JUR 2010, 21472]

SAP Barcelona 15ª 9 febrero 2010 [2010, 179589]

SAP Madrid 13ª 24 mayo 2010 [JUR 2010, 322952]

SAP Sevilla 5ª julio 2010 [JUR 2010, 377188]

SAP Madrid 8ª 20 septiembre 2010 [JUR 2010, 368667]

SAP Madrid 11ª 22 septiembre 2010. [JUR 2011, 18971]

SAP Islas Baleares 3ª 22 noviembre 2010 [AC 2010, 2333]

SAP Madrid 25ª 26 noviembre 2010 [JUR 2011, 40338]

SAP Sevilla 5ª 26 enero 2011 [JUR 2011, 219201]

SAP Madrid 20ª 28 enero 2011 [JUR 2011, 148163]

SAP Madrid 28ª 10 junio 2011 [JUR 2011, 256573]

SAP Madrid 12ª 13 de junio del 2011 [JUR 2011, 347818]

SAP Madrid 12ª 30 junio 2011 [JUR 2011, 347818]

APP Madrid 20ª 8 junio 1999 [AC199, 1713]

AAP Madrid 11ª 6 junio 2001 [AC 2001, 1602]

AAP Madrid 9ª 13 mayo 2004 [AC 2004, 1584]

AAP Salamanca 1ª 15 septiembre 2009 [AC2009, 2008]

AAP Madrid 12ª 5 mayo 2010 [JUR 2010, 252915]

AAP Sevilla 5ª 24 marzo 2011 [JUR 2011, 216439]

AAP Madrid 21ª 14 abril 2011 [JUR 2011, 226844]

AAP Madrid 9ª 6 junio 2011 [JUR 2011, 345418]

AAP Madrid 25ª 7 junio 2011 [JUR 2011, 291463]

Corte Provincial de Justicia del Ecuador

Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia, de 19 de octubre de 2009

Sentencia de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, en sentencia del Juicio Ordinario Laudo Arbitral, Núm. 759–2009.

Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 19 de octubre de 2009. Laudo Arbitral Núm. 13–2006. Árbitros Abg. Jimmy Pazmiño Pareja, María del Carmen Vidal Maspons y Dr. Galo García Carrión. PACIFICTEL S.A. y NEGOCIOS Y TELEFONÍA S.A. NEDETEL.

Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Guayas. Laudo arbitral proceso 09–2010. Laudo arbitral dictado por los Drs. Cristian Castelblanco Zamora, Jorge Alvear Macías y Santiago Velázquez Coello.

Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 19 de octubre de 2009.

Sentencia de la acción de nulidad resuelta por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 25 de noviembre de 2009, recaída en proceso Núm. 89-2009 BL, Juicio Especial de Nulidad de Laudo Arbitral

Sentencia del Presidente de la Corte Provincial del Guayas, de 6 de julio de 2010, Laudo Arbitral Núm. 03–2010. Árbitros Drs. Cristian Castelblanco Zamora, Luis Cabezas Parrales, y Raúl Gómez Ordeñana. OIL SERVICES & SOLUTIONS S.A., OIL SERV y Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP.

Sentencia del Presidente Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 1 de marzo de 2011.

Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de 12 de julio de 2011.

Sentencias de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 23 de agosto de 2011, caso Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable.

Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, de 30 de agosto de 2011, caso Saneamiento EPMAPS vs. Consorcio Bigdig S.A. y Asociados, South Garden S.A.

Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, de 27 de septiembre de 2011, caso Southgarden vs. E.G. Hill Company Inc; Timesharing S.A. vs. Florencio Agustín Monserrate López.

Sentencia, de 15 de noviembre de 2011, de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del proceso, Núm. 28-2011 BL, Juicio Especial de Nulidad de Laudo Arbitral.

Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 15 de noviembre de 2011, caso Cuerpo de Ingenieros del Ejército vs. Hidrotambo.

Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, 18 de diciembre de 2012. Laudo Arbitral Núm. 03-2007 árbitros Ab. Wladimiro Álvarez Grau, Dr. Fernando González Williams y Ab. Alexandra Iza de Díaz. Arbitraje BANCO DE GUAYAQUIL S.A. y CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA (CAE).

Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas 27 de diciembre de 2012. Laudo Arbitral Núm. 08-2012. Árbitros Abg. César Drouet Candel, Drs. Rubén Morán Sarmiento y Santiago Velázquez Coello. SERVICIOS HOSPITALARIOS S.A. ALBOTEOTÓN y R.DES SERVICIOS CORPORATIVOS CIA.LTDA.

Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia, de 27 de diciembre de 2012

Sentencia Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 11 de abril de 2013.

Otras Cortes Constitucionales

Sentencia, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 21 de marzo de 1991.

Sentencia de Corte Constitucional Colombiana C-543-92

Sentencia de Corte Constitucional Colombiana, T-329/96. (1996)

Sentencia de Corte Constitucional Colombiana, T-555/99 (1999)

Sentencia de Corte Constitucional Colombiana Núm. 081-13-SEP-CC. (2013)

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de Venezuela de 28 de febrero de 2008.