

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

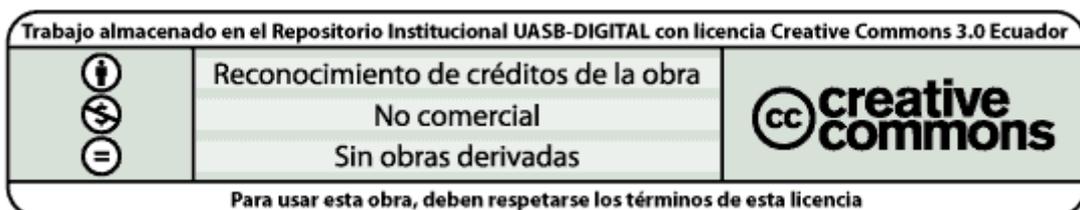
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

**La arbitrabilidad de los actos administrativos en la contratación
pública en el Ecuador**

Diana Carolina Moya Dávalos

Quito, 2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Diana Carolina Moya Dávalos, autora de la tesis titulada “LA ARBITRABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR” mediante el presente documento dejo constancia que la obra es mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para obtener el título de magister en Derecho, Mención en Derecho Administrativo, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se haga para obtener beneficios económicos. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como uso en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito D.M., a, 9 de diciembre de 2015

Abg. Diana Carolina Moya Dávalos

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**La Arbitrabilidad de los Actos Administrativos en la Contratación Pública en
el Ecuador**

Autora: Diana Carolina Moya Dávalos

Director: Genaro Eguiguren

Quito

2015

Resumen

El presente trabajo investigativo pretende ventilar la problemática existente en el derecho ecuatoriano referente a la arbitrabilidad de los actos administrativos que se derivan de la existencia de una relación contractual en donde una de las partes es la Administración.

El conflicto se origina cuando a pesar del reconocimiento del arbitraje como un mecanismo heterocompositivo de solución de disputas en la Constitución de la República y en el resto del ordenamiento jurídico vigente, existe vaguedad en la Ley de Arbitraje y Mediación sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos, lo que impide a los árbitros ejercer su competencia a cabalidad, pues existe el riesgo que ante tal vacío, la declaratoria de competencia del Tribunal resulte en violaciones a derechos constitucionales como la tutela judicial efectiva, el debido proceso, o a nivel legal la nulidad de la decisión proferida.

Para ello, en el primer capítulo de este trabajo académico se estudiará el marco teórico que rige a los actos administrativos, a la contratación pública y al arbitraje, a partir de tres criterios: el legal ecuatoriano, el doctrinario y el derecho comparado. Atender las similitudes en otros derechos permitirá al Ecuador determinar la existencia de una solución al problema jurídico planteado.

En el segundo capítulo, se desarrollará la institución arbitral en el Ecuador, estudiado desde un punto de vista histórico, revisando los requisitos constitucionales y legales que imperan dentro del mismo, y los elementos que permiten la existencia del arbitraje, la transigibilidad y la competencia arbitral. Finalmente dentro de este capítulo se estudiará y resolverá el fondo de la problemática, analizando los tres escenarios posibles en cuanto al problema: i) arbitrabilidad total, ii) negativa a la arbitrabilidad de los actos administrativos y, iii) una posición intermedia.

Para finalizar, se detallarán las conclusiones de este trabajo y se consignarán algunas recomendaciones que solucionen la problemática.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Andina Simón Bolívar sede Quito, al Área de Derecho y a los docentes de la Especialidad y Maestría en Derecho Administrativo, por la oportunidad de continuar mi formación profesional en esta Universidad y por los conocimientos impartidos.

A los doctores: José Suing Nagua, Juan Carlos Benalcázar y Eddy de la Guerra a quienes agradezco por su paciencia, generosidad intelectual y por quienes profesó sinceros sentimientos de consideración y estima.

Finalmente, un agradecimiento especial al doctor Genaro Eguiguren por su colaboración y apoyo constante durante mis estudios en la UASB y en la elaboración de este trabajo investigativo.

DEDICATORIA

A mis padres, *Isaias y Elena*; y a mi hermana *Lorena*, por su incondicional apoyo en cada etapa de mi vida y cuyo ejemplo es la fuerza que me inspira.

Tabla de Contenido

| | |
|---|-----------|
| Resumen | 4 |
| Tabla de Contenido | 7 |
| Introducción | 9 |
| Capítulo Uno Los actos administrativos en el Ecuador y el arbitraje | 11 |
| 1. Los actos administrativos en el Ecuador y el arbitraje: Nociones Generales | 11 |
| 1.1. Potestades Estatales | 11 |
| 1.1.1. Principio de Legalidad | 13 |
| 1.1.2. Principio de Autotutela | 15 |
| 1.2. Acto Administrativo | 16 |
| 1.2.1. Elementos del Acto Administrativo | 17 |
| 1.2.2. Presunciones del Acto Administrativo | 18 |
| 1.2.3. El Acto Administrativo y los Actos Contractuales | 20 |
| 1.3. Contratación Pública | 22 |
| 1.3.1. Elementos de los Contratos Públicos | 23 |
| 1.3.2. Características de los Contratos Administrativos | 24 |
| 1.3.3. Cláusulas Exorbitantes | 25 |
| 1.4. El Arbitraje | 26 |
| 1.4.1. Características del Arbitraje | 28 |
| 1.4.2. Clases de Arbitraje y el Sometimiento a Legislación y Jurisdicción Extranjeras | 29 |
| 1.4.3. Convenio Arbitral | 34 |
| 1.4.3.1. El consentimiento y la competencia de la Administración | 38 |
| Capítulo Segundo El Arbitraje en el Ecuador | 40 |
| 2. El Arbitraje en el Ecuador | 40 |
| 2.1. Breve Reseña Del Arbitraje en el Ecuador | 40 |
| 2.2. Arbitraje con la Administración en el ámbito nacional | 42 |
| 2.2.1. Requisitos Constitucionales | 43 |
| 2.2.2. Requisitos Legales | 45 |
| 2.2.2.1. La arbitrabilidad en legislaciones como la colombiana y la peruana | 47 |
| 2.2.2.2. Materias arbitrables y no arbitrables en el Ecuador | 52 |

| | |
|---|-----------|
| 2.2.2.3. Las Multas y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública | 52 |
| 2.2.3. Transigibilidad | 54 |
| 2.2.4. Los Tribunales Arbitrales: límites a la competencia | 59 |
| 2.2.4.1. Competencia para determinar la Ilegalidad de los Actos Administrativos | 62 |
| 2.2.4.1.1. La posición pro arbitri: la arbitrabilidad total | 63 |
| 2.2.4.1.2. La posición absolutista | 69 |
| 2.2.4.1.3. Una posición intermedia: Laudar sobre los efectos patrimoniales de los actos administrativos | 76 |
| Conclusiones y Recomendaciones | 81 |
| Bibliografía | 86 |
| Anexos | 88 |

- 1. Procuraduría General del Estado, PGE, “Resolución No.122. Instructivo para solicitar al Procurador General del Estado, autorización para el sometimiento a arbitraje nacional, internacional, ley y jurisdicción extranjeras**
- 2. Corte Constitucional, Sentencia No. 302-15-SEP-CC, CASO No. 08880-13-EP de 16 de septiembre de 2015**
- 3. Roque Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos del acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”**

Introducción

El arbitraje es una institución que ha existido en el mundo desde tiempos inmemoriales, su presencia se recoge en las legislaciones de muchos países como un sistema legítimo a disposición de las partes para que un tercero pueda resolver las disputas que los enfrentan. En el Ecuador esta institución también se encuentra reconocida tanto a nivel constitucional como legal.

Al igual que ocurre en otros países, la normativa ecuatoriana ha permitido al Estado y sus instituciones resolver las controversias que los involucran a través del arbitraje. Sin embargo, esta posibilidad legal solo será viable cuando la Administración cumpla los requisitos que le facultan a conceder su consentimiento. La justificación de tal exigencia solo puede comprenderse por la afectación del orden público cuando los intereses colectivos están en juego.

Lamentablemente, por lo sucinto de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, existen varios vacíos o vaguedades que afectan la posibilidad de arbitraje con el Estado. En primer lugar se encuentra el término transigibilidad, elemento básico del arbitraje puesto que sin la presencia de una materia transigible, el arbitraje no puede operar. Por otro lado, el alcance del convenio arbitral, cuando la materia se reputa como contractual. Esto que resultaría sencillo de aplicar entre particulares, tiene un obstáculo cuando es el Estado el que interviene, en particular cuando la forma de manifestación del Estado se da a través de actos administrativos, mismos que de acuerdo al ordenamiento positivo, solo pueden ser resueltos por los jueces de lo contencioso administrativo.

A partir de este problema, se plantean tres escenarios posibles que resuelven la cuestión, el primero de ellos que señala que si la Ley de la materia no distinguió a los actos administrativos de la competencia del Tribunal, se entiende que toda disputa de la relación contractual podrá ser conocida por el árbitro, incluidas aquellas derivadas de actos de la Administración en ejercicio de las potestades públicas.

De su lado, el segundo escenario que niega la primera posibilidad, en resguardo del orden público. Y finalmente se estudiará la existencia de una tercera alternativa, de una posición intermedia, su viabilidad y las críticas que existen frente a ella.

Como resulta lógico, ante la duda del camino a seguir, se cuenta con el apoyo de la legislación y doctrina extranjeras, en particular la peruana y colombiana. Sin olvidar a las

resoluciones de tribunales arbitrales ecuatorianos y a la justicia constitucional ecuatoriana quienes aunque en un número reducido se han atrevido a adoptar una posición para tratar de resolver este problema jurídico.

Capítulo Uno

Los actos administrativos en el Ecuador y el arbitraje

1. Los actos administrativos en el Ecuador y el arbitraje: Nociones Generales

El presente capítulo pretende establecer ciertos conceptos fundamentales y generalmente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia del Derecho Administrativo. Clarificar tales definiciones permitirá en lo posterior entender los escenarios posibles del arbitraje que involucra a Instituciones del Estado en el marco de la contratación pública y aceptar o negar cada uno de ellos.

1.1. Potestades Estatales

Uno de los primeros conceptos que se imparte dentro del Derecho Administrativo es aquel ligado al poder público, como elemento esencial del Estado y símbolo de la soberanía, “independiente de cualquier otra voluntad que no sea la del Estado mismo”¹. Derivado del poder público se encuentran las potestades estatales, las mismas que ejercitan el poder de conformidad con el Derecho, asignándole a los entes estatales ciertas competencias exclusivas para el cumplimiento de funciones específicas que buscan satisfacer el interés general sin vulnerar el denominado orden público.

Al respecto el doctor Patricio Secaira definió a la potestad pública como:

[...] el poder público que el Estado tiene para cumplir los objetivos de su creación, es la fuerza moral que, nacida de la soberanía, permite gobernar a la nación. Constituye una capacidad superior, integrada por la unión de los albedríos individuales de los integrantes de una nación determinada, que son entregados al Estado, único titular del poder público para que éste tenga la autoridad moral y jurídica suficiente a fin de viabilizar el cumplimiento de los propósitos nacionales permanentes. Por ello la potestad pública es connatural a la existencia misma del Estado. La potestad no es prerrogativa, sino poder efectivo, real, mensurable, proveniente de la soberanía; puesto que, a través de ella se ejerce el gobierno del Estado en sus diversas manifestaciones: legislativa, de administración, de control.²

Las potestades públicas se caracterizan por ser:

- i) *unilaterales*, provienen del Estado quien es su único titular;

¹ Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Guayaquil, Edilex, 2011), 233.

² Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, (Quito, Editorial Universitaria, 2004), 121.

- ii) *irrenunciables*, “los órganos públicos, sus titulares, no tienen capacidad para renunciar su ejercicio, están obligados a cumplir el mandato estatal, ya que las funciones asignadas a cada uno de sus órganos son aspectos que pertenecen a la soberanía, independientemente de la persona natural que ejerza la titularidad de la entidad pública correspondiente”³;
- iii) *imprescriptibles*, “la potestad no desaparece, se la pierde o se la adquiere por el transcurso del tiempo ya que es poder originario, permanente y connatural a la vida misma del Estado”⁴; e
- iv) *intransferibles*, “la potestad no puede ser transferida, es decir, no puede ser entregada a nadie a ningún título, ni siquiera por hechos de orden público, por cuanto es poder que nace de la nación y es entregada originaria y permanentemente al Estado”.⁵

Las potestades públicas no pueden transferirse, lo máximo permisible sería que la propia ley permita su delegación. Así lo explica el profesor Eduardo García de Enterría cuando manifiesta que “las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio [...]. Son también insusceptibles de modificación por el titular; solo la Ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas”.⁶

Estas potestades estatales no son absolutas ni ilimitadas, al contrario están: i) reguladas por principios como el de juridicidad, el cual gobierna a todos los actos de la Administración y los obliga ser emitidos de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente y a los principios del Derecho, y; ii) sustentadas por razones de orden público o interés general. Esta última afirmación, conlleva una de las mayores dificultades en el derecho Administrativo como es la definición de los denominados *conceptos jurídicos indeterminados*. Cabe recalcar que la presencia de tales conceptos no significa de ningún modo que la arbitrariedad esté permitida para los órganos del Estado. Esta última afirmación es compartida por el doctor Marco Morales Tobar en su manual de Derecho Procesal Administrativo, cuando rescata la importancia que la Administración, al momento

³ Ibid., 122.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, (Madrid, Civitas Ediciones, 2001), 443.

de tomar una decisión, la fundamente en informes de carácter técnico, jurídico y económico evitando de este modo caer en figuras como la *desviación de poder*.

El profesor Agustín Gordillo a través de su obra, considera que la desviación de poder es el límite a la discrecionalidad administrativa, además que ejemplifica manifestaciones de la desviación del poder que deslegitimarían la actuación del funcionario administrativo⁷.

Por medio de esta breve descripción de las potestades estatales, así como de sus características fundamentales se puede colegir su naturaleza intrínseca a la soberanía del Estado y por sobretodo la importancia del Derecho como límite de su actuación.

1.1.1. Principio de Legalidad

Como es ampliamente conocido, todos los actos del Estado se encuentran regidos por una serie de normas y principios. En efecto, uno de los más importantes principios en el quehacer público es aquel que se resume en la máxima; “en *Derecho Público solo se puede hacer lo que está permitido*”. La pregunta lógica ante tal afirmación es, ¿dónde se encuentra establecido lo que está permitido a la Administración? En los orígenes del Derecho Administrativo, la respuesta a dicha pregunta fue la ley, hoy en cambio debido a la evolución del Derecho se dice que esa obligación se refiere al ordenamiento entero, a lo que la doctrina llama el *bloque de legalidad*.

En el Ecuador, esa sumisión de la Administración a la legalidad se encuentra consagrada en la Constitución de la República en su artículo 226, al siguiente tenor:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”⁸.

⁷ Agustín Gordillo; *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo I, Parte General, Capítulo 10. Clasificación jurídica de la función administrativa, (Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2013), X-29 en http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf. Para ejemplificarlo, cita el tratadista los siguientes casos: “a) por actuar por un fin personal (venganza, favoritismo, etc); b) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: si la ley lo autoriza a tomar una determinada medida (p. ej., el cobro de multas por ciertas infracciones) teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será *desviado* y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (p. ej., para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales)”

⁸ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. IV, “Participación y Organización del Poder”, cap. Séptimo, “Administración Pública”, art. 226, ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización).

El profesor Miguel Alejandro López Olvera al explicar el principio de legalidad señala: “este principio obliga a que la administración se someta a la norma dictada por el Congreso, ajustando sus actuaciones en todo momento a una ley preexistente. La ley constituye el límite de la administración. En virtud de este principio no se aceptan ya poderes personales; todo el poder es de la ley; solo “en nombre de la ley” se puede exigir la obediencia”⁹.

[...] la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.¹⁰

El cumplimiento de este principio es uno de los pilares del Derecho Administrativo, no se debe olvidar que el acatamiento de la ley es una de las garantías de los derechos de los administrados. Precisamente al respecto, el mismo profesor López Olvera manifiesta que “las autoridades administrativas deben ceñir sus determinaciones a los términos claros y precisos de la ley, porque de lo contrario esas determinaciones conculcarían violación de garantías individuales”¹¹. Lo importante de este principio es que el mismo se encuentra universalmente aceptado, pero no únicamente limitado al acatamiento de la ley sino de todo el ordenamiento, comenzando por la Constitución y siguiendo por todas las normas que lo integran.

Por último, y sin perjuicio de lo dicho, la existencia del Principio de Legalidad, Juridicidad de la Administración o de Constitucionalidad, no significa que la Administración está prohibida de ejercer los denominados actos administrativos discrecionales o que se niega la existencia de aquellos. Aún bajo la existencia de los actos discrecionales, estos se encuentran sumidos a la legalidad, la discrecionalidad en ese sentido se manifiesta como la posibilidad que tiene la Administración de escoger entre varias opciones legalmente válidas; por lo tanto, aún en esos casos, la Administración se sujeta a la legalidad. Precisamente sobre este punto el profesor Marco Morales Tobar dice que:

⁹ Miguel Alejandro López Olvera, “Los Principios del Procedimiento Administrativo”, 181 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/12.pdf>.

¹⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 441.

¹¹ Miguel Alejandro López Olvera, “Los Principios del Procedimiento Administrativo”, 181 y 182

La potestad discrecional, lleva a la Administración Pública a actuar no de forma arbitraria se ha dicho, sino que tendrá que observar, en guarda del principio de juridicidad, principios y valores de orden superior, como es el bien común, la honestidad, la protección a los bienes jurídicos, el beneficio general. Actuar con discrecionalidad, no implica obrar subjetivamente o sólo por la mera voluntad del servidor público, peor entraña libertad ilimitada o irresponsabilidad de actuación por parte de la Administración.¹²

La motivación que emplee la Administración al momento de emitir los actos administrativos se convertirá en el auditor de su gestión.

La motivación en los actos discrecionales, [...] encierra los verdaderos justificativos que tiene la administración en su obrar, de tal suerte que la actividad administrativa esencialmente en su actuar discrecional guardará total pertinencia entre las cuestiones de orden fáctico y los principios jurídicos que sirvieron de base para tomar tal o cual decisión; además considerará en el caso concreto el fin que persigue, el mismo que siempre ha de ser de orden social.¹³

En conclusión, la existencia del principio de legalidad dentro de la Administración Pública es uno de los garantes de los derechos y de la libertad de los administrados. Permite conocer con exactitud el procedimiento y las reglas que la gobierna y limita la discrecionalidad de los funcionarios cuando en ejercicio de las potestades estatales ejercitan el poder público.

1.1.2. Principio de Autotutela

Producto de la existencia de las potestades estatales se deriva el principio de autotutela, el cual ligado al principio de legalidad desarrolla una de las características de los actos emitidos por la Administración, a saber la ejecutoriedad. Para el tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar el principio de autotutela:

[...] involucra que las decisiones de la Administración están investidas de fuerza ejecutiva, lo que impone su inmediato cumplimiento, inclusive bajo el ejercicio de coacción propia, eximiéndose de la necesidad de contar con el amparo de órgano jurisdiccional. [...] El sistema de autotutela de la Administración opera en las fronteras delimitadas por las normas constitucionales consignadas en el artículo 226 de la Carta Magna en lo referente a la subordinación de las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias y funcionarios públicos a la Constitución y a la ley [...].¹⁴

¹² Marco Morales, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 35.

¹³ *Ibid.*, 36.

¹⁴ *Ibid.*, 191.

Esta independencia de la Administración para emitir sus actos y poder ejecutarlos puede evidenciarse en los límites que tiene el juez cuando analiza a los actos administrativos.

El juez no puede penetrar en el ámbito de autotutela administrativa, interferir su desarrollo. No podrá prohibir o evitar que la Administración dicte un acto ejecutorio, o [...] privar a dicho acto de ejecutoriedad, o interferir la ejecución forzosa del mismo, o paralizar la actuación administrativa, y ni siquiera pronunciarse sobre el contenido eventual de una relación antes que la Administración lo haya ejecutoriamente declarado. Enunciado en forma positiva: el juez debe respetar la realización íntegra (declarativa y ejecutiva) por la Administración de su potestad de autotutela; únicamente podrá intervenir cuando la autotutela declarativa esté ya producida y precisamente para verificar si la misma, considerada en su singularidad, se ajusta o no al derecho material aplicable.¹⁵

La existencia del principio de autotutela que también se encuentra expresamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, permite que la Administración a la par que emite sus pronunciamientos a través de actos administrativos tenga la posibilidad de ejecutarlos sin que medie la actuación de un juez. La legalidad está una vez más presente en esta cualidad de la Administración como en todos los actos que la involucran.

1.2. Acto Administrativo

Al igual que en el apartado anterior, establecer un concepto que describa a la perfección lo que significa un acto administrativo implica una seria dificultad, particularmente puesto que cada autor caracteriza aquellos elementos que a su criterio distinguen a este tipo de actos. Para efectos de este trabajo rescataremos dos definiciones principalmente; en primer lugar aquella constante en el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en el cual se señala que el acto administrativo es “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”¹⁶.

Y en segundo lugar, la desarrollada por la jurisprudencia ecuatoriana, quien a esta definición elemental, ha sumado varios elementos importantes que permiten distinguir a los actos administrativos de los llamados hechos administrativos, y adicionalmente establecer una clasificación entre los actos expresos y tácitos. Así:

¹⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 507.

¹⁶ Ecuador: Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial No.536 (18 de marzo de 2002)

Se define al acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad. Se trata, en primer término, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales. Esto no obstante, por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal (aunque esto será lo común en la actividad administrativa como consecuencia de su procedimiento y de su expresión escrita ordinaria) o declaración expresa, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa declaración o acto tácito. La declaración puede ser de voluntad, que será lo normal, en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales: de juicio, de deseo, de conocimiento como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto administrativo. Se define Como acto tácito: según esta perspectiva, la administración pública puede manifestar su voluntad en forma expresa o tácita: expresa, cuando mediante ella quede de manifiesto directa o concretamente el objeto del acto; tácita o implícita, cuando de la declaración se puede deducir inequívocamente, por vía de interpretación, el alcance de la voluntad de la Administración Pública.¹⁷

Cabe señalar que el actual proyecto de Código Orgánico Administrativo ecuatoriano también propone una definición de acto administrativo al siguiente tenor: “Art. 95.- **Acto administrativo.-** Acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad, juicio o conocimiento realizada en ejercicio de una competencia administrativa, y sin carácter normativo, efectuada por una Administración Pública”¹⁸. A través de este proyecto se busca catalogar de manera amplia lo que significa un acto administrativo, eliminando aquella referencia a los efectos jurídicos individuales y directos, así como también distinguir a los actos normativos de los actos administrativos.

Con estas consideraciones elementales puede definirse a los actos administrativos como aquellas manifestaciones unilaterales de la Administración que en el ejercicio de una potestad pública previamente establecida en el ordenamiento jurídico del Estado, produce efectos jurídicos particulares y directos.

1.2.1. Elementos del Acto Administrativo

La forma mediante la cual la Administración manifiesta su voluntad se realiza a través de los denominados actos administrativos, los cuales se componen de los siguientes elementos:

- *Competencia:* el acto debe ser emitido por un órgano administrativo, en ejercicio de una función administrativa. Cabe señalar que el órgano

¹⁷ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, en Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5212, 17 de mayo de 2004.

¹⁸ Ecuador, Proyecto de Código Orgánico Administrativo

administrativo deberá actuar bajo el límite que determine su propia competencia¹⁹, la cual estará establecida en el ordenamiento.

- *Objeto o Contenido*: es aquello que el acto decide, debe ser determinado y ajustarse a todas las normas jurídicas vigentes y superiores.²⁰
- *Causa o Motivación*: consiste en la subsunción de los hechos y el derecho que justifican la emisión del acto administrativo.
- *Fin*: toda la actividad de la Administración Pública ha de tender a satisfacer las exigencias del interés público²¹.
- *Forma*: las formalidades son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto. La forma es el modo como se estructura la voluntad administrativa que da vida al acto.²²

Los elementos antes descritos y que rigen a los actos administrativos no son unánimes, la doctrina incluye a otros, sin embargo, estos son los que mayor consenso han recibido por parte de los tratadistas.

1.2.2. Presunciones del Acto Administrativo

Por otro lado, dos son las presunciones que gobiernan al acto administrativo, la primera es aquella referida a su ejecutoriedad y la segunda a la legitimidad. Sobre la ejecutoriedad, Dromi estableció que: “es un típico caso [...] de la función administrativa, a la que el ordenamiento jurídico por ley, contrato o reglamento, le otorga tal carácter, dotándola de medios de coerción que habilitan la realización inmediata y unilateral de esos actos administrativos”²³.

La ejecutoriedad exige el cumplimiento obligatorio del acto administrativo aun cuando existan oposiciones sobre la legalidad de su emisión. Inclusive bajo este escenario no se suspenderá el cumplimiento de las obligaciones surgidas del acto.

¹⁹ La competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo. En Gustavo, Penagos, *El Acto Administrativo*, (Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1982), 130.

²⁰ *Ibid.*, 134.

²¹ Miguel, Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1978, Abeledo Perrot), 343.

²² Gustavo, Penagos, *El Acto Administrativo*, (Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1982), 143.

²³ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004), 386.

La presunción de ejecutoriedad va ligada a la de legalidad, por cuanto al considerarse que todo acto administrativo es legal, de suyo viene como consecuencia que la resolución administrativa es factible de ejecución inmediata, aun en el caso de que estos hayan sido objeto de impugnación judicial. [...] Solo un acto de eficacia jurídica puede ser ejecutado materialmente.²⁴

Precisamente respecto a la segunda presunción, la legalidad explicada en detalle en el apartado anterior, el profesor Eduardo García de Enterría destaca que “la decisión administrativa [...] se beneficia de una “presunción de legalidad” que la hace de cumplimiento necesario, sin tener la necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa. [...] la decisión de la Administración vincula a la obediencia”.²⁵

Esto último sin embargo no significa de ningún modo que la decisión de la Administración no podrá ser observada por los jueces. La presunción de legalidad de la cual están dotados todos los actos de la Administración es un presunción *iuris tantum*.

[...] la presunción de legalidad del acto opera en tanto los interesados no la destruyan, para lo cual tendrán que impugnarlo mediante las vías de recursos disponibles y justificar que el acto, en realidad, no se ajusta a derecho. Lo cual supone, que, como regla general, en el proceso administrativo los ciudadanos quedan gravados con la carga de recurrir, de actuar como demandantes, para deshacer esa presunción previa de validez de que se beneficia la Administración, actuando ésta, en consecuencia, como demandada.²⁶

En conclusión, las manifestaciones de voluntad de la Administración, y consecuentemente a través de ella del Estado soberano, están gobernadas por dos presunciones, la legitimidad y la ejecutoriedad. Tales presunciones permiten que los actos administrativos se entiendan legales y por tanto deban cumplirse. Únicamente otra función estatal, a saber la jurisdiccional podría conforme la ley, desvanecer dichas presunciones.

En el Ecuador, ante la sensibilidad del conocimiento sobre la legalidad o no, de una voluntad soberana del Estado, misma que se refleja en los actos administrativos, el legislador encargó de manera privativa a los jueces de lo Contencioso Administrativo la posibilidad de enmendar cualquier error o abuso de la autoridad. Esta idea será desarrollada a profundidad en el capítulo siguiente. A pesar de ello, bajo la premisa que solo los jueces pueden conocer los conflictos derivados de la legalidad de los actos

²⁴ Patricio Secaira, *Curso de Derecho Administrativo*, 182 - 183.

²⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 510.

²⁶ *Ibid*

administrativos, surge inmediatamente una inquietud, ¿qué ocurre con los actos administrativos dictados dentro de una relación contractual en la que se pactó arbitraje?

1.2.3. El Acto Administrativo y los Actos Contractuales

En líneas anteriores, se ha estudiado la definición de los actos administrativos, analizando a detalle los elementos y las presunciones que lo gobiernan. Sin embargo, en atención al tema de este trabajo investigativo es oportuno considerar una distinción importante que se ha desarrollado entre los actos administrativos en estricto sentido y aquellos denominados como actos administrativos contractuales o bilaterales²⁷ que son aquellos que devienen de una relación contractual en la que interviene como una de las partes, la Administración.

Al respecto, el tratadista Agustín Gordillo, señala lo siguiente:

Puede entonces advertirse que dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos, existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y otro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad. Los primeros reciben generalmente la denominación de “contratos administrativos” y tienen un régimen propio diferenciado y bastante autónomo. Ante tal circunstancia cabe preguntarse si no es más conveniente evitar la duplicación de los términos “acto administrativo” y “contrato administrativo,” y puesto que estos últimos tienen ya una caracterización propia y específica, y una denominación corriente y también específica, conceptuarlos y caracterizarlos independientemente de los actos unilaterales.²⁸

Sobre el tema, la doctrina ha generado varias posiciones respecto a la existencia de esta clasificación, una de las cuales niega la validez de la misma al señalar que la manifestación de voluntad de la Administración inclusive dentro de los contratos públicos, produce siempre actos administrativos, los cuales gozan de las características y presunciones que les dota el ordenamiento jurídico vigente. En tal virtud, resultaría

²⁷ En palabras del tratadista Miguel Marienhoff “el acto administrativo “bilateral” es aquel cuya emanación y contenido se deben a dos voluntades coincidentes sobre lo que una parte le reconoce a la otra y recíprocamente: de la Administración Pública y del administrado; voluntades que asimismo pueden hallar expresión a través de órganos individuales o colegiados. Trátase de la voluntad de dos sujetos de derecho, cada uno de los cuales, como digo, puede ser de estructura individual o colegiada.” En Miguel, Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1978, Abeledo Perrot), 230.

²⁸ Agustín Gordillo, *Derecho Administrativo de la Economía*, 198, en http://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo9.pdf

innecesaria la distinción sobre los actos contractuales.²⁹ Sobre el tema el profesor Enrique Sayagués señala que:

En la contratación de los entes estatales hay dos aspectos básicos: la formación de la voluntad administrativa y el encuentro de ésta con la voluntad del particular. Con frecuencia ambas cosas se producen simultáneamente, en el mismo instante. [...] Pero generalmente la voluntad de la administración se forma por procedimientos claramente individualizados. [...] El procedimiento de formación de la voluntad administrativa es de carácter interno, estando constituido por uno o más actos administrativos, o por una serie de actos y operaciones materiales. [...] De igual manera se procede con las decisiones unilaterales que dicta la administración durante la ejecución de los contratos. Tales decisiones son actos administrativos y se regulan por los principios generales, sin perjuicio de las soluciones específicas que correspondan en virtud de referirse a la ejecución de vínculos contractuales³⁰.

Por su parte, otro segmento de la doctrina separa a estas dos categorías principalmente por dos motivos: i) los actos administrativos que se emiten solo tienen lugar por la existencia de un contrato, de lo contrario no se emitirían; y la más importante que, ii) no todos los actos que emite la Administración durante la ejecución de un contrato se emiten en ejercicio de una potestad pública que crea, modifica o extingue los derechos del particular, en este caso del contratista.³¹

Como es evidente, tal conclusión tiene un efecto importante en el fondo de la cuestión que trata este trabajo, pues si tal idea se aplicaría, significa que existen dos tipos

²⁹ El laborioso itinerario flexible pero huidizo, sobre las cláusulas exorbitantes construido por la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia que reconoce su existencia, en realidad se están refiriendo a la existencia de los caracteres propios del acto administrativo, digamos mejor consecuentes de la actividad administrativa. [...] El carácter ejecutorio que ella misma inviste al acto administrativo unilateral proyectase también en el acto contractual administrativo o contrato administrativo. [...] En esta forma, cuando la Administración pública rescinde unilateralmente un contrato, lo revoca, lo anula, no ejerce otra función distinta de la que se manifiesta para los actos administrativos unilaterales ya sea por inoportunidad, ilegalidad o incumplimiento. La cláusula exorbitante representa una terminología que se ha creado en la práctica por no haberse ahondado el carácter ejecutorio de la actividad administrativa. En Bartolomé, Fiorini, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976), 598.

³⁰ Enrique, Sayaguez, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Montevideo, s.e., 1986), 541.

³¹ Luis Casarini, *En torno a la impugnación judicial de los actos administrativos dictados en la etapa de ejecución de un contrato administrativo*, en http://www.gordillo.com/pdf_unamirada/09casarini.pdf. Durante la vida del contrato ya formalizado, la administración cocontratante debe adoptar variadas decisiones, algunas propias del curso ordinario del contrato y otras más excepcionales, aunque cuantitativa y cualitativamente relevantes. En todos los casos, la administración no puede dejar de expresarse mediante actos administrativos (algunos reglados, otros discrecionales, pero reglados en sus efectos) con la plenitud de sus caracteres, pero no todos los actos dictados por la administración en materia contractual encuadran en la categoría de *administrativos*, ni todos los contratos que celebra la administración son *contratos administrativos*. Sobre el mismo tema, Bartolomé Fiorini añadió que cuando la actividad ejecutoria de la Administración no rige, por realizarse actos de derecho privado o provenir de entes comerciales, industriales, estatales, la cláusula exorbitante no se manifiesta porque no hay específica actividad de función administrativa. En Bartolomé, Fiorini, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976), 599.

de actos administrativos, algunos de los cuales podrían ser conocidos por Tribunales Arbitrales puesto que en ese escenario los actos jurídicos que emita la Administración no serían emitidos en virtud de la potestad de imperio del Estado sino en el ejercicio lógico de un negocio jurídico. A continuación se estudiarán varios elementos adicionales del marco teórico del problema a resolverse para finalmente en el capítulo segundo analizar las hipótesis que se formulan dentro de esta tesis.

1.3. Contratación Pública

Uno de los conceptos más relevantes para este trabajo investigativo se relaciona con la concepción del contrato público o administrativo, sus características fundamentales y la aplicación de las denominadas cláusulas exorbitantes. Para tal efecto, se considerarán algunas definiciones de la legislación nacional y de las doctrinas, extranjera y ecuatoriana para abordar esta cuestión.

En el Ecuador, la normativa nacional vigente, a través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante “**LOSNCP**”), al categorizar a los contratos sometidos al amparo de esta ley les da el carácter de contratos administrativos.³² Asimilando de este modo a ambos conceptos como equivalentes y otorgándoles todas las características que se detallarán en las líneas siguientes.

En cuanto a la doctrina, el jurista Jorge Escola conceptualiza a los contratos administrativos como “aquellos contratos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Privado o que coloquen al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación respecto a éste”³³.

En esa misma línea, el doctor Marco Morales Tobar define de manera sucinta al contrato administrativo como “todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”³⁴.

El contrato administrativo es una figura del Derecho Administrativo que tiene sus orígenes a través del Consejo de Estado Francés; uno de sus principales intereses es

³² Art. 60.- Carácter de los Contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos. Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento No. 395, (4 de agosto de 2008).

³³ Mercedes Bohorquez de Sevilla, *Las Garantías en la Contratación Pública*, (Guayaquil, Edino, 1992), 35.

³⁴ Marco Morales, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 57.

resguardar la satisfacción del interés general, por lo tanto, con este tipo de contratos lo que se pretende es que los particulares colaboren con el fin que persigue la Administración. “A diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (*ius variandi*, interpretación equilibrio financiero, etc)”³⁵.

El tratadista Juan Carlos Cassagne, abunda en lo dicho, y manifiesta que la concepción de los contratos administrativos reposa en tres ideas principalmente:

La primera, que siendo tales contratos verdaderas instituciones que persiguen el bien común, hay un interés público a tutelar que se halla por encima de la voluntad de las partes, cuya satisfacción es esencialmente dinámica y precisa adecuarse a los cambios que se van produciendo durante la vida del contrato. En segundo lugar, la idea de colaboración, que implica una suerte de solidaridad con la función administrativa, justifica que el Estado corrija esos desequilibrios que se presentan en el curso de una relación contractual, cuando no media culpa o dolo del contratante, mediante una indemnización fundada en la justicia distributiva o bien mediante una compensación propia de la justicia conmutativa. La tercera razón que completa las ideas restantes consiste en reconocer que ese interés público dinámico que se persigue en el contrato administrativo, y la consecuente obligación de colaborar o de repartir bienes comunes, rebasan las previsiones de las partes, debiendo considerarse consustanciales al contrato e integrantes del acuerdo celebrado³⁶.

Debido a esta búsqueda de satisfacer el interés público como fin primigenio de los contratos administrativos existen dentro de ellos lo que la doctrina ha denominado como “*cláusulas exorbitantes*”, disposiciones que beneficiarían a la Administración o cuando menos la pondrían en una situación de desventaja aparente frente al particular.

1.3.1. Elementos de los Contratos Públicos

Dentro de los contratos suscritos por la Administración se encuentran casi los mismos elementos que en los actos administrativos, entre ellos: sujetos, voluntad, contenido, causa, finalidad, forma y procedimiento.

La diferencia entre el acto y el contrato principalmente reside en la naturaleza bilateral del contrato y en los procedimientos empleados para su celebración por la existencia de dos voluntades.

En ese orden de ideas, lo destacable en materia de contratación pública es la presencia de un ente público que por medio de un acuerdo de voluntades con un tercero

³⁵ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005), 21.

³⁶ *Ibid.*, 32.

suscribe un instrumento que le permite alcanzar un objeto que no lo puede cumplir solo, en aras de la satisfacción del interés público, bajo el cumplimiento estricto de las formalidades que le exige la normativa aplicable.

1.3.2. Características de los Contratos Administrativos

Como institución del Derecho Administrativo, los contratos públicos se distinguen por las siguientes características³⁷:

- *Continuidad*: en este sentido, los contratos administrativos tienen como principal característica que estos deben ejecutarse de manera continua, sin interrupciones. En el caso ecuatoriano, esta característica alcanza rango constitucional en materia de prestación de servicios públicos. Las excepciones a tal exigencia según Marienhoff están ligadas a la fuerza mayor y al caso fortuito, aunque la obligación de cumplir con el contrato renace cuando desaparecen las causales que originaron la interrupción.
- *Mutabilidad*: conocida también como *ius variandi*, a través de esta característica le está permitido a la Administración modificar las prestaciones del contratista de manera unilateral. “El fundamento de esta mutabilidad deriva de la naturaleza administrativa del contrato y de la consecuente necesidad de adaptar el mismo a las conveniencias generales de la comunidad”³⁸
- *Formalismo*: para la celebración del contrato administrativo deberán cumplirse una serie de requisitos obligatorios, cuyo incumplimiento derivará en su nulidad, la misma que no será susceptible de subsanación. Es decir que en el contrato se hallan “una serie de recaudos que limitan y encauzan el obrar de la Administración, fijados por la norma de aplicación, la cual determina la forma de seleccionar al contratista, la manera en que celebrará

³⁷ El contrato de derecho público es esencialmente mutable, El objeto de este contrato puede pertenecer a terceros o producir efectos a su respecto. Se circunscribe a un fin público o a la satisfacción de una necesidad colectiva. Las cosas que no están en el comercio pueden ser objeto de un contrato administrativo. Finalmente, en materia de derecho público no pueden renunciarse determinadas atribuciones (v.gr. el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, la potestad de dirección y control del contrato, etc), mientras que en derecho privado rige el principio de libertad contractual, en tanto el objeto no sea imposible, ilícito, contrario a las buenas costumbres o prohibido por las leyes, u opuesto a la libertad de las acciones, de la conciencia, o que perjudique los derechos de un tercero. Ismael, Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, 415.

³⁸ *Ibid.*, 423.

el contrato y la finalidad que éste debe perseguir. Esa norma puede ser constitucional, legal o reglamentaria”³⁹

- *Desigualdad*: por medio del contrato administrativo, la Administración es titular de atribuciones especiales que nacen en virtud del *interés público* que gobierna al contrato. En tal sentido, el contrato derecho público goza de cualidades de subordinación que pueden aparecer de manera implícita o explícita en las denominadas cláusulas exorbitantes.

El jurista Ismael Farrando señala que la Administración tendrá 3 atribuciones fundamentales:

Ius Variandi: la Administración puede variar o modificar el objeto de la prestación del contrato en forma unilateral. La regla es la mutabilidad, sin perjuicio de los límites que tal atribución tiene.

La Administración puede obtener la ejecución forzada del contrato por un tercero o por ella misma.

La Administración puede dejar sin efecto el contrato en cualquier momento, de manera unilateral, por sí y ante sí, sin ocurrir a la justicia, no solo por incumplimiento del contratista sino también por razones de interés público, mereciendo destacarse en este sentido la figura del rescate⁴⁰.

Al igual que ocurrió en el caso de los actos administrativos, por medio de la contratación pública el Estado cuenta con características especiales que le permiten actuar en condiciones de desigualdad frente al particular...

1.3.3. Cláusulas Exorbitantes

Conforme lo descrito en los numerales anteriores, las características y poderes extraordinarios que distinguen a la Administración de los ciudadanos, le permite actuar a la primera en una situación de superioridad frente a los segundos, en el caso de los contratos administrativos, frente a los contratistas.

Los tratadistas administrativos definen como cláusulas exorbitantes a las estipulaciones que colocan a las partes dentro de la convención en una situación de desigualdad.

El jurista Marco Idrobo Arciniega explica el contexto de lo *exorbitante*; para él, “lo exorbitante se encuentra en la facultad de la administración para analizar, calificar, decidir,

³⁹ Ibid., 428.

⁴⁰ Ibid., 429.

adjudicar y hacer efectivas dichas estipulaciones, por su propia voluntad y autoridad, sin necesidad de los jueces comunes, como ocurren en los contratos civiles y mercantiles”⁴¹.

El principio de inalterabilidad del contrato [...] no se aplica en el Derecho Público porque la Administración Contratante debe velar por las necesidades públicas, por consiguiente, su decisión de alterar el contrato es para beneficio de la colectividad, debiendo el contratista someterse al cambio de lo estipulado, sin poder aplicar el principio jurídico de la “exceptio non adimpleti contractus”, es decir, que éste no puede negarse a continuar cumpliendo con lo estipulado, por causa de incumplimiento del contratante.⁴²

Cabe recalcar que la existencia de dichas cláusulas de ninguna manera debe entenderse como la licencia que tendría la administración para obrar de manera arbitraria en contra de las obligaciones contractualmente asumidas con el particular. La actuación de la Administración deberá “ajustarse perfectamente a los términos permitidos por la ley y por efectivas razones de interés público. Principalmente se refieren a las atribuciones de ampliar, reducir o complementar el alcance de los contratos, dentro de los estrictos límites legales: a determinar la jurisdicción y el procedimiento; a la ejecución coactiva directa sin recurrir a la función jurisdiccional; a la imposición de multas; a la determinación de garantías; a la orden de embargos y remates; y a la terminación unilateral del contrato”⁴³.

1.4. El Arbitraje

Finalmente dentro del presente capítulo, mismo que establece el marco teórico de la investigación, se estudiará al arbitraje, sus características principales, clasificación, el convenio arbitral y el consentimiento para someterse a él, como fundamento para el análisis.

El arbitraje es una institución de carácter convencional, un método heterocompositivo creado para la solución de controversias. Su evolución se registra desde tiempos pasados en Grecia, Roma, la Edad Media y la Edad Moderna. Por su naturaleza el arbitraje estuvo relacionado generalmente con el comercio, sin embargo esto no obstó que se empleara para disputas de carácter civil e inclusive penal.⁴⁴

⁴¹ Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Pública*, (Quito, Talleres Gráficos ABYA YALA, 1992), 105.

⁴² María Rivas Casaretto, *El Control de los Contratos Administrativos*, (Guayaquil., Edino, 2004), 21.

⁴³ Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Pública*, 104 – 105.

⁴⁴ De conformidad con lo descrito por los juristas Ernesto Salcedo Verduga y Roque Caivano: la justicia arbitral surgió en Grecia hacia el año 1520 A.C.: los Consejos Anficionicos resolvían los conflictos entre los grupos étnicos. Estos se conformaban por doce ancianos representantes de las diferentes tribus. Existieron también árbitros de carácter público elegidos al azar entre cuarenta y cuatro patriarcas que conocían las causas criminales y públicas. [...] A medida que evoluciona el derecho y la organización del Estado, el

El arbitraje de la época actual, en todos los países del mundo cuyas legislaciones lo prevén, es una institución que se presenta como un mecanismo de reacción contra las deficiencias e ineficiencias de la administración de Justicia del Estado, no con el propósito de convertirse solamente en un mero auxiliar de la Función Judicial, sino con pretensiones de sustituir al Poder Judicial en una serie de campos y actividades donde considera que el sistema formal y estatal no es eficiente.⁴⁵

En cuanto a la conceptualización del arbitraje como institución, la doctrina ha desarrollado múltiples definiciones por medio de las cuales se destacan las virtudes del método o sus diferencias con el procedimiento jurisdiccional común. Al respecto, el doctor Ernesto Salcedo Verduga señala que:

A través de este mecanismo las partes recurren voluntariamente a la solución de sus conflictos, pero es de carácter adversarial. El tercero o terceros neutrales, llamados árbitros, deciden la controversia emitiendo un laudo que es obligatorio para las partes; funciona generalmente en forma paralela a la jurisdicción ordinaria a la que recurre en diferentes oportunidades, para efectos de interposición de la acción de nulidad o de ejecución de medidas cautelares y del fallo. Las partes tienen poder de decisión sobre algunos aspectos del procedimiento que es menos formal que el procedimiento judicial.⁴⁶

arbitraje adquiere un carácter más o menos obligatorio, lo que coincide con el nacimiento de la jurisdicción por parte del Estado; pierde su carácter netamente voluntario y entra a formar parte de la mecánica jurídica. En roma, el arbitraje fue un medio privilegiado de establecer el derecho. La Ley de las XII Tablas, por ejemplo, contemplaba un procedimiento especial para los litigios relativos a la división de bienes, consistente en la intervención de tres *arbitri*, que podían sustituirse por árbitros únicos. **Eugene Petit** menciona que el procedimiento romano tuvo, según las épocas, tres sistemas que estuvieron sucesivamente en vigor. ... las acciones de la ley (*legis actiones*), el *procedimiento formulario* u *ordinario*, y el *procedimiento extraordinario*. Bajo los dos primeros hubo dos clases de jueces: los particulares designados para cada asunto, cuya misión terminaba en cuanto hubieran pronunciado la sentencia, y los jueces que componían los tribunales permanentes. De los jueces designados se distinguían el *iudex*, el *arbitrator* y los *recuperadores*. Casi siempre la palabra *iudex* se empleaba en sentido general para designar juez o *árbitro*, pero en sentido propio ellos se diferenciaban entre sí: nunca hubo más que un juez para cada asunto, pero, en cambio, se podían nombrar varios *árbitros*. Los procesos que se reducían a la solución precisa de una cuestión de derecho estricto se llevaban delante del *unus iudex*, y se confiaban a los *árbitros* los asuntos de los cuales debían apreciar según la *buena fe* y donde era preciso tener poderes más extensos; estos eran los *arbitraria*. La forma prototípica del arbitraje convencional era el *compromissum*. Se trataba de un acuerdo mediante el cual las partes sometían a la decisión de árbitros una o varias controversias y se comprometían a acatarla, fuese justa o injusta. Para reforzar su carácter vinculante, solían acordar una *poena* a cargo de quien incumpliera lo dispuesto por el árbitro. Lo que parece claro, en todo caso, es que el *compromissum*, siempre se refería a disputas ya existentes, no siendo posible celebrarlo respecto de asuntos futuros. Durante la Edad Media, la burguesía encontró en el arbitraje la forma de resolución ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. Por último, sin perjuicio de sus orígenes en el derecho griego y romano, se debe al derecho francés la generalización del principio conforme al cual el arbitraje solo podía ser válidamente pactado frente a conflictos ya suscitados. Debido a la enorme influencia cultural que Francia ejerció durante siglos sobre los países de Occidente – y especialmente sobre Latinoamérica – este modelo fue seguido por buena parte de la legislación comparada. Citas de Ernesto, Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, (Guayaquil, DistriLib, 2007, 30 – 39 y Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008), 35 – 42.

⁴⁵ Ernesto, Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, 38.

⁴⁶ *Ibid.*, 17.

Por su parte, refiriéndose a la institución arbitral, la Corte Nacional de Justicia en 2013 definió al arbitraje y lo distinguió de la jurisdicción estatal dentro de la sentencia de casación del proceso propuesto por el Consorcio BIGDIG S.A en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento (en adelante “**EPMAPS**”) en los siguientes términos (este caso se estudiará con mayor detalle en el capítulo siguiente):

El arbitraje *es un método heterocompositivo* porque un tercero independiente y neutral en relación a las partes resuelve la controversia, al igual que como sucede frente a la justicia ordinaria. La diferencia está en que en el arbitraje, las partes dotan de poder jurisdiccional al árbitro con base en la autonomía de la voluntad, en cambio que el sistema heterocompositivo de intereses que se impone por la vía de la jurisdicción estatal surge directamente del poder soberano del Estado como derecho fundamental para proteger o tutelar los intereses subjetivos de las partes cuando entran en discordia [...]. Mientras que en la jurisdicción ordinaria el proceso se presenta como parte inherente a ella (no puede haber jurisdicción sin proceso, ni viceversa), en el arbitraje su utilización sigue siendo una alternativa, una opción a escoger por los litigantes. Pero en todo caso, no debemos entender al arbitraje como un simple medio de exclusión de la jurisdicción estatal, sino que debe ser observado desde el punto de vista de su función heterocompositiva expresada a través de un proceso alternativo al impartido por la Función Judicial, pero por cuyo conducto las partes llegan también a obtener la tutela judicial efectiva y expedita de sus derechos⁴⁷.

El arbitraje de este modo se ha desarrollado como una opción legalmente válida y permitida a los particulares para solucionar sus conflictos, cuando la naturaleza de los mismos así lo permita, sin que deban acudir a la función judicial en garantía de sus derechos. “Cuando se recurre al arbitraje las partes buscan la solución de un conflicto presente o por presentarse y, en consecuencia, que las discrepancias surgidas o que puedan surgir entre ellas sean resueltas en forma definitiva”⁴⁸

1.4.1. Características del Arbitraje

Al emplearse al arbitraje como un método de solución de controversias que diste de la administración de justicia ordinaria, sus características principales parten de las ventajas operativas derivadas de su implementación. A saber entre otros:

- *Rapidez y sencillez del proceso.* A partir de la comparación que existe entre el proceso judicial y el arbitral, se entiende que los tiempos empleados dentro del arbitraje para la solución de una disputa sea relativamente menor. Sin contar

⁴⁷ Ecuador, Ecuador, Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de enero de 2013.

⁴⁸ Ernesto, Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, 18.

que los árbitros tienen mayor flexibilidad sobre el procedimiento, siempre en los límites que establece la ley.

- *Inmediación.* A pesar de la existencia de dicho principio dentro de la justicia ordinaria, sea por el menor de número de causas conocidas por los árbitros o por la propia naturaleza del arbitraje, dentro de este, las partes tienen un mayor contacto con los árbitros en cada etapa del procedimiento.
- *Especialidad.* A través del proceso arbitral es posible escoger dentro de las listas de árbitros que integran los Centros de Arbitraje y Mediación o en el caso de los arbitrajes *ad hoc*, a las personas con mayor pericia para resolver demandas con mayor complejidad y técnica.
- *Confidencialidad.* Particularmente en materias comerciales la característica confidencial del arbitraje permite a sus participantes pueda afectar a quienes intervienen en la disputa y evitar una publicidad malintencionada contra las empresas o partes involucradas.

1.4.2. Clases de Arbitraje y el Sometimiento a Legislación y Jurisdicción Extranjeras

El ordenamiento jurídico nacional reconoce a través de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente en el Ecuador (en adelante “**Ley de Arbitraje o LAM**”) varios tipos de arbitraje. Por ejemplo, de acuerdo a si el procedimiento está gobernado además de la Ley de Arbitraje a las normas de un Centro de Arbitraje y Mediación, o si por el contrario las reglas aplicables serán las pactadas por las partes, entonces la distinción será en administrado o *ad hoc*, respectivamente⁴⁹. Otra clasificación está dada por la forma en la que el Tribunal emita su fallo, sea en derecho o equidad⁵⁰. Finalmente, existe otro tipo de clasificación, sea en arbitraje nacional o internacional. El arbitraje en sede nacional será desarrollado a detalle en los numerales siguientes. Sobre el segundo tipo, la doctrina ha definido al arbitraje internacional a partir de criterios que lo distinguen del arbitraje local.⁵¹

⁴⁹ Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 (14 de diciembre de 2006), artículo 2.

⁵⁰ *Ibid.*, artículo 3.

⁵¹ La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, ha definido al arbitraje internacional de la siguiente manera: El arbitraje es el método alternativo de solución de conflictos por excelencia en el ámbito comercial, constituyéndose para la comunidad nacional e internacional, en el mecanismo idóneo para resolver los conflictos que de estas actividades se deriven. A través de este mecanismo, una o más personas, natural(es) o jurídica(s) involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual resolverá de manera definitiva el conflicto, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. El

A pesar que no es materia de este trabajo investigativo abordar el tema del arbitraje internacional, ni del sometimiento a jurisdicción y legislaciones extranjeras puesto que por su naturaleza, normativa aplicable y principios que lo rigen se distinguen del arbitraje local, de manera muy sucinta y con el objeto de establecer todo el espectro conceptual básico de la institución arbitral me referiré al sometimiento a jurisdicciones distintas a la nacional.

Sobre el arbitraje internacional, el reconocido árbitro italiano Piero Bernardini (quien ha participado como Presidente de Tribunal Arbitral dentro de un juicio internacional en materia de inversiones en contra de la República del Ecuador) se refiere al carácter internacional del arbitraje a partir de las leyes que se aplican y desarrolla el concepto a partir del siguiente criterio:

“No podemos dejar de mencionar (...) la teoría, vivamente sostenida por la doctrina, según la cual un procedimiento arbitral internacional sería tal también por su capacidad de instaurarse y desenvolverse en completa autonomía respecto a cualquier ordenamiento jurídico nacional (se habla entonces de arbitraje “floating” o “unbound” en cuanto sustentado o regulado por la sola voluntad de las partes”. (...) “La clasificación de un arbitraje como internacional depende, en último análisis del ordenamiento nacional que, en los límites del punto precedente, es llamado a regularlo. Una reseña de las más significativas legislaciones en la materia señala que dos son los criterios que vienen en consideración a este respecto, uno puramente económico, el mercado que trasciende las fronteras de soberanía y el otro jurídico (fundado en elementos de foraneidad)”⁵²

La doctrina ha buscado la forma de establecer el término internacional a partir de dos criterios que pueden emplearse de forma aislada o conjunta.

El primero de ellos exige analizar el *carácter de la controversia*, de modo tal que se considera que el arbitraje reviste carácter internacional cuando “afecta a intereses del comercio internacional”. El segundo se centra en las *partes*. Toma en consideración su nacionalidad o lugar de residencia habitual o cuando (como suele ocurrir) se trata de una sociedad, la sede central de dirección y control societario. [...] Algunos ordenamientos

arbitraje será internacional cuando se encuentre enmarcado dentro de los criterios que cada legislación haya acogido para tal fin. A manera de ejemplo, existen legislaciones que entienden que se trata de arbitraje internacional, cuando el arbitraje tenga por objeto una controversia derivada de relaciones de comercio internacional (criterio económico - material); ó cuando las partes ó los árbitros sean de nacionalidades diferentes ó cuando el domicilio o residencia de las partes se encuentren en Estados distintos (criterio jurídico - formal); ó cuando así se derive de factores directamente relacionados con la controversia, tales como el lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución del contrato, nacionalidad o ubicación de la institución arbitral, lugar en que se llevará a cabo el arbitraje, lugar en donde se hará efectivo el laudo, la ley seleccionada como ley sustantiva, o la ley seleccionada como ley de procedimiento, entre otros. En <http://www.ciac-iacac.org/contenido/contenido.aspx?catID=805&conID=7437>

⁵² Piero Bernardini, *L'arbitrato internazionale*, Roma, Guiffre Editore, 1994, 6 y 8 citado por Ernesto, Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, 369.

jurídicos nacionales han adoptado el primer criterio. Algunos optaron por el segundo. Otros se basaron en la Ley Modelo para adoptar una combinación de ambos.⁵³

De su lado, la Ley de Arbitraje del Ecuador ha establecido los requisitos que deben cumplirse para que el arbitraje tenga dicha categoría, al respecto la LAM dispone lo siguiente:

Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.

Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

⁵³ Alan Redfern y otros, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, (Navarra, Aranzadi, 2006), 17. La doctrina con el propósito distinguir al arbitraje en sede nacional de la internacional ha realizado sendas comparaciones entre ambos sistemas. En particular, el arbitraje internacional no suele guardar ningún tipo de relación con el Estado en el que se desarrolla el arbitraje, salvo por el hecho que se desarrolla en el territorio de dicho Estado. Otra justificación, que en la práctica sea la más importante, está dada por el hecho que en el arbitraje comercial internacional es casi segura la convergencia de distintas nacionalidades, distintos entornos jurídicos y culturales, distintos ordenamientos jurídicos y distintos principios. Es importante que los afectados, especialmente los integrantes del tribunal arbitral, comprendan esta cuestión. [...] Cabe realizar una última observación. Aun aquellos Estados cuya legislación no traza una distinción formal entre el arbitraje “nacional” e “internacional” se ven forzados a reconocer esta distinción cuando se trata de ejecución de laudos. Alan Redfern y otros, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, (Navarra, Aranzadi, 2006), 15- 16.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.⁵⁴

De la revisión de las normas transcritas se evidencia que el legislador prevé que en el Ecuador se pacte arbitraje internacional, siempre y cuando la relación jurídica tenga de alguna manera relación con el ámbito internacional, sea porque una de las partes tiene nacionalidad distinta a la ecuatoriana, sea porque el negocio se desarrollará en el extranjero o se trate de una operación de comercio internacional. Llama la atención también que el legislador no olvida resaltar que en estos casos debe tratarse de relaciones **susceptibles de transacción**. Así también deja expresa constancia que para que sea procedente este tipo de arbitraje debe operar previamente la autorización del Procurador General del Estado.

Con motivo de la promulgación de la nueva Constitución del Ecuador, surgió una corriente antagónica al arbitraje internacional, sobre todo aquel que tiene su fundamento en materia de inversiones y que se encuentra protegido principalmente por los denominados Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (en adelante “TBI”). La Asamblea Nacional Constituyente, por tal motivo, dictó el artículo 422 mediante el cual el Estado ecuatoriano no podría celebrar nuevos tratados que permitan que el Ecuador ceda jurisdicción. El artículo referido ordena:

Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia⁵⁵.

Una lectura detenida del artículo, nos permite concluir que la Constitución no impide al Estado someterse a arbitraje internacional, la prohibición de la norma suprema lo que restringe es la suscripción de tratados o instrumentos internacionales futuros que permitan que el Ecuador ceda jurisdicción. En consonancia con lo dicho, el Ejecutivo

⁵⁴ Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 (14 de diciembre de 2006).

⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. VIII, “Relaciones Internacionales”, cap. Segundo, “Tratados e Instrumentos Internacionales”, art. 422, ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización).

inició el proceso de denuncias de los TBI vigentes, el mismo que no ha finalizado y siguen aplicándose muchos de ellos.⁵⁶ Cabe aclarar en este punto que, aun bajo el supuesto que el Ecuador denunciara dichos instrumentos, los mismos mantendrán una vigencia de entre 10 a 20 años luego de la denuncia, condición que la doctrina denomina como cláusulas de supervivencia. Con estos antecedentes y con la explicación que se ha realizado es claro que el constituyente no prohibió el sometimiento a arbitraje internacional, tanto más que en la actualidad el Estado y sus instituciones siguen pactando este tipo de arbitraje.

Finalmente y con posterioridad a la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación y de la Constitución, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, ha incluido además del sometimiento a arbitraje, la posibilidad que las entidades públicas puedan someterse a jurisdicciones o leyes extranjeras, de la siguiente forma:

QUINTA.- Autorización Previa.- Previa autorización por el Procurador General del Estado, podrá aceptarse otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias relativas a contratos, celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras.⁵⁷

Es decir, a través la norma antes descrita se permite a las entidades públicas, no solo someterse a arbitraje sino también aceptar una jurisdicción y legislación distintas a las ecuatorianas para la solución de controversias, siempre que medie la autorización previa del Procurador. En la actualidad en concordancia con los informes del Procurador General del Estado, las instituciones públicas solicitan y reciben las autorizaciones pertinentes para ser juzgadas en otras jurisdicciones e inclusive bajo otras leyes.

⁵⁶ Con la promulgación de la Constitución de 2008, el Ejecutivo en un primer bloque de denuncias notificó directamente a los Estados con los cuales suscribió los TBI su deseo de denunciarlos, en este primer grupo se encontraban los Tratados con países centroamericanos en su mayoría. Posteriormente, en un segundo grupo, se presentó el trámite de denuncia ante la Asamblea Nacional para su aprobación, sin embargo antes de recibir una respuesta por parte de dicha Función del Estado, el Ejecutivo retiró el trámite y lo llevó a conocimiento de la Corte Constitucional, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de los TBI respecto a la cláusula de solución de controversias frente al artículo 422. La Corte, en las 13 solicitudes declaró su inconstitucionalidad, consecuentemente la Presidencia con esta decisión retomó el trámite en la Asamblea Nacional. De los 13 tratados, únicamente uno ha cumplido todo el procedimiento de denuncia (el TBI Ecuador - Finlandia), sobre el resto queda pendiente la resolución de la Asamblea para la denuncia. Entre los TBI que esperan el culminar el proceso de denuncia se encuentran por ejemplo el de Estados Unidos, Francia y China.

⁵⁷ Ecuador, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Registro Oficial Suplemento No. 306, (22 de octubre de 2010).

1.4.3. Convenio Arbitral

Para que la institución del arbitraje pueda operar como tal, necesita de la existencia del denominado convenio arbitral o de la llamada cláusula compromisoria, en tal sentido es fundamental distinguir tales conceptos:

- *Cláusula compromisoria*: en palabras de Luis Martínez Vázquez de Castro es “un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de árbitros”⁵⁸.
- *Compromiso arbitral*: “es un acuerdo de voluntades a través del cual, luego de verificado el conflicto de intereses, las partes convienen el sometimiento a arbitraje o los aspectos concretos de su funcionamiento”⁵⁹. Abundando, la doctrina define al pacto arbitral como:

[...] un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituya la expresión de voluntad de los contratantes destinada a producir un 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.⁶⁰

Así las cosas, la distinción fundamental entre ambos conceptos radica en el aspecto temporal de las controversias y sobre su existencia independiente de un contrato o como parte de él.

La cláusula compromisoria tiene por objeto el sometimiento de contiendas eventuales y futuras que surjan entre los contratantes, al paso que el compromiso versa sobre controversias ya existentes. La cláusula compromisoria es, por lo tanto, una convención de arbitraje que se aplica a una controversia simplemente eventual; la misma convención, aplicada a un litigio ya nacido, es un compromiso.⁶¹

De su lado, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano la Ley de Arbitraje, desarrolla un concepto más amplio de lo que debe considerarse como convenio arbitral

⁵⁸ Luis Martínez Vázquez de Castro, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, (Madrid, Civitas, 1991), 29 citado por Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008), 26.

⁵⁹ Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, 26.

⁶⁰ Gilberto Peña Castriñon y Néstor Martínez Neira, *Pacto Arbitral y arbitramento en conciencia*, Monografías jurídicas, Bogotá, 1988, p. 35., citado por Ernesto Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, (Guayaquil, Distrilib, 2007), 103.

⁶¹ Alberto Farhi, Alfredo Farhi, *La Cláusula Compromisoria*, (Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1945), 30 – 31 citado por Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008), 27.

incluyendo en él los elementos que lo integran. En tal virtud, el artículo 5 define al convenio arbitral al tenor siguiente:

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

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

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral. [...]

A través del artículo 5 de la LAM, el legislador ha destacado la importancia del consentimiento, al momento de la suscripción del pacto arbitral. Esta voluntad de someterse a arbitraje deberá constar por escrito; en él se detallarán a las partes que lo integran y el negocio jurídico al que se refiere. El jurista ecuatoriano Alejandro Ponce Martínez como actor activo dentro de la práctica nacional como abogado y árbitro, respecto del requisito que el convenio arbitral conste por escrito ha señalado que:

Nuestra ley, a diferencia de la antigua ley peruana, no declara nulo el convenio arbitral que no conste por escrito. Sin embargo, exige que se manifieste por escrito, sea en el contrato, sea en un documento distinto relacionado con el contrato, sea en un convenio arbitral que someta una controversia extra contractual a arbitraje, sea en comunicaciones cursadas entre las partes, sea, como se ha dicho, en petitorios ante el tribunal de arbitraje, o en cualquier otro medio de comunicación escrita que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Esta documentación debe obrar en el proceso arbitral al momento en el cual los árbitros deben decidir sobre su propia competencia, esto es en la audiencia de sustanciación. La ausencia de manifestación escrita implica, pues, la inexistencia de acuerdo arbitral, no su nulidad⁶².

ARMANDO SERRANO PUIG manifiesta que *“la exigencia de documento escrito tiene, a mi entender, una doble finalidad; a) la de contener un acuerdo bilateral expreso de someter a arbitraje la resolución de disputas, obviando con ello la posibilidad de un acuerdo tácito y las dificultades que su alegación traería; y b) la de resolver el problema de la prueba del convenio arbitral”*⁶³

⁶² Alejandro Ponce Martínez, “Notas sobre la Cláusula Compromisoria y sus Efectos en la Legislación Ecuatoriana”, 438 en Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008).

⁶³ Armando Serrano Puig, “Cláusulas Patológicas”, ponencia No. 2, Primer Congreso Nacional de Arbitraje, Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil, 5 y 6 de junio de 2000, citado por Alejandro Ponce Martínez, “Notas sobre la Cláusula Compromisoria y sus Efectos en la Legislación Ecuatoriana”, 438 en Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008).

En el Ecuador, el requisito para que el sometimiento a arbitraje conste por escrito no es una frase antojadiza por parte del legislador, sino que se refiere a un punto fundamental de la esencia de esta institución, y es que solamente las partes que lo hayan suscrito podrán ejecutarlo, por lo tanto en la legislación ecuatoriana se prohíbe la vinculación de terceros no signatarios al convenio arbitral.

En el ámbito internacional por otro lado, esta posición ha sido superada, y bajo algunas contadas circunstancias es posible que se pueda extender un convenio arbitral a una parte que no haya expresado su consentimiento y no forme parte de él. Sobre el tema el profesor Roque Caivano sostiene que:

[...] hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de «terceros», que por alguna razón pueden considerarse «asimilados a las partes» [...]⁶⁴

En suma, lo que determina la posibilidad de que un no-firmante de la cláusula arbitral pueda ser parte en un proceso arbitral es la voluntad presunta de las partes y de los intervinientes en el proceso, que puede inferirse de la conducta de las sociedades en cuestión: puede presumirse esa voluntad, entre otras situaciones, si la casa matriz y las filiales participaron activamente en la negociación, ejecución y rescisión del contrato.⁶⁵

⁶⁴ Roque Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos del acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Foro: Revista Lima Arbitration*, 2006: 123. El doctor Caivano dentro de este artículo, analiza cada una de las teorías por las cuales es posible la extensión del convenio arbitral. Por citar algunas de ellas: i) *Incorporación por referencia*: este caso aplica cuando una parte no-signataria del pacto arbitral suscribió con una de las partes suscriptoras del convenio un nuevo contrato a través del cual «asumió todas las obligaciones y privilegios que nacen de aquel. ii) *Asentimiento tácito*: se aplicará esta teoría en el caso si por medio de la conducta de la parte no signataria puede evidenciarse una aceptación tácita de sus efectos; iii) *Relación de agencia*: de carácter netamente excepcional se permitió extender el convenio arbitral para que el representado hiciera valer el acuerdo suscrito por su representante; iv) *Penetración del velo*: también de tipo excepcional es empleada para evitar figuras como el fraude, se busca extender los efectos del acuerdo arbitral a un no signatario cuando éste es, en realidad, el alter ego de la firmante. v) *Estoppel*: en consideración de la previa conducta de la parte que resiste el arbitraje, por ejemplo, para rechazar acciones judiciales tendientes a evitar ser llevado a arbitraje, promovidas por quien ha «explorado conscientemente el contrato» y «aceptado sus beneficios; y vi) *Interrelación*: cuando se lleva a arbitraje a una compañía cuando sus reclamos están dirigidos contra la controlante de quienes fueran sus co-contratantes, cuando se comprueba que las disputas en contra de la casa matriz y las de las subsidiarias se fundamentaban en los mismos hechos y eran esencialmente inseparables. Finalmente, el autor Arnoldo Wald concluye que: “Para que el acuerdo arbitral pueda considerarse extensivo a una sociedad no-firmante, ésta debe hallarse dentro de alguna de las siguientes situaciones: (a) Haber desempeñado un papel activo en las negociaciones de las cuales surgió el contrato en el que se incluyó la cláusula arbitral; (b) Estar involucrada, activa o pasivamente, en la ejecución del contrato; o (c) Haber estado representada, efectiva o implícitamente, en el negocio jurídico” (Arnoldo Wald, *A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos*, Revista de Arbitraje y Mediación, mayo-agosto de 2004), 31 y siguientes citado por Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008), 139.

⁶⁵ Michel Vasseur, “Le droit des personnes morales – Groupes de sociétés – Interventions d’Etat,” *Foro: Revista de Arbitraje*, 1988: 475 y siguientes citado por Roque Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades.

En conclusión, a pesar de la existencia inequívoca del consentimiento de las partes para someterse a arbitraje es posible que éste involucre a otras personas que no lo hayan suscrito siempre y cuando de las actuaciones de las mismas se puede develar su consentimiento tácito para formar parte del pacto arbitral. Sin perjuicio de lo dicho, cabe tener presente que conviene precisar que:

[...] una cosa es admitir que un no-signatario pueda invocar la cláusula de arbitraje —o aún que ésta pueda serle oponible— y otra diferente es derivar de allí, en forma automática, que el no-signatario puede ser responsabilizado por los eventuales incumplimientos contractuales. Si bien puede existir una relación entre ambas situaciones, son aspectos diferentes. Como explica Suárez Anzorena, la imputación de los efectos de la cláusula arbitral opera en el marco de los poderes del tribunal arbitral y define los alcances de su jurisdicción, mientras que la responsabilidad opera en el marco del derecho sustancial que rige la relación entre las partes e implica evaluar los méritos de la demanda y, en su caso, determinar sobre quién recaen las obligaciones del contrato. Si bien muchas veces las mismas circunstancias que determinan la extensión de los efectos del acuerdo arbitral sirven para determinar su responsabilidad por las consecuencias que se derivan del incumplimiento, «de una cosa no se sigue necesariamente la otra» ya que puede haber casos en que existan elementos para extender la jurisdicción arbitral a un no-signatario, pero no para establecer su responsabilidad a la luz del contrato⁶⁶

Adicionalmente a este punto, resulta pertinente estudiar al artículo 6 de la Ley de Arbitraje que permite otro medio probatorio que recoja la intención de arbitraje que no sea específicamente el pacto arbitral:

Art. 6.- Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje⁶⁷.

Esto es sin duda un avance en el mundo del arbitraje que permite aceptar como válido otro documento escrito como prueba de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, tal es el caso por ejemplo de intercambio de correos electrónicos. A pesar de la existencia de este artículo, cuando una de las partes es el Estado, se formula una duda cuando menos aceptable, ¿es posible que la Administración emita su consentimiento por medio de un correo electrónico?, Debido al formalismo que se exige a las actuaciones de

Extensión de los efectos del acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Foro: Revista Lima Arbitration*, 2006: 140 -141.

⁶⁶ Roque Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos del acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Foro: Revista Lima Arbitration*, 2006: 161 – 162.

⁶⁷ Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 (14 de diciembre de 2006).

las instituciones estatales y al principio de legalidad que las gobierna, la respuesta a dicha pregunta será negativa. Los árbitros podrán valorar la presencia en el expediente de los correos electrónicos en cuestión, sin embargo al momento de emitir su decisión, en los casos una de las partes sea el Estado, lo más probable es que se eximan de conocer una controversia en contra de quien no la ha suscrito.

1.4.3.1. El consentimiento y la competencia de la Administración

Finalmente, en cuanto al tema del consentimiento que debe estar presente en el pacto arbitral, el reconocido catedrático y árbitro internacional Roque Caivano sobre la voluntad se expresa de la siguiente manera:

El arbitraje, por ser una justicia privada de fuente convencional, encuentra su origen – y su principal justificación – en la voluntad de las partes de someter sus controversias a decisión de particulares que no pertenecen a la estructura del poder judicial, excluyendo de ese modo la intervención de los tribunales estatales. El acuerdo a través del que exteriorizan esa voluntad es, pues, capital en la vida del arbitraje.⁶⁸

A la par que la doctrina y luego de analizado el artículo 5 de la LAM podemos concluir que la legislación nacional también reconoce la importancia de la voluntad al momento de celebrar un pacto arbitral.

Sin perjuicio de lo dicho, y previamente a encasillar al arbitraje dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es importante resaltar la diferencia que existe entre la voluntad de los particulares y la del Estado cuando se pacta arbitraje, para ello cabe analizar lo que el jurista colombiano Eduardo Silva Romero manifiesta sobre este punto.

[...] mientras que los particulares están dotados de capacidad para actuar de acuerdo a sus intereses personales, las entidades administrativas deben realizar sus funciones, no solamente de conformidad con autorización legal previa, sino dentro del marco del buen funcionamiento de los servicios públicos y por esa misma vía del interés público. Es preciso recordar entonces que, cada uno de los desmembramientos del Estado cumple con las funciones expresamente señaladas por la ley, las cuales deben ser ejecutadas por funcionarios que poseen a su turno funciones específicas. [...]

En ese orden de ideas, y para el caso que nos interesa, es la ley la que otorga la capacidad a las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje. En consecuencia, para que dichas entidades puedan someter sus litigios al arbitraje deben poseer competencia para celebrar dichos contratos, el funcionario encargado debe ser competente para cumplir con esa labor en la entidad, y al ejecutarla debe hacerlo conforme al procedimiento adecuado.

⁶⁸ Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, 21.

En consecuencia, si las entidades públicas están autorizadas por la ley para someterse a arbitraje, la decisión de pactar el arbitraje estaría dentro de la órbita de sus competencias contractuales y en esos términos constituiría una opción de la administración para obtener una decisión jurisdiccional que resulta igualmente válida a la opción de someter sus litigios al juez administrativo.⁶⁹

Si bien esta última cita puede resultar una consecuencia lógica del principio de legalidad que fue explicado antes; se deberá tener en cuenta este punto en particular cuando se analicen cada uno de los escenarios sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos.

⁶⁹ Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla, *El Contrato de Arbitraje*, (Bogotá, Legis Editores, 2005), 116.

Capítulo Segundo

El Arbitraje en el Ecuador

2. El Arbitraje en el Ecuador

El presente capítulo resolverá el fondo de la cuestión planteada en este trabajo investigativo, se estudiará al arbitraje como institución y su presencia en el Ecuador. Cabe señalar, que uno de los puntos fundamentales en este capítulo será distinguir las características, condiciones y principios, que la normativa ecuatoriana exige del arbitraje con el Estado para que éste sea lícito, más aun cuando la decisión emitida por un Tribunal Arbitral podría afectar temas relevantes como las potestades estatales y el orden público. Se analizarán los escenarios propuestos para resolver el problema jurídico y algunos laudos arbitrales que solventan la posición de cada uno de ellos. Finalmente, se estudiará la legislación y decisiones judiciales de jueces de países vecinos como Colombia y Perú, quienes tuvieron o tienen la misma dificultad que el Ecuador.

2.1. Breve Reseña Del Arbitraje en el Ecuador

Los métodos alternativos de solución de conflictos son una herramienta creada por el Derecho para tratar de descongestionar la saturada Función Judicial de los Estados y de recurrir a la voluntad de las partes para que ellas mismas o por medio de un tercero neutral, en un tiempo menor, puedan decidir sobre las controversias que los enfrentan.

El Ecuador no ha desconocido al arbitraje como un método lícito para solucionar las controversias que se generen entre los particulares, ya en la Constitución de 1812 cuando el Ecuador formaba parte de la Gran Colombia, el sistema jurídico vigente a la época reconocía a la conciliación y al arbitraje⁷⁰.

La época del arbitraje moderno inició en 1960 cuando se promulgó el Código Civil. En dicha codificación se “incluyó por primera vez en sus normativas, la Sección No. 33 [...], que se refería al “Juicio por Arbitraje”. [...] El indicado procedimiento arbitral contenido en el Código de Procedimiento Civil [...] Contenía disposiciones nada prácticas,

⁷⁰ La citada Constitución de 1812, contempla el instituto arbitral, no como instrumento para evitar el proceso, sino como fórmula de arreglo de las controversias por una vía distinta de la jurisdiccional [...]. La Constitución establecía la conciliación previa al proceso como obligatoria antes de promoverlo a fin de evitar litigios innecesarios y que ya en la época eran prolongados. Ernesto, Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, 41.

excesivamente formalistas, tanto en lo que dice relación con los requisitos que debía contener el compromiso arbitral o cláusula compromisoria, como en el procedimiento mismo”⁷¹. Simultáneamente durante la época que regía el Código de Procedimiento Civil, también se encontraba vigente la Ley de Arbitraje Comercial de 1963 la misma que incorporaba disposiciones que propendían a una administración de justicia más ágil. Dichas normas eran adecuadas para resolver disputas de contenido netamente mercantil las cuales eran conocidas por tribunales arbitrales de las Cámaras de Comercio.

Finalmente, en el año de 1997, el Ecuador contó con una norma positivizada y especializada que regulaba en un solo cuerpo normativo al arbitraje, en ese año se promulgó la Ley de Arbitraje y Mediación la misma que ha recibido varias reformas y codificaciones.

Por otro lado, durante los últimos años en el Ecuador al igual que en América Latina, esta forma de solucionar divergencias ha alcanzado rango constitucional. Con la expedición de la Carta Política de la República del Ecuador de 1998, el Estado dotó a este tipo de mecanismos de un fundamento constitucional. En su parte pertinente la Constitución disponía:

Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. [...] Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. [...]. (el resaltado me pertenece)⁷²

Es decir, en este cuerpo normativo, el Ecuador reconoció el valor de este tipo de mecanismos de solución de controversias. Sin embargo, recurrió a la ley para determinar su alcance y aplicación.

Con la promulgación de la Constitución del año 2008, estos mecanismos nuevamente encuentran respaldo constitucional, reforzando inclusive la posibilidad existente ya en la LAM para que las instituciones del sector público puedan también emplear estas vías para resolver las disputas que pudieran surgir fruto de la celebración de contratos con el Estado.

El avance normativo de los últimos años ha dado la categoría de servicio público a la administración de justicia, incluyendo en esta calidad al arbitraje. El Código Orgánico

⁷¹ Ibid., 44.

⁷² Constitución Política de la República del Ecuador [1998], tít. VIII, “De la Función Judicial”, cap. 1, “De los principios generales”, art. 191, ([Quito]: Asamblea Nacional Constituyente).

de la Función Judicial así lo dispone de la siguiente manera: “[...] 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 [...]”⁷³.

En el Ecuador, el arbitraje ha tenido que recorrer un duro camino para poder establecerse como un método válido de solución de disputas, a pesar de ello, con el avance de los tiempos este recurso disponible por múltiples legislaciones a lo largo del mundo ha logrado posicionarse, y hoy por hoy es un método reconocido por la legislación como garante de los derechos de quienes recurren a él.

2.2. Arbitraje con la Administración en el ámbito nacional

Luego de la descripción realizada a los antecedentes históricos del sistema arbitral en el Ecuador, es importante resaltar un aspecto del arbitraje que hasta el momento no ha sido mencionado, pues si bien es cierto la institución arbitral ha estado presente en el Ecuador y en el mundo desde tiempos inmemoriales, cuando se trata del arbitraje en el que interviene el Estado, la situación cambia radicalmente.

Nadie discute que la normativa ecuatoriana ha reconocido al arbitraje entre particulares, es más su evolución ha tratado de afianzarse en el tiempo garantizando de este modo una administración de justicia más rápida y eficaz. Sin embargo, estas afirmaciones que parecen razonables en lo privado fueron expresamente vetadas en materia de lo público. El Estado y sus instituciones por muchos años estuvieron estrictamente alejados de los tribunales arbitrales, en particular porque desde épocas de antaño y hasta la actualidad se mantiene la discusión de si, los actos de poder público pueden ser objeto de revisión por terceros ajenos a la Función Judicial.

Así, solamente fue hasta los años de 1993 y 1996, con la promulgación de las leyes de: Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada; Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y del Régimen del Sector Eléctrico, respectivamente, que se vislumbró alguna “alternativa arbitral” para el Estado. Antes de estas normas, las instituciones públicas no podían someter sus disputas a través de este medio. El afianzamiento del arbitraje con el Estado solamente alcanzó un asidero

⁷³ Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento No. 544, (9 de marzo de 2009).

legal aceptado cuando en el año de 1997 la Ley de Arbitraje y Mediación expresamente permitió esta alternativa.

En los siguientes apartados se estudiará: los tipos de arbitrajes reconocidos por la normativa ecuatoriana, el respaldo constitucional y legal que goza el sistema arbitral con el Estado, y los requisitos que deben cumplirse para que las instituciones estatales puedan dar su consentimiento para someter sus disputas a arbitraje.

2.2.1. Requisitos Constitucionales

De conformidad con lo descrito en líneas anteriores, desde hace varios años atrás, el Ecuador ha contemplado la posibilidad que el Estado y todas sus instituciones puedan someterse a arbitraje. Por medio de la Constitución, los métodos alternativos de solución de conflictos han alcanzado categoría constitucional. Al respecto, la actual norma suprema ordena:

“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 ley⁷⁴. (el resaltado me pertenece)

En tal virtud, se deberá analizar el citado artículo para esclarecer varios puntos fundamentales. Para comenzar, el artículo 190 establece una serie de requisitos para que el arbitraje sea admisible; en primer lugar, la Constitución sin hacer distinción alguna sobre el tipo de actores que participan dentro del proceso arbitral, exige que los conflictos que pueden resolverse a través de esta vía sean aquellos de tipo transigible y sujetos a la ley.

En segundo lugar, la norma suprema a partir del marco de la *contratación pública* permite a los actores del sector público acudir a la sede arbitral siempre y cuando adicionalmente a la sujeción a la ley y a la transigibilidad se cumplan dos requisitos: i) que la decisión que emitan los Tribunales sea en derecho y, ii) que soliciten y reciban informe previo y favorable del Procurador General del Estado. Vale la pena señalar que la Corte Constitucional, mediante sentencia interpretativa 001-09-SIC-CC permitió que el Estado

⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. IV, “Participación y Organización del Poder”, cap. Cuarto, “Función Judicial y Justicia Indígena”, sección octava, “Medios Alternativos de Solución de Conflictos” art. 190, ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización).

pueda someterse a arbitrajes en equidad o *ex aequo et bono* en casos de endeudamiento externo⁷⁵.

Sobre el informe del Procurador General del Estado, es un requisito que **no** se encuentra en la LAM pero que al estar presente en la norma máxima del Estado adquiere vigencia inmediata y es de obligatorio cumplimiento para las instituciones públicas.

A pesar que no es materia de esta tesis referirse a los requisitos constitucionales brevemente descritos, cabe resaltar que la práctica arbitral ecuatoriana desde la promulgación de la Constitución ha ratificado la posición estatal mediante la cual, el pronunciamiento del Procurador deberá solicitarse previamente a la celebración del contrato que fuere a suscribir la Administración, de conformidad con los requisitos que exige la Ley de Arbitraje. Si la autorización no fuere solicitada y otorgada de este modo, la consecuencia será la declaratoria de incompetencia del Tribunal Arbitral que conozca el proceso. En efecto, a partir de octubre de 2008, sendos tribunales arbitrales durante las audiencias de sustanciación en los que han intervenido partes estatales han requerido previa a su declaración de competencia, copia de la autorización emitida por el Procurador General del Estado. En los casos que este documento no fue proporcionado por las partes, los tribunales se han declarado no competentes para tramitar las causas.

Sin perjuicio de lo dicho, se ha dejado constancia en las actas de las audiencias de sustanciación, que es obligación de la Institución contratante requerir tal autorización previamente a la celebración de los contratos, y es obligación de la contratista exigir dicho documento antes de suscribir el convenio. Otros tribunales arbitrales han llegado a discutir sobre la buena fe de la contratante cuando, por un lado no solicita la respectiva autorización y por otro lado dentro del procedimiento arbitral alega la incompetencia del Tribunal por este motivo.

Sin buscar plantear una polémica por este tema, lo rescatable dentro de la práctica arbitral es destacar la razón de ser de la autorización de la Procuraduría, pues en realidad lo que se pretende es salvaguardar la integridad del arbitraje, obligando a las instituciones estatales a someter a un ente técnico que revise y autorice el texto de la cláusula evitando

⁷⁵ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa 001-09-SIC-CC, en Registro Oficial Suplemento No. 549 de 16 de marzo de 2009. En los casos relacionados con deuda externa, se aplicará específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales el último inciso del artículo 422 de la CRE, por tanto, en ese caso no es aplicable el artículo 190 de la CRE. En los contratos de empréstito internacional cuando se estipulen cláusulas que incorporen la expresión “fallo en conciencia”, deberá interpretarse como sinónimo de “fallo en equidad”.

de este modo patologías que en un futuro afecten al arbitraje por cuestiones de competencia del Tribunal, impidiendo de este modo conocer el fondo de la controversia, lo que alargaría innecesariamente el arbitraje y dejando en indefensión al contratista que no podría conseguir acceso a una justicia expedita.

2.2.2. Requisitos Legales

Previamente al análisis del ordenamiento jurídico que gobierna al juicio arbitral es fundamental destacar que el legislador, a pesar de la existencia de una institución única denominada arbitraje, hace una distinción entre los particulares y las entidades estatales, exigiendo a las segundas el cumplimiento de mayores requisitos para someterse a este mecanismo. En consecuencia, adicionalmente a los requisitos constitucionales dispuestos en la norma jurídica máxima de la República, la Ley de Arbitraje y Mediación vigente ordena que:

Art. 4.- 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,

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 arbitral⁷⁶ (el resaltado me pertenece)

El legislador por medio del artículo antes citado, buscó limitar con exactitud el alcance del convenio arbitral al que se someta una entidad pública, restringiéndola a aquellas disputas de carácter contractual. Los temas extracontractuales como por ejemplo

⁷⁶ Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 (14 de diciembre de 2006).

el daño moral, indiscutiblemente están fuera de la competencia de los árbitros. En concordancia con lo desarrollado con el primer capítulo, es notorio que el consentimiento estatal está ligado a un exhaustivo formalismo, en el que se detallan cada uno de los requisitos que deben cumplirse para que el Procurador General del Estado pueda autorizar el pacto arbitral. El incumplimiento de estos requisitos acarreará la nulidad del proceso, así lo ha expuesto el doctor Alejandro Ponce Martínez cuando dice que:

Si una de las partes en el convenio arbitral es el Estado o una institución pública, el acuerdo debe necesariamente suscribirse con la aprobación previa del Procurador General del Estado y solo puede referirse a controversias derivadas de contratos. El acuerdo arbitral debe estar suscrito, con renuncia de la jurisdicción legal u ordinaria, por la persona de la entidad pública autorizada para celebrar contratos a nombre de ella⁷⁷

Por su parte el Procurador General del Estado mediante Resolución No. 122 de 7 de mayo de 2014⁷⁸, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes que rigen al proceso arbitral, expidió un instructivo por medio del cual se detallaron con exactitud los momentos en los cuales las entidades estatales están obligadas a requerir de la Procuraduría General del Estado un pronunciamiento sobre el sometimiento a arbitraje, jurisdicción o legislación extranjera.

A partir del análisis legal realizado se puede concluir que es lícito para la Administración someterse a arbitraje. A pesar de ello, el consentimiento que pueda ser otorgado por el Estado está delimitado restrictivamente por la ley. A diferencia del particular que tiene la posibilidad de acudir a arbitraje y someter a la decisión de los árbitros todas las materias de tipo transigible con restricción a lo dispuesto por la ley; la Administración en cumplimiento del Principio de Legalidad únicamente podrá someter al conocimiento de los árbitros las materias que la ley le permiten, es decir que solamente la

⁷⁷ Alejandro Ponce Martínez, “Notas sobre la Cláusula Compromisoria y sus Efectos en la Legislación Ecuatoriana”, 438 en Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008).

⁷⁸ Ecuador, Procuraduría General del Estado, PGE, “Resolución No.122. Instructivo para solicitar al Procurador General del Estado, autorización para el sometimiento a arbitraje nacional, internacional, ley y jurisdicción extranjeras”, Registro Oficial No. 254 (27 de mayo de 2014). Por medio de este instructivo, la Procuraduría esclareció para las situaciones en las cuales es obligatorio la autorización del Procurador General del Estado, en particular: a) En los contratos derivados de la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con inclusión de aquellos regulados bajo régimen especial; contratos financiados con préstamos y cooperación internacional; y, contratos realizados según procedimientos especiales de ese cuerpo legal. b) En todos los contratos sin importar su naturaleza, en que se pacte arbitraje internacional, con inclusión de aquellos contratos celebrados en el exterior al amparo del artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. c) En todos los contratos celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras en los que se acepte jurisdicción y se someta a Ley extranjera.

Ley puede determinar el alcance del consentimiento estatal. Bajo ese supuesto surge entonces una duda válida y el motivo de esta tesis, ¿Qué ocurre cuando la ley, por un lado ordena que los conflictos en materia contractual, podrán ser resueltos por arbitraje, y por otro lado establece la competencia privativa de los jueces contenciosos para que conozcan y resuelvan sobre la legalidad de los actos administrativos? ¿Qué ocurre con los actos administrativos emitidos dentro de una relación contractual, pueden o no ser objeto de arbitraje?

2.2.2.1. La arbitrabilidad en legislaciones como la colombiana y la peruana

Antes de dilucidar el problema jurídico de este trabajo, es necesario conocer y estudiar la realidad de dos vecinos del Ecuador, quienes comparten en sus legislaciones mucha tradición jurídica y varios de los principios rectores que los gobiernan, son muy parecidos a los ecuatorianos. Vale la pena decir, que el análisis de la legislación y jurisprudencia peruana y colombiana no significa que el Ecuador deba trasladarla a su ordenamiento, pero si puede dar algunas posibilidades de cómo puede enfrentarse el problema que nos atañe.

La experiencia del Perú. En materia del arbitraje dentro de la región, el Perú ha dado pasos agigantados, el desarrollo normativo se denota en particular cuando el arbitraje se presenta como la opción más utilizada por los ciudadanos de este país para resolver sus conflictos. La Ley Peruana de Arbitraje se promulgó por medio del Decreto Legislativo N° 1071, publicado el 28 de junio de 2008 y vigente desde el 1 de septiembre de 2008. Según el jurista peruano Carlos Alberto Soto Coaguila esta nueva ley:

[...] establece un sistema monista para el arbitraje, ya que sus normas se aplican al arbitraje doméstico y al arbitraje internacional. Sin embargo, existen algunas normas aplicables exclusivamente al arbitraje internacional. Como anotan Fernando CANTUARIAS y Roque CAIVANO, “no obstante esta regulación unitaria del arbitraje doméstico e internacional [en la nueva Ley], se han mantenido unas pocas normas que se aplican exclusivamente a casos de arbitraje internacional, a través de los cuales se procura un mayor régimen de libertad⁷⁹.”

⁷⁹ Carlos Alberto Soto, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, en <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto.-Lex-Arbitri.pdf>, 3.

En ese orden de ideas, el modelo peruano ha adoptado particularidades de la Ley Modelo de UNCITRAL. Tal decisión se entiende en los considerandos de la Ley peruana, en la que se dice que su propósito es “aumentar la competitividad del Perú como sede de arbitrajes, de manera que pueda ser elegido en la región como lugar adecuado para arbitrar en razón a la existencia de un marco legal seguro y predecible, ajustado a estándares internacionales”⁸⁰.

En el Perú, el ordenamiento vigente reconoce y garantiza el arbitraje con el Estado, así lo confirma el jurista peruano Carlos Alberto Soto cuando señala que:

Cuando se trate de arbitrajes con el Estado Peruano, la Constitución Política del Perú establece en el tercer párrafo de su artículo 63º que: “El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

En la misma línea, la Ley dispone que el Estado Peruano puede someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

Por último, cuando una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral⁸¹.

En el Perú, el respeto a la actividad arbitral destaca sin lugar a dudas. La ley peruana en su articulado, especifica el alcance del convenio arbitral en los siguientes términos:

Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral. El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante **en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral** o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.⁸² (el resaltado me pertenece)

En el caso de la participación del Estado y sus instituciones, el legislador peruano avanzó aún más en este sentido e inclusive ha convertido al arbitraje como el único medio

⁸⁰ Ibid., 4.

⁸¹ Ibid., 12. Mediante una revisión atenta de la Ley peruana el lector podrá evidenciar la cautela que ha tenido el legislador en la elaboración de esta norma al procurar evitar todo tipo de intervención judicial que pretenda entorpecer o ejercer control sobre las acciones de los árbitros o sobre las mismas actuaciones llevadas a cabo dentro del arbitraje. De esta manera se ha dispuesto que ningún tipo de suceso externo al proceso arbitral podrá restar efecto a las decisiones adoptadas por los árbitros. La única excepción estipulada a dicho precepto será el recurso de anulación del laudo, pero siempre con posterioridad al arbitraje

⁸² Perú, Presidencia de la República, Decreto Legislativo N° 1071, Ley Peruana de Arbitraje de 28 de junio de 2008.

posible para la solución de controversias. Así, el artículo 40 del Decreto Legislativo 1017 denominado Ley de Contrataciones del Estado, en la sección de cláusulas **obligatorias**⁸³ ordena el sometimiento a conciliación o arbitraje. Tanto o más avanza en la obligatoriedad del Estado de someterse a la jurisdicción arbitral en materia de contratación pública cuando realiza una incorporación de pleno derecho de un modelo de cláusula arbitral. En los casos en los cuales por alguna omisión no se incluyera una cláusula compromisoria en un contrato con el Estado, de conformidad con el artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se entenderá incorporado de pleno derecho dicha cláusula modelo, que en su sentido literal versa:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento.”⁸⁴

Sin entrar en medio de la discusión, por demás lógica, acerca de la naturaleza convencional del arbitraje y la existencia de un arbitraje obligatorio, y orientado directamente al Estado y sus instituciones, lo que debe rescatarse de la experiencia peruana es la evolución normativa. En el derecho peruano, así concebido, no existen dudas respecto del arbitramento con el Estado⁸⁵. En primer lugar, la opción de acudir al juicio arbitral

⁸³ Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso, “El arbitraje del Estado peruano”, *Foro: Revistas PUCP IUS ET VERITAS*, 144 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12057/12624>. En ese sentido, el primer rasgo característico importante a resaltar en esta materia es que se trataría de un arbitraje obligatorio), cuya cláusula arbitral no es negociable por las partes. En efecto, debemos recordar que una posible clasificación del arbitraje es por su fuente; a saber: (i) arbitraje voluntario y (ii) arbitraje forzoso u obligatorio.

Es voluntario cuando son las partes en conflicto, actual o potencial, las que deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto hace la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza y de un reconocimiento tanto de la capacidad y pericia del árbitro, cuanto de su sentido de equidad. Por su parte, el arbitraje es forzoso cuando viene impuesto por voluntad del legislador, quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje.

⁸⁴ Perú, Presidencia de la República, Decreto Supremo No. 184-2008 EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado de 31 de diciembre de 2008.

⁸⁵ En palabras de Jorge Danós Ordoñez: [...] Hoy en día en el Perú todas las controversias que se generen con motivo de la ejecución de los contratos de adquisición de bienes o servicios, o de los contratos de obra pública, por expreso mandato legal se deben resolver a través de procesos arbitrales, conforme lo ordena la Ley N° 26850 de contrataciones y adquisiciones del Estado dictada en 1997 pero vigente a partir de octubre de 1998. Hasta antes de la citada norma cuando se generaba algún conflicto entre el Estado y un contratista con motivo de la realización de una obra pública el afectado podía impugnar la decisión del Estado ante un tribunal administrativo denominado "Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas"-CONSULCOP, cuya resolución a su vez podía ser cuestionada ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso - administrativo por cualquiera de las partes. Un diseño similar, aunque con matices, existía también en el ámbito de los contratos de adquisición de bienes y servicios.

como mecanismo de solución de controversias se encuentra reconocido en su ordenamiento. En segundo lugar, se da cabida al pacto de arbitraje nacional como internacional. Como tercer punto, la Ley de Arbitraje determina con claridad sobre qué puntos o controversias, tienen jurisdicción los árbitros, y finalmente, en materia de contratación pública no existe otro camino que el arbitral. Vale la pena decir, que si para el Estado es obligatorio el arbitraje, para el particular no, es este último quien acepta someterse al juicio arbitral, aquí es donde se comprueba la voluntad de las partes, aún en el caso de la incorporación de pleno derecho de la cláusula compromisoria es el particular quien acepta someterse a “esas reglas del juego” y al suscribir el contrato acepta el convenio arbitral. La experiencia peruana solo pone en relieve la constante que embarga a la Administración, ésta solo puede ceder hasta donde la ley le permita, es la ley la que en último término determina el consentimiento del Estado.

La experiencia de Colombia. En cuanto al arbitraje en Colombia, deberemos realizar una distinción importante, antes y después del año 2012. Antes de dicho año, la legislación colombiana tenía grandes similitudes con la ecuatoriana, su Ley de Arbitraje y Mediación disponía:

Art.- **Definición y modalidades.**- El artículo 1o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así: "Artículo 1o. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico. [...] ⁸⁶.

En tal virtud, y respecto al arbitraje estatal, la normativa colombiana estaba inmersa en la misma indeterminación que su par ecuatoriana. Con el devenir del tiempo, el Consejo

Como se puede apreciar, es evidente que el legislador peruano no ha querido que la solución de controversias contractuales entre el Estado y sus contratistas se resuelvan ante el Poder Judicial seguramente por desconfianza en la celeridad de la administración de justicia y de la especialización de los magistrados. Jorge Danos, *El Proceso Contencioso Administrativo en el Perú*, en <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/contencioso%20administrativo.htm>

⁸⁶ Colombia, Congreso de Colombia, Ley No. 446 de 1998, Título II. *Del Arbitraje*, cap. 1. Normas Generales, de 7 de julio de 1998. En concordancia con, Colombia, Presidente de la República, Decreto 1818 de 1998, “*Estatuto De Los Mecanismos Alternativos de Solución De Conflictos*”, de 7 de septiembre de 1998.

de Estado Colombiano debió suplir el vacío y establecer los límites a la competencia de los árbitros cuando participaban dentro del proceso entidades del sector público. Resolvió, de conformidad con lo previsto en la normativa, que las controversias a ser resueltas debían ser de tipo contractual y restringió de la competencia arbitral la declaratoria de ilegalidad o no de un acto administrativo. Más adelante, se analizarán varias resoluciones del Consejo de Estado Colombiano, y la evolución de las mismas hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje en 2012, misma que ha resuelto la cuestión del arbitraje con el Estado.

El artículo 1 de la Ley colombiana de arbitraje manda:

ART. 1º—Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.⁸⁷ (el resaltado me pertenece)

La ley colombiana de este modo, solamente pudo resolver la oscuridad de la norma a través de un cambio normativo. Fue el legislador, quien en última instancia en ejercicio de la potestad estatal, decidió y otorgó a los árbitros la posibilidad de conocer y resolver sobre todos los aspectos del arbitraje estatal, dejando fuera de cualquier duda que los actos administrativos expedidos en función de facultades exorbitantes pueden ser objeto de su laudo. Adicionalmente a lo dicho, y en tanto estuvo vigente la ley de Arbitraje pasada, fue el Consejo de Estado Colombiano, y no los árbitros quienes en ejercicio de la facultad que les consagrara la ley interpretaron y resolvieron las dudas respecto al arbitraje administrativo.

Finalmente, luego de estudiar las experiencias de países vecinos como Colombia y Perú y su evolución normativa, se puede concluir que es la ley como camino y límite del accionar estatal la única que puede determinar el consentimiento de las instituciones públicas dentro del arbitraje.

⁸⁷ Colombia, Congreso de Colombia, Ley 1563 de 2012, de 12 de julio de 2012.

2.2.2.2. Materias arbitrables y no arbitrables en el Ecuador

Analizada la experiencia en legislaciones vecinas, es fundamental revisar el ordenamiento nacional para comprobar si dentro de sus regulaciones existen disposiciones puntuales sobre el arbitraje y lo que es lícito tratar ante él.

En tal virtud, y por citar dos ejemplos en el Derecho ecuatoriano, el legislador ha definido la arbitrabilidad de ciertas materias. El Código Orgánico de la Función Judicial por ejemplo, adicionalmente a catalogar al arbitraje como un servicio público, también de manera expresa prohíbe que ciertas materias puedan ser sometidas a arbitraje: “Artículo 17.- [...] En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje.⁸⁸ Es decir, a pesar de la libertad con la que cuenta el particular para decidir qué controversias pueden someterse a la decisión de los árbitros, no le está permitido disponer sobre temas de este tipo.

Otro ejemplo se encuentra en temas de propiedad intelectual, la ley que regula la materia en lo pertinente manda:

Art. 374.- Toda controversia en materia de propiedad intelectual, podrá someterse a arbitraje o mediación, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

Para tal efecto el IEPI está autorizado a suscribir el respectivo convenio arbitral sin necesidad de consultar al Procurador General del Estado, salvo los casos previstos en la ley.⁸⁹

En este caso a diferencia del anterior, lo que prevé la Ley es permitir el arbitraje en temas de propiedad intelectual. En el marco del principio de legalidad lo que pareciera es que cuando se trata de definir que materias son o no arbitrables, la legislación se encarga de cumplir dicho cometido.

2.2.2.3. Las Multas y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Dentro del avance normativo generado en el Ecuador respecto a la materia arbitral y a pesar de la existencia de regulación en materia constitucional y legal sobre el arbitraje

⁸⁸ Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento No. 544, (9 de marzo de 2009).

⁸⁹ Ecuador, Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial Suplemento No. 426, (28 de diciembre de 2006).

estatal, la ley se limita a señalar dos términos de manera muy general y vaga. El primero, se refiere a que el arbitraje que se encuentra permitido, es aquel relativo a casos de contratación pública, sin definir que se deberá entender por tal concepto.

El segundo término, es quizás el que mayor dificultades prácticas ha generado en ejercicio de este mecanismo, y es aquel cuando la ley ordena que la Administración puede pactar arbitraje en controversias de tipo contractual, pero qué incluye la materia contractual?, se incorporan a este concepto todas las controversias que surjan *por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá preferirse en derecho*, tal como lo ha definido la ley colombiana?

Los partidarios de la posición *pro arbitri*, sin temor a dudas señalarán que si, el hecho que la ley no especifique alguna actividad en particular sobre la cual tengan competencia los árbitros será para ellos una prueba indiscutible sobre su competencia, para esta posición la materia contractual es un todo. A pesar de lo razonable de dicha conclusión, lo cierto es que ésta adolece de un defecto normativo, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la regulación sobre las multas.

Dentro de esta norma, el legislador ha establecido explícitamente que las multas podrán ser impugnadas tanto en sede judicial como arbitral. El artículo 71 dispone:

Art. 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral⁹⁰.

La existencia de esta disposición trae consigo una duda válida que se opone a uno de los escenarios propuestos dentro de este trabajo investigativo, y esta es que si la materia contractual es por completo arbitrable, ¿por qué fue necesario que la LOSNCP especificara

⁹⁰ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento No. 395, (4 de agosto de 2008).

que las multas son arbitrables? La respuesta es evidente, no todo lo contractual es materia de arbitraje según la ley ecuatoriana. Cabe entonces la pregunta, ¿qué otras materias dentro de lo contractual no son arbitrables?

2.2.3. Transigibilidad

Uno de los puntos que mayor dificultad representa en el ámbito del arbitraje con entidades de Derecho Público en el Ecuador es precisamente aquel referido a la transigibilidad. Este tema ha generado grandes debates dentro de la doctrina en particular al momento de distinguirlo con la arbitrabilidad.

En primer término, en concordancia con la investigación formulada, la única forma para que opere el arbitraje es cuando las controversias sometidas ante él, son de naturaleza transigible. Ante tal afirmación, cabe formularse las siguientes preguntas; ¿qué debe entenderse por transigibilidad y ésta tiene límites?

A pesar de la mención repetitiva acerca de este término dentro de la Constitución y la LAM, no existe una norma positivizada que determine una definición expresa de lo que debe entenderse por transigibilidad. Con este antecedente, se empleará para este análisis la definición emitida por el profesor Ernesto Salcedo Verduga quien manifiesta que:

[...] desde la óptica del derecho arbitral, la materia transigible (esto es, los bienes y derechos sobre los cuales las partes pueden celebrar el convenio arbitral), la **constituyen todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales, las partes tienen capacidad legal para disponer libremente de ellos;** bienes y derechos éstos, cuya existencia y disposición no deben ser contrarios a la ley, al orden público, ni a las buenas costumbres.⁹¹

Es decir que según la doctrina, la transigibilidad está íntimamente ligada a conceptos generales como el orden público. Precisamente sobre este tema, el abogado colombiano Héctor Darío Arévalo Reyes se pronuncia señalando que “la *validez* del contrato arbitral se subordina al *orden público, la moral y las buenas costumbres* [...] como garantes de intereses comunitarios, políticos, económicos o sociales, tutelados por normas legales imperativas ante las que el pacto arbitral pierde su eficacia”⁹²

⁹¹ Ernesto, Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, 130 y 131. Por citar algunos ejemplos de materia no transigible se incluyen a: asuntos relacionados con el estado civil de las personas, el derecho a alimentos futuros de personas a quienes se deba por ley, los derechos ajenos y derechos que no existan, sobre la acción penal por la comisión de un delito, sobre litigio ya terminado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

⁹² Héctor, Arévalo, *Arbitraje*, (Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2012), 26.

A pesar de la referencia a un concepto jurídico indeterminado como el orden público, su importancia en materia de transigibilidad requiere un análisis detallado, en particular en aquellos casos en los cuales un convenio arbitral lo vulnere. Así las cosas, se entiende que el orden público es el límite al ejercicio de la voluntad contractual. Sin embargo, “aunque se esté en presencia de un asunto de orden público, ello no significa que el asunto *per se* deje de ser arbitrable, porque se requiere que una norma legal expresamente lo prohíba”⁹³. Esta referencia al principio de legalidad se acentúa cuando se dice que:

La *arbitrabilidad* es la regla general, y la inarbitrabilidad es lo que está expresamente prohibido por la ley, sin extensión o analogía posibles. La excepción se configura con la consagración normativa de cierto asunto como de orden público, cuya violación traería como consecuencia forzosa la inarbitrabilidad. [...] Como estas normas preservan un interés general, las partes no tienen facultad de disposición [...], de modo su actitud en contrario es antijurídica por violar el interés general [...]. Así, el asunto es inarbitrable si viola el *orden público clásico* y el *orden público de dirección*, y es arbitrable si sólo involucra intereses particulares, pese a hallarse tutelado por normas de orden público de *protección*, ya que este último sólo busca proteger los intereses de la parte frágil o débil de la relación jurídica contractual.⁹⁴

En tal sentido, se puede concluir que en materia arbitral, la transigibilidad como arbitrabilidad son conceptos equivalentes. La arbitrabilidad es la pieza fundamental para el obrar del árbitro, sin ella, no es posible la aplicación de este mecanismo de solución de controversias. En apoyo de esta teoría Eduardo Picand escribió que:

De tal manera entonces, que este concepto de “arbitrabilidad” resulta ser, por una parte, “una condición de validez de la convención de arbitraje”, y por otra parte, un presupuesto básico de la relación jurídico procesal que nace entre las partes y el árbitro, ya que si la materia objeto del arbitraje fuera contraria al orden público interno del Estado en que se materializa el arbitraje, estaríamos en presencia de una causal de incompetencia del órgano arbitral. Por tanto, resulta imperioso saber con exactitud la ley que rige el compromiso, ya que si el objeto de éste estuviera en contraposición con los preceptos legales aplicables conforme al Derecho internacional privado vigente, dicho acuerdo arbitral adolecería de nulidad por vicios en su objeto.⁹⁵

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid. 26 – 30. Es la ley la que excluye de la voluntariedad la materia y la que consagra de manera imperativa la nulidad absoluta, con el fin de proteger un interés general, con lo que se controla plenamente el orden jurídico (clásico y del orden público de dirección), al paso que cuando establece la nulidad relativa, para proteger un interés particular (orden público de protección), que las partes han decidido ventilar y definir a través de árbitros, el control del orden público no adquiere igual connotación. [...] Con ese fin la ley introduce la noción de orden público al proceso arbitral, y crea los instrumentos para garantizar la eficacia de sus principios tutelares. [...]

⁹⁵ Picand, Eduardo, *Arbitraje Comercial Internacional*, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005), 86.

En concordancia con lo dicho, el profesor Roque Caivano, concluye que aunque “ciertamente no toda materia es arbitrable, la no-arbitrabilidad debe reputarse excepcional y ser interpretada restrictivamente, aplicándose sólo cuando se advierta que existe una definida política fundada en razones de tipo constitucional o legal destinada a prohibir el arbitraje para resolver determinadas cuestiones”⁹⁶. Esta conclusión es de particular importancia para el arbitraje con el Estado, cuando dentro de sus acciones siempre está involucrado el interés general y las normas que lo rigen son de orden público.

Con esta última afirmación, no se pretende concluir que el arbitraje está vetado para las entidades públicas, puesto que una conclusión razonable nos orientaría a pensar que si el Estado actúa con motivos de interés general, solo el mismo Estado podría resolver sobre estos actos de soberanía. Tal ejercicio lógico contradice flagrantemente el reconocimiento constitucional y legal al arbitraje como una alternativa válida para solucionar sus controversias en las que interviene una parte estatal.

Por el contrario, lo que concluye Caivano es señalar que, en los casos en los cuales las partes no pueden someterse a arbitraje es la ley la llamada a prohibirlo directamente, o establecer una jurisdicción exclusiva y excluyente a la arbitral. En cada caso, es el juzgador o árbitro quien deberá realizar este análisis preliminar al analizar su propia competencia.

Conforme se advirtiera en el apartado anterior, se estudiará la posición del Consejo de Estado Colombiano cuando ante su autoridad debieron dilucidarse estas cuestiones antes que la Ley desvaneciera la oscuridad legal a la que estaban sometidos. En efecto, la justicia colombiana, sobre materias como la arbitrabilidad, transigibilidad, el orden público y los actos administrativos, se ha manifestado al tenor siguiente:

De lo anterior, se colige que en principio, el tribunal de arbitramento es competente para pronunciarse acerca de aquellos puntos que le han sido asignados por las partes dentro de la cláusula compromisoria, salvo que se trate de *aspectos que comprometen el orden público*, o se discuta la *legalidad de los actos administrativos*, así como aquellos temas que por su naturaleza *no sean transigibles*, cuya competencia le está vedada a los árbitros, ya que ésta radica únicamente en cabeza de la justicia contencioso administrativa, así las partes hayan pactado lo contrario.⁹⁷

De lo anterior, puede concluirse fácilmente que aunque en materia de contratación pública *está permitido la suscripción de pactos arbitrales* (cláusula compromisoria y compromiso), dicha posibilidad *no implica* que a través de este medio de solución de conflictos la administración pueda renunciar o disponer de las facultades que el

⁹⁶ Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, 358.

⁹⁷ Auto del Consejo de Estado de 25 de agosto de 2005, M.P. Germán Rodríguez Villamizar., citada por Héctor, Arévalo, *Arbitraje*, 321.

ordenamiento le otorga para hacer prevalecer el interés general y las finalidades del Estado, *ni habilitar a los árbitros par que decidan acerca de la legalidad de los actos administrativos* proferidos en virtud de dichas facultades⁹⁸.

Fácil es observar cómo razones mayores existen para que no sea posible disponer o transigir respecto de la potestad de la jurisdicción contencioso administrativa para dilucidar sobre legalidad de los actos administrativos; **es una materia ajena a cualquier clase de negociación, por encontrarse comprometida la soberanía del Estado y el orden público**, como ha sido la tesis constante de la jurisprudencia nacional y de la doctrina; siendo, pues, **un tema extraño a la transacción, lo será también a la competencia de los tribunales de arbitramento**, constituidos por particulares que ejercen excepcionalmente funciones de administración de justicia⁹⁹. (lo resaltado me pertenece)

La revisión de las tres citadas decisiones colombianas en referencia a la transigibilidad y consecuente arbitrabilidad de actos administrativos, o actos en los que esté en juego el orden público no deja espacio a dudas, no es lícito, ni permitido a los árbitros decidir sobre tales temas, en tanto no es una materia transigible.

En el Ecuador, este tema ha sido poco desarrollado por la doctrina o las decisiones arbitrales o judiciales, por ello, se emplearán dos criterios proferidos en cuanto a esta materia. El primero, emitido por el doctor Juan Pablo Aguilar Andrade.

[...] las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos no son ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno están sujetas a la disposición de las partes. [...] la legalidad de los actos administrativos no es transigible y, por tanto, no puede someterse a decisión de los árbitros; pero por el contrario, las causas y los efectos patrimoniales de los actos administrativos podrán someterse a decisión del juez arbitral siempre y cuando la controversia no sea consecuencia directa de la legalidad del acto administrativo del cual se deriva y que los actos administrativos que sirvan de fundamento a la acción no hayan sido dictados en uso de los poderes excepcionales de la Administración”¹⁰⁰

El segundo, corresponde a la opinión disidente del doctor José Cornejo Mignone, quien dentro del Juicio Arbitral No. 011-00 denominado COTECNA c. CAE se pronunció contrario a la declaratoria de competencia de la mayoría en relación a una demanda arbitral sobre la declaratoria de ilegalidad de una Resolución de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

⁹⁸ Sentencia de tutela de la Corte Constitucional de 11 de mayo de 2005, M.P.: Jaime Araujo Rentería., citada por Héctor, Arévalo, *Arbitraje*, 321 - 322

⁹⁹ Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 8 de junio de 2000, MP.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, citada por Héctor, Arévalo, *Arbitraje*, 317 – 318.

¹⁰⁰ Juan Pablo, Aguilar, “Sobre las materias arbitrales en el Derecho Administrativo”, *Foro: Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2009, 29.

[...] **QUINTO.-** La ilegalidad de un acto administrativo, como es la Resolución 0223, no puede ser objeto de transacción y al no poder serlo no puede ser sometida a arbitraje. El Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que “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 futuro para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”. Las partes transar en que un acto ilegal, como sería que el Gerente de la CAE juzgue delitos aduaneros o se abroge funciones del Juez Fiscal, y que por tanto está viciado de nulidad, sea legal y válido. La voluntad de las partes no pueden convertir, por transacción, un acto ilegal en legal y viceversa o dejar de lado y no tomar en consideración, por efecto de la transacción, la ilegalidad del acto, menos aún cuando se trata de un acto administrativo emitido por una autoridad pública en ejercicio de una potestad administrativa, que persigue, como lo afirma el tratadista mexicano Gabino Fraga en su Tratado de Derecho Administrativo, un fin de interés general. Como lo enseña el autor francés Gastón Jeze, en su tratado Los Principios Generales del Derecho Administrativo, “el interés general exige la ineficacia del acto irregular, porque el cumplimiento de los requisitos que la ley establece es una garantía de orden social”. **Son susceptibles de transacción únicamente los derechos y las relaciones jurídicas sobre las cuales las partes tienen plena libertad de disposición porque competen exclusivamente a su interés particular y la legalidad de un acto administrativo, como se dejó expresado, apoyado en el criterio de connotados tratadistas, compete al interés general.** [...] ¹⁰¹

Las opiniones vertidas tanto por los doctores Aguilar como Cornejo, establecen con claridad que solamente se podría llevar ante conocimiento de los árbitros aquellas materias que por su naturaleza se encuentren en disposición de las partes. Asuntos relativos al orden público o al interés general estarían fuera de esta categoría, y sin lugar a dudas el ejercicio de la potestad estatal, en este caso la declaratoria de legalidad de un acto administrativo también correría esta suerte.

Sin perjuicio de lo dicho, como una actitud de veracidad sobre los criterios emitidos por las personas citadas en esta sección, se debe recalcar que el profesor Aguilar en varios eventos y artículos posteriores a la citada publicación ha presentado una postura *pro arbitri* ampliando su primer criterio y concluyendo que es lícito y permitido el arbitraje estatal incluyendo dentro de él los actos administrativos emitidos por la Administración dentro de la relación contractual. Por su parte el doctor Cornejo, si bien es cierto emitió el voto salvado transcrito, señaló que el error se presentó en la pretensión del actor cuando solicitó la declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo, si por el contrario la pretensión se hubiera orientado hacia la competencia del Tribunal, que conforme al pacto arbitral incluía inclusive a la terminación del contrato, ese voto disidente no se hubiera proferido.

¹⁰¹ Ecuador, Opinión Disidente José Cornejo Mignone, Juicio Arbitral No. 011-00, Laudo de 29 de noviembre de 2012, 37.

2.2.4. Los Tribunales Arbitrales: límites a la competencia

A lo largo de este trabajo se ha definido al arbitraje, a los términos fundamentales que lo gobiernan, la normativa que lo regula y las condiciones que se requieren para que éste opere. Sin embargo, se ha omitido el tratar un tema de gran relevancia y es el relativo al árbitro, quien “constituye la figura más importante del arbitraje, pues todo el sistema gira en torno a ella, siendo como es, la persona escogida por los contendientes para resolver la controversia”¹⁰².

Una de las características que distinguen al arbitraje de las contiendas judiciales, es el hecho que las partes intervinientes en el arbitraje gozan de plena libertad para elegir a su propio tribunal. Es cierto que en ocasiones se trata de una libertad ilusoria, dado que la elección puede delegarse a un tercero, como por ejemplo una institución de arbitraje. No obstante, cuando efectivamente existe dicha autonomía, cada una de las partes debe aprovecharla de forma juiciosa. Un árbitro calificado y con experiencia es uno de los elementos clave para la realización de un arbitraje justo y eficaz. [...] Se ha dicho acertadamente que la calidad de un arbitraje depende de la de los árbitros que intervienen en él.¹⁰³

Los árbitros actúan de manera imparcial e independiente, pues se exige de ellos las mismas condiciones que respecto a los jueces¹⁰⁴. Sobre el tema el profesor, Ernesto Salcedo Verduga menciona que:

[...] los árbitros no actúan en el proceso arbitral como representantes o mandatarios de las personas que los designaron ni tienen como función la de defender los intereses de éstos en el juicio. Los árbitros han sido designados sólo para buscar una decisión – en derecho o en equidad- que resuelva el conflicto de manera eficaz y definitiva. Al actuar de esta manera, los árbitros lo hacen en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción ordinaria, esto es, una decisión que ponga fin a la controversia con todos los efectos de la cosa juzgada¹⁰⁵

¹⁰² Ernesto, Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, 159.

¹⁰³ Alan Redfern y otros, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 10 – 11.

¹⁰⁴ Según el doctor Alejandro Ponce Martínez, la función esencial del juez es la de administrar justicia. El Poder Judicial se ha instituido [...] para reparar la violación del derecho, entendiendo por violación todo ataque, toda resistencia, toda contradicción positiva o negativa. La intervención del juez supone, por tanto, dos elementos: el derecho de que una persona se considera asistida, y la violación de ese derecho por otra. La misión del juez reduce entonces a reconocer y declarar la existencia o no existencia del derecho y de la violación, y aplicar la ley correspondiente. Esto es administrar justicia o dar a cada uno lo que es suyo, por medio de la autoridad pública. Lo cual significa, en lo civil, declarar el derecho y hacerlo efectivo, venciendo la resistencia de la parte obligada; y en lo penal, absolver al inocente o imponer la pena legal al culpado. Alejandro, Ponce Martínez, *Derecho Procesal*, (Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1988), 205.

¹⁰⁵ Ernesto, Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, 166

En cuanto a la jurisdicción, múltiples son los conceptos que se han generado en torno a ella, al igual que sobre la competencia. Para efectos de este trabajo, se acogerá las definiciones que el ordenamiento jurídico les otorga. A la jurisdicción se la entiende como:

[...] el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.

Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.¹⁰⁶

El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 7 desarrolla los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, en especial dispone que los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales.

[...] 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 efecto¹⁰⁷.

Bajo este entendido, según la legislación ecuatoriana los árbitros ejercen jurisdicción, pero no una jurisdicción completa, es decir no pueden ejecutar sus decisiones sino que en tal caso deberán acudir a la justicia ordinaria. En ese orden de ideas, la doctrina distingue la jurisdicción del juez y del árbitro de la siguiente manera:

Sobre la *iuris- dictio* que ejercen los árbitros cabe distinguirla de la de los jueces. La *iuris-dictio* (la capacidad de decir el derecho) del árbitro no es permanente, por el

¹⁰⁶ Ecuador, Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento No. 58, (12 de julio de 2005), Artículo 1.

¹⁰⁷ Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento No. 544, (9 de marzo de 2009).

contrario, ella es eminentemente temporal; el árbitro ejerce funciones que tienen un límite en el tiempo; cuando dicta su laudo, queda *functus officio*, cumplió su misión y pierde inmediata y completamente su investidura, es una capacidad de decir el derecho que está circunscrita a un marco específico de tiempo. Se mencionó que la jurisdicción del juez es obligatoria, la *iuris-dictio* del árbitro, en virtud de la relatividad de las convenciones, solo vincula a las partes, y esto como lógica conclusión de la naturaleza contractual del arbitraje; así como para ir al arbitraje se necesita un acuerdo de arbitraje, en virtud del principio de relatividad de las convenciones, la *iuris-dictio* del árbitro solamente se impone a quienes concurren a la celebración de dicho acuerdo. Finalmente, la jurisdicción del árbitro solo está a disposición de quienes siendo capaces y sobre derechos respecto de los cuales tengan la libre disposición, estipulan el acuerdo arbitral.¹⁰⁸

En conclusión, tanto los árbitros como los jueces, en atención a lo previsto en la norma, son los llamados a resolver los conflictos que se sometan a su resolución. Tanto el juez como el árbitro, encuentra los límites a su competencia a través de la ley. En el caso de árbitro, éste cuenta con un límite adicional en el convenio arbitral. La ley y pacto arbitral delimitan la “marco” dentro del cual el Tribunal podrá decidir. Si el juez no puede ampliar el ámbito de su competencia, mucho menos el árbitro podrá sobrepasar esta línea. El efecto de esta extralimitación conllevará la nulidad del laudo arbitral.

En el Ecuador, la primera oportunidad mediante la cual los árbitros pueden decidir sobre su propia competencia es dentro de la audiencia de sustanciación. El artículo 22 de la Ley de Arbitraje ordena que “[...] Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia. [...]”¹⁰⁹. Este ejercicio es conocido por la doctrina como el principio del Kompetenz – Kompetenz.

En general, la mayoría de las legislaciones arbitrales de los países acepta la doctrina de que el árbitro tiene, en circunstancias ordinarias, facultad para decidir sobre su propia competencia, sin previamente tener que recurrir (o sin que las partes recurran) a los jueces locales para lograr una decisión sobre el asunto. A esto se le denomina Kompetenz - Kompetenz, o sea, la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia.¹¹⁰

Ello implica, en definitiva, reconocer a los árbitros facultades para verificar y resolver las cuestiones relativas a su propia jurisdicción, facultades que comprenden la potestad de analizar y decidir todas las cuestiones de las cuales depende la existencia y extensión de esa jurisdicción: si el acuerdo arbitral que se invoca existe y es válido, si es

¹⁰⁸ Leonel, Pereznieta, comp, *Arbitraje Comercial Internacional*, (Mexico, Fontamara, 2006), 170 -171.

¹⁰⁹ Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 (14 de diciembre de 2006).

¹¹⁰ *Ibid.*, 152.

oponible a todas las partes del proceso, si las cuestiones incluidas en él son arbitrables y si las que se le someten a su decisión son de aquellas comprendidas en ese acuerdo¹¹¹.

Es decir que este primer análisis del Tribunal es de singular importancia dentro del proceso arbitral, dentro de él los árbitros en el marco establecido por la ley y el acuerdo de las partes deben decidir si no les está prohibido conocer sobre determinada materia. Esta prohibición puede ser de dos vías, directa por ejemplo cuando la norma manda que determinados asuntos no sean resueltos por arbitraje, tal es el caso de la violencia intrafamiliar antes citada, o por el contrario cuando la competencia para el conocimiento de una causa está otorgada a otro juzgador de forma excluyente y exclusiva. En esos casos el árbitro no tiene otro camino que declararse no competente de conocer una contienda.

En una reciente sentencia de la Corte Constitucional dentro del caso denominado BIG DIG, la Corte analizó el valor del análisis de competencia de un Tribunal Arbitral y señaló que:

[...] el ejercicio de la potestad de administrar justicia por parte de los árbitros, por extensión, están vinculados a los preceptos y principios constitucionales y consecuentemente, tienen límites objetivos definidos por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución; es decir, los árbitros no deben olvidar que aunque el ejercicio de su poder está sujeto exclusivamente al derecho privado, también están para aplicar las normas constitucionales. Por ello, cuando se encuentra sustanciando una demanda arbitral, por el principio de no interferencia plasmado en los numerales 1 y 3 del artículo 168 de la Constitución de la República, deben verificar su jurisdicción y competencia a la luz del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación [...]¹¹²

2.2.4.1. Competencia para determinar la Ilegalidad de los Actos Administrativos

Al iniciar el último apartado de este trabajo, se analizarán los tres escenarios que la práctica arbitral ecuatoriana ha ejecutado frente al problema planteado. El primero de ellos se refiere a la arbitrabilidad total; el segundo, la posición antagónica o negativa absoluta a que un Tribunal Arbitral decida sobre la legalidad de los actos administrativos. Y finalmente, se estudiará la existencia de una posición intermedia; con tal objeto se analizarán decisiones de la justicia colombiana y ecuatoriana sobre el tema.

¹¹¹ Roque Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos del acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Foro: Revista Lima Arbitration*, 2006: 151.

¹¹² Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 302-15-SEP-CC, CASO No. 08880-13-EP de 16 de septiembre de 2015.

2.2.4.1.1. La posición pro arbitri: la arbitrabilidad total

El primer escenario que se presenta respecto al problema jurídico planteado es aquel que permitiría que a través del proceso arbitral un Tribunal de Arbitraje puedan decidir sobre todas las disputas que provengan de un contrato, incluyendo entre las mismas, en los casos en los que intervenga instituciones de Derecho Público, los actos administrativos emitidos en virtud de las potestades públicas que rigen a la Administración. En particular, la declaratoria de terminación unilateral de contrato, decisión que en su gran mayoría es el objeto de las demandas cuando se trata de contratación estatal.

La doctrina a través de una interpretación amplia del alcance del convenio arbitral ha desarrollado la teoría denominada *in favorem valdatis* o *in favorem jurisdictionis*. Esta, considera que en caso de alguna duda sobre el alcance del pacto arbitral debe resolverse en favor del arbitraje, comúnmente conocido como el principio *favor arbitralis*.

El principio del *favor arbitralis* es aquel “principio legal por el cual el ordenamiento jurídico blindo al contrato de arbitraje, al proceso y al laudo, esto es, a la institución toda, contra las armas legales que para la jurisdicción ordinaria reconoce la tutela judicial efectiva del Estado. Y esto porque sería absolutamente ilógico que, si la ley permite que para determinados casos los particulares se sustraigan renunciando, a la jurisdicción estatal para resolver extrajudicialmente a través de arbitraje una controversia, no renuncien también a los medios impugnatorios que ofrece el sistema al cual han renunciado temporalmente. Lo que quiere así sabiamente el Estado, es que el arbitraje no sea letra muerta y que, quienes se sustrajeron a su jurisdicción, no la invoquen cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses, sino en casos muy extremos que tienen que ver por lo general con la vulneración de principios constitucionales o normas de orden público que importan al arbitraje.¹¹³

En ese orden de ideas, alguna parte de la doctrina ecuatoriana, al igual que sendos tribunales arbitrales han interpretado en sus decisiones que el consentimiento otorgado por la Administración para someterse a arbitraje cuando recibe la autorización del Procurador General del Estado, permite a los árbitros conocer todas y cada una de las controversias que se deriven a partir de las relaciones contractuales que vinculan al administrado con la entidad pública contratante, sin hacer distinción alguna sobre si el laudo se referirá o no sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos.

Para estos Tribunales, cuando el Estado sometió sus controversias de carácter contractual a arbitraje, ha consentido a que los árbitros y no los jueces de lo contencioso

¹¹³ Ibid.

administrativo resuelvan todos los temas en disputa, inclusive los actos administrativos que se dicten durante la ejecución del contrato.

Dentro de la práctica arbitral nacional se han dado varios laudos en los que los Tribunales Arbitrales se han declarado competentes para conocer y resolver sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos. Para ejemplificar el razonamiento antes descrito, se citará a continuación el análisis completo realizado sobre este tema por un Tribunal Arbitral presidido por el doctor Armando Serrano, dentro de un proceso administrado por la Cámara de Comercio de Quito denominado caso FISE c. CEPLAES.

[...] Es imprescindible tener presente que si bien la declaración de resolución anticipada y unilateral del contrato es un acto unilateral de naturaleza administrativa porque supone el ejercicio de las facultades de que está investida la administración respecto del contrato administrativo por ella celebrado, es en todo caso un acto administrativo que está íntimamente vinculado a la relación jurídica contractual en la que incide de modo decisivo, pues se trata de una facultad que nace con tal contrato y sigue su suerte hasta que desaparece con la extinción o terminación del contrato administrativo al cual se halla indisolublemente ligado. Si la Constitución y la ley permiten y facultan que las controversias derivadas de los contratos que celebra la administración pública se ventilen en arbitraje, no es lógico ni jurídicamente admisible que de la controversia se aisle el acto administrativo que da por terminado unilateral y anticipadamente el contrato, porque se fracturaría la continencia de la causa en perjuicio de la paz social, de la correcta administración de justicia y de las propias partes. No se podría entender, entonces, que el Tribunal Arbitral no pueda conocer sobre los fundamentos que tuvo la administración para dar por terminado el contrato, si la controversia surgida entre las partes radica o nace precisamente de tal decisión y las partes expresamente y por permisión constitucional y legal, convinieron en resolver por arbitraje sus controversias nacidas del contrato. En síntesis, el momento en que se suscribe un convenio arbitral en un contrato celebrado por la administración pública, de conformidad con lo previsto por los artículos 7 y 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pierden competencia para conocer de las controversias relacionadas con tal contrato, los jueces de los Contencioso Administrativo. Si la Constitución de la República y la Ley amparan la posibilidad de que en los contratos administrativos se pueda convenir arbitraje como el medio idóneo para solucionar las controversias que por tal contrato se presenten entre las partes, y que si la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevé que los jueces de esa rama de la administración ordinaria de justicia carecen de competencia en las cuestiones que "sean de competencia de otras jurisdicciones" - lo que incluye la jurisdicción convencional que ejercen los árbitros según el artículo 7 inciso cuarto del Código Orgánico de la Función Judicial-, obvio es considerar que el Tribunal Arbitral está plenamente autorizado por el ordenamiento jurídico para determinar si un acto administrativo ligado a la relación contractual como el que es materia del presente proceso arbitral, es conforme o disconforme con el Derecho. En suma, si la Constitución y la Ley amparan la posibilidad de que en los contratos administrativos se pueda convenir en arbitraje, esto implica que los árbitros se hallan facultados para que en arbitraje pueda dejarse sin efecto la decisión administrativa que termina unilateralmente el contrato, máxime que tal decisión si bien administrativa, es susceptible de ser resuelta directamente por las partes vía transacción y, por tanto, es materia arbitrable a la luz del artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues no se trata de una resolución administrativa con efecto erga omnes de aquellas que implican el ejercicio de la soberanía del Estado y, contrario sensu, tratándose del ejercicio de una facultad prevista

contractualmente incluso por mandato legal -cláusula exorbitante- y de la que puede o no hacer uso la Administración (cumpliendo los requisitos que la ley o el contrato prevean para ello), obvio es que pueda la administración pública transigir con su contraparte para alcanzar un acuerdo que permita la consecución del fin público perseguido con el contrato administrativo. Fueron estas las razones que tuvo el Tribunal para en la Audiencia de Sustanciación declarar y resolver sobre su propia competencia para conocer y resolver la presente causa. Por estas consideraciones y por lo previsto en el literal b) del Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se desestiman las excepciones propuestas por la parte actora al contestar la reconvenición, relativas a la incompetencia del Tribunal Arbitral para conocer sobre la terminación unilateral del contrato y la prescripción de la acción¹¹⁴.

Para iniciar el análisis de este laudo, se debe tener en cuenta tres puntos fundamentalmente, así: i) base normativa que permite el arbitraje; ii) transigibilidad de la controversia y, iii) competencia del Tribunal. Sobre el primer tema, *base normativa que permite el arbitraje*, conforme fue estudiado en líneas pasadas, en el Ecuador el arbitraje esta constitucional y legalmente permitido, de hecho la afirmación realizada por el Tribunal es cierta en cuanto a las instituciones estatales. El arbitraje es un mecanismo lícito de solución de controversias cuando el consentimiento es otorgado conforme a los requisitos del ordenamiento. Del mismo modo, es cierto que cuando las partes someten a arbitraje una disputa, los jueces ordinarios deberán inadmitir una demanda que contenga una cláusula compromisoria o un convenio arbitral. Esa es precisamente la garantía del principio *pro arbitri*. Resultaría de este modo razonable también la afirmación del Tribunal respecto a que si no se le concediera a los árbitros la posibilidad de resolver sobre la totalidad de las controversias entre las partes dejando algún tipo a materia fuera de su decisión, se dividiría la continencia de la causa y con ello se generaría una especie de prejudicialidad de la justicia ordinaria a la arbitral en cuanto a los actos administrativos. A pesar que la conclusión pueda resultar lógica, esta afirmación falla en un punto trascendental, el referido a las materias transigibles.

El segundo tema de estudio se relaciona con la *transigibilidad de la controversia*, pues de conformidad con lo previsto en el ordenamiento solo podrá someterse a arbitraje aquellas disputas de carácter transigible. Del razonamiento del Tribunal Arbitral se entiende que, si el Estado consintió a este tipo de mecanismo, sabía y entendía que la terminación de un contrato podía ser objeto de revisión de un árbitro y a pesar de ello

¹¹⁴ Ecuador, Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, Juicio Arbitral No. 077-09, Laudo de 6 de julio de 2011, 9-10. Cabe anotar que se planeó una acción de nulidad sobre el laudo arbitral, por tanto el referido proceso arbitral es público. Expreso mis disputas por la extensión de la cita, sin embargo este explica en detalle el análisis del Tribunal.

suscribió la cláusula compromisoria, es decir que para el Tribunal del caso FISE c. CEPLAES, ahora no es posible que el Estado rehúya del consentimiento otorgado pues aceptó la jurisdicción arbitral.

A partir de este criterio, el Tribunal extendió su razonamiento y llegó a decir que la terminación del contrato es materia transigible, tanto más cuando la entidad pública puede transar sobre el tema. Como respaldo de tal idea, el Tribunal destacó la existencia de las distintas formas de terminación de los contratos públicos constantes en la Ley de la materia, lo cual evidencia la posibilidad que este tema pueda ser resuelto mediante arbitraje. En mi criterio, se ha generado una confusión respecto a la transigibilidad en cuanto a la terminación del contrato y el acto administrativo de terminación unilateral y anticipada de contrato.

Es cierto que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, reconoce varias formas de terminación de contrato, entre ellas, la terminación por mutuo acuerdo¹¹⁵, por ejemplo. Es decir, que cumplidas las condiciones establecidas en la ley, la entidad pública y el particular pueden suscribir un acuerdo que de por terminado el contrato público. Sin embargo, esta posibilidad no significa *per se*, que la terminación de un contrato administrativo es arbitrable, pues en estos casos no existe un acto administrativo de terminación unilateral de contrato sino que la negociación con el particular es previa a la existencia de este acto.

Cuando la Administración emite el acto de terminación anticipada de un contrato, la posibilidad que ésta revea su decisión y negocie con el administrado, es cuando menos decirlo muy difícil. Tal es el caso de la mediación que se lleva dentro de los procesos arbitrales. En este escenario, la mayoría de las instituciones estatales por no decir todas ellas señalan que no pueden negociar ningún asunto con la contratista. La respuesta de la Administración no debe entenderse como antojadiza o contraria a una solución pacífica de la disputa, sino que esta corresponde a un argumento razonable. Si la Administración ha emitido una decisión de este tipo, a saber, la terminación unilateral del contrato, se debe a

¹¹⁵ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento No. 395, (4 de agosto de 2008). Art. 93.- Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren. La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista. Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

que existen razones poderosas que la orientaron a tomar tal resolución. Es decir, se debieron cumplir determinadas condiciones legales y contractuales, mismas que motivaron a que el ente estatal, en uso de las facultades exorbitantes que posee y en ejercicio de la potestad pública del cual está investido, termine el contrato. En cuyo caso, no sería posible para la Administración transar sobre este tema. El acto administrativo se encuentra investido de tal poder que solo otro órgano del Estado, de acuerdo a lo previsto por la legalidad podría revertir tal decisión.

Finalmente, en cuanto a la *competencia*, y tal cual fue analizado en el apartado anterior, es claro que los árbitros no pueden sino ejercer las competencias que la ley les ha asignado, de igual manera que les ocurre a los jueces. Los árbitros sustituyen a los jueces, su competencia les fue otorgada estrictamente por mandato legal y por acuerdo de las partes, su jurisdicción no puede extenderse más allá de dicho mandato, más aún cuando una de las partes es el Estado, quien actúa dentro del limitado espectro de lo que le está permitido.

Cuando las partes entregan su consentimiento para que un tercero resuelva una contienda delimitan el margen de su competencia, el árbitro no puede, ni debe extender ese restringido espacio de su jurisdicción, de lo contrario al hacerlo afectaría la validez de la decisión que emita. En caso de duda sobre la competencia, deberá restringirse y no resolver más allá de lo permitido. Si la premisa sobre el alcance del convenio arbitral respecto a la voluntad de las partes es el principio motor del arbitraje y establece el espacio de acción de los árbitros, más aun deberá considerarse el alcance del convenio cuando existe un vacío en la ley sobre el arbitraje con el Estado, los árbitros no pueden interpretar la ley para arrogarse una competencia que no les está autorizada.

Sin perjuicio de lo dicho en el análisis antes realizado, el 21 de noviembre de 2012, otro Tribunal Arbitral presidido también por el Doctor Armando Serrano dentro de una controversia entre Cotecna Inspection S.A (en adelante COTECNA) en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, CAE (hoy SENA), emitió un laudo arbitral en los mismos términos del caso FISE c. CEPLAES, es decir se pronunció sobre la legalidad de una Resolución de la CAE, ergo un acto administrativo. Sin embargo, lo destacable dentro del referido proceso fue el voto salvado de uno de los co-árbitros, el doctor José Cornejo Mignone, quien contravino a la mayoría respecto a la competencia del Tribunal, en los siguientes términos:

[...] **CUARTO.-** Si el convenio arbitral, [...] que es fuente y límite de la competencia del Tribunal, establece que las partes someten al arbitraje las controversias por la **ejecución, interpretación, liquidación o terminación del presente contrato**, debemos entonces determinar si la declaratoria de ilegalidad de la Resolución 0223 tiene o no relación con la ejecución, interpretación, liquidación o terminación del presente contrato. [...] Al Tribunal no le compete juzgar si el Gerente General de la CAE conoció y juzgó los delitos aduaneros y/o se arrogó funciones de Juez Fiscal por el hecho de fundamentar la Resolución con la que se sancionó a la Actora, en que ésta falseo la procedencia de las mercaderías importadas, asunto que bien podría ser de competencia de un Juez de lo Penal pues la usurpación de funciones está tipificado como delito. Le compete al Tribunal, según el convenio arbitral, conocer y resolver las controversias relacionadas a la interpretación, liquidación y terminación del Contrato de Prestación de Servicios y no, repito, juzgar sobre el proceder, legal o ilegal, del Gerente General de la CAE al fundamentar la Resolución como lo hizo. [...]

SEXTO.- El control de la legalidad de los actos administrativos no compete a los Tribunales Arbitrales, sino a las Salas de lo Contencioso Administrativo. [...] La competencia privativa de los Tribunales y Salas de lo Contencioso Administrativo para conocer los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos, establecida en varias normas legales vigentes a la fecha de presentación de la demanda por parte de la Actora, así como en normas que están vigentes en la actualidad, ha sido recogida por varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional¹¹⁶

El doctor Cornejo, como gran parte de la doctrina sobre la materia rescató que a los Tribunales Arbitrales no les está permitido pronunciarse sobre los actos administrativos, esta competencia está privativamente asignada a la Función Judicial.

La discusión sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos, ha generado largos debates en la práctica ecuatoriana, a quien le preocupa en demasía este tema. En particular cuando los contratos públicos se cuentan por miles, representando un gran número de potenciales disputas y en donde la justicia arbitral podría ayudar a resolver el grave problema de abarrotamiento de la Función Judicial. Empero, bajo las conclusiones alcanzadas, resultaría evidente que, los árbitros no podrían resolver sobre actos administrativos que se emitan bajo el ejercicio de la potestad estatal, y si este es el caso es pertinente formularse dos cuestiones: ¿en realidad cabe el arbitraje en materia administrativa? Y si la respuesta a esta interrogante es afirmativa, ¿qué materias podrían resolverse bajo este mecanismo?

¹¹⁶ Ecuador, Opinión Disidente José Cornejo Mignone, Juicio Arbitral No. 011-00, Laudo de 29 de noviembre de 2012, 36 - 38.

2.2.4.1.2. La posición absolutista

Revisado el primer escenario sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos en virtud del cual un Tribunal Arbitral podría resolver todas las controversias que se deriven de un contrato, es pertinente estudiar el criterio según el que la práctica arbitral ecuatoriana niega la posibilidad que los árbitros puedan conocer y resolver cuestiones relativas a la legalidad de los actos administrativos.

Para un número significativo de juristas la idea que personas particulares puedan resolver sobre la legalidad de los actos administrativos resulta cuando menos contraria a los postulados básicos del Derecho Administrativo. El sustento normativo de esta posición se halla en la Ley Orgánica de lo Contencioso Administrativo, la misma que restringe la competencia de este tipo de disputas a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, al siguiente tenor:

Art. 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo:

a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública **y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad;** [...] ¹¹⁷ (el resaltado me pertenece)

Concomitantemente a esta norma, el reciente Código General del Proceso de mayo de 2015, en su artículo 300 confirmó la competencia exclusiva para juzgar la legalidad de los actos emitidos por la Administración a los jueces y concretamente a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Art. 300.- Objeto. Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona **y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo;** así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.

Cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativa. No serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias o contencioso administrativas. ¹¹⁸ (el resaltado me pertenece)

¹¹⁷ Ecuador, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en Registro Oficial No. 338 (18 de marzo de 1968).

¹¹⁸ Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento No. 506, (22 de mayo de 2015).

Es decir, que según el cuerpo normativo vigente ecuatoriano, los únicos llamados a conocer las disputas referidas a la legalidad de los actos administrativos son los jueces de lo contencioso, la ley en este punto no permite que otro juez resuelva este tema.

Abundando en esta posición absolutista, a partir del criterio relacionado con la interpretación sobre el alcance de la cláusula arbitral, una parte de la doctrina se ha orientado a desarrollar la denominada *interpretación restrictiva* misma que tiene dos fundamentos:

Por un lado señala que la jurisdicción natural para la resolución de los conflictos es la jurisdicción ordinaria, la de los jueces, y por ende, en la medida en que el pacto arbitral implica una renuncia al derecho de acudir a esa jurisdicción natural, debe aplicarse la regla de conformidad con la cual toda renuncia de derechos debe interpretarse de manera restrictiva. Por otro lado, afirma que el pacto arbitral constituye una excepción al principio de jurisdicción de los jueces y como toda norma que consagre una excepción debe interpretarse de manera restrictiva.¹¹⁹

La consecuencia jurídica de aplicación de tal postura es la nulidad del laudo arbitral.

Esta conclusión se liga directamente con los temas de competencia previamente analizados, cuando se restringe la competencia de los árbitros se entiende que si no existe claridad en su mandato sobre qué materias podrán conocer, no deberán pronunciarse sobre ellas. El profesor colombiano Eduardo Silva Romero se manifiesta sobre la realidad de su país sobre este asunto y señala que:

Las entidades públicas están autorizadas a suscribir la cláusula compromisoria o el compromiso por la Ley 80 de 1993, con el fin de someter al arbitraje los litigios derivados de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación, o liquidación de los contratos estatales. Sin embargo, como el legislador no estableció límites materiales a dicha autorización la jurisprudencia constitucional y administrativa, los han señalado. En efecto, el principio de innegociabilidad de las potestades públicas establece la competencia al ser expresamente atribuida a una autoridad tiene carácter de orden público y, por lo tanto, no puede ser transigible y, por medio del principio de indisponibilidad de los actos administrativos, afirma que el control de legalidad de los actos administrativos es de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa puesto que esa es la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad, y por ende es de orden público, intransigible e inarbitrable¹²⁰.

En el Ecuador, la abrogación de competencias para decidir sobre una disputa puede dar origen a la nulidad de la resolución. En tal sentido el reconocido jurista Alejandro Ponce Martínez, habla sobre la nulidad en materia de arbitraje y determina que:

¹¹⁹ Ernesto, Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, 139.

¹²⁰ Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla, *El Contrato de Arbitraje*, (Bogotá, Legis Editores, 2005), 121.

[...] la acción de nulidad tiene por objeto asegurar que los convenios de arbitraje o las cláusulas compromisorias tengan cabal cumplimiento, en los términos en que las partes válidamente han acordado, para que los árbitros decidan sus controversias, y precautelar que los árbitros no se aparten de aquellos preceptos que tanto las partes como la ley han establecido como esenciales y sustanciales para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de arbitraje, dentro de las garantías del debido proceso, en el procedimiento concreto y singular conducido entre partes específicas.

La acción de nulidad, pues, obliga al juez con jurisdicción legal, a ejercer su facultad de examinar de un modo concreto y no abstracto en un proceso arbitral singular, si el tribunal de arbitraje ha cumplido con el deber de conducir y resolver la causa con sujeción estricta a lo convenido por las partes y a lo preceptuado por la ley, para garantizar el debido proceso. Con la resolución que dicte al haberse planteado la acción de nulidad, el juez no resta capacidad al sistema arbitral, cuando declara la nulidad, sino que obliga a que los árbitros actúen con la extremada diligencia que la misión de juzgar, porque las partes así le han convenido, les impone.

La LAM establece causas de orden público como fundamento para plantear la acción de nulidad de los laudos [...]¹²¹

De su parte, el artículo 31 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

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

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

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. [...]¹²²

Si bien es cierto, el objeto de este trabajo no es analizar la acción de nulidad de laudo arbitral, sus causales o efectos, para el caso que nos ocupa resultará importante conocer lo que manifiesta parte de la doctrina ecuatoriana cuando el Tribunal extiende su competencia sobre materias sobre las cuales no las tiene, y cuál ha sido el pronunciamiento de la justicia ecuatoriana respecto a este tema. En tal sentido, el doctor Alejandro Ponce Martínez aclara que cuando el Tribunal Arbitral se equivoca “en cuanto a su propia

¹²¹ Alejandro Ponce Martínez, “Notas sobre la Cláusula Compromisoria y sus Efectos en la Legislación Ecuatoriana”, 452, en Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008).

¹²² Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 (14 de diciembre de 2006).

competencia en la audiencia de sustanciación, la parte afectada con el laudo puede plantear la acción de nulidad, como también esta puede ser propuesta si es que el tribunal decide sobre aspectos no comprendidos en su resolución sobre la competencia dictada en la audiencia de sustanciación”¹²³. Para citar un ejemplo de dicha afirmación el jurista ecuatoriano emplea el caso COTECNA c. CAE, referido en esta tesis sobre la opinión disidente del doctor Cornejo Mignone, cuando posteriormente a la promulgación del laudo arbitral, y conocida la acción de nulidad, la justicia ecuatoriana declaró la nulidad del laudo. Sobre el tema, el doctor Alejandro Ponce se refiere en los siguientes términos:

El caso Cotecna Inspection S.A. v. Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE), es un ejemplo muy claro: la compañía actora demandó a la CAE que se declarara “*ilegal e improcedente el contenido de la resolución No. 0223 de marzo 15, 1999 emitida por el Gerente General de la CAE y, por consiguiente*” que se la dejara “**sin efecto**”. El Tribunal arbitral rechazó la demanda, “*pero aceptó una denominada reclamación subsidiaria (que no se encuentra en la demanda), dispuso que la CAE rectifique el monto de la multa impuesta [...]*”. La Corte Superior de Quito, luego de analizar lo que se había resuelto en la audiencia de sustanciación sobre la competencia, dijo: “*Es, pues, evidente, de toda evidencia, que el laudo resolvió sobre cuestiones que no estaban sometidas a arbitraje y, con ello, anuló todo el proceso arbitral, pues ese, y no otro, es el objetivo que persigue la acción o recurso de nulidad: que se anule lo actuado con el fin de que otro Tribunal, constituido de acuerdo con las normas pertinente, conduzca el proceso arbitral, luego de su designación y posesión, desde la audiencia de sustanciación*”¹²⁴

En los últimos días, previamente a la presentación de este documento, la Corte Constitucional, ha resuelto un caso de gran relevancia para el tema de estudio, el relacionado con el Consorcio BIGDIG S.A en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento EPMAPS, dentro de la acción de protección planteada por esta última en contra del laudo arbitral, y las decisiones de la Corte Superior y Nacional de Justicia. La Corte Constitucional y la Dra. Tatiana Ordeñana a través de su voto concurrente, han destacado varias conclusiones fundamentales respecto de la competencia de los Tribunales arbitrales y de la justicia arbitral como tal.

- *Sobre los Tribunales Arbitrales y el respeto a la Constitución:*

[...] Es necesario diferenciar que la vulneración a derechos constitucionalmente reconocidos o al debido proceso puede producirse por la actuación del órgano

¹²³ Alejandro Ponce Martínez, “Notas sobre la Cláusula Compromisoria y sus Efectos en la Legislación Ecuatoriana”, 454, en Roque Caivano, *La Cláusula Arbitral*, (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008).

¹²⁴ Ibid. Este fallo, pues destaca la necesaria unidad que debe existir entre el contenido del compromiso arbitral, la resolución sobre competencia en la audiencia de sustanciación y la decisión del laudo.

jurisdiccional, como analizará oportunamente esta Corte, que efectúa el control judicial del laudo, pero también por el tribunal arbitral o árbitro que sustancia el proceso arbitral. Así, desde un análisis general al sistema arbitral, esto no obsta a que los laudos arbitrales se encuentren expuestos a incurrir en vulneraciones constitucionales que requieran ser enmendadas mediante la acción extraordinaria de protección como mecanismo extraordinario¹²⁵

- *Sobre la Función Judicial y la acción de nulidad*

[...] la fundamentación de la accionante en su libelo de la demanda de nulidad, ineludiblemente vinculaba a los jueces, expresar sus reflexiones acerca de la jurisdicción arbitral, toda vez que esta, forma parte esencial del orden público constitucional y consecuentemente, tiene límites objetivos, definidos por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta en su artículo 424. De allí que los legitimados pasivos no deben olvidar que la jurisdicción arbitral también aplican las normas constitucionales y en particular, los preceptos de los artículos 167 y siguientes, 190 de la Constitución, relacionados a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, cuando se encuentra sustanciando una nulidad arbitral, las judicaturas por el principio de no interferencia plasmada en los numerales 1 y 3 del artículo 168 de la Norma *ibídem*, deben considerar la protección de la jurisdicción arbitral en el ámbito de sus competencias. Por tal motivo, los jueces ordinarios están obligados a verificar la supuesta jurisdicción y competencia de los árbitros a la luz del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, toda vez que, esta fue una de las cuestiones controvertidas durante el proceso arbitral y nulidad¹²⁶.

- *Sobre la vulneración de la tutela efectiva*

[...] La vulneración de la tutela efectiva, indiscutiblemente implica situar en un estado de indefensión a cualquiera de los justiciables, ya sea por la marginación, parcialidad, condiciones personales o como resultado de arbitrariedad o discrecionalidad infundada del operador de justicia. [...] Para el cumplimiento del acceso a la justicia y tutela efectiva, el artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador dice que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. Estos órganos jurisdiccionales según la Norma Suprema, artículo 178, son los siguientes: [...] 7) Los árbitros y mediadores. [...] El derecho a la tutela jurídica no le faculta al recurrente la opción de acudir ante cualquier órgano señalado en el párrafo anterior de esta sentencia, sino únicamente, a la que sea competente de acuerdo a determinadas reglas previamente establecidas: el territorio; la materia etc., es el llamado a conocer y resolver una controversia, conocido en doctrina como el derecho a un juez natural. Por lo tanto, es oportuno advertir dos aspectos puntuales que se derivan de esta garantía: **a)** La imposibilidad de ser sometido en un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece competencia para resolver una determinada controversia; **b)** Que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley. [...]

De lo expuesto se deduce que vulneraría el derecho a la tutela jurídica que tiene toda persona, cuando el juez impone una medida que aparentemente se circunscribe en los mandatos legales o que la persona acuda al órgano jurisdiccional de modo errado en una vía

¹²⁵ Ecuador, Tatiana Ordeñana voto concurrente, Sentencia No. 302-15-SEP-CC, CASO No. 08880-13-EP de 16 de septiembre de 2015, 7.

¹²⁶ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 302-15-SEP-CC, CASO No. 08880-13-EP de 16 de septiembre de 2015, 28.

errónea para el efecto, ya que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos [...] cualquiera que sea su denominación, situación que es de responsabilidad absoluta del juzgador que admitió la causa a trámite, pues el acceso a la administración de justicia se da observando y cumpliendo el debido proceso señalado en las disposiciones legales que rige la materia correspondiente.¹²⁷

- *Sobre la motivación y la nulidad de laudo arbitral*

[...] la motivación radica en los razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional como derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en todo tipo de proceso. La falta de motivación faculta a las partes procesales conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación. Cualquier deficiencia en la motivación equivale a la inexistencia, afectando indefectiblemente a la validez del acto jurisdiccional de que se trate. De ahí que la falta de motivación en cualquier acto jurisdiccional, constituye causal de nulidad aunque no se encuentre expresamente contemplada en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; pero se halla prevista en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto, el hecho de que no se esté consagrada en la ley ibídem, como causal, no impide al juzgador pronunciar sobre el asunto, ya que por mandato del artículo 172 de la Norma Suprema [...]¹²⁸.

Con todas estas consideraciones, resulta pertinente señalar que la Corte Constitucional se ha manifestado con claridad sobre el arbitraje. Dentro de la decisión referida, la Corte llegó a anular el laudo arbitral, que hubo subido en grado luego de cumplidos todos los requisitos legales para su conocimiento. La Corte, al igual que lo desarrollado durante este trabajo, destacó la importancia de la competencia de los árbitros al momento de decidir. Para el máximo órgano de justicia constitucional en el país, al igual que ocurrió con el tema de la motivación, la falta de jurisdicción de un árbitro puede derivar en la nulidad de un laudo. Sobre la falta de motivación y falta de competencia del Tribunal, la Corte señaló que:

Si bien es cierto que los dos aspectos antes señalados no se encuentran dentro del catálogo de las nulidades previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la jueza o juez y los árbitros, para garantizar el derecho constitucional al debido proceso en el desarrollo de cualquier procedimiento, estos tienen como primera obligación constitucional y legal, determinar su competencia por mandato del artículo 76 numeral 7 literal k de la Norma Suprema que dice: “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”, tanto más cuando una de las partes procesales expresamente,

¹²⁷ Ibid., 17 – 19.

¹²⁸ Ibid., 29 – 30.

cuestione la misma. De ahí que, si el juzgador decide desechar ese argumento de la demanda, obviamente implicaría dejar en indefensión material a la parte actora¹²⁹.

Finalmente, y en aplicación a lo desarrollado por el derecho comparado, frente a la negativa para que Tribunales Arbitrales se manifiesten sobre los actos administrativos, el Consejo de Estado Colombiano emitió varias decisiones en las que señaló lo siguiente:

[...] Los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Significa lo anterior que cuando la materia sujeto a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, estos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. [...] ¹³⁰.

Los antecedentes jurisprudenciales y conceptuales antes citados, permiten resaltar el criterio constante de entender *excluidas de la competencia de los jueces arbitrales, el control de los actos administrativos atinentes a la declaratoria de caducidad y sus efectos, incluido el incumplimiento del contratista, por cuanto este aspecto constituye causal para*

¹²⁹ Ibid., 22. Vale la pena mencionar, que esta sentencia de la Corte Constitucional cuenta con el voto concurrente de la Dra. Tatiana Ordeñana, quien se separó del análisis de la mayoría respecto a las causales de nulidad que no se incluyan dentro de la LAM. Sobre el tema, la jueza señala que: esta Corte diferencia las causales que pueden ser analizadas de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, relativas al control judicial de los laudos, determinando que existen causales que pueden no ser objeto de revisión a través de la acción de nulidad de los laudos, sino directamente sujetas a revisión constitucional por parte de la Corte Constitucional, a través de la acción extraordinaria de protección. En virtud, de lo anterior, una vez que el argumento en relación con la falta de competencia del tribunal arbitral, no se encuentra entre las causales procesales taxativamente determinadas previamente, la sala, al no estar facultada para revisar alegaciones que no se enmarquen dentro de las mismas, debió determinar con claridad la imposibilidad de examinar cuestiones fuera de sus competencias. Es menester señalar que el análisis de la motivación respecto a causales que no se encuentran dentro de las competencias de revisión de la Sala, implicaría conocer sobre aspectos de fondo del procedimiento arbitral fuera de sus facultades, lo cual vulneraría el derecho a la seguridad jurídica [...] y el derecho al debido proceso [...]. El derecho del debido proceso en la garantía de la motivación de las decisiones de los poderes públicos [...] no implica como señala el accionante, que los tribunales revisen cuestiones que se encuentren fuera de sus competencias, sino que dentro de las mismas analicen la motivación de los argumentos que de acuerdo a sus facultades constitucionales y legales están permitidos de realizar; en el presente caso, la acción de nulidad no es el mecanismo que permite examinar cuestiones fuera de las referidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo cual esta Corte, para el Control Constitucional de los laudos arbitrales, faculta a las partes, como se señaló anteriormente, a presentar la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales que vulneren derechos constitucionales.

¹³⁰ Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra., citada por Héctor, Arévalo, *Arbitraje*, 319 -320.

declarar la caducidad de contrato. Es más, igual deducción podía hacerse válidamente, como en efecto se hizo, con relación a los demás actos en que la administración hiciera uso de las facultades excepcionales de que se halla revestida (v. gr. Terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato; imposición de multas; declaración del incumplimiento del contratista; liquidación unilateral del contrato, etc), en orden a procurar y garantizar el buen servicio público y la preservación del interés público. Así, en auto, del 2 de noviembre de 1977, la Sección Tercera de esta corporación, clara y expresamente puntualizó:

“La jurisprudencia de esta corporación ha sido reiterada en el sentido de que dicha *cláusula (la compromisoria) no puede derogar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias* que surjan con motivo de la cláusula de *caducidad* y de las restantes *cláusulas exorbitantes*, como son las que autorizan a la administración a imponer unilateralmente multas por incumplimiento”¹³¹.

La justicia colombiana, ante una situación similar a la ecuatoriana, antes que se emitiera una normativa que esclareciera la posibilidad de laudo sobre actos administrativos, fue enfática en señalar que la resolución sobre su legalidad o ilegalidad era una competencia de la Función Judicial, en la persona de los jueces contencioso administrativos. “De acuerdo con dicha posición jurisprudencial, la competencia de los árbitros en los contratos de la administración podrá ejercerse siempre que el objeto del litigio no sea un acto administrativo que involucre el ejercicio de las “potestades excepcionales” de la administración, en las cuales podrían incluirse las cláusulas excepcionales o de reversión y sanciones unilaterales”¹³²

2.2.4.1.3. Una posición intermedia: Laudo sobre los efectos patrimoniales de los actos administrativos

En atención a dos posiciones tan contradictorias, cabe formular la pregunta correspondiente, ¿Es posible que un Tribunal Arbitral se pronuncie sobre actos administrativos? Y más allá de ello, ¿existe forma alguna para que los árbitros se pronuncien sobre alguna materia cuando una de las partes del convenio arbitral sea el Estado?

De acuerdo con las decisiones transcritas del Consejo de Estado Colombiano sobre los actos administrativos, la posibilidad que un árbitro conozca y resuelva sobre su legalidad o no estaba vedada a la justicia arbitral. Sin embargo, el vecino del norte, con la evolución del arbitraje estatal, durante los años posteriores trató de hacer algún tipo de

¹³¹ Sentencia 16394 23 de febrero de 2000 C.P. Germán Rodríguez Villamizar., citada por Héctor, Arévalo, *Arbitraje*, 320.

¹³² Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla, *El Contrato de Arbitraje*, (Bogotá, Legis Editores, 2005), 122.

distinción entre los actos administrativos para que este tipo de mecanismo de solución de controversias que involucran al Estado, no desaparezca. Al respecto, el mismo abogado Silva Romero recoge las palabras del Consejo de Estado Colombiano sobre el acto administrativo y señala que:

[...] este “implica cambios en el mundo de las regulaciones del derecho, bien para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, sean éstas generales o particulares. (...) Por ello, cuando, con ocasión de la celebración o ejecución de un contrato estatal, la autoridad pública contratante manifiesta su voluntad, adoptando alguna decisión que también podrían tomar los particulares en desarrollo de sus facultades negociales, no se produce realmente un acto administrativo”. Y agrega la misma corporación que “... no toda respuesta o decisión que adopte la entidad contratante frente a las peticiones o reclamos de la contratista, tiene naturaleza jurídica de acto administrativo, aun en el evento de que tales manifestaciones de voluntad consten en el acto de liquidación unilateral del contrato, porque, en cada caso, se reitera, debe establecerse si tales expresiones de la administración constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicen con respecto a las relaciones contractuales de los particulares, por cuanto, los acuerdos, conciliaciones, transacciones, comunicaciones, y, en general, las manifestaciones de las partes que se incorporen al acto de liquidación del contrato estatal, no se alteran en cuanto a su naturaleza jurídica por el hecho de ser plasmados en dicho documento (...)” En ese orden de ideas podemos apreciar que el juez administrativo, independientemente de la calificación legal del acto, [...] acto administrativo de liquidación, determina que el mismo puede ser arbitrable, cuando en su contenido no constituye realmente el ejercicio de una potestad de poder público.¹³³

Tal fue así, que por medio de este tipo de distinción el arbitramento en Colombia continuó existiendo. En este punto, vale bien señalar que quien pudo hacer esta diferenciación no fue un juez o doctrinario cualquiera, sino quien en ejercicio de las competencias legales tenía la posibilidad de realizar tal clasificación.

De esta forma, los árbitros son competentes para juzgar diferentes tipos de manifestaciones de la administración, tales como opiniones, conceptos, comunicaciones, respuestas a solicitudes de la contratista, o básicamente las decisiones que también podrían tomar los particulares en desarrollo de sus facultades negociales, o lo que denomina EDGAR GONZALEZ al estudiar la naturaleza de las distintas actuaciones de la administración en el proceso contractual “relaciones de coordinación” entre el contratista y la administración. Igualmente, los árbitros son competentes para juzgar los hechos que se deriven de la ejecución del contrato, las omisiones y en general las relaciones patrimoniales entre las partes, es decir, todo aquello relativo a garantizar el equilibrio económico del contrato.¹³⁴

En el caso ecuatoriano, este tipo de posibilidad está limitada puesto que no existe en el país una institución jurídica similar al Consejo de Estado para que puede esclarecer la

¹³³ Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla, *El Contrato de Arbitraje*, (Bogotá, Legis Editores, 2005), 121 - 122.

¹³⁴ *Ibid.*

vaguedad de la Ley de Arbitraje. Sin perjuicio de lo dicho, la práctica ecuatoriana ha intentado resolver el problema, y sin contravenir el principio mediante el cual los actos administrativos son de competencia de los jueces, han laudado sobre los efectos patrimoniales de los mismos. Tal es el caso del mencionado caso BIG DIG contra la EPMAPS, que fue analizado por la Corte Constitucional declarando la nulidad del laudo arbitral.

En el citado laudo, el Tribunal Arbitral evitó pronunciarse sobre la resolución de terminación unilateral del contrato y aceptó parcialmente la demanda, incluyendo el pago de varios montos, entre estos, el relativo por devolución de garantías cobradas por la empresa pública por concepto de buen uso de anticipo. Aunque dicha solución podría resultar un punto medio para viabilizar el arbitraje estatal, ha recibido múltiples críticas. Por ejemplo, y en cuanto a un tema práctico pero legal a la vez, es cuando menos muy difícil exigir a la Administración que deje de cumplir con los efectos jurídicos de un acto administrativo, cuando este es válido y goza de todas las presunciones de los actos administrativos. Por lo tanto, ¿cómo la EPMAPS, podría devolver la garantía por buen uso de anticipo, cuando el acto administrativo que dio origen a la sanción, es decir la terminación unilateral del contrato, es plenamente válido y legal? La Administración, tomó una resolución a partir de un análisis legal a partir de los incumplimientos de la contratista, los cuales motivaron la terminación. Si tales supuestos no han sido desvanecidos, ¿cómo la entidad pública puede justificar su incumplimiento?

Por otro lado, surge otro tema que debe ser analizado con detenimiento, y es el referido a la continencia de la causa. Si se sigue la teoría “intermedia o de laudare sobre los efectos patrimoniales”, los árbitros podrían resolver sobre el efecto patrimonial de los actos administrativos, dejando a salvo la competencia sobre la declaratoria de legalidad a los jueces de lo contencioso administrativo. En tal virtud, ¿qué ocurriría en los casos en los que por un lado el Tribunal decide que se devuelvan los valores de las garantías cobradas por la entidad pública por un incumplimiento contractual y que resultó en la terminación unilateral del contrato, y por otro lado, los jueces de lo contencioso administrativo al revisar la legalidad del acto administrativo, deciden que el mismo es legal y válido y ratifican sus efectos? ¿Cómo deberá actuar la Administración frente a dichas contradicciones? Se generaría acaso una suerte de prejudicialidad de lo contencioso administrativo a lo arbitral? Es decir que los jueces contencioso administrativos deberían

pronunciarse sobre la legalidad de los actos previamente, para que posteriormente los árbitros decidan los efectos patrimoniales. Pensando en temas de economía procesal, ¿para qué recurrir al arbitraje cuando en primer término debe recurrirse a la Función Judicial?

La jurisprudencia colombiana, por medio del Consejo de Estado también valoró la posibilidad de laudar sobre los efectos patrimoniales, sin embargo con el pasar del tiempo esta postura fue reconsiderada. Así lo ratifica el abogado colombiano, Juan Carlos Expósito Velez quien resalta que:

[...] el H. Consejo de Estado colombiano había construido la teoría de la escindibilidad de los efectos económicos de los actos administrativos, respecto de la legalidad de los mismos. Con base en esta teoría, la jurisprudencia resultó admitiendo que los tribunales de arbitramento sí eran competentes para conocer de los conflictos económicos derivados de un acto administrativo, pero no lo eran para conocer sobre su legalidad³⁰. No obstante, frente a la anterior teoría, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado más reciente, citada atrás, negó su posibilidad bajo el entendido de que el pronunciamiento simplemente procede sobre los aspectos económicos del acto administrativo y no sobre su legalidad, porque considerar esto último violaría la continencia de la causa, lo cual no resultaría jurídicamente admisible.¹³⁵

A partir de estas consideraciones, es razonable concluir que los caminos para arbitrar con el Estado en el Ecuador se encuentran limitados, por no decirlo cerrados. A pesar de ello, es posible que existan actos administrativos que puedan ser resueltos mediante arbitraje? La respuesta a este cuestionamiento es afirmativa.

En primer término, partiendo de lo previsto por la normativa ecuatoriana vigente en cuanto al arbitraje, es claro que las disputas generadas a partir de la ejecución contractual son perfectamente válidas de ser resueltas mediante la decisión arbitral. Esto último en consonancia con la doctrina de los actos contractuales sobre los cuales la Administración no hubiere ejercido una potestad pública o se enmarcara en el ámbito de una cláusula exorbitante. Es decir, que durante la ejecución del contrato las partes pueden llevar a conocimiento de un Tribunal disputas que los involucren siempre y cuando la Administración no emita un acto administrativo propio de las denominadas cláusulas exorbitantes. Los aspectos técnicos y económicos derivados de la ejecución contractual también podrían ser decididos por medio de los árbitros a saber, cuestiones de interpretación de términos, plazo, reajuste de precios, liquidación de haberes.

¹³⁵ Juan Carlos Expósito Velez, *El Arbitramento en los Contratos Públicos*, 17 -18, en <http://www.cescon.org/images/ARTICULOS/ElArbitramentoenlosContratosPublicos.pdf>

Lo imperativo en estos casos, es que tales potestades exorbitantes estén plenamente identificadas y conocidas por el administrado, así el Principio de Legalidad será el límite para distinguir en qué casos los Tribunales Arbitrales tendrían competencia para conocer las disputas y en cuáles deberán abstenerse de decidir.

En segundo lugar, y en concordancia con la ley de contratación pública, son arbitrables las cuestiones relativas a multas. Negar por completo la posibilidad que el Estado pueda someter algún tipo de disputa a arbitraje, contravendría el ordenamiento constitucional y legal vigente que considera a este mecanismo como un medio legítimo para la solución de disputas.

Sin embargo, los temas más delicados o cuando menos los que mayores dificultades representan en la ejecución contractual, y los que se toman en ejercicio de las potestades exorbitantes de la Administración como por ejemplo la terminación unilateral del contrato, bajo las consideraciones actuales, no podría ser conocida ni mucho menos resuelta por medio de los jueces arbitrales. Los árbitros se encuentran en medio de una encrucijada, en donde por un lado se reconoce su competencia y jurisdicción para resolver disputas en las que se involucre a una institución pública, y por el otro el término “contractual” fuente legal de su jurisdicción se encuentra en contraposición con la competencia exclusiva de la Función Judicial para resolver cuestiones como la declaratoria de legalidad de un acto administrativo.

Conclusiones y Recomendaciones

Sobre el arbitraje:

- Las instituciones del sector público tienen la plena posibilidad de escoger el método de solución de conflictos que más convenga a los intereses estatales, a saber, la función judicial o los métodos heterocompositivos, entre ellos el arbitraje.
- El arbitraje es una institución reconocida por el sistema jurídico ecuatoriano en el cual pueden participar los organismos del Estado bajo el estricto cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales.
- La institución arbitral goza de varios beneficios que pueden conducir a que las máximas autoridades del sector público decidan someter los conflictos contractuales que las aquejan a la decisión de los árbitros, entre ellos: i) la celeridad en el proceso y la obtención de un laudo en un tiempo aproximado de 1 a dos años (cuando la materia es de mayor complejidad), ii) sencillez del proceso, iii) mayor presencia del juzgador en cada fase del arbitraje y iv) especialidad de los árbitros respecto de la materia objeto de la disputa.
- Las entidades del sector público podrán resolver sus disputas en materia contractual siempre y cuando, el convenio arbitral que hayan suscrito cuente con la autorización del Procurador General del Estado. La mencionada autorización es otorgada también para los casos de arbitraje nacional, arbitraje internacional y sometimiento a legislación y jurisdicción extranjeras.
- El arbitraje es una herramienta válida y legal para solucionar conflictos en el Ecuador. El Derecho ecuatoriano reconoce el arbitraje en materia de contratación pública, y garantiza este mecanismo en casos de ejecución contractual. Las disputas que se generen durante la ejecución del contrato pueden ser sometidas a arbitraje.

Sobre los actos administrativos y los requisitos para sometimiento a arbitraje:

- Los actos administrativos, son la manifestación de la voluntad soberana de la Administración, quien en ejercicio del poder público, declara o extingue derechos. En materia de contratación pública, no todos los actos administrativos que emite el ente estatal son dictados en ejercicio de las potestades exorbitantes del Estado, algunos de ellos son actos administrativos contractuales en los cuales no existe el ejercicio de la potestad pública.
- Por otro lado, el requisito fundamental para que opere el arbitraje es la existencia de *materias de tipo transigible*, cualquier controversia que se aleje de esta categoría no puede someterse a arbitraje.
- El orden público y el ejercicio de las potestades públicas no son materia transigible.
- Durante la ejecución del contrato las partes pueden llevar a conocimiento de un Tribunal disputas que los involucren siempre y cuando la Administración no emita un acto administrativo propio de las denominadas cláusulas exorbitantes.
- Los aspectos técnicos y económicos derivados de la ejecución contractual también podrían ser decididos por medio de los árbitros a saber, cuestiones de interpretación de términos, plazo, reajuste de precios, liquidación de haberes.

Sobre la jurisdicción y la legalidad de los actos administrativos:

- En el Ecuador, solamente los órganos legalmente previstos pueden conocer sobre la legalidad de un acto administrativo, actualmente esta competencia esta privativamente entregada a los jueces de lo contencioso administrativo. La legislación, la doctrina y la jurisprudencia internacionales acogen esta teoría y destacan que la declaratoria de legalidad de un acto administrativo no es materia transigible.

- Los árbitros al igual que los jueces ejercen jurisdicción, de conformidad con el ordenamiento están capacitados para resolver controversias en el marco de su competencia.
- Es la ley, y en el caso de los árbitros el acuerdo de las partes quien determina el alcance de su competencia, exceder dicha jurisdicción podrá acarrear una violación de los derechos constitucionales ligados al debido proceso, así como la nulidad del laudo arbitral proferido.

Sobre las tres posturas existentes en el Ecuador:

- La postura a favor de la arbitrabilidad total, pretende erróneamente otorgar la competencia a los Tribunales Arbitrales para que resuelvan sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, cuando ésta corresponde a los jueces.
- La voluntad de las partes no podrá entregar una competencia que la ley ha asignado a los jueces. En el Ecuador es la ley, quien en último término tiene la facultad de otorgar la competencia para resolver sobre los actos administrativos a la justicia arbitral. Sin embargo, esto no significa que los árbitros no pueden conocer sobre las disputas en las que intervenga el Estado cuando medie la existencia de una cláusula arbitral, negar por completo la posibilidad que el Estado pueda someter algún tipo de disputa a arbitraje, contravendría el ordenamiento constitucional y legal vigente que considera a este mecanismo como un medio legítimo para la solución de disputas.
- Por otro lado, laudarse sobre los efectos patrimoniales de los actos administrativos conlleva una seria complicación para la entidad pública, pues no podrá hacer valer los efectos jurídicos de los actos, a saber legitimidad y ejecutoriedad, a pesar de la existencia de un acto legal.
- La división entre el acto y sus efectos, así sean de tipo patrimonial, podría ocasionar un problema mayor, pues podría dividir la contienda de la causa en la jurisdicción ordinaria para la legalidad del acto y en la arbitral para sus efectos, ¿prejudicialidad de lo contencioso a lo arbitral? Y lógicamente

podría generar la emisión de decisiones contradictorias entre dichas jurisdicciones.

- La justicia arbitral existe en el Ecuador, pero esta encuentra sus límites en la vaguedad de la norma. Las posiciones extremas presentadas en esta tesis fallan sea porque pretenden dar una interpretación amplia o demasiado limitada a la intención del legislador. Por otro lado, el postulado de una posición intermedia como la propuesta deriva en mayores problemas prácticos para la administración.

Recomendaciones:

- La reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación es la vía para solucionar este conflicto. La experiencia colombiana es el mejor ejemplo que aun cuando el Consejo de Estado Colombiano intentó esclarecer las dudas, solamente fue la reforma legal la única que zanjó definitivamente una solución.
- Más allá de la reforma legislativa, y con el objeto de evitar que más Tribunales Arbitrales se declaren competentes para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos, las partes estatales pueden incluir en el texto de los convenios arbitrales y cláusulas compromisorias, textos mediante los cuales se establezca con claridad que los Tribunales no serán competentes para resolver sobre estos temas. Esta última afirmación es contraria a la postura de la normativa ecuatoriana que habilita el arbitraje con el Estado, pero resulta la mejor salida para la Administración, para evitar que un Tribunal extienda su competencia a materias que por su naturaleza no le está permitido pronunciarse.

Finalmente, sobre las disposiciones que podrían poner en riesgo la existencia del arbitraje en el país, vale decir que dentro del sistema jurídico que rige al Ecuador, lo que deben prevalecer son las instituciones. El arbitraje es un método que ha existido desde la antigüedad y que por sus múltiples beneficios ha sobrevivido en el tiempo. El desconocimiento o el temor no pueden ni deben ser el móvil que limite el ejercicio de la actividad administrativa, el sometimiento a la decisión de los árbitros es un método válido

para solucionar los conflictos; solo el uso del arbitraje podrá generar que se exploten sus beneficios, se corrijan sus defectos y sea un medio eficaz para la obtención de justicia.

Bibliografía

- Aguilar, Juan Pablo. «Sobre las materias arbitrales en el Derecho Administrativo.» *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2009.
- Árevalo, Hector Darío. *Arbitraje*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012.
- Arilla, Fernando. *Manual Práctico del Litigante*. Mexico: Editorial Porrúa, 2005.
- Bañuelos, Vicente. *Arbitraje Comercial Internacional*. Mexico: Limusa, 2010.
- Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980.
- Bohorquez de Sevilla, Mercedes. *Las Garantías en la Contratación Pública*. Guayaquil: Edino, 1992.
- Caivano, Roque. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extension de los efectos del acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario.» *Lima Arbitration* (Lima Arbitration No. 1), 2006: 121 - 162.
- . *La Cláusula Arbitral*. 2008: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.
- Castillo, Mario, y Rita Sabroso. «El arbitraje del Estado Peruano.» *IUS VET VERITAS*, 2015: 140 - 149.
- Conejero, Cristian, Hierro Antonio, y Valeria Macchia. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. Madrid: La Ley, 2009.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- Farrando, Ismael. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- Fiorini, Bartolomé. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomas Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.
- Garófalo, Aurelio. *Manual Teorico Práctico de Contratación Pública*. Quito: PUDELECO Editores, s.f.
- Idrobo Arciniega, Marco. *La Contratación Pública*. Quito: Talleres Gráficos ABYA YALA, 1992.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1978.
- . *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s.f.

- Morales, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Oppetit, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Bogotá: Legis, 2006.
- Penagos, Gustavo. *El Acto Administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1982.
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Pereznieto, Leonel. *Arbitraje Comercial Internacional*. Mexico: Fontamara, 2006.
- Picand, Eduardo. *Arbitraje Comercial Internacional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Ponce Martínez, Alejandro. *Derecho Procesal*. Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1988.
- Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby, y Constantine Partasides. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Aranzadi, 2006.
- Rivas Casaretto, María. *El Control de los Contratos Administrativos*. Guayaquil: Edino, 2004.
- Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Guayaquil: Distrilib, 2007.
- Sayagués, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1986.
- Secaira, Patricio. *Curso breve de derecho administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Silva Romero, Eduardo, y Fabricio Mantilla. *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005.
- Zavala Egas, Jorge. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: Edilex, 2011.

Anexos

1. Procuraduría General del Estado, PGE, “Resolución No.122. Instructivo para solicitar al Procurador General del Estado, autorización para el sometimiento a arbitraje nacional, internacional, ley y jurisdicción extranjeras

REGISTRO OFICIAL™

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

Año II - Nº 254

Quito, martes 27 de
mayo de 2014



INTELIGENCIA JURÍDICA

LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Art. 10.- El derecho de autor protege también la forma de expresión mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección:

a) Las ideas contenidas en las obras, los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí; los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial; y,

b) Las disposiciones legales y reglamentarias, las resoluciones judiciales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como sus traducciones oficiales.

"Registro Oficial" es marca registrada del
Tribunal Constitucional de la República del Ecuador.

El Registro Oficial no se responsabiliza por los errores ortográficos, gramaticales, de fondo y/o de forma que contengan los documentos publicados. dichos documentos remitidos por las diferentes instituciones para su promulgación, son transcritos fielmente a sus originales, los mismos que se encuentran archivados y son nuestro respaldo.

SUMARIO:

Págs.

FUNCIÓN EJECUTIVA

ACUERDOS:

SECRETARÍA NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

Autorizanse las comisiones de servicios en el exterior y las licencias con cargo a vacaciones de los siguientes funcionarios:

| | | |
|-----|--|---|
| 411 | Ingeniero Camilo Samán, Presidente del Directorio de la Corporación Financiera Nacional | 2 |
| 499 | Ingeniero Pablo Fernando Jácome Estrella, Secretario General de Relacionamiento del Sistema Productivo del MAGAP | 3 |
| 521 | Doctora María Fernanda Espinosa, Ministra de Defensa Nacional | 4 |
| 522 | Doctor Juan Aguirre, Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública | 4 |
| 524 | Sr. Esteban Albornoz Vintimilla, Ministro de Electricidad y Energía Renovable | 5 |

MINISTERIO DEL AMBIENTE:

| | | |
|------|--|---|
| 0082 | Realizase la transferencia de diversos productos forestales a varias instituciones | 5 |
|------|--|---|

MINISTERIO DE COORDINACIÓN DE LOS SECTORES ESTRATÉGICOS:

Decláranse con licencia para el cumplimiento de servicios institucionales en el exterior y deléganse atribuciones a los siguientes funcionarios:

| | | |
|---------|--|----|
| 57-2013 | Ingeniero Galo Espinoza, Asesor Ministerial | 9 |
| 58-2013 | Ingeniero Silvio Suárez Camacho, Coordinador General Administrativo Financiero | 9 |
| 59-2013 | Ingeniero Augusto Espin Tobar, Secretario Técnico | 10 |
| 60-2013 | Ingeniero Augusto Espin Tobar, Secretario Técnico | 11 |

| | Págs. | | Págs. |
|--|-------|--|-------|
| 61-2013 Jhon Jara Merino, Coordinador General de Proyectos Emblemáticos | 12 | 06/2014 Modificase el Acuerdo N° 075/2013 de 15 de noviembre del 2013 | 24 |
| MINISTERIO DE CULTURA Y PATRIMONIO: | | RESOLUCIONES: | |
| DM-2014-062 Apruébase la reforma del Estatuto de la Corporación Cinememoria, con domicilio en el cantón Quito, provincia de Pichincha | 12 | MINISTERIO COORDINADOR DE DESARROLLO SOCIAL: | |
| DM-2014-063 Acéptase la transferencia realizada por el SRI, a favor del Ministerio de Cultura y Patrimonio, de un inmueble, ubicado en las calles 10 de Agosto 212-216, entre Pichincha y Pedro Carbo, de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas | 13 | FONDO DE LIQUIDEZ Y SEGURO DE DEPÓSITOS DEL SECTOR FINANCIERO POPULAR Y SOLIDARIO: | |
| MINISTERIO DE FINANZAS: | | DIR-ÚNICO-2014-008 Dispónese a la COSEDE el pago del seguro de depósitos a los depositantes asegurados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa CACPE UROCAL en liquidación | 25 |
| Decláranse en comisión de servicios en el exterior y deléganse atribuciones a los siguientes funcionarios: | | DIR-ÚNICO-2014-009 Dispónese a la COSEDE el pago del seguro de depósitos a los depositantes asegurados de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Yuyak Runa Ltda. en liquidación | 28 |
| 036 Ingeniero Luis Carvajal Pérez, Subsecretario de Innovación de las Finanzas Públicas | 15 | DIRECCIÓN NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS: | |
| 037 Economista Edison Bolívar Reza Paocarina, Analista 2 de Estadísticas Fiscales de la Dirección Nacional de Estadísticas Fiscales | 15 | 013-DN-DINARDAP-2014 Créanse nueve (9) puestos directivos para el Registro de Datos Crediticios con varios cargos | 30 |
| 038 Ingeniero Diego Inlellmar Moya Jácome, Director Nacional de Innovación Conceptual y Normativa | 16 | PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO: | |
| 044 Economista Madeleine Abarca, Viceministra de Finanzas y otras | 17 | 122 Expídesese el Instructivo para solicitar al Procurador General del Estado, autorización para el sometimiento a arbitraje nacional, internacional, ley y jurisdicción extranjeras | 32 |
| 047 Econ. Nelly Lupe Molina Acosta | 17 | EMPRESA PÚBLICA "YACHAY E.P." | |
| 047 A Econ. Marcelo Salcedo Rojas, Director Nacional de Estadísticas Fiscales | 18 | YACHAY EP-GG-2014-007 Sustitúyese la Resolución No. YACHAY EP-GG-2014-003, para la contratación de personal académico no titular para el curso de nivelación general emblemática en el área de ingenierías | 36 |
| 051 Licenciado Gonzalo Enrique López Henao, funcionario de Petroamazonas EP. | 19 | | |
| 052 Licenciado Carlos Fernando Soria Balseca, Subsecretario de Presupuestos | 19 | No. 411 | |
| 057 A Ingeniero Luis Enrique Villafuerte Chavez, Director Nacional de Negociación y Financiamiento Público | 20 | Cristian Castillo Peñaherrera SECRETARIO NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA | |
| 058 Economista Grace Ximena Rivera Yánez. | 21 | Considerando: | |
| DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL: | | Que mediante Oficio No. MCPE-DM-2013-0444-O del 27 de noviembre de 2013, el Sr. Patricio Rivera, Ministro Coordinador de Política Económica, solicita a la Secretaría Nacional de la Administración Pública, autorización para el viaje del Ing. Camilo Samán, Presidente del Directorio de la Corporación Financiera Nacional, a la ciudad de París | |
| 05/2014 Refórmase el Acuerdo N° 04/2014, 17 de marzo de 2014 y otro | 21 | | |

Art. 2.- Habilitar nueve (9) puestos correspondientes al Distributivo de Remuneraciones Unificadas, en la estructura del Registro de Datos Crediticios, de conformidad al siguiente detalle:

| ORD | PUESTO INSTITUCIONAL | RMU | GRADO | No. PUESTOS |
|-----|---|----------|--------|-------------|
| 1 | Director/a de Análisis de Riesgo Crediticio y Estadísticas | 2,546.00 | NJS 2 | 1 |
| 2 | Director/a de Innovación Tecnológica | 2,546.00 | NJS. 2 | 1 |
| 3 | Director/a de Normativa y Regulación de Datos Crediticios | 2,546.00 | NJS 2 | 1 |
| 4 | Director/a de Gestión de la Información Crediticia | 2,546.00 | NJS 2 | 1 |
| 5 | Director/a de Administración de Servicios | 2,546.00 | NJS 2 | 1 |
| 6 | Director/a de Asesoría Jurídica del Registro de Datos Crediticios | 2,226.00 | NJS 1 | 1 |
| 7 | Director/a de Comunicación Social del Registro de Datos Crediticios | 2,226.00 | NJS 1 | 1 |
| 8 | Director/a de Planificación del Registro de Datos Crediticios | 2,226.00 | NJS 1 | 1 |
| 9 | Director/a de Administración y Gestión de Talento Humano y Financiero | 2,226.00 | NJS 1 | 1 |

Art. 3.- Encárguese de la ejecución de la presente resolución a la Coordinación de Desarrollo Organizacional, a través de la Dirección de Talento Humano de la DINARDAP.

Esta Resolución entrará en vigencia a partir de su suscripción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, a los 29 días del mes de abril de 2014.

f.) Ab. María Gabriela Vargas A., Directora Nacional de Registro de Datos Públicos.

DIRECCIÓN NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS.- Certifico: Que es copia auténtica del original.- Quito, 05 de mayo de 2014.- f.) Ilegible, Archivo.

No. 122

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Considerando:

Que, el artículo 190 de la Constitución de la República reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, establece que estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en

materias en las que por su naturaleza se pueda transigir y que 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;

Que, el artículo 225 de la Constitución de la República establece que el sector público comprende: los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, las entidades que integran el régimen autónomo

descentralizado, los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos;

Que, el artículo 226 de la Constitución de la República manda que: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución";

Que, el tercer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República ordena que: "En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional";

Que, la sentencia No. 0001-09-SIC-CC expedida por la Corte Constitucional el 13 de marzo de 2009, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 549 de 16 de marzo de 2009, interpretó que: 1) el artículo 422, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador, se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales, en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa, y, en consecuencia, no es aplicable, para estos casos, la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución; y, 2) Que en los contratos de empréstito internacional, cuando se estipulen cláusulas que incorporen la expresión "fallo en conciencia", deberá entenderse como sinónimo de "fallo en equidad", de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República; debiendo, en todo caso, sujetarse a las reglas y principios contenidos en los artículos 416 numeral 12, 289, 290 y 291 de la Constitución de la República del Ecuador;

Que, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las personas jurídicas detalladas en esa norma;

Que, el artículo 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé que "De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva";

Que, los artículos 161 y 162 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública disponen: "Art. 161.- De la cláusula compromisoria.- En los contratos podrá incluirse la

cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables. Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje"; y, "Art. 162.- Del compromiso o convenio arbitral.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado. En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo";

Que, el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone que "Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje en derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio. Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje, de derecho o mediación, de conformidad con las Leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado";

Que, el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación manda que para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esa 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, 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;

Que, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se

cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad;

Que, el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación ordena que *"El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero. Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes (...)."*

Que, la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas señala que *"Prevía autorización por el Procurador General del Estado, podrá aceptarse otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias relativas a contratos celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras"*;

Que, de conformidad con lo prescrito en el Art. 3 letra k) de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Procurador tiene la atribución para expedir reglamentos, acuerdos, resoluciones e instructivos de carácter general y particular dentro del ámbito de su competencia.

En uso de sus atribuciones conferidas por el artículo 3, letra k) de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dicta el siguiente instructivo:

**INSTRUCTIVO PARA SOLICITAR AL
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO,
AUTORIZACIÓN PARA EL SOMETIMIENTO A
ARBITRAJE NACIONAL, INTERNACIONAL, LEY
Y JURISDICCIÓN EXTRANJERAS**

ARTÍCULO 1.- ÁMBITO.- Las instituciones detalladas en el artículo 225 de la Constitución de la República requerirán de la autorización del Procurador General del Estado, en forma previa al sometimiento a arbitraje, ley y jurisdicción extranjeras, en los siguientes casos:

- a) En los contratos derivados de la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con inclusión de aquellos regulados bajo régimen especial; contratos financiados con préstamos y cooperación internacional; y, contratos realizados según procedimientos especiales de ese cuerpo legal.
- b) En todos los contratos, sin importar su naturaleza, en que se pacte arbitraje internacional, con inclusión de aquellos contratos celebrados en el exterior al amparo del artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- c) En todos los contratos celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras en los que se acepte jurisdicción y se someta a Ley extranjera.

ARTÍCULO 2.- En los casos en los que no se haya pactado el sometimiento a arbitraje, sin importar la naturaleza de la relación contractual, una vez surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público que vayan a someter la controversia a arbitraje, deberán solicitar previamente autorización al Procurador General del Estado.

ARTÍCULO 3.- Todo convenio arbitral deberá observar lo previsto en los artículos 190 de la Constitución de la República; y, 1, 4, 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, según corresponda. Para el caso del sometimiento a Ley y Jurisdicción Extranjeras se estará a lo dispuesto en el artículo 4 y la disposición general quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Los requisitos para cada uno de los casos establecidos en los artículos 1 y 2 de este instrumento, se desprenden de las normas señaladas en el inciso precedente y constan pormenorizados en el Anexo "A" de este instructivo.

ARTÍCULO 4.- Todas las entidades, organismos y empresas públicas obligadas a obtener la autorización del Procurador General del Estado, deberán adjuntar a su solicitud:

- a) El proyecto de contrato final, con todos sus anexos.
- b) El proyecto de convenio arbitral, con sus correspondientes documentos adjuntos.

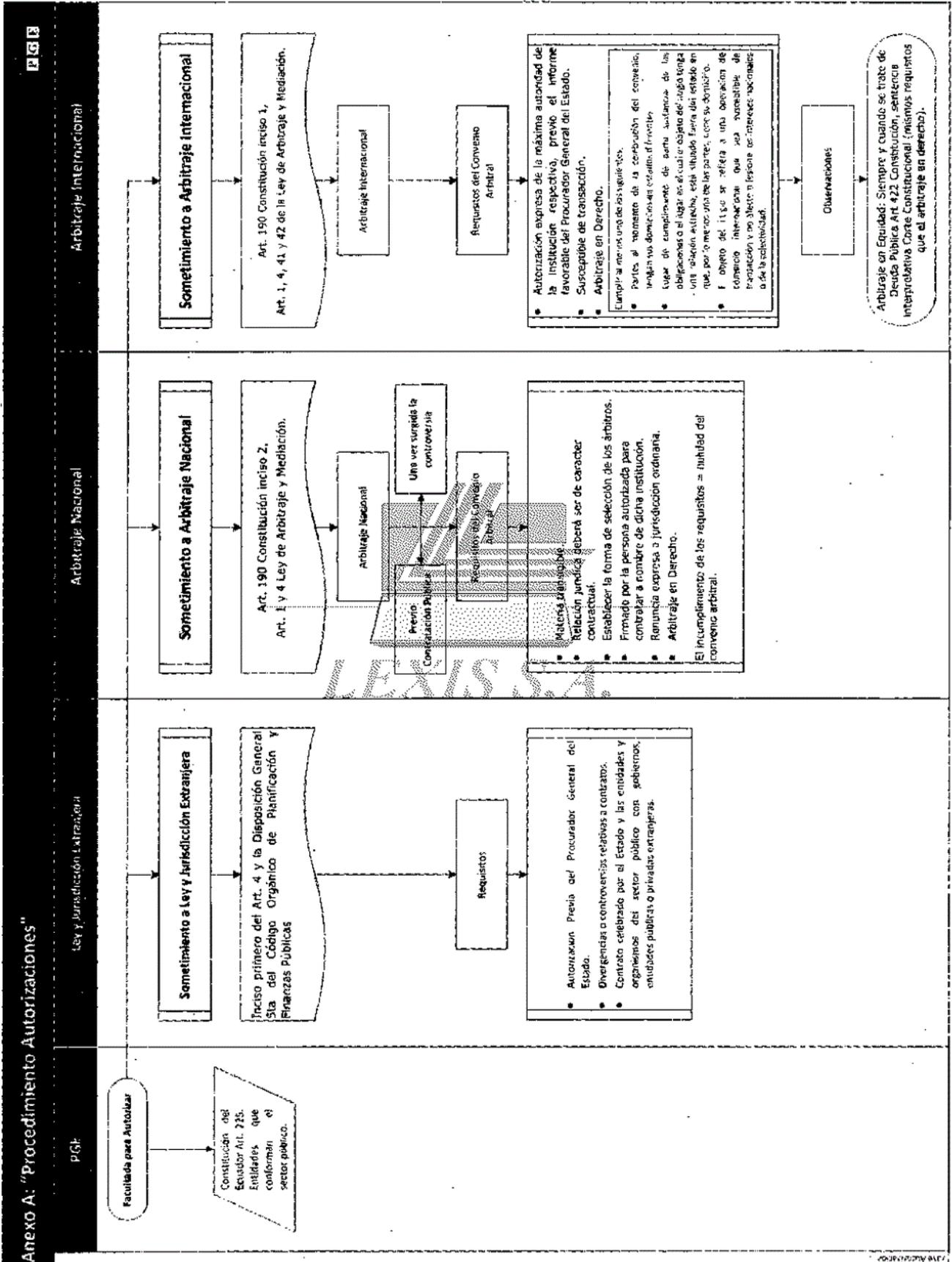
La Procuraduría General del Estado no emitirá autorización previa a formatos genéricos o preestablecidos. La autorización se otorgará, sobre la base de instrumentos completos y finales, en cada caso y previa solicitud de la máxima autoridad de la institución correspondiente.

ARTÍCULO 5.- En caso de duda, deberá solicitarse el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado.

ARTÍCULO FINAL.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en la ciudad de San Francisco de Quito, D.M., el 07 de mayo de 2014.

f.) Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado.



2. Corte Constitucional, Sentencia No. 302-15-SEP-CC, CASO No. 08880-13-EP de 16 de septiembre de 2015



Quito, D. M., 16 de septiembre de 2015

SENTENCIA N.º 302-15-SEP-CC

CASO N.º 0880-13-EP

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

El 03 de abril de 2013, la doctora Cristina González Camacho en calidad de procuradora judicial del ingeniero Othón Zevallos Moreno, gerente general y representante legal de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito presentó la acción extraordinaria de protección en contra de las siguientes decisiones judiciales: **i)** Laudo arbitral expedido el 03 de febrero de 2011, dentro del caso N.º 010-2009; **ii)** Sentencia emitida el 23 de agosto de 2011, por la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de nulidad del laudo arbitral N.º 42-2011; **iii)** Fallo del 30 de abril de 2012, que rechazó el recurso de apelación y confirmó la decisión *a quo*, resuelto por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro del caso N.º 0826-2011; **iv)** El auto de inadmisión del recurso de casación del 09 de enero de 2013 a las 09h00, por los conjuces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia y, **v)** Auto del 14 de marzo de 2013 que resuelve el recurso de ampliación y aclaración, dictada por los conjuces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

Por otra parte, la doctora Christel Gaibor Flor en calidad de delegada del procurador y directora nacional de asuntos internacionales y arbitraje de la Procuraduría General del Estado, el 03 de abril de 2013, presentó acción extraordinaria de protección en contra de las siguientes decisiones judiciales: **a)** El auto de 14 de marzo de 2013 a las 14h30, dictado por los conjuces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia que resuelven desechar el recurso horizontal de ampliación y aclaración del auto de inadmisión del recurso de casación, **b)** La sentencia expedida el 23 de agosto de 2011, por la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que rechazó la acción de nulidad al laudo emitido el 03 de febrero de 2011.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la causa N.º 458-2012 fue remitida a la Corte Constitucional mediante oficio N.º 888-13-SCM-CNJ del 22

de mayo de 2013, suscrito por la doctora Lucía Toledo Puebla, secretaria relatora de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

El secretario general de la Corte Constitucional, el 22 de mayo de 2013, certificó que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción, tal y como se desprende a fojas 03 del expediente constitucional.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, el 15 de octubre de 2013 a las 15h08, admitió a trámite la acción extraordinaria de protección N.º 880-13-EP.

Efectuado el sorteo correspondiente, en sesión del Pleno de la Corte Constitucional, realizada el 04 de diciembre de 2013, le correspondió al juez constitucional Antonio Gagliardo Llor sustanciar la presente causa conforme el memorando de la Secretaría General N.º 504-CCE-SG-SUS-2013 del 04 de diciembre de 2013. El juez constitucional mediante providencia del 23 de junio de 2015 a las 10h00, avocó conocimiento de la presente causa, notificando a los conjuces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, al presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, a los jueces de la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, a los árbitros del Tribunal de Arbitraje del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito, doctores Ramiro Borja y Borja, Iván Rengel Espinosa y Carlos Solines Coronel, con la recepción del proceso y solicitando el informe de descargo debidamente motivado sobre los fundamentos de las acciones en el término de ocho días (fojas 31 del expediente constitucional).

Decisiones judiciales impugnadas

El auto dictado el 14 de marzo de 2013 a las 14h30 por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia dice:

VISTOS: (...) La disposición contenida en el Art. 282 del Procedimiento Civil indica que la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. (...) Continuando la línea, efectivamente la Constitución en su Art. 190 establece como sistema de administración de justicia el arbitraje (...) finalmente diremos que en la decisión adoptada evidencia respeto riguroso al estatuto Constitucional, de tal manera que se ha cumplido con la carga de transparencia (...) el auto de inadmisión resuelve aspectos sustanciales y formales del recurso de casación. (...) De lo expuesto se desprende lo inadmisibile de la ampliación que pretende modificar la decisión en lo sustancial, razón por la cual se la desecha (sic).



El auto emitido el 09 de enero de 2013 a las 09h00, por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia que en lo principal, manifiesta:

VISTOS: (...) SEGUNDO.- ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN: (...) 2.2.- La formulación del presente recurso permite a esta Sala reiterar su opinión sostenida ya en otros fallos, respecto de la improcedencia del recurso de casación en los juicios de nulidad del laudo arbitral, ventilados a la sombra del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Al respecto se tiene que el Art. 2, inciso primero, de la Ley de Casación determina que 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. Son procesos de conocimiento, de condena, declarativo puro o de declaración constitutiva aquella que tienen por finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica. En ellos el juez tiene la finalidad de “decir el derecho”. El Profesor Lino Enrique Palacio, en su obra “Derecho Procesal Civil” (...) dice que proceso de conocimiento es “aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano jurisdiccional (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes. El efecto invariable y primario de los pronunciamientos recae que en esta clase de procesos, se haya representado, pues, por una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el autor (...)”. Sobre la base de este criterio, abrazado por esta Sala en forma reiterada, los suscritos jueces estimamos que la acción de nulidad del laudo arbitral se constituyó en un recurso incidental respecto del arbitraje al que se sometieron las partes, entonces la Corte Nacional de Justicia como Tribunal de Casación, no tiene competencia para conocer vía casación la acción de nulidad de un laudo arbitral, acción de nulidad que tiene como antecedente la vigencia de la decisión arbitral. Esto es, esta Sala considera que los juicios de nulidad de los laudos arbitrales no son procesos de conocimiento. (...) Estas notas características, son las que hacen a esta Sala estimar que la acción de nulidad del laudo no configura la constitución de un proceso de conocimiento puesto que si la competencia de la justicia ordinaria en este tipo de procedimientos radica exclusivamente en conocer y resolver si en el proceso arbitral existe o no el o los motivos de nulidad alegados, más no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo, se debe estimar que los jueces no declaran derechos. (...) Esta Sala, con fundamento en la explicación previamente realizada (...) estima que en todos los casos es improcedente la impetración del recurso extraordinario de casación contra sentencias dictadas en los procedimientos sumarísimos de nulidad de laudo arbitral, pues estos no constituyen procesos de conocimiento. Por lo expuesto, la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia **INADMITE** el recurso de casación interpuesto (sic).

El fallo del 30 de abril de 2012, pronunciado por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro del caso N.º 0826-2011 (recurso de apelación) dice:

 CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Quito, lunes 30 de abril



del 2012, las 15h53. **VISTOS (...)** ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desechándose los recursos interpuestos se confirma la sentencia recurrida. Sin costas. Notifíquese.

Sentencia emitida el 23 de agosto de 2011, dentro de la acción de nulidad de laudo arbitral N.º 42-2011

PRESIDENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA: Quito 23 de agosto de 2011. Las 10:30. **VISTOS (...)** Consecuentemente queda claro que lo aducido por la accionante no ha sido verificado, sino más bien refutado por las propias piezas procesales; razón por la cual no han prosperado en forma alguna las objeciones propuestas en contra del laudo arbitral que resuelve el conflicto. **OCTAVO.-** por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se rechaza la acción de nulidad propuesta por la accionante en contra de laudo arbitral emitido el 3 de febrero de 2011 a las 10:00, por el Tribunal Arbitral del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito, dentro de la causa arbitral N.-010-2009.- Notifíquese (sic).

Laudo arbitral expedido el 03 de febrero de 2011 a las 10h00, dentro del caso N.º 010-2009

TRIBUNAL ARBITRAL DEL CENTRO NACIONAL DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE LA CONSTRUCCIÓN DE QUITO.- Quito D.M. a 3 febrero de 2011, las 10:00.- **VISTOS (...)** **PARTE RESOLUTIVA:** Por las consideraciones expuestas, en ejercicio de las facultades que le concede la Constitución de la República y la Ley, **RESUELVE:** Desechar las excepciones propuestas, cuya resolución le corresponde dentro del ámbito de su competencia, y aceptar parcialmente la demanda en los términos de las consideraciones que anteceden; en consecuencia, en la correspondiente liquidación que se practicará de conformidad con las normas legales y reglamentarias, el perito que intervenga deberá considerar los siguientes valores líquidos en el haber del Consorcio BIGDIG S.A. Y ASOCIADOS, a cargo de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento: **a)** Por reliquidación del rubro del contrato "Relleno compactado material de préstamo", USD 149.456,50; **b)** Por reliquidación del rubro nuevo "Excavación manual en roca sin explosivo", USD 76.119,44; **c)** Por reliquidación del rubro nuevo "Entibado continuo en túnel con madera", USD 61.105,44; **d)** Por reliquidación del rubro nuevo "Excavación en roca fragmentada con explosivos", USD 111.445,24; **e)** Por reliquidación del rubro nuevo "Excavación en arena suelta", USD 64.494,14; **f)** Por liquidación del rubro nuevo "Agujas metálicas" USD 20.831,58; y, **g)** Por devolución de las garantías cobradas por la EMAAP-Q (de buen uso del anticipo) USD 163.359,73. Los intereses reclamados por el actor los calculará el perito de la siguiente manera: los que corresponden a la garantía indebidamente ejecutada, desde la fecha de la citación de la demanda, hasta la fecha en que la entidad demandada efectúe la restitución; y, los que corresponden a los demás rubros cuyo pago efectuará la entidad dentro del término de diez días a partir de esta fecha, se calculará desde el vencimiento de este término, hasta la fecha en que la entidad



demandada efectúe el pago. En ambos casos los intereses serán los moratorios a la tasa establecida de conformidad con la ley.- Sin costas.- NOTIFÍQUESE.

Antecedentes que dieron origen a la acción extraordinaria de protección

El 07 de abril de 2006, la Empresa Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito suscribió un contrato para la construcción de un nuevo colector en el sector 24 de Mayo, parroquia San Roque del Distrito Metropolitano de Quito con el consorcio BIGDIG S. A., y Asociados, por la cantidad de \$ 1.474.908,16 cuyo plazo de ejecución fue de 500 días.

Iniciado el desarrollo de la obra, el consorcio informó al contratante que ha encontrado un sin número de inconvenientes como distintos perfiles geológicos a los establecidos en la propuesta, la demora en la expropiación y derrocamiento de viviendas aledañas al proyecto y presencia de material rocoso y arenoso no previsto en los informes geológicos, han generado retraso en el cumplimiento de la obra. A fin de cumplir con lo estipulado en el contrato, el consorcio sugirió la suscripción de un contrato complementario o caso contrario la terminación por mutuo acuerdo del mismo.

El 18 de abril de 2008, la Empresa Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito emitió una resolución administrativa de terminación unilateral del contrato. Ante esta situación, el consorcio BIGDIG S. A., y Asociados, a través de su representante legal compareció ante el director del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito demandando una liquidación y reliquidación de los gastos generados en la obra con indemnización de daños y perjuicios por la finalización de la relación contractual.

Sustanciada la causa ante el Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, el 03 de febrero de 2011 a las 10h00, emitió el laudo que resolvió desechar las excepciones propuestas por la Empresa Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito y aceptó parcialmente la demanda propuesta por el consorcio BIGDIG S. A., y Asociados, determinando las siguientes liquidaciones: **a)** Por reliquidación del rubro del contrato "Relleno compactado material de préstamo", \$ 149.456,50; **b)** Por reliquidación de rubro nuevo "Excavación manual en roca sin explosivos", \$ 76.119,44; **c)** Por reliquidación del rubro nuevo "Entibado continuo en túnel con madera", \$61.105,44; **d)** Por reliquidación del rubro nuevo "Excavación en roca fragmentada con explosivos", \$ 111.445,24; **e)** Por reliquidación del rubro nuevo "Excavación en arena suelta", \$ 64.494,14; **f)** Por liquidación del rubro nuevo

“Agujas metálicas”, \$ 20.831,58; y g) Por devolución de las garantías cobradas por la empresa pública (de buen uso del anticipo) \$ 163.359,73.

La Empresa Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito solicitó al Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito aclaración del laudo arbitral, la que fue desechada mediante auto del 16 de febrero de 2011 a las 17h00.

Posteriormente, la Empresa Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito planteó la acción de nulidad del laudo arbitral *ut supra*, misma que el 05 de abril de 2011, fue avocada por la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

Concluida la sustanciación de la causa, el 23 de agosto de 2011 a las 10h30, se expide sentencia rechazando la acción de nulidad del laudo arbitral.

Inconforme con la decisión la Empresa Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito interpuso el recurso de apelación y consulta obligatoria de la sentencia, mismos que fueron resueltos el 30 de abril de 2012 a las 15h53, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que desechó los recursos interpuestos y confirmó la sentencia recurrida.

De la decisión judicial referida en el acápite anterior, la delegada de la Procuraduría General del Estado y la procuradora judicial del gerente general de la Empresa Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito, presentaron el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, el que fue resuelto por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil mediante auto del 09 de enero de 2013 a las 09h00, que inadmitió los recursos de casación interpuestos. Los recurrentes solicitaron la aclaración y ampliación del auto de inadmisión, petición que fue desechado mediante auto del 14 de marzo de 2013 a las 14h30.

Detalle y fundamentos de la demanda extraordinaria de protección

Cristina González Camacho en calidad de procuradora judicial del ingeniero Othón Zevallos Moreno, gerente general y representante legal de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito (EPMAPS)

En lo principal, manifiesta lo siguiente: que los conjuces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, bajo el argumento de que la acción de nulidad es un recurso incidental que no comporta un proceso de conocimiento,



aduciendo asuntos de mera legalidad, inadmitieron el recurso de casación, y en consecuencia, no obliga a reparar en favor del contratante, vulnerando la tutela judicial efectiva de los derechos y el debido proceso en la garantía de recurrir del fallo en recurso extraordinario de casación.

Alega la demandante que tanto en la acción de nulidad como en los recursos de apelación y casación, fundamentó la nulidad del laudo arbitral en la vulneración constitucional por haber arrogado el Tribunal de Arbitraje competencias no reservadas por la ley ni por la Constitución al resolver sobre asuntos no transigibles como es un acto administrativo. Que la decisión judicial emitida por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sobre asuntos no sometidos al arbitraje, inobservó el cumplimiento del artículo 190 de la Constitución de la República, que restringe el arbitraje a materias en las que por su naturaleza se pueda transigir, limitándose su argumentación en función de la cuantía de la demanda, como si la cuantía fuera el único parámetro para que una sentencia conceda más allá de lo que al juez o árbitro le está permitido conceder.

Dice la legitimada activa que la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito (EPMAPS), dedujo la acción de nulidad del laudo arbitral por la vulneración de la garantía del debido proceso prevista en el artículo 76 numeral 7 literal k de la Constitución, por no haber argumentado los motivos por los cuales el Tribunal de Arbitraje se declaró competente, pese a que definitivamente no lo era por cuanto las partes contratantes ya habían renunciado al convenio arbitral. Como consecuencia de la terminación unilateral del contrato, EPMAPS demandó al consorcio BIGDIG Y ASOCIADOS ante la justicia ordinaria, el pago de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato.

La demandante indica que el consorcio BIGDIG Y ASOCIADOS en las excepciones propuestas en su contestación a la demanda, omitió plantear la excepción de existencia de convenio arbitral y en su lugar, reconvino a su representada, por los mismos hechos y las mismas pretensiones demandadas ante la justicia arbitral, desplazando la competencia a la justicia ordinaria y renunciando al convenio arbitral conforme el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Expresa la procuradora judicial de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito (EPMAPS), que su representada al conocer de la reconvención planteada por BIGDIG Y ASOCIADOS, planteó dentro del juicio arbitral, la excepción de incompetencia del tribunal y *litispendencia*, a fin de que el tribunal arbitral se abstenga de conocer y resolver la demanda

planteada por BIGDIG Y ASOCIADOS, al no existir convenio arbitral vigente que confiera competencia a dicho tribunal; sin embargo, el tribunal arbitral, en su considerando primero, radica su competencia en la validez del convenio arbitral y la voluntad de las partes de someterse al procedimiento arbitral, inobservando lo previsto en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

La accionante aduce que la decisión judicial expedida por los jueces de la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no examina si la motivación existió en relación con la competencia declarada por los árbitros, sino, simplemente, se limita a señalar que la falta de competencia mal puede estar inmersa en la motivación y concluyen que el laudo cumple con las exigencias de la motivación. La incompetencia alegada nunca fue examinada para asegurar el cumplimiento de la garantía de la motivación, que a su vez, también se encuentra reconocida en el literal k del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, esto es, el derecho a ser juzgado por un juez competente, que no fue garantizada por la Sala que conoció la apelación.

Christel Gaibor Flor en calidad de delegada del procurador y directora nacional de asuntos internacionales y arbitraje de la Procuraduría General del Estado

En lo principal manifiesta que la vulneración de los derechos constitucionales surge por cuanto el Tribunal Arbitral laudó sobre controversias que no son susceptibles de transacción, pues el acto administrativo de terminación unilateral del contrato no constituye materia transigible que pueda someterse al arbitraje.

Dice que el laudo arbitral sometió a la EMAAP-Q a que la controversia presentada por la empresa BIGDIG sea conocida y resuelta por un tribunal arbitral incompetente para juzgar actos administrativos, lo que vulnera el derecho al debido proceso de ser juzgado por un juez o tribunal competente. Que, el derecho constitucional invocado constituye un presupuesto del debido proceso como un fin para lograr justicia, en el caso en cuestión, el derecho de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito de acceder a la justicia y ser juzgado por un tribunal competente, fue vulnerado por la presidenta de la Corte Provincial, al haber validado el hecho de que un tribunal arbitral haya conocido una controversia no susceptible de transacción.

Alega que la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al emitir su sentencia, rechazó los argumentos esgrimidos por la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento en lo referente a que el tribunal arbitral actuó sin competencia para hacerlo; resaltando que el argumento



expuesto no se enmarca en el contenido de las causales de nulidad contempladas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Indica que la resolución de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha concluyó, manifestando que lo aducido por la accionante no ha sido verificado, sino, más bien, refutado por las propias piezas procesales, por lo que rechazó la acción de nulidad propuesta por la accionante en contra del laudo arbitral emitido el 03 de febrero de 2011, por el Tribunal Arbitral del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito. Por lo tanto, rechazó los argumentos de falta de competencia del tribunal para actuar en el caso y con esto validar y legitimar el hecho de que un tribunal haya laudado sobre actos administrativos no susceptibles de transacción, vulnerando el derecho constitucional del que se encuentra revestida la EMAAP-Q, de ser juzgada por una autoridad competente, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 76 numeral 7 literal k de la Constitución de la República.

Finalmente, expresa que la sentencia expedida por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha provocó incertidumbre al negar el recurso de nulidad sobre el laudo dictado por el tribunal arbitral, constituyéndose aquel laudo en ineficaz, nulo, dudoso, impreciso que implica una vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica. En consecuencia, insta a esta magistratura constitucional a dejar sin efecto el auto que inadmitió el recurso de casación y la sentencia del 23 de agosto de 2011, expedida por la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que rechazó la acción de nulidad del laudo emitido el 03 de febrero de 2011.

Derechos constitucionales presuntamente vulnerados

A criterio de las legitimadas activas, las decisiones judiciales *ut supra* que se impugnan, supuestamente, vulneran los siguientes derechos constitucionales: tutela judicial efectiva establecida en el artículo 75; debido proceso consagrado en el artículo 76 y el derecho a la seguridad jurídica determinado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

Pretensión

La Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito solicita que en sentencia se declare la vulneración de los derechos constitucionales invocados y ordene la reparación integral de los mismos.

La Procuraduría General del Estado solicita que la Corte Constitucional deje sin efecto el auto que inadmitió el recurso de casación y la sentencia del 23 de agosto

de 2011, expedida por la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, donde se rechazó la acción de nulidad al laudo expedido el 03 de febrero de 2011.

Contestación a la demanda

Doctor Luis Araujo Pino, presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha

En lo principal, manifiesta que: “(...) Al tiempo de la sentencia dictada en la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de nulidad de laudo arbitral No. 42-2011, se encontraba actuando la Dra. Isabel Ulloa Villavicencio en calidad de Presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Por lo anterior al no haber conocido la causa antes señalada, me inhíbo de emitir informe al respecto” (fojas 40 del expediente).

Jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha

Pese a haber sido legalmente notificados, tal y como se desprende de la razón sentada por la actuario del despacho, los jueces no han presentado el informe de descargo solicitado.

Conjueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia

Pese a haber sido legalmente notificados, tal y como se desprende de la razón sentada por la actuario del despacho, los conjueces no han presentado el informe de descargo solicitado.

Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de la Construcción de Quito

Pese a haber sido legalmente notificados, tal y como se desprende de la razón sentada por la actuario del despacho, los árbitros no han presentado el informe de descargo solicitado.



Terceros interesados

Consortio BIG-DIG Y ASOCIADOS

Pese a haber sido legalmente notificados, tal y como se desprende de la razón sentada por la actuario del despacho, el representante legal del Consorcio BIG-DIG Y ASOCIADOS no ha comparecidos a esta acción.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 63 y 191 numeral 2 literal **d** de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de acuerdo con el artículo 3 numeral 8 literal **b** y el tercer inciso del artículo 35 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Legitimación activa

Conforme se desprende del expediente de instancia, la doctora Cristina González Camacho en calidad de procuradora judicial del ingeniero Othón Zevallos Moreno, gerente general y representante legal de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito, compareció como demandante en la acción de nulidad de laudo arbitral; por tanto, se encuentra legitimada para presentar esta acción extraordinaria de protección, toda vez que, cumple los requerimientos establecidos en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que estatuye: "Legitimación activa.- La acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte de un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial".

Al haberse declarado sin lugar la demanda de nulidad, la demandante y el procurador general del Estado, por intermedio de la doctora Christel Gaibor Flor, directora nacional de asuntos internacionales y arbitraje de la Procuraduría General del Estado, interpusieron el recurso de apelación, el mismo que fue rechazado, confirmando la sentencia subida en grado. Al considerarse afectadas con la decisión judicial expedida, las nombradas representantes interpusieron el

recurso extraordinario de casación, la misma que fue inadmitida en tal virtud, comparecen con la presente acción constitucional, constituyéndose ahora en legitimadas activas, más aún, cuando están facultadas conforme los artículos 437 y 439 de la Constitución de la República, los cuales expresan que las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente. En tal virtud, asiste la legitimación activa en esta acción.

Finalidad de la acción extraordinaria de protección

Por mandato expreso de los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador¹, la Corte Constitucional es el órgano de control constitucional idóneo para examinar mediante acción extraordinaria de protección, las sentencias, autos en firmes o ejecutoriados expedidos por los jueces ordinarios y constitucionales con el objetivo de verificar si se han vulnerado derechos constitucionales o normas del debido proceso, a fin de alcanzar un equilibrio razonable que permita mantener la seguridad jurídica, vinculada con el respeto a la autonomía judicial y principio de especialidad, en razón de la independencia de la que gozan los órganos de la función judicial.

El objetivo principal de esta garantía jurisdiccional es el preservar y restablecer cualquier derecho constitucional que haya sido vulnerado. Empero, no constituye una nueva instancia, ni tiene como propósito deslegitimar la actuación de juezas y jueces sino por el contrario, permite emerger un sistema de justicia caracterizado por el respeto y la obediencia a las normas y principios constitucionales a fin de que prevalezca la supremacía de la Constitución.

Por lo tanto, corresponde a este Organismo verificar si las decisiones judiciales impugnadas ciertamente, vulneran o no los derechos constitucionales alegados por las accionantes.

¹ Constitución de la República del Ecuador. 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.

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



Análisis constitucional

Previo al planteamiento y resolución del problema jurídico, la Corte Constitucional manifiesta que los principios de adaptabilidad², la eficacia integradora³, la debida diligencia en los procesos de administración de justicia⁴, le permite al juzgador ejercer una tarea o función reconstructiva de los fundamentos fácticos del *ius litigioso*, pues él es un intermediario o traductor que aclara, explica, hace accesible la descripción incompleta imprecisa confusa de los mismos, en una fundamentación ínsita; es decir, sistematiza todo lo que no demuestra visiblemente el demandante, lo cual permitirá resolver adecuadamente el conflicto suscitado. Por tanto, se aparta del modelo formalista para regirse por el enfoque hermenéutico que constituye una herramienta que faculta analizar, interpretar y comprender la realidad del caso concreto y sus problemas, de ahí construir el o los problemas jurídicos adecuados para dar una respuesta correcta en derecho y justicia, toda vez que, “la orientación hermenéutica concibe los casos concretos en el marco de una tensión, reflejada en su naturaleza problemática y en la exigencia de tenerlos que solucionar en justicia. Esto pone de manifiesto que no hay soluciones definitivas, detalladas y tomadas de antemano, sino más bien un conjunto de datos (hechos, acciones, fuentes jurídicas, etc.) que reclaman su comprensión, esto es, la mediación del juez para darles el sentido justo que se reclama. Para decirlo de otro modo, los jueces cumplen un papel esencial porque resuelven problemas y lo hacen además con su decidido concurso y manera de ver el problema a la luz de todas las posibles instancias jurídicas de solución. (...) La mediación que hace el juez también implica tomar en consideración la tensión que representa el hecho de estar juzgando en una situación presente, hechos y conductas humanas acaecidas en el pasado, a la luz de fuentes jurídicas producidas también en el pasado o eventualmente inexistentes o poco claras. La tensión manifiesta la presencia de una tradición y un significado que debe ser leído por el intérprete desde el momento actual del caso concreto. El enfoque hermenéutico insiste de modo particular en este punto: el intérprete da lectura del caso y de las fuentes jurídicas desde su momento presente, es decir, desde sus propias precomprensiones y expectativas acerca del significado inicial de los elementos constitutivos del caso. Esto sugiere que los jueces no llegan al conocimiento de los casos concretos desprovistos de cualquier razón influyente, sino todo lo contrario: el sentido

² Constitución de la República del Ecuador, artículo 11. “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 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”.

³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 169. “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”.

⁴ Constitución de la República del Ecuador, artículo 172. “(...) Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia”.

inicial para solucionar un caso se manifiesta en que el intérprete procede a dar lectura de él, de los textos, de las fuentes jurídicas, desde determinadas expectativas, desde sus propias coordinadas históricas”⁵.

En este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador, destacó el rol del juez, manifestando lo siguiente:

El juez constitucional está obligado a examinar la descripción de los hechos que ante él se exponen, así como las pretensiones del actor, y a verificar, si por sus características, el caso puede ser resuelto en relación con los derechos constitucionales posiblemente afectados y con la efectividad indispensable para su salvaguardia (...)⁶.

Para delimitar el problema jurídico y efectuar el razonamiento adecuado, ineludiblemente corresponde a la Corte Constitucional recapitular los principales fundamentos fácticos y jurídicos expuestos por el legitimado activo en su texto de acción extraordinaria de protección (...)⁷.

En efecto, entre los presupuestos de la acción extraordinaria de protección se encuentra que ésta debe ser presentada ante la Judicatura, Sala o Tribunal que dictó la decisión definitiva⁸, que como se sabe, tratándose del recurso de casación, lo es la Corte Nacional de Justicia; sin embargo, no implica que necesariamente deba ser la decisión de este Organismo la materia de la acción constitucional, únicamente constituye un medio para demostrar haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios. De ahí que, el artículo 61 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, claramente manifiesta que: “La demanda deberá contener (...) 4. Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional”. En tal virtud, una vez inadmitido a trámite el recurso de casación por inobservar cualquiera de las causales, queda apta para impugnar mediante esta garantía jurisdiccional, la decisión judicial de última y definitiva instancia⁹ por haber agotado y puesto fin el debate en la jurisdicción ordinaria, dando paso al control de constitucionalidad de la sentencia que supuestamente habría vulnerado el o los derechos constitucionales o las reglas del debido proceso.

⁵ Gabriel Mora Restrepo. Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales. Primera edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina 2009, p. 225, 226.

⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 013-13-SEP-CC, emitida el 09 de mayo de 2013.

⁷ Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia No. 224-12-SEP-CC de 21 de junio del 2012, Caso N.º 1863-10-EP.

⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 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”.

⁹ La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y de error judicial en los fallos de instancia. Artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.



De allí que resultaría inoficioso pretender impugnar en la jurisdicción constitucional el auto de inadmisión del recurso de casación cuando este ha sido expedido de conformidad con el ordenamiento jurídico que rige dicha materia.

En el presente caso, inadmitido el recurso extraordinario de casación interpuesto, en atención a la impugnación realizada por las legitimadas activas, obvia y lógicamente le corresponde examinar la decisión judicial del 30 de abril de 2012, dictada por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la causa signada con el N.º 0826-2011 (recurso de apelación), tanto más cuando en este escenario, la Corte Constitucional en la sentencia N.º 186-12-SEP-CC del 03 de mayo de 2012, verificó las vulneraciones constitucionales acaecidas en la sentencia de segunda instancia, expedida por los jueces de la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas dentro del juicio laboral N.º 631-08-3, manifestando:

QUINTO (...) El artículo 437 numeral 1 de la Constitución de la República (norma jerárquicamente superior) exige como requisito para la procedencia de la acción extraordinaria de protección: “**que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados**”; ahora bien, el auto por el cual se rechazó el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Portuaria de Guayaquil fue expedido y notificado el 1 de febrero del 2010, ejecutoriándose el 4 de febrero del 2009; por tanto, la sentencia de segunda instancia, expedida por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia del Guayas dentro del juicio N.º 631-08-3 (a la cual se imputa vulneración de derechos constitucionales), quedó en firme a partir del 5 de febrero del 2010¹⁰.

Dicho sea de paso, la sentencia *ad quem* prevalece sobre el fallo *a quo*; por tanto, no es necesario referir o examinar la resolución de primer nivel expedida por la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sino, únicamente, indicar las consecuencias de sus efectos como resultado de la decisión adoptada en el recurso de apelación.

Bajo los enunciados que anteceden, la Corte Constitucional reconstruye el bloque de cuestionamiento de las resoluciones expedidas en las diferentes etapas del proceso ordinario que puntualizaron las legitimadas activas en la presente acción constitucional, los mismos que se encuentran detallados en el acápite “Decisiones judiciales impugnadas” de esta sentencia, y determina el siguiente problema jurídico.

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición Sentencia No. 186-12-SEP-CC de 03 de mayo de 2012.

Determinación del problema jurídico

La sentencia expedida el 30 de abril de 2012 a las 15h53, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al negar el recurso de apelación y confirmar la dictada por la presidenta de la Corte Provincial de Pichincha que rechazó la acción de nulidad del laudo arbitral emitido por el Tribunal Arbitral del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito el 03 de febrero de 2011, ¿vulnera el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, garantizado en el artículo 75 de la Constitución de la República en conexidad con el debido proceso en la garantía del derecho a la defensa, reconocido en el artículo 76 numeral 7 literales c, h, y k de la Norma *ibídem*?

Resolución del problema jurídico

La sentencia expedida el 30 de abril de 2012 a las 15h53, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al negar el recurso de apelación y confirmar la dictada por la presidenta de la Corte Provincial de Pichincha que rechazó la acción de nulidad del laudo arbitral emitido por el Tribunal Arbitral del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito el 03 de febrero de 2011, ¿vulnera el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, garantizado en el artículo 75 de la Constitución de la República en conexidad con el debido proceso en la garantía del derecho a la defensa, reconocido en el artículo 76 numeral 7 literales c, h, y k de la Norma *ibídem*?

La procuradora judicial de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito (EPMAPS), alega que su representada planteó dentro del juicio arbitral, la excepción de incompetencia del tribunal y *litispendencia*, a fin de que el tribunal arbitral se abstenga de conocer y resolver la demanda planteada por BIGDIG Y ASOCIADOS, al no existir convenio arbitral vigente que confiera competencia a dicho tribunal; sin embargo, el tribunal arbitral, en su considerando primero, radicó su competencia en la validez del convenio arbitral y la voluntad de las partes de someterse al procedimiento arbitral, inobservando lo previsto en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Que, la decisión judicial expedida por los jueces de la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no examinó si la motivación del laudo arbitral se relacionó con la competencia declarada por los árbitros simplemente, se limitó a señalar que la falta de competencia no puede estar inmersa en la motivación y concluyó que el laudo cumple con las exigencias de la motivación, situación que inobservó la garantía reconocida en el literal k del numeral 7 del



artículo 76 de la Constitución, esto es, el derecho a ser juzgado por juez competente.

Por su parte, Christel Gaibor Flor en calidad de delegada del procurador y directora nacional de asuntos internacionales y arbitraje de la Procuraduría General del Estado, aduce que la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al emitir su sentencia, rechazó los argumentos esgrimidos por la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento en lo referente a que el tribunal arbitral actuó sin competencia para juzgar, resaltando que el argumento expuesto no se enmarca en el contenido de las causales de nulidad contempladas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación con lo cual, validó y legitimó el laudo sobre actos administrativos no susceptibles de transacción, vulnerando el derecho constitucional del que se encuentra revestida la EMAAP-Q, de ser juzgada por una autoridad competente, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 76 numeral 7 literal **k** de la Constitución de la República.

En este contexto, las legitimadas activas invocan como derechos constitucionales presuntamente vulnerados, a la tutela efectiva imparcial y expedita de sus derechos e intereses, el derecho a la defensa, que se encuentra previsto en los artículos 75 y 76 numeral 7 literales **c**, **h**, y **k** de la Constitución de la República, que estatuye lo siguiente:

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.

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:

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

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

La vulneración de la tutela efectiva, indiscutiblemente implica situar en un estado de indefensión a cualquiera de los justiciables, ya sea por la marginación, parcialidad, condiciones personales o como resultado de arbitrariedad o discrecionalidad infundada del operador de justicia. En este escenario se entiende

que el acceso a la justicia como el derecho a la defensa, jamás puede entenderse excluyentes entre sí, sino concurrentes y complementarios porque ostentan la categoría de derechos que tienen por objeto garantizar el debido proceso en el desarrollo de la *litis*. Esta correlación les permite ejercer y garantiza la supremacía de los derechos constitucionales en su efectividad e integralidad en la adopción de una decisión judicial o administrativa. Lo dicho se enmarca dentro del criterio expuesto por esta Corte en la sentencia N.º 165-15-SEP-CC del 20 de mayo de 2015, que manifestó lo siguiente: “La interdependencia conllevan que los derechos configuran un sistema en el cual están relacionados, lo cual implica que una vulneración a un derecho puede lesionar a otros. Como se ha expuesto, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva contempla también una tramitación en observancia del debido proceso (...)”¹¹.

Los derechos constitucionales *ut supra* constituyen presupuestos del debido proceso, de cualquier proceso, por lo mismo, ninguna persona puede ser excluida de ejercer el derecho de demandar al Estado la protección jurídica cuando han sido lesionados sus bienes jurídicos o sus intereses protegidos por la Constitución y la ley. La sustanciación debe realizarse de conformidad con las reglas del debido proceso ante el órgano jurisdiccional competente, a fin de garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas.

Para el cumplimiento del acceso a la justicia y tutela efectiva, el artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador dice que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. Estos órganos jurisdiccionales según la Norma Suprema, artículo 178, son los siguientes: 1) La Corte Nacional de Justicia. 2) Las Cortes Provinciales de Justicia. 3) Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4) Los juzgados de paz. 5) Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (artículo 171 *ibídem*). 6) Las juezas y jueces de paz (artículo 189 *ídem*). 7) Los árbitros y mediadores (artículo 190 *ibídem*). 8) La Corte Constitucional (artículo 429 *ibídem*).

El derecho a la tutela jurídica no le faculta al recurrente la opción de acudir ante cualquier órgano señalado en el párrafo anterior de esta sentencia, sino, únicamente, a la que sea competente de acuerdo a determinadas reglas previamente establecidas: el territorio; la materia etc., es el llamado para conocer y resolver una controversia, conocido en doctrina como el derecho a un juez natural. Por lo tanto, es oportuno advertir dos aspectos puntuales que se derivan de esta garantía: a) La imposibilidad de ser sometido en un proceso ante la

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 165-15-SEP-CC, dentro del caso No. 0665-11-EP de 20 de mayo de 2015.



autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver una determinada controversia; y b) Que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley.

De ahí que el derecho *in examine* no se limita a que el titular del órgano jurisdiccional encargado (juez o árbitro) atienda la petición de accionar judicial por el mero hecho del acceso, sino que dicha tutela se efectúe observando el principio de contradicción originada por el sujeto procesal pasivo, la cual debe cumplirse fielmente. En otras palabras, la exigencia de la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, no solo es para la parte demandante sino también para quien se exhibe la respectiva pretensión procesal, es decir, la parte demandada. Esto significa el respeto y cumplimiento absoluto a las normas del debido proceso.

De lo expuesto se deduce que vulneraría el derecho a la tutela jurídica que tiene toda persona, cuando el juez impone una medida que aparentemente se circunscribe en los mandatos legales o que la persona acuda al órgano jurisdiccional de modo errado en una vía errónea para el efecto, ya que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación, situación que es de responsabilidad absoluta del juzgador que admitió la causa a trámite, pues el acceso a la administración de justicia se da observando y cumpliendo el debido proceso señalado en las disposiciones legales que rige la materia correspondiente.

En este orden de reflexión jurídica es necesario tener presente que la iniciación del proceso no comprende necesariamente que el mismo debe llegar hasta la sentencia, pues el que reclama la tutela jurídica no tiene derecho a exigir que el proceso se agote hasta la sentencia, sino que tiene derecho a que el órgano jurisdiccional dicte una resolución motivada sobre la pretensión exhibida. Tal evento se puede presentar por ejemplo cuando el juez expide el auto de inhibición de conocimiento de la causa o nulidad del proceso en razón de la incompetencia de la materia. En los ejemplos expuestos, el juez no vulnera la tutela efectiva.

Ahora bien, esta magistratura constitucional, al efectuar el estudio de la tutela efectiva en las sentencias Nros. 224-14-SEP-CC² y 247-15-SEP-CC³, concernientes al problema jurídico planteado en el presente caso, para resolver

 ² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 224-14-SEP-CC, dentro del caso No. 1836-12-EP, de 10 de diciembre de 2014.

³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 247-15-SEP-CC, dentro del caso No. 1195-14-EP, de 29 de julio de 2015.

diseñó el contenido del mencionado derecho constitucional en cuatro partes: **i)** El acceso a los órganos judiciales competentes e imparciales; **ii)** La debida diligencia del juzgador en la sustanciación de la causa; **iii)** El derecho a la defensa de las partes procesales, y **iv)** El rol del juez una vez dictada la sentencia para la ejecución de la misma.

En atención a los lineamientos que anteceden, este Organismo examinará y resolverá si la decisión judicial impugnada vulnera o no los derechos constitucionales mencionados.

El acceso a los órganos judiciales competentes e imparciales

Este apartado *per se* prohíbe cualquier forma de denegación de justicia, pues por mandato de la Constitución, los derechos son plenamente justiciables, por tanto, no se puede alegar falta de norma jurídica para justificar su vulneración o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento¹², *a contrario sensu* implica el **acceso** de todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos a los órganos jurisdiccionales competentes, de manera libre sin trabas u obstáculos en todas y cada una de las instancias y etapas del procedimiento previstos en el ordenamiento procesal que regula la materia sometida a conocimiento del juzgador; es decir, el ejercicio del derecho de petición o impugnación ante la jueza o juez, debe ser expedito y lograr una respuesta positiva o negativa en estricto derecho y justicia.

Refiriéndose a este tema, los profesores Claudia Storini y Marco Navas Alvear expresan que: “(...) Este derecho es el del acceso al juez, al tribunal, al órgano jurisdiccional; es el derecho a la jurisdicción, el de acudir al juez natural, de presentar pretensiones procesales por medio de las acciones para que haya una efectiva tutela judicial para la defensa de los derechos”¹³.

El presente caso proviene de una acción de nulidad del laudo arbitral propuesta por la procuradora judicial de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito (EPMAPS) ante la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, judicatura que resolvió rechazar la demanda solicitada. Inconforme con la decisión adoptada, la empresa pública actora interpuso los recursos de apelación y consulta obligatoria de la sentencia, los cuales fueron resueltos el 30 de abril de 2012 a las 15h53, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha desechando los recursos interpuestos y confirma la

¹² Constitución de la República, Pfr. Artículo 11 numeral 3 inciso tercero.

¹³ Claudia Storini y Marco Navas Alvear, La acción de protección en Ecuador, Realidad jurídica y social. Nuevo Derecho Ecuatoriano 3, Quito Ecuador 2013, pág. 90



sentencia recurrida. Posteriormente, la delegada de la Procuraduría General del Estado y la procuradora judicial del gerente general de la Empresa Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito, interpusieron el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, el mismo que fue inadmitido por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil en el auto del 09 de enero de 2013 a las 09h00.

Del examen de los fundamentos fácticos y jurídicos de la acción extraordinaria de protección se deduce que el tribunal arbitral habría actuado sin competencia, por lo que la nombrada entidad pública amparada en el artículo 76 numeral 7 literales k y l de la Constitución de la República, y literales d y e de la Ley de Arbitraje y Mediación, ha acudido al órgano judicial competente (presidenta y posteriormente a la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha), demandando la acción de nulidad del laudo arbitral, cuya sentencia, ahora sometida al control de constitucionalidad, ha concluido rechazando la nulidad en ambas instancias.

En aras de sintetizar la alegación ínsita expresada por la EPMAPS tanto en la demanda como en el recurso del enjuiciamiento anulatorio, se resume en lo siguiente:

(...) se ha producido la nulidad del laudo arbitral por falta de competencia del Tribunal Arbitral para conocer y resolver la demanda arbitral, -por cuanto afirma que- como consecuencia de la terminación unilateral del contrato, mi representada demandó al consorcio BIGDIG Y ASOCIADOS, ante la justicia ordinaria, el pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de obra celebrado entre las partes; el consorcio BIGDIG Y ASOCIADOS, en las excepciones propuestas en su contestación a la demanda, omitió plantear la excepción de "existencia de convenio arbitral", y en su lugar RECONVINO a mi representada, por los mismos hechos y las mismas pretensiones demandadas ante la justicia arbitral, desplazando la competencia a la justicia ordinaria y renunciando al convenio arbitral¹⁴.

Como fundamento de su acción de nulidad del laudo, invocan la falta de motivación y como parte de ésta aduce la falta de competencia del Tribunal Arbitral para conocer y resolver la demanda arbitral¹⁵.

De lo expuesto se desprenden las siguientes cuestiones: **a)** La falta de competencia del tribunal arbitral para conocer y resolver la demanda arbitral, y **b)** La falta de motivación en el laudo arbitral como causal de nulidad del laudo, asuntos fundamentales que exigía a los juzgadores, *a quo* y *ad quem*, afirmar o negar las cuestiones aludidas en base a la correspondiente motivación, pues de

¹⁴ Considerando primero de la sentencia de nulidad arbitral expedida el 23 de agosto de 2011 por la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

¹⁵ Considerando segundo de la sentencia de nulidad arbitral expedida el 30 de abril de 2012 por los jueces de la segunda sala de lo civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación No. 826-11-ro.

ellas dependía el pronunciamiento del resto de las alegaciones invocadas en la acción de nulidad del laudo arbitral.

Si bien es cierto que los dos aspectos antes señalados no se encuentran dentro del catálogo de las nulidades previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁶, la jueza o juez y los árbitros, para garantizar el derecho constitucional al debido proceso en el desarrollo de cualquier procedimiento, estos tienen como primera obligación constitucional y legal, determinar su competencia por mandato del artículo 76 numeral 7 literal k de la Norma Suprema que dice: “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”, tanto más cuando una de las partes procesales expresamente, cuestione la misma. De ahí que, si el juzgador decide desechar ese argumento de la demanda, obviamente implicaría dejar en indefensión material a la parte actora.

Asimismo, en cuanto a la supuesta falta de garantía de la motivación en el laudo arbitral, alegada por la entidad pública demandante en su acción de nulidad, el juzgador jamás puede prescindir aduciendo que ella no ha sido causal de nulidad dentro de los casos señalados en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues, la disposición constitucional, en su artículo 76 numeral 7 literal I, dice: “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 hechos. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”. En este contexto, no se puede negar el enlace que existe con otras realidades jurídicas afines que destaca la noción de bloque de normas, entendido este como un conjunto de reglas que se integran por los demás preceptos jurídicos que extiende su conceptualización, sumando otras, no contenidas en el texto inicial del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, justamente para entender que la temática relacionada a la nulidad no se agota únicamente en una determinada disposición legal sino a través de la labor interpretativa teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico se incluyen y vinculan otras, tal como se desprende con lo identificado en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República, esto es, la nulidad de la

¹⁶ Ley de Arbitraje y Mediación, 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. (...)”



sentencia por falta de motivación, como en efecto se alega en el presente caso. Entonces, el operador de justicia jamás puede someter a la literalidad de las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, sin serias reflexiones en el bloque normativo referido en este párrafo.

El juez no debe olvidar que actualmente, el Estado está al servicio de la satisfacción de los derechos constitucionales por ser un Estado constitucional de derechos y justicia. Este nuevo paradigma instaurado en el Ecuador cambia la visión de la primacía absoluta de la ley, la concepción y declaración de derechos y garantías, pues ahora, las leyes, reglamentos u ordenanzas solo son válidos en el ámbito de los derechos constitucionales; de esta manera, una norma legal o reglamentaria puede ser vigente por seguir un trámite formal; pero, constitucionalmente hablando, sería ilegítima, inválida, por no ajustar, buscar o corresponder sus contenidos esenciales, la debida coordinación o subordinación a la parte dogmática de la Constitución.

Una de las diferencias fundamentales entre el régimen anterior y el vigente es que, el de 1998 se caracterizaba por ser positivo; es decir, el papel del operador de justicia se reducía a un proceso exegético de subsunción o deducción de reglas, el juez era boca de la ley. Bajo ese esquema, el juez estaba sujeto únicamente a la ley y su función era aplicar obligatoriamente, cualquiera que fuese su contenido. Bajo ese paradigma, el Legislativo era quien ejercía dominio sobre cualquier otra Función del Estado, así, por vía legal se restringía derechos, se limitaba garantías, y la Constitución y sus principios pasaban a un segundo plano. *A contrario sensu*, el artículo 1 de la Constitución de la República del 2008, establece una nueva forma o modelo de Estado que involucra entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley o acto a la Constitución de la República, a fin de garantizar el respeto y ejercicio pleno de los derechos y garantías constitucionales que ella reconoce, toda vez que, el artículo 11 numeral 9 *ibídem*, determina: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, concordante con esta norma, el numeral 4 del artículo 11 *ídem*, expresa que: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Así, el constitucionalismo ecuatoriano pretende entonces, perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo poder (legislativo y ejecutivo incluidos) a la Constitución. Este nuevo orden constitucional le permite al juez pensar, sentir, argumentar respetando la lógica jurídica, la cual estudia los métodos y principios utilizados con el fin de distinguir los razonamientos correctos de los incorrectos. Por tanto, no es una explicación de cómo se piensa sino un modelo de cómo debe pensar el operador jurídico para administrar justicia correctamente. La lógica jurídica es un componente necesario de la argumentación jurídica. Por ello, es preciso interpretar, evaluar, comparar, ponderar, respecto al caso concreto, a fin

de que la decisión sea aceptable en derecho y justicia. El juez debe valorar la ley en relación a los principios constitucionales. La norma de derecho para resolver el caso ha de considerarse, pero no ya haciendo que el derecho dependa de una rígida formulación de la ley o reglamento sino de la realidad antes que formulaciones abstractas de lo que se tiene por norma. Lo realmente importante es que una decisión refleje con lucidez y precisión los valores del Estado constitucional al solucionar el caso concreto, toda vez que el Estado debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos constitucionales.

En esta línea de reflexión jurídica, corresponde referirse a la primera alegación, esto es, la supuesta falta de competencia del tribunal arbitral. En la sentencia impugnada los juzgadores argumentaron lo siguiente:

SEGUNDO (...) La competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley, y la ley, dice que: La jurisdicción convencional nace de la convención de las partes, en los casos permitidos en la ley, (Art. 3 del Código de Procedimiento Civil) y uno de esos casos es el del arbitraje conforme lo previsto en el Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Las partes convinieron en el contrato que es materia del fallo del Tribunal Arbitral, mediante cláusula compromisoria expresa, someter las controversias provenientes del mismo a la decisión arbitral. (Cláusula 24.2) “Arbitraje: De no existir entendimiento después de veinte (20) días desde el inicio de las negociaciones directas (condición que se entenderá cumplida cuando una de las partes rechace, por escrito, la reclamación de la otra), las partes acuerdan someter las controversias al procedimiento de arbitraje en derecho y al Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito, de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación y al Reglamento de dicho Centro.”) En tal virtud se designó el Tribunal Arbitral mismo que una vez constituido en el día y hora señalado para la audiencia de sustanciación (21 de diciembre de 2009) de conformidad a lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación resolvió sobre su propia competencia, asumiendo el conocimiento del proceso, por lo que **es indebido por ser contrario a ley, pretender la nulidad del laudo por tal motivo.** (Énfasis añadido).

Como se puede observar, en el análisis de determinación de la competencia, los legitimados pasivos olvidaron anotar e incluir que previo a la demanda arbitral, se había antecedido el enjuiciamiento contencioso administrativo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 1 de Quito, caso N.º 17801-2008-18666, actualmente denominado Unidad de lo Contencioso Administrativo de Quito, causa N.º 17811-2013-12426. Asimismo, inobservó el contenido del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que estatuye lo siguiente:

Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. **Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del**



convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales. (Énfasis añadido).

Las omisiones puntualizadas son trascendentales e influyentes, toda vez que condujo a los juzgadores a una errónea apreciación de la competencia que supuestamente tenían los árbitros, apartándose del precepto contenido en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, **situación que hace incurrir en falta de parcialidad, la misma que forma uno de los elementos componentes de la tutela judicial efectiva. El titular del órgano jurisdiccional debe ser imparcial;** es decir, “debe velar porque las pretensiones de los litigantes se encarrilen por las normas del procedimiento, sin poner obstáculos ilegales no sólo al acceso al órgano jurisdiccional sino también al legítimo ejercicio del derecho de defensa de los sujetos procesales, activo y pasivo. La imparcialidad del órgano jurisdiccional tiene dos fuentes fundamentales que es necesario destacar, a saber: por un lado, la fuente subjetiva que está dada por la personalidad del titular de dicho órgano, el cual debe ser autónomo, es decir, no dependiente, no sujeto a intereses o influencias que provengan de zonas externas de la esfera jurisdiccional y aún de esta misma. Si bien el juez es una persona que vive en sociedad y recibe las influencias de ésta, en el ejercicio de la función de juez debe aislarse en lo posible de esas influencias y someterse sólo al análisis profundo, desinteresado, del asunto que es objeto del respectivo proceso y de los planteamientos fácticos y jurídicos de las partes procesales. Por otro lado, la fuente objetiva por la cual el órgano jurisdiccional debe someterse a la ley en toda su actividad procesal, esto es, que todos los actos, desde el primero de iniciación hasta el último de clausura, deben ser legalmente orientados, admitidos y practicados hasta llegar a la decisión final en donde se estime o se desestime la pretensión exhibida”¹⁷.

En el presente caso, la sentencia impugnada al momento de examinar la competencia de los árbitros como fundamento relevante de la entidad accionante en la nulidad entablada, se aparta de la realidad jurídica, subjetiva y objetiva, pues no efectúa las reflexiones serias que quedan anotadas en esta sentencia, ni se ha sometido al precepto legal *ut supra*; por las consideraciones expuestas, esta Corte concluye que los juzgadores no garantizaron el acceso a los órganos judiciales competentes e imparciales.

¹⁷ dr. jorge zavala baquerizo. el debido proceso penal, editorial edino 2002, p. 68.

La debida diligencia del juzgador en la sustanciación del caso

En cuanto a este elemento integrante de la tutela judicial efectiva, el artículo 172 segundo inciso de la Constitución de la República, dice que: “Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia”. Se trata de la atención y cuidado que corresponde realizar en todos los juicios, acorde con los principios del debido proceso, simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal. De ahí que, el juez debe observar, aplicar y garantizar que las partes sean asistidas por un abogado defensor particular o designado por el Estado, que no exista retardo en la administración de justicia en atender las pretensiones del legitimado activo.

En base a lo mencionado, resulta necesario para la resolución del *thema decidendum*, que los legitimados pasivos reflejen si en efecto los árbitros carecieron de competencia para conocer y resolver la demanda arbitral, por supuestamente haber renunciado las partes al convenio arbitral que fijaba dicha competencia. Esta situación fue una de las alegaciones elementales en la demanda de nulidad del laudo arbitral, cuyo fundamento ha sido el literal k numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, que dice: “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”.

En efecto, revisado los documentos públicos judiciales anexados al proceso constitucional se desprende lo siguiente:

- a. **El 14 de noviembre de 2008**, la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable, EMAAP-Q ha demandado al consorcio BIGDIG Y ASOCIADOS ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 de Quito, el pago de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato¹⁸.

El demandado consorcio BIGDIG Y ASOCIADOS al contestar la demanda *ut supra* entre las excepciones planteadas ante los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 de Quito, que corre a fojas 199 a 239 y vuelta del proceso incoado ante dicho Tribunal, no obstante de alegar la existencia del convenio arbitral que les permitiría a las partes someter a la jurisdicción convencional ante los árbitros de la Cámara de la Construcción de Quito, en su acápite III, ha planteado la reconvencción a la entidad pública actora, solicitando a los jueces, la declaratoria de nulidad del acto de terminación anticipada y unilateral del contrato; la indemnización por daños y perjuicios, liquidación y reliquidación de rubros previstos y no previstos en el contrato;

¹⁸ El texto de la demanda corre a fojas 157 a 162 del expediente instaurado en el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito.



la liquidación y reliquidación de rubros contratados y no contratados; liquidación de gastos generados en el cuidado de la obra, desde la terminación del plazo contractual; la devolución de las garantías cobradas por la EMAAP-Q; la indemnización como lucro cesante por el registro como contratista incumplido y adjudicatario fallido, y en consecuencia fija la cuantía en dos millones seiscientos noventa un mil ciento setenta y cinco dólares (USD \$ 2.691.175,82).

- b. **El 19 de junio de 2009**, el consorcio BIGDIG Y ASOCIADOS acude con su demanda arbitral ante el director del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito, en contra de la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable, EMAAP-Q, a fin de que ésta le pague una indemnización por daños y perjuicios por la infracción contractual.

El 11 y 13 de agosto de 2009, tanto el procurador general del Estado como la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable, EMAAP-Q, respectivamente, en la contestación a la demanda, oponen la excepción de incompetencia del tribunal arbitral, aduciendo que el consorcio BIGDIG Y ASOCIADOS ya se encuentra demandado por los mismos hechos ante los jueces de la primera sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, a fin de que el Tribunal Arbitral se abstenga de conocer y resolver la demanda, por no existir el convenio arbitral vigente que confiera competencia a dicho tribunal. **(Ver la parte expositiva del laudo arbitral).**

Visto los detalles de los actos jurisdiccionales que anteceden, esta Corte determina que el consorcio BIGDIG Y ASOCIADOS, acudió ante el tribunal arbitral luego de haber transcurrido más de siete meses de sustanciación del juicio contenciosos administrativo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, por lo que era obligación ineludible observar y cumplir la disposición del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación que dice: “Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. **Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral.** En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa (...)”.

En el presente caso, el examen de la competencia plasmada en el considerando segundo del fallo impugnado, nada menciona sobre la supuesta renuncia al convenio arbitral que habría surgido tanto por haber incoado la demanda ordinaria por parte de la EMAAP-Q, así como al haber planteado la reconvencción el Consorcio BIGDIG Y ASOCIADOS, pues simplemente se limita a decir que:

“(…) La competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley, y la ley, dice que: La jurisdicción convencional nace de la convención de las partes, en los casos permitidos en la ley, (Art. 3 del Código de Procedimiento Civil) y uno de esos casos es el del arbitraje conforme lo previsto en el Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Las partes convinieron en el contrato que es materia del fallo del Tribunal Arbitral, mediante cláusula compromisoria expresa, someter las controversias provenientes del mismo a la decisión arbitral. (Cláusula 24.2) “Arbitraje: De no existir entendimiento después de veinte (20) días desde el inicio de las negociaciones directas (condición que se entenderá cumplida cuando una de las partes rechace, por escrito, la reclamación de la otra), las partes acuerdan someter las controversias al procedimiento de arbitraje en derecho y al Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito, de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación y al Reglamento de dicho Centro.”) En tal virtud se designó el Tribunal Arbitral mismo que una vez constituido en el día y hora señalado para la audiencia de sustanciación (21 de diciembre de 2009) de conformidad a lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación resolvió sobre su propia competencia”.

Asimismo, la fundamentación de la accionante en su libelo de la demanda de nulidad, ineludiblemente vinculaba a los jueces, expresar sus reflexiones acerca de la jurisdicción arbitral, toda vez que esta, forma parte esencial del orden público constitucional y consecuentemente, tiene límites objetivos, definidos por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta en su artículo 424. De allí que los legitimados pasivos no deben olvidar que la jurisdicción arbitral también aplican las normas constitucionales y en particular, los preceptos de los artículos 167 y siguientes, 190 de la Constitución, relacionados a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, cuando se encuentra sustanciando una nulidad arbitral, las judicaturas por el principio de no interferencia plasmada en los numerales 1 y 3 del artículo 168 de la Norma *ibídem*, deben considerar la protección de la jurisdicción arbitral en el ámbito de sus competencias. Por tal motivo, los jueces ordinarios estaban obligados a verificar la supuesta jurisdicción y competencia de los árbitros a la luz del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, toda vez que, esta fue una de las cuestiones controvertidas durante el proceso arbitral y nulidad.

En tal virtud, existe negligencia imputable a los legitimados pasivos en la decisión judicial cuestionada, pues, las excepciones planteadas dentro del procedimiento arbitral y posteriormente reiteradas en la acción de nulidad, no han sido debidamente examinadas por parte de la jueza y los jueces de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Por tanto, se evidencia la vulneración del artículo 75 de la Constitución de la República que establece una garantía al



acceso a la jurisdicción y ordena la imparcialidad del juez, disponiendo una tutela expedita, que a la vez, proscribe la indefensión; es decir, que los fallos sean debidamente motivados en derecho dilucidando los asuntos sometidos a conocimiento del juzgador.

El derecho a la defensa de las partes procesales

A través de este componente se permite a las partes procesales, presentar, reproducir las pruebas pertinentes antes de dictar el fallo; que la decisión judicial sea fundada en mérito de las principales cuestiones planteadas.

Revisados los autos que constan en el proceso se colige que **el fundamento del juicio de nulidad ha sido la supuesta falta de motivación en el laudo arbitral respecto a la competencia de los árbitros**, asunto que posee doble dimensión, pues ha sido invocado tanto en la jurisdicción arbitral y en la sede de nulidad como **causal**, la misma que, según alegan las legitimadas activas, fue desoída en las dos judicaturas mencionadas.

Al respecto, cabe puntualizar lo siguiente: la **causal** argüida se cataloga dentro del ámbito del derecho a la **defensa material**, pues los literales **c** y **h** del numeral 7, artículo 76 de la Constitución dice: “**c**) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (...) **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 presentes en su contra”. De esta manera, los preceptos constitucionales mencionados procuran que los justiciables sean efectivamente escuchados en sus planteamientos y valorados sus posesiones. Lo contrario sería ubicar a la parte, cuya posesión no es tomada en cuenta, en un estado de indefensión que se manifiesta cuando la persona agraviada, por acción u omisión del juez, se encuentra inerte o desamparada; es decir, sin medios jurídicos de tutela o al contar apenas con medios insuficientes para repeler la vulneración de su derecho. De ahí que no tiene sentido la existencia del juzgador si no se pronuncia sobre el o los puntos puestos a su consideración, principalmente cuando ellos pueden tener trascendencia sobre lo principal. Por tanto, para no dejar en indefensión a ninguna de las partes, los artículos 9, 19 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, establecen la obligación imperativa a los administradores de justicia, resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, acorde a lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas aportadas, las cuales obligatoriamente deberán ser valoradas por el juez en su resolución.

 En consecuencia, la motivación radica en los razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia 

a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa en todo tipo de proceso. La motivación faculta a las partes procesales conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación. Cualquier deficiencia en la motivación equivale a la inexistencia, afectando indefectiblemente a la validez del acto jurisdiccional de que se trate.

De ahí que la falta de motivación en cualquier acto jurisdiccional, constituye causal de nulidad aunque no se encuentre expresamente contemplada en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; pero se halla prevista en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto, el hecho de que no esté consagrada en la ley *ibidem*, como causal, no impide al juzgador pronunciar sobre el asunto, ya que por mandato del artículo 172 de la Norma Suprema: “Las juezas y jueces administran justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”.

En el presente caso, esta Corte observa que al atender la acción planteada por la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito (EPMAPS), los órganos jurisdiccionales en todas las instancias, desatendieron la alegación fáctica relevante que se resalta en el estudio de este acápite, pues del razonamiento de los operadores de justicia se desprende que se apartaron de los principios dispositivo y de justiciabilidad que se encuentran en el artículo 11 numeral 3 tercer inciso de la Constitución de la República, que dice: “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”. Desde esta perspectiva constitucional, las decisiones judiciales impugnadas al desestimar la demanda de nulidad del laudo arbitral, ciertamente inobservaron las garantías del debido proceso y la tutela efectiva consagrada en el artículo 75 de la Norma Suprema, que permite proteger a toda persona que ha sido lesionada en sus bienes e intereses, acudir al órgano jurisdiccional competente para obtener la tutela a que tiene derecho.

De conformidad con las consideraciones expuestas en los acápites anteriores, este Organismo concluye que la sentencia impugnada no refleja el análisis pertinente de la causal invocada, tornándose en una resolución inmotivada y diminuta, además vulneradora de los preceptos normativos constitucionales **c** y **h** referidos en el párrafo anterior de esta sentencia, al haber sido emitida apartándose del mérito de los actos procesales, sin otorgar a la accionante las garantías procesales del acceso al órgano judicial para la defensa material de sus derechos e intereses.



El rol del juez una vez dictada la sentencia, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos

Implica no permitir que las partes procesales queden en situaciones de desamparo judicial; que en la ejecución de la decisión no exista negligencia imputable al juez, que resuelva las diligencias, peticiones o recursos horizontales y verticales dentro del plazo razonable.

En el caso *sub júdice*, la sentencia impugnada niega la demanda de nulidad del laudo arbitral en tal virtud, no existe ninguna disposición judicial acerca de la obligación de hacer o no hacer, tanto más cuando esta Corte en la sentencia N.º 133-15-SEP-CC, caso N.º 0273-12-EP expedida el 29 de abril de 2015, ha manifestado lo siguiente:

En el control de constitucionalidad de la decisión judicial, si se constata la vulneración del derecho constitucional, como consecuencia, se debe dejar sin efecto la misma, con lo cual, pierde relevancia jurídica la ejecución de la sentencia de apelación. En tal virtud, ya no se puede continuar con la ejecución de dicha sentencia, quedando de *ipso facto*, sin valor jurídico todos los actos de ejecución emprendidos (...)¹⁹.

En consecuencia, resulta inoficioso continuar con el análisis de este parámetro.

Por las consideraciones que antecede, esta Corte concluye que la sentencia expedida el 30 de abril de 2012 a las 15h53, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al negar el recurso de apelación y confirmar la dictada por la presidenta de la Corte Provincial de Pichincha que rechazó la acción de nulidad del laudo arbitral emitido por el Tribunal Arbitral del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito el 03 de febrero de 2011, vulnera el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, garantizado en el artículo 75 de la Constitución de la República, en conexidad con el debido proceso en la garantía del derecho a la defensa, reconocido en el artículo 76 numeral 7 literales **c**, **h**, y **k** de la Norma *ibídem*.

Ahora bien, en armonía con el análisis que antecede, al amparo del principio de economía procesal previsto en el artículo 4 numeral 11 literales **a**, **b** y **c** de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁰, la Corte

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 133-15-SEP-CC, caso No. 0273-12-EP expedida el 29 de abril de 2015.

²⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: (...) 11. Economía procesal.- En virtud de este principio, la jueza o juez tendrá en cuenta las siguientes reglas: **a)** Concentración.- Reunir la mayor cantidad posible de cuestiones debatidas, en el menor número posible de actuaciones y providencias. La jueza o juez deberá atender simultáneamente la mayor cantidad de etapas procesales. **b)** Celeridad.- Limitar el proceso a las etapas, plazos y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias. **c)** Sancamiento.- Las situaciones o actuaciones afectadas por la omisión de formalidades pueden ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establecen.

Constitucional considera oportuno referirse a la resolución de laudo arbitral expedida el 03 de febrero de 2011 a las 10h00, por el Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, toda vez que esta, también fue objeto de la demanda extraordinaria de protección.

Examinada la parte expositiva del laudo arbitral, se deduce que las partes demandadas, la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito y la Procuraduría General del Estado cuestionaron la incompetencia del Tribunal Arbitral, aduciendo que la entidad requerida había declarado unilateralmente terminado el contrato; razón por la cual, a la fecha de la presentación de la demanda arbitral –19 de junio de 2009–, ya no existía el contrato que unía con el demandante y en consecuencia, alegaron la improcedencia de la demanda por la falta de competencia de los árbitros.

Las circunstancias mencionadas les obligaba a los árbitros, expresar sus reflexiones acerca de la jurisdicción y competencia no solo en base a la cláusula 24 del extinguido contrato ya que, el ejercicio de la potestad de administrar justicia por parte de los árbitros, por extensión, están vinculados a los preceptos y principios constitucionales y consecuentemente, tienen límites objetivos definidos por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución; es decir, los árbitros no deben olvidar que aunque el ejercicio de su poder está sujeto exclusivamente al derecho privado, también están para aplicar las normas constitucionales. Por ello, cuando se encuentra sustanciando una demanda arbitral, por el principio de no interferencia plasmado en los numerales 1 y 3 del artículo 168 de la Constitución de la República, deben verificar su jurisdicción y competencia a la luz del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, toda vez que, esta fue una de las cuestiones controvertidas durante el proceso arbitral.

Por otra parte, si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutir la facultad de controlar por razones de orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra este. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 1 de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al derecho. En este contexto, el control constitucional no queda excluido, sino que se desenvuelve a posteriori cuando se vulnera el derecho a la tutela efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros.

Por todo lo expuesto, esta magistratura constitucional observa que en el caso *sub lite*, los árbitros doctores Ramiro Borja y Borja, Carlos Solines Coronel e Iván



Rengel Espinosa, en efecto, carecían de jurisdicción y competencia para conocer y resolver la demanda arbitral en tal virtud, el laudo arbitral carece de validez, por tanto se deja sin efecto jurídico.

Otras consideraciones

A continuación, esta Magistratura realizará el examen de constitucionalidad del auto emitido el 09 de enero de 2013, por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que inadmitió el recurso de casación. En ese objetivo se plantea el siguiente problema jurídico:

El auto emitido el 09 de enero de 2013, por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que inadmitió el recurso de casación, ¿vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación previsto en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República?

Para efectos de la resolución del problema planteado, esta Corte considera someter el examen del auto *ut supra* a los criterios de razonabilidad, lógica y comprensibilidad que les caracterizan el genuino cumplimiento de la garantía de la motivación, la misma que les permite mostrar a las partes involucradas en el proceso como a la sociedad en general, que el fallo alcanzado resulta valorado, justificado, fundado en el marco del ordenamiento jurídico vigente o bien, que el fallo no ha sido producto de alguna arbitrariedad, sino conforme a la realización de la justicia.

La razonabilidad se expresa a través de los razonamientos expuestos en los autos definitivos, sentencias o resoluciones con fuerza de sentencia, cuya pertinencia proviene del análisis de los hechos comprobados y de las consideraciones jurídicas, constitucionales, legales o jurisprudenciales inherentes al caso concreto, capaces de crear una certeza jurídica cuyo objeto último es garantizar la protección de los derechos constitucionales.

Del análisis del auto se desprende que la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ejerció la jurisdicción y competencia para resolver la inadmisibilidad del recurso de casación, fundándose en los artículos 201 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial; 2, 7, 8 y 13 de la Ley de Casación, vigente al momento de la interposición y sustanciación del mencionado recurso extraordinario, lo cual demuestra que los juzgadores de casación respetaron, observaron y cumplieron el ordenamiento jurídico pertinentes al *thema decidendum*, sin que se deduzca el alejamiento de la naturaleza y objetivos del recurso de casación (considerando primero del auto).

Asimismo, en diez apartados se detalla el análisis respecto a la improcedencia del recurso de casación en los juicios de nulidad del laudo arbitral, cuyas consideraciones enfatizan la noción del proceso de conocimiento, condición *sine qua non* para admitir o inadmitir el recurso extraordinario, lo dicho, dentro del marco del precepto legal contenido en el artículo 2 de la Ley de Casación, y los precedentes jurisprudenciales de la Corte Nacional de Justicia; es decir, los conjuces nacionales explican sus razonamientos constitucionales, legales y doctrinarios por las cuales inadmiten el recurso.

Por lo tanto, la Corte Constitucional verificará si los argumentos expuestos en el auto están respaldados en normas jurídicas pertinentes aplicables al caso concreto. En efecto, en este, los legitimados pasivos consideraron lo siguiente:

SEGUNDO.- ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN (...) 2.2.- La formulación del presente recurso permite a esta Sala reiterar su opinión, sostenida ya en otros fallos, respecto de la improcedencia del recurso de casación en los juicios de nulidad de laudo arbitral (...), los suscritos jueces estimamos que la acción de nulidad del laudo arbitral se constituye en un recurso incidental respecto de arbitraje al que se sometieron las partes, entonces, la Corte Nacional de Justicia como Tribunal de Casación, no tiene competencia para conocer vía casación la acción de nulidad de un laudo arbitral, acción de nulidad que tiene como antecedente la vigencia de la decisión arbitral. Esto es, esta Sala considera que los juicios de nulidad de laudos arbitrales no son procesos de conocimiento. A fin de justificar motivadamente este aserto, es preciso estudiar la estructuración conceptual y cualidades intrínsecas de los “procesos de conocimiento”. En principio es justo reconocer que la expresión “procesos de conocimiento” no ha sido definida por el legislador, más la jurisprudencia nacional ha elaborado notables teorizaciones a su alrededor, que son fundamentales para entender su alcance e implicaciones, de cara a lo dispuesto en el Art. 2 de la Ley de Casación. Así tenemos que la Corte Suprema de Justicia consideró a los procesos de conocimiento como aquellos “de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva que tiene como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la Constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo tanto, el grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el derecho, es decir, el Juez es quien *ius dicit*. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos”. (Expediente de Casación 679. Registro Oficial 315 de 12-may-1998). Atento lo citado, es posible argumentar válidamente que los juicios de nulidad de laudos arbitrales no cumplen estas características, por lo que no pueden ser estimados como integrantes de la categoría de procesos de conocimiento en razón de lo que se expondrá a continuación. 2.3.- En principio esta Sala considera que el juicio de nulidad de laudo arbitral no tiene por objeto reconocer un derecho, ni constituir una relación jurídica, ni emitir una condena. Su fundamento se deriva de la naturaleza de los procesos arbitrales. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de diferencias de carácter privado originado a través de un acuerdo entre dos o más personas, bajo el cual se comprometen a someter la decisión de particulares una determinada disputa de naturaleza transigible que debe dictarse con respeto al debido proceso (...) Esta característica de justicia arbitral, derivada directamente del carácter voluntario de este mecanismo de solución de controversia,



conlleva a que los medios judiciales de control de las decisiones arbitrales sean restringidos, limitándose a conjurar por regla general, violaciones al derecho fundamental al debido proceso, manifestadas a través de errores in procedendo (...) El examen que debe hacer la Corte Provincial de laudo arbitral, deberá ser, siempre y en todos los casos externo, sin entrar a considerar el fondo del asunto, la parte sustantiva del laudo, sino únicamente emitiendo un juicio acerca de las formalidades esenciales y sometimiento del arbitraje a los límites del convenio. Por tanto, la Corte no debe examinar los fundamentos del fallo ni el mayor o menor grado de acierto de laudo, ya que con la acción de nulidad se impugna el fallo y no la actuación de los árbitros. Si el órgano jurisdiccional considera infundada la acción de nulidad debe desecharla de plano. Pero si la acción prospera por encontrarla fundamentada y verdadera, se pronunciará sobre la nulidad que afecta al laudo, confirmando o anulando total o parcialmente el mismo; sin poder, como ya dijimos, entrar al análisis de la aplicación del derecho sustantivo que haya efectuado el árbitro. El órgano judicial tampoco tiene competencia ni jurisdicción para emitir un nuevo laudo favorable al recurrente ni tampoco para devolverlo al Tribunal arbitral para que lo corrija, ya que la Ley de Arbitraje y Mediación no prevé el reenvío arbitral. Estas notas características, son las que hacen a esta Sala estimar que la acción de nulidad del laudo no configura la constitución de un proceso de conocimiento, puesto que si la competencia de la justicia ordinaria en este tipo de procedimientos radica exclusivamente en conocer y resolver si en el proceso arbitral existe o no el o los motivos de nulidad alegados, más no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo, se debe estimar que los jueces no declaran derechos. Esa declaración de derechos la hicieron los árbitros al momento de dictar el laudo, puesto que los juicios arbitrales, por lo regular, son procesos de conocimiento, pues en el laudo los árbitros determinan quien tiene la razón o la mayor parte de ella en la controversia que debe superarse mediante el pronunciamiento de un tercero o terceros imparciales. De ello se comprende que la Corte Nacional de Justicia, como Tribunal de Casación, no tiene competencia para conocer la acción de nulidad de un laudo arbitral; acción de nulidad que tiene antecedente la vigencia de un laudo arbitral que es a su vez producto de un pacto arbitral acordado por las partes. El arbitraje constituye un sistema de justicia cuya finalidad específica es la de conocer y decidir controversias de naturaleza transigible, que se susciten en las relaciones y negocios jurídicos en general. (...) **2.5.-** La Corte Constitucional mediante un loable pronunciamiento ayudó, en parte, a desmontar el entuerto al que la errónea interpretación del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación llevó en el pasado a los operadores de justicia. En aquel fallo (dictado dentro del proceso 008-2008-DI y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 605 de jueves 04 de junio de 2009) nuestra Corte Constitucional señaló que en tratándose de la nulidad de laudo arbitral “la ley de la materia a previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del 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 estas pueda aplicarse el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, ya que este precepto es aplicable a aquellos casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial”. La opinión de la Corte Constitucional refuerza la postura asumida por este Tribunal en el sentido que los juicios de nulidad de laudo no son procesos de conocimiento, sino procedimientos sumarísimos en los que se analiza la legalidad del procedimiento adoptado por los árbitros. En consecuencia, es criterio de esta Sala que en todos los casos es inadmisibles conocer en recurso de casación las

providencias finales emitidas en los juicios de nulidad de laudo arbitral, pues no son procesos de conocimiento. (...) **2.6.-** Con lo explicado, queda claro que la acción de nulidad de laudo arbitral no engendra un proceso de conocimiento, sino un procedimiento sumarísimo de supervigilancia de la corrección externa del trámite de laudo arbitral. (...) Del contenido del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, explicado por la Corte Constitucional en el fallo precedente, se verifica que esta acción da lugar a un procedimiento de tramitación sumaria, en el que sin entrar a la contradicción entre las partes, la Corte Provincial tiene el término de 30 días para resolver en mérito de los autos. En consecuencia, al no haberse establecido la contradicción, esto es, el hecho que esta acción se tramite sin oposición de las partes, el legislador lo que realmente estableció fue un procedimiento y por lo tanto, la resolución que dicta dicha Corte en este tipo de causas, no es de aquellas sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento (...) sic.

Del razonamiento desarrollado en el auto *ut supra*, se observa que la misma ha sido sustentada en el artículo 2 de la Ley de Casación y los precedentes jurisprudenciales constantes en la Resolución N.º 207-2003; Gaceta Judicial Serie XVII, N.º 7, página 1009.

De lo expuesto se colige que el auto impugnado cumple con el requisito de razonabilidad, pues ella enuncia disposiciones jurídicas pertinentes aplicables al *thema decidendum* de casación, garantizando de esta manera el cumplimiento de las normas; tal como lo exige el artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República.

El segundo elemento que demanda la garantía de la motivación es **la lógica**, la cual se relaciona a la coherencia que debe existir entre las premisas normativas y fácticas que componen el argumento del juzgador con la conclusión a la que llega de acuerdo a su razonamiento; es decir, el desarrollo de una decisión judicial supone un silogismo, esto es, un razonamiento jurídico por el cual se vinculan las premisas mayores (que generalmente son proporcionadas por la normativa aplicable al caso en concreto) con las premisas menores (que se encuentran dadas por los hechos fácticos en los cuales se circunscribe y fundamenta la causa) y de cuya conexión se obtiene una conclusión (que se traduce en la decisión final del proceso)²¹.

El auto en examen parte de la siguiente **premisa fáctica**, según la cual “los juicios de nulidad de laudo arbitral no cumple con la característica de un proceso de conocimiento, por lo que no pueden ser estimados como integrantes de la categoría de procesos de conocimiento” (2.2). En este aspecto, el auto luego del estudio respectivo del proceso de conocimiento, concluye manifestando que “la

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 061-14-SEP-CC de 02 de abril de 2014, publicado en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 247 de 16 de mayo de 2014, pág. 62.



acción de nulidad de laudo arbitral no engendra un proceso de conocimiento, sino un procedimiento sumarísimo de supervigilancia de la corrección externa del trámite del juicio arbitral” (2.6).

Ahora bien, las **premisas mayores** o de derecho que enlazó a la premisa descrita en el párrafo anterior, son las siguientes disposiciones jurídicas: artículo 2 de la Ley de Casación, artículos 31 y 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia antes mencionadas.

Como se puede observar, la sentencia cuestionada vincula las premisas fácticas con las premisas de derecho y dicta la resolución pertinente que dice:

(...) siendo la acción de nulidad de un laudo arbitral, un recurso incidente, respecto del arbitraje al que se ha sometido las partes y respecto del cual el Tribunal inferior, no es admisible el recurso propuesto, tanto más que la decisión objetada no resuelve sobre lo principal de la materia de arbitraje en derecho, sino que pronuncia sobre nulidades del laudo arbitral, del que la posterior Ley de Arbitraje y Mediación, no contempla el recurso extraordinario de casación. Esta Sala, con fundamento en la explicación previamente realizada, concuerda por completo con el contenido de las dos sentencias citadas y por tanto estima que en todos los casos es improcedente la impetración del recurso extraordinario de casación contra sentencias dictadas en los procedimientos sumarísimos de nulidad de laudo arbitral, pues estos no constituyen procesos de conocimiento. Por lo expuesto, la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia **INADMITE** el recurso de casación interpuesto.- Notifíquese.

En consecuencia, se puede constatar que el auto impugnado cumple con el elemento lógico de una decisión judicial, pues guarda una estructura coherente entre los elementos fácticos que componen el caso expuesto en la resolución y las normas jurídicas aplicadas a la misma y que justifican la decisión, de modo que la conclusión de inadmitir el recurso de casación en los juicios de nulidad de laudo arbitral, tiene su fundamento constitucional, legal, doctrinario y jurisprudencial.

Finalmente, sobre el elemento que se refiere a **la comprensibilidad**, esta consiste en el uso de un lenguaje claro y pertinente que permita una completa y correcta comprensión de las ideas contenidas en la resolución, se puede comprobar que en el caso *sub judice* el auto impugnado se encuentra redactado de manera clara, inteligible y asequible pues utiliza un lenguaje sencillo y al guardar en su análisis la debida coherencia y consistencia en las premisas que lo conforman la convierten en una decisión judicial de fácil entendimiento, por lo que cumple con este requisito.

Finalmente, cabe reiterar que de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Casación, la Sala de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia en esta fase,

únicamente, realiza el estudio de admisibilidad a trámite del recurso extraordinario de casación, siempre y cuando cumpla o concurran los presupuestos establecidos en los artículos 2, 4, 5 y 6 de la Ley de Casación; es decir, se trata de un examen autónomo, propio de la naturaleza del proceso, a fin de declarar y confirmar su procedencia. En tal virtud, ese organismo al considerar jurídicamente que la sentencia objeto de casación no provino de un proceso de conocimiento, simplemente se limitó a inadmitir a trámite. Por lo expuesto, las consideraciones realizadas por los jueces nacionales estuvieron enmarcadas según las normas claras y publicas siendo acertada la cuestionada decisión. Por lo tanto, este auto no tiene influencia en la adopción de las sentencias de instancias ordinarias.

III. DECISIÓN

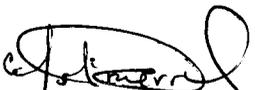
En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, expide la siguiente:

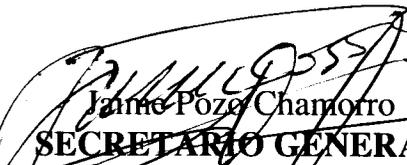
SENTENCIA

1. Declarar la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses y de la defensa.
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección presentada.
3. Como medidas de reparación integral, esta Corte dispone:
 - 3.1. Dejar sin efecto la sentencia expedida el 30 de abril de 2012 a las 15h53, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación N.º 826-2011-ro.
 - 3.2. Dejar sin efecto la sentencia expedida el 23 de agosto de 2011, por la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la causa N.º 042-2011.
 - 3.3. Dejar sin efecto el laudo arbitral expedido por los árbitros Ramiro Borja y Borja, Carlos Solines Coronel e Iván Rengel Espinosa, el 03 de febrero de 2011 a las 10h00, dentro del caso N.º 010-2009, con todos sus efectos y actos ulteriores generados como consecuencia de la ejecución del fallo, y se dispone el archivo de la causa.



4. Notifíquese, publíquese, cúmplase.

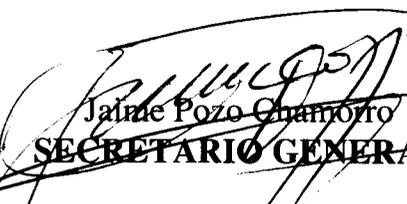

Wendy Molina Andrade
PRESIDENTA (e)


Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con cinco votos, de las señoras juezas y señores jueces: Antonio Gagliardo Loo, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Wendy Molina Andrade, un voto concurrente de la jueza Tatiana Ordeñana Sierra, sin contar con la presencia de los jueces Marcelo Jaramillo Villa, María del Carmen Maldonado Sánchez, Alfredo Ruiz Guzmán y Patricio Pazmiño Freire, en sesión de 16 de septiembre de 2015. Lo certifico.

JPCH/mbm/mbv




Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

CASO Nro. 0880-13-EP

RAZÓN.- Siento por tal, que la Jueza Wendy Molina Andrade, suscribió la presente sentencia el día viernes 23 de octubre del 2015, en calidad de Presidenta (e) de la Corte Constitucional, al momento de expedirse la misma.- Lo certifico.


Jaime Pozo Chamorro
Secretario General

JPCH/LFJ



**VOTO CONCURRENTENTE DE LA JUEZA TATIANA ORDEÑANA SIERRA A LA
SENTENCIA DEL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA CAUSA
N.º 0880-13-EP**

En el presente caso, el Pleno de la Corte Constitucional declaró la existencia de vulneración a derechos constitucionales y, consecuentemente, aceptó la acción extraordinaria de protección. Por tanto, en virtud de lo consagrado en los artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, concuro con mi voto a aceptar la acción extraordinaria de protección, pero estimo que la Sala pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta los nuevos estándares en materia de seguridad jurídica y pronunciamientos respecto al procedimiento arbitral y la acción de nulidad de laudos arbitrales que ha vertido este organismo.

Entonces, desde mi perspectiva, el análisis y resolución de la acción extraordinaria de protección en el caso N.º 0880-13-EP debió considerar los fundamentos y argumentos que a continuación me permito exponer.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte Constitucional

El Pleno de la Corte Constitucional, según las atribuciones establecidas en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, y el artículo 58 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es competente para conocer y pronunciarse sobre la acción extraordinaria de protección contenida en la causa N.º 0880-13-EP, a fin de determinar si la decisión judicial dictada el 30 de abril de 2012, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, vulneró o no los derechos constitucionales alegados por la legitimada activa.

Legitimación activa

La peticionaria se encuentra legitimada para presentar esta acción extraordinaria de protección, en virtud de cumplir con los requerimientos enunciados en el artículo 437 de la Constitución de la República, los mismos que expresan que las acciones constitucionales se podrán presentar por cualquier ciudadana o ciudadano, individual o colectivamente, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Naturaleza jurídica de la Acción Extraordinaria de Protección

La acción extraordinaria de protección procede en contra de sentencias, autos en firme o ejecutoriados, y resoluciones judiciales que pusieren fin al proceso; en esencia, la Corte Constitucional, por medio de esta acción excepcional, se pronunciará respecto a dos cuestiones principales: la vulneración de derechos constitucionales sustanciales o la violación de normas del debido proceso.

La Corte Constitucional, respecto a esta garantía jurisdiccional, expresó previamente que:

“(...) La acción extraordinaria de protección se incorporó para tutelar, proteger y remediar las situaciones que devengan de los errores de los jueces... que resulta nueva en la legislación constitucional del país y que responde, sin duda alguna, al anhelo de la sociedad que busca protección efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, puesto que así los jueces ordinarios, cuya labor de manera general radica en la aplicación del derecho común, tendrían un control que deviene de jueces constitucionales en el más alto nivel, cuya labor se centraría a verificar que dichos jueces, en la tramitación de las causas, hayan observado las normas del debido proceso, la seguridad jurídica y otros derechos constitucionales, en uso del principio de la supremacía constitucional (...)”¹.

En este contexto, la acción extraordinaria de protección se origina como un mecanismo de control respecto a la constitucionalidad de las actuaciones de los órganos judiciales; en lo que compete al presente caso, a la actuación de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, cuya decisión judicial se impugna, la misma que, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, conferida constitucional y legalmente, administra justicia y se encuentra llamada a

¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 193-14-SEP-CC, caso N.º 2040-11-EP.





asegurar que el sistema procesal tiene que ser un medio para la realización de la justicia y hacer efectivas las garantías del debido proceso.

En tal virtud, la Corte Constitucional, en razón de lo prescrito en el artículo 429 de la Constitución de la República, en el trámite de una acción extraordinaria de protección debe constatar que, efectivamente, las sentencias, autos y resoluciones con fuerza de sentencia se encuentran firmes o ejecutoriados y que, durante el juzgamiento, no se vulneró por acción u omisión el derecho constitucional al debido proceso u otro derecho constitucional.

Finalmente, este máximo órgano de interpretación constitucional considera oportuno recordar que la acción extraordinaria de protección no es una "instancia adicional", es decir, a partir de ella no se puede pretender el análisis de asuntos de mera legalidad propios e inherentes de la justicia ordinaria. Por lo tanto, no se puede entrar a analizar, menos aún resolver, cuestiones eminentemente legales. El objeto de su análisis se dirige directamente a la presunta vulneración de derechos constitucionales y normas del debido proceso en el curso de la decisión judicial impugnada.

Análisis constitucional

La Corte Constitucional en el presente caso, deberá determinar si la decisión impugnada ha vulnerado los derechos constitucionales alegados por la accionante, ante lo cual, responderá el siguiente problema jurídico:

La sentencia dictada el 30 de abril de 2012, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al negar el recurso de apelación y confirmar la decisión judicial dictada por la presidenta de la Corte Provincial de Pichincha que rechazó la acción de nulidad del laudo arbitral, ¿vulneró el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República?

Previo a realizar el análisis respecto al derecho alegado como presuntamente vulnerado en la demanda de acción extraordinaria de protección, una vez que la decisión impugnada proviene de la presentación de una acción de nulidad de laudo arbitral, es necesario establecer la naturaleza y alcance del procedimiento arbitral y

de la acción de nulidad del laudo expedido en el mismo, a fin de señalar el marco de acción de los jueces de instancia mediante los cuales debían resolver el procedimiento puesto a su conocimiento.

Es así que, la sección octava de la Constitución de la República, en el artículo 190, establece que:

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

De conformidad con la norma transcrita, se reconoce constitucionalmente la facultad de los medios alternativos de solución de conflictos, entre los cuales se encuentra el arbitraje, como mecanismos paralelos para administrar justicia, debiendo sujetarse al ordenamiento legal pertinente, estableciendo como su marco de aplicación, las pretensiones sobre las cuales se pueda transigir.

El artículo 17 del Código de Procedimiento Civil², señala que los árbitros ejercen jurisdicción convencional, es decir, proveniente del acuerdo de las partes. Por otra parte, el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado posteriormente al Código de Procedimiento Civil, menciona que “Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”.

Las normas previamente invocadas, reconocen la facultad de los árbitros de juzgar, es decir, administrar justicia, sin gozar de la facultad de ejecutar lo juzgado, tal como lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 32³, debiendo acudir ante los jueces ordinarios para el cumplimiento coercitivo de los laudos arbitrales.

En ese sentido, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, indica que 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*

² Código de Procedimiento Civil, artículo 17.- Ejercen jurisdicción convencional los jueces árbitros.

³ Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 32.- Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

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



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

Por lo dicho, se desprende el reconocimiento constitucional y legal de procedimiento arbitral como mecanismo de solución alternativa de conflictos en nuestro país y la legitimidad que ostentan las decisiones expedidas por los árbitros legalmente constituidos para administrar justicia.

Es así que, el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, respecto a los laudos arbitrales, señala lo siguiente:

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

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.”. (El subrayado es nuestro).

La referida norma menciona expresamente que contra las decisiones arbitrales no cabe recurso de apelación ni otro que no establezca la ley, sino únicamente de aclaración y ampliación, en los términos señalados, una vez que son contrarios a la naturaleza del arbitraje; en efecto, el legislador pretendía evitar que la justicia alternativa o convencional se emparente con la justicia ordinaria, impidiendo de esta manera, que la parte perjudicada por el laudo interponga recursos que trasladen el proceso arbitral a la justicia ordinaria.

Las partes, al someterse a una justicia convencional y no a la ordinaria, se obligan a acatar las reglas y procedimientos, siendo una de estas la inapelabilidad e inimpugnabilidad de los laudos, comprometiéndose a no interponer recurso alguno en el proceso, a más de los permitidos por la ley.

Por tal motivo, ante la inexistencia del recurso de apelación al laudo arbitral, producto del convenio de las partes de someterse al arbitraje, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, el legislador, en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece la posibilidad de presentar una acción especial de

nulidad contra laudos arbitrales bajo causales taxativas referidas en el mismo, por lo que es pertinente citar la norma referida a continuación:

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

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

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.

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 notificación.”.

En ese contexto, se fijan cinco causales específicas que facultan al juez pertinente a revisar el laudo arbitral expedido, mas no a conocer sobre pretensiones distintas a las taxativamente señaladas, una vez que se encuentran fuera de sus competencias al no ser un recurso de apelación.

En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencias previas⁴ ha considerado que la acción de nulidad del laudo arbitral no es un recurso ordinario o extraordinario exigido para presentar la acción extraordinaria de protección, de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto al requisito de la *“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”.*

Al respecto, este máximo Tribunal de interpretación constitucional mencionó lo siguiente:

“ (...) Es necesario diferenciar que la vulneración a derechos constitucionalmente reconocidos o al debido proceso puede producirse por la actuación del órgano jurisdiccional, como analizará oportunamente esta Corte, que efectúa el control judicial del laudo, pero también por el tribunal arbitral o árbitro que sustancia el proceso arbitral. Así, desde un análisis general al sistema arbitral, esto no obsta a que los laudos arbitrales se encuentren expuestos a incurrir en vulneraciones constitucionales que requieran ser enmendadas mediante la acción extraordinaria de protección como mecanismo extraordinario. (...).”⁵.

A partir de la cita referida, se señala que esta Corte diferencia las causales que pueden ser analizadas de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, relativas al control judicial de los laudos, determinando que existen causales que pueden no ser objeto de revisión a través de la acción de nulidad de los laudos, sino directamente sujetas a revisión constitucional por parte de la Corte Constitucional, a través de la acción extraordinaria de protección.

⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencias N.º 123-13-SEP-CC, caso N.º 1542-11EP y N.º 113-15-SEP-CC, caso N.º 0543-14EP.

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 123-13-SEP-CC, caso N.º 1542-11EP.

Los argumentos mencionados son pertinentes para determinar la naturaleza de la acción de nulidad, que faculta a los jueces competentes a realizar el control judicial del laudo, únicamente respecto de las causales contenidas expresamente en la Ley de Arbitraje y Mediación, y, en caso de que existan vulneraciones constitucionales que no puedan ser revisadas a través de control judicial, por no ser de su competencia, se pueda presentar acción extraordinaria de protección de forma directa contra el laudo arbitral.

El objeto de la acción de nulidad, como medio de impugnación extraordinario al procedimiento arbitral, debe entrar a conocer las causales debidamente expresadas en el escrito de interposición de la acción y contrastarla con las causales de nulidad taxativamente establecidas en la ley, siendo este un examen a posteriori de los errores *in procedendo* de la decisión, por lo que no puede, en razón de su competencia legalmente señalada para tal efecto, entrar a analizar cuestiones para las cuales no fueron expresamente facultados.

Las competencias exclusivas y taxativas del órgano encargado del control judicial de los fallos se asemejan a las de la Corte Nacional de Justicia, la cual, al resolver los recursos de casación presentados, debe ceñirse expresamente, por la formalidad del mismo, a lo establecido en las normas de la Ley de Casación que la facultan a revisar las decisiones de instancia, como lo señaló esta Corte en la sentencia citada a continuación:

*“(...) la casación es un recurso extraordinario cuya procedencia se encuentra condicionada por lo dispuesto en la Ley de Casación y la normativa pertinente a cada caso. En tal sentido, su principal característica es ser un recurso estrictamente formal que tiene determinados condicionamientos para su procedencia. Así, el objeto del recurso de casación es corregir los posibles errores de derecho en la sentencia, auto o providencia de la que se trate. (...)”.*⁶

Es así que, una vez que la nulidad del laudo arbitral no constituye apelación sino una acción independiente que permite el control judicial de las decisiones que emanen de los árbitros, de acuerdo a las competencias otorgadas por ley, esta Corte deberá verificar si los jueces competentes se ceñeron a actuar de acuerdo a sus facultades, debiendo realizar el respectivo contraste para verificar si el escrito de acción de nulidad se fundamenta en las causales legales pertinentes y posteriormente verificar si las causales alegadas concuerdan con lo ocurrido en el procedimiento arbitral impugnado.

⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 143-14-SEP-CC, caso N.º 2225-13-EP.



Establecido lo anterior, previo a responder el problema jurídico que se plantea, es preciso afirmar que el derecho a la seguridad jurídica constituye una garantía consustancial en nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, cuya legitimidad encuentra fundamentación en nuestra carta magna cuando se garantiza el acatamiento a los preceptos enunciados explícitamente como tales, y el respeto a la aplicación de normas jurídicas previas, claras y públicas por parte de las autoridades competentes. Es decir, supone la expectativa razonablemente fundada de los ciudadanos en saber la actuación de los poderes públicos en aplicación de las normas legales que integran nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación al derecho a la seguridad jurídica, establece que este *"(...) se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."*

Esta Corte ha señalado sobre el derecho a la seguridad jurídica que *"(...) constituye el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos, pues brinda a las personas certeza de que la aplicación normativa se realizará acorde a la Constitución y que las normas aplicables al caso concreto han sido determinadas previamente, son claras y públicas, y aplicadas únicamente por autoridad competente. Solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que garantizan el acceso a la justicia y una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses (...)"*⁷.

De tal forma, la seguridad jurídica representa la certeza del cumplimiento de normas claras y públicas contenidas en el ordenamiento jurídico, las mismas que deben ser aplicadas por la autoridad competente en concordancia con la Constitución de la República, constituyéndose tal garantía en un mecanismo de defensa que asegura un trato igual de todos los ciudadanos ante la misma, frente a los posibles abusos de los órganos del Estado.

La citada garantía tiene relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales, estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano,

⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 121-13-SEP-CC, Caso N° 0586-11-EP.

generando certeza respecto a una aplicación normativa, acorde a la Constitución, del resto de normas que formen parte del ordenamiento jurídico del país.⁸

En ese sentido, el Estado, como ente regulador de las relaciones en sociedad, no solo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de brindar “seguridad jurídica” al ejercer su poder estatal. La citada garantía debe otorgarse por el estado al individuo, para que su integridad, bienes y derechos no sean transgredidos, y si esto llegara a producirse, le sean restaurados a través de la normativa constitucional y legal existente aplicada por las autoridades competentes; en resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente, mediante el respeto a la Constitución y en la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes.

Al respecto, es preciso señalar que una de las formas de garantizar el derecho a la seguridad jurídica y por ende garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes es el principio de legalidad, así lo sostuvo la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en la sentencia N.º 015-10-SEP-CC al manifestar que:

*“Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones como: el principio de la legalidad, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...)”.*⁹

El citado principio se encuentra establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, que prescribe: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)”.*

Así, sobre la relevancia que tiene este derecho en el ordenamiento jurídico y en los procesos judiciales, en la sentencia N.º 153-14-SEP-CC, dictada dentro del caso N.º 1540-13-EP, esta Corte expuso lo siguiente:

⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 0016-13-SEP-CC, caso N.º 1000-12-EP

⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 015-10-SEP-CC, Caso N.º 0135-09-EP.





“(...) El derecho constitucional a la seguridad jurídica garantiza la previsibilidad del derecho, a través del respeto a la Constitución de la República como la norma suprema que rige todo el ordenamiento jurídico, así como también mediante la aplicación de la normativa correspondiente a cada hecho concreto. De esta forma, este derecho es de fundamental importancia dentro del Estado constitucional de derechos y justicia social, puesto que tiene una doble función, por un lado establecerse como una obligación de toda autoridad competente y por otro, como un derecho de todas las personas, que puede ser exigido en cualquier momento y dentro de todo ámbito. (...)”.

En aplicación del mismo, la Corte Constitucional debe identificar en el presente problema jurídico, si el derecho a la seguridad jurídica se transgredió por las autoridades jurisdiccionales, al resolver las controversias sometidas a su conocimiento, siendo su obligación la de observar la normativa vigente aplicable al caso concreto.

En ese sentido, la accionante, en relación a la resolución impugnada, cuestionó los argumentos vertidos por los jueces de la sala como sustento para desechar la apelación a la negativa de declaratoria de nulidad de laudo arbitral, respecto a la causal de falta de competencia del tribunal arbitral para conocer y resolver la demanda arbitral, una vez que los jueces consideraron que no se subsume a las causas de nulidad del laudo arbitral establecidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; y, que no puede considerarse a la falta de competencia como un componente que implique carencia de motivación; por tanto, bajo los citados argumentos negó el recurso de apelación presentado.

En este punto, es preciso hacer referencia nuevamente a la naturaleza del caso puesto en conocimiento de la Sala, esto es, un proceso de apelación a la decisión de negar la demanda por acción de nulidad de laudo arbitral.

Como se mencionó previamente, en la acción de nulidad, y por tanto, en la apelación a la misma, corresponde a los jueces de instancia y apelación el control judicial de los laudos respecto a las causales establecidas taxativamente en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, limitándose a examinar la parte procedimental y adjetiva del fallo, contenida en la norma citada que le otorga competencia para revisar extraordinariamente un laudo, que de acuerdo a la ley es inapelable.

Con base en la norma citada, la sala debió analizar si las alegaciones presentadas por el recurrente, se enmarcaban dentro de las causales señaladas expresamente

por la ley, y, de enmarcarse dentro de estas, comprobar la veracidad de las mismas, a fin de determinar si procedía la acción de nulidad de laudo arbitral presentada.

En lo referente a la problemática a ser resuelta, el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece el procedimiento y causales de nulidad de laudos arbitrales, cuestión que debió haber sido analizada de modo central en la sentencia del tribunal de apelación y su confrontación con las actuaciones procesales, no correspondiendo extender su deliberación hacia otros aspectos distintos a los referidos en el artículo anterior.

Es así que esta Corte Constitucional considera necesario recordar que los derechos y principios constitucionales deben ser invocados bajo el entendido de una Constitución que al ser altamente garantista debe procurar el mejor y más efectivo ejercicio de los derechos constitucionales en un contexto técnico, integral y que observe de modo objetivo las cuestiones controvertidas para cada caso, una vez que los jueces, respetando la Constitución, deben ceñirse al ámbito de sus competencias. De acuerdo con lo anterior, es pertinente analizar los argumentos señalados por la accionante respecto a las vulneraciones constitucionales producto de la decisión judicial analizada a fin de determinar si existió vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica.

La decisión analizada, respecto a la causal de carencia de motivación del laudo arbitral, concerniente a la incompetencia del tribunal arbitral para resolver el proceso, mencionó, en el numeral segundo lo siguiente:

“SEGUNDO: Los recurrentes, como primer fundamento de su acción de nulidad del laudo, invocan falta de motivación y como parte de esta aducen la falta de competencia del tribunal arbitral para conocer y resolver la demanda arbitral. (...) Las causas de nulidad del laudo arbitral están determinadas taxativamente en el artículo 31 de La Ley de Arbitraje y Mediación y la invocada por el recurrente no se subsume a la casuística de la disposición legal invocada; sin embargo constituyendo una garantía del debido proceso (Art. 76 No. 7 letra l) de la Constitución de la República) la motivación de los fallos es preciso considerar que según lo que la propia disposición constitucional determina lo que es la motivación, mal puede considerarse a la falta de competencia como un componente de ésta. (...)”.

La legitimada activa, dentro de la demanda de acción extraordinaria de protección, impugnó el referido argumento, alegando que vulneró sus derechos constitucionales de la siguiente forma:



“(…)Sin perjuicio de la motivación como garantía constitucional, la Sala realmente no examina si tal motivación existió en relación a la competencia declarada por los árbitros, sino que simplemente y de manera sorprendente se limita a señalar que la falta de competencia mal puede estar inmersa en la motivación y concluye sin mayor análisis que el laudo cumple con las exigencias de la motivación; lo cual revela la errada motivación respecto de la incompetencia alegada nunca fue realmente examinada para asegurar el cumplimiento de la garantía de la motivación, que a su vez conlleva a que, en efecto, la incompetencia que también se encuentra recogida en el literal k) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, esto es, a ser juzgado por juez competente, tampoco sea garantizada por la Sala que conoció la apelación. (...)”.

A partir de los argumentos previamente referidos, corresponde a esta Corte determinar si la Sala, dentro del marco de sus competencias, inobservó la normativa vigente aplicable al caso concreto, correspondiente a la acción de nulidad de laudo arbitral.

Del texto transcrito, mediante el cual la sala resolvió el pedido de nulidad del laudo arbitral por carencia de motivación del tribunal arbitral al determinar que eran competentes para conocer y resolver sobre la demanda arbitral presentada, estableció como argumentos los siguientes: 1) Que la falta de competencia del tribunal arbitral para conocer y resolver la demanda arbitral consagrada constitucionalmente, no se subsume a las causas de nulidad del laudo arbitral establecidas en el art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; 2) Que no puede considerarse a la falta de competencia como un componente que implique carencia de motivación.

En relación al primer argumento, esta Corte, basándose en los argumentos previamente referidos respecto a la naturaleza de la acción de nulidad de laudo arbitral, debe reiterar que la acción presentada, por su carácter procedimental especial, debe versar sobre las causales legales señaladas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que son las siguientes: *“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.”.

En referencia a este argumento, La Corte Suprema de Justicia, en precedente jurisprudencial determinó lo siguiente:

(...) 3.3. La mencionada norma de la Ley de Arbitraje y Mediación preveía entonces y prevé ahora las causales para intentar la acción de nulidad del laudo, relativas, únicamente, a vicios de procedimiento en el arbitraje y al de extra petita (cuando se deciden puntos que no fueron materia del litigio arbitral) o ultra petita (cuando se resuelve más de lo pedido) en el laudo; la existencia de los vicios del procedimiento, al igual que del vicio extra o ultra petita que se denuncien en el respectivo libelo de nulidad de laudo arbitral, puede y debe ser constatada por el juzgador (una de las Salas de la respectiva Corte Superior -antes- y el Presidente de la respectiva Corte Superior -ahora) directamente en el proceso arbitral que le es remitido por el tribunal arbitral.- (...) Vale la pena volver a señalar que no corresponde a esta Sala, atenta la naturaleza de la acción de nulidad de laudo recogida en las causales constantes en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, analizar si el Tribunal arbitral hizo bien o mal en acoger los principios y las bases legales que fundamentaron su decisión, porque dicha acción de nulidad de laudo no comporta un recurso de alzada contra la resolución arbitral adoptada (...) Sobre que la cláusula compromisoria no admitía que el Tribunal arbitral fallará sobre la terminación del acuerdo operativo, esta Sala considera que ese es un asunto de competencia del Tribunal arbitral que nada tiene que ver con las causales de la acción de nulidad de laudo arbitral previstas en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que, como se ha dicho, se refieren a determinados vicios del procedimiento arbitral y al eventual carácter extra o ultra petita del laudo arbitral. Además, cabe recordar que de conformidad con el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Tribunal arbitral es el único competente para decidir su competencia sobre el asunto que se le somete a resolución, decisión que tuvo lugar en la audiencia de sustanciación, dentro del procedimiento arbitral (fs. 614 a 620), debiéndose anotar que la terminación del acuerdo operativo sí fue parte de la reconvencción presentada por PACIFICTEL S. A. (fs. 154) por lo que es imprecisa la afirmación que en sentido contrario realiza la





parte actora en su libelo de nulidad de laudo arbitral.-"¹⁰.(El subrayado es nuestro).

El referido razonamiento, fue reconocido posteriormente por la actual Corte Nacional de Justicia, que en sentencia señaló lo siguiente:

" (...) La Sala advierte que las causales taxativas de nulidad de laudo arbitral, contempladas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, son de omisión de solemnidades y formalidades que no requieren sino el examen del proceso arbitral por parte del Presidente de la Corte Provincial, para su constatación; y, por ello en la ley se ha previsto para la acción de nulidad de laudo arbitral un trámite sumario especial, cuestión que es reconocida en la Introducción a la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre del 2006, en la que, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional, en referencia a las reformas introducidas al artículo 31, manifiesta: "se sustituyen los incisos segundo y séptimo por un solo inciso relacionado a la interposición del recurso de nulidad respecto del laudo arbitral y su procedimiento..." (...)¹¹". (El subrayado es nuestro).

De los precedentes jurisprudenciales previamente citados, se evidencia la línea interpretativa mantenida en el tiempo de la anterior Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia, respecto a la naturaleza de la acción de nulidad del laudo, al establecer que las causales taxativas establecidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, correspondientes a vicios del procedimiento al igual que vicios extra y ultra petita, no requieren sino el examen o constatación del proceso arbitral para su comprobación.

En virtud de lo anterior, una vez que el argumento en relación con la falta de competencia del tribunal arbitral, no se encuentra entre las causales procesales taxativamente determinadas previamente, la sala, al no estar facultada para revisar

¹⁰ Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, dentro del juicio No. 113-2006 ER, expediente de Casación 242, Registro Oficial Suplemento 542 de 06 de marzo del 2009.

¹¹ Sentencia de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, dentro del juicio No. 139-2009, expediente de Casación 539, publicada en el Registro Oficial Suplemento 344 del 04 de octubre de 2012.

alegaciones que no se enmarquen dentro de las mismas, debió determinar con claridad la imposibilidad de examinar cuestiones fuera de sus competencias.

Es menester señalar que el análisis de la motivación respecto a causales que no se encuentran dentro de las competencias de revisión de la Sala, implicaría conocer sobre aspectos de fondo del procedimiento arbitral fuera de sus facultades, lo cual vulneraría el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82, al incumplirse lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; y el derecho al debido proceso, respecto a los numerales 1 y 7 literales k y l, por no garantizarse el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, por ser un juez incompetente para conocer sobre causales distintas a las legalmente establecidas y carecer el análisis realizado de motivación.

El derecho del debido proceso en la garantía de la motivación de las decisiones de los poderes públicos, consagrada en el artículo 76 numeral 7 literal l), no implica como señala la accionante, que los tribunales revisen cuestiones que se encuentren fuera de sus competencias, sino que dentro de las mismas analicen la motivación de los argumentos que de acuerdo a sus facultades constitucionales y legales están permitidos de realizar; en el presente caso, la acción de nulidad no es el mecanismo que permite examinar cuestiones fuera de las referidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo cual, esta Corte, para el Control Constitucional de los laudos arbitrales, faculta a las partes, como se señaló anteriormente¹², a presentar la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales que vulneren derechos constitucionales, al no ser la acción de nulidad de laudo arbitral el mecanismo eficaz e idóneo para examinar transgresiones constitucionales que no se encuadren en las causales legales sujetas a su revisión.

En función de lo anterior, respecto al caso concreto, el tribunal correspondiente, al establecer en un principio que las causas de nulidad se encuentran determinadas taxativamente en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación y la señalada por la recurrente no se subsume en la casuística de la disposición legal invocada, cumplió con la normativa vigente aplicable al caso concreto, una vez que analizó la causal requerida y, por no enmarcarse en las pertinentes a la acción revisada, no procedió a examinar por encontrarse fuera de sus competencias.

La referida argumentación fue contradicha posteriormente por el mismo tribunal, al establecer que según la propia disposición constitucional referente a la motivación,

¹² Corte Constitucional del Ecuador, sentencias N.º 123-13-SEP-CC, caso N.º 1542-11EP y N.º 113-15-SEP-CC, caso N.º 0543-14EP





consagrada en el artículo 76, numeral 7 literal 1, no puede considerarse a la falta de competencia como un componente que implique carencia de motivación; en ese sentido, se evidencia que a través del argumento citado, el tribunal, contraría el razonamiento mencionado en el párrafo anterior, una vez que examina la causal de incompetencia del tribunal arbitral por no existir motivación en el laudo arbitral, cuestión que como se estableció previamente, no correspondía a los jueces revisar por encontrarse fuera de sus competencias, inobservando lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En conclusión, en relación a la revisión sobre la pertinencia de las normas constitucionales y legales utilizadas u omitidas como fundamento de la decisión judicial impugnada, concernientes a la revisión de la causal de incompetencia del tribunal arbitral y la inexistencia de motivación de la misma en el laudo arbitral analizado, es verificable que las mismas no responden a la naturaleza de la causa a ser resuelta.

Por las consideraciones que anteceden, esta Corte concluye que la sentencia expedida el 30 de abril de 2012, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al negar el recurso de apelación y confirmar la sentencia dictada por el la Presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, vulneró el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República.

DECISIÓN

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

SENTENCIA

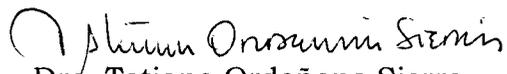
- 1.** Declarar la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica, previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República.
- 2.** Aceptar la acción extraordinaria de protección presentada.

3. Como medidas de reparación integral, se dispone lo siguiente:

3.1. Dejar sin efecto la sentencia dictada el 30 de abril de 2012, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del recurso de apelación signado con el N.º 826-2011-RO, y posteriores actuaciones como consecuencia de la misma.

3.2. Retrotraer el proceso el N.º 826-2011-RO, hasta el momento en que se planteó la apelación, a fin de que se proceda a sortear nuevamente a una de las Salas de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, a fin de que conozca el recurso de apelación a la acción de nulidad planteado en contra del laudo arbitral, resolviendo en sentencia lo que corresponda en el marco del procedimiento y normativa previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación para la nulidad de laudos arbitrales, en observancia de lo determinado en la presente decisión.

4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.


Dra. Tatiana Ordeñana Sierra
JUEZA CONSTITUCIONAL

3. Roque Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos del acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”

Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario

ROQUE J. CAIVANO

1. La jurisdicción arbitral y el alcance subjetivo del acuerdo arbitral

Ya no se discute que los árbitros ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional equivalentes a las de los jueces.¹ Ello significa, en concreto, que conocen de las cuestiones sometidas a ellos en términos similares a los magistrados del Poder Judicial, y que las decisiones que adoptan en uso de sus facultades, una vez firmes, adquieren el efecto de cosa juzgada.² En el caso del laudo, específica-

¹ A modo de ejemplo, puede citarse un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se explicó que «...aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos...». Del voto del ministro Augusto César Belluscio, Corte Suprema, 31/05/1999, in re Rocca, J. C. c. Consultara S.A., Rev. Fallos 322:1100.

² «El árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho, actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la ley vigente reserva a los tribunales civiles». Tribunal Constitucional Español, auto del 28/10/1993, Rev. Actualidad Jurídica Aranzadi, N° 126.

mente, su cumplimiento forzado se persigue por los procedimientos previstos para la ejecución de sentencias judiciales. Es consecuencia de ello que la estipulación de una cláusula arbitral implica la exclusión de la jurisdicción judicial: pactado el arbitraje, las partes otorgan a los árbitros potestades jurisdiccionales, renunciando a ser juzgadas por los tribunales ordinarios.³

El acuerdo arbitral tiene naturaleza convencional, por lo que resulta aplicable a su respecto lo dispuesto en materia de contratos. En el tema que nos ocupa, el principio es el contenido en el artículo 1199 del Código Civil, conforme el cual los contratos sólo obligan y producen efectos entre las partes. Este principio se funda —en general— en que la fuerza obligatoria de los contratos tiene fundamento en la voluntad de las partes y, por consiguiente, no puede tener eficacia ni producir efectos respecto de quienes no han prestado su consentimiento. En el caso del acuerdo arbitral en particular, ese principio tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales judiciales.

La voluntad de las partes de someterse a arbitraje es, precisamente, la base de la justificación constitucional que la Corte Suprema de Justicia argentina ha hecho de la jurisdicción arbitral.

Así, ha dicho que «La fuerza obligatoria de la cláusula contractual que prevé la intervención de árbitros en las diferencias que pudieran surgir entre las partes, resulta de lo dispuesto en el artículo 1197 del Código Civil» y que «La convención que somete a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica, inhabilita a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos»; por ello «El artículo 18 de la Constitución

³ Al resolver que las decisiones de la jurisdicción arbitral, libremente pactada por los interesados, son insusceptibles de recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, este tribunal hizo notar que la preexistencia de un acto voluntario de adhesión al arbitraje comporta renuncia a la vía judicial. CSJN, 1963, in re Pedraza, Fausto René c. Pedraza de Molina, Fanny Esther, Rev. Fallos 255:13. En fecha reciente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires juzgó que «la procedencia de la jurisdicción arbitral se encuentra sujeta a la voluntad de los interesados quienes, mediante una cláusula compromisoria, pueden renunciar a la jurisdicción de los tribunales ordinarios y someterse a la primera. Los particulares pueden de ese modo sustraerse de la jurisdicción ejercida por órganos estatales...». CNCom., sala E, 19/04/2005, in re Patrón Costas, Marcelo c. International Outdoor Advertising Holdings Co., Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, ed. Lexis-Nexis, Newsletter 18/07/2005.

Nacional se refiere al caso de un litigante al que se haya formado una comisión o se le haya designado un juez especial para que lo juzgue, situación que no es equiparable a la de los árbitros elegidos por las partes».⁴

En otro caso, sentenció que «La preexistencia de un acto voluntario de adhesión, aceptación o sometimiento a la intervención de árbitros, autoriza a declarar que no existe agravio al derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. Este derecho es también renunciable por parte de quien, habiendo podido optar entre la vía judicial y la administrativa, elige esta última», y que «La intervención de los árbitros —sean o no órganos administrativos— con facultades para decidir irrevisiblemente las cuestiones que les son sometidas, es válida y no contraría los artículos 1° y 18 de la Constitución Nacional, toda vez que los interesados hayan consentido los respectivos procedimientos, o cuando, con anterioridad a éstos, la jurisdicción arbitral haya sido convenida o aceptada inequívocamente por la parte que más tarde pretende desconocerla invocando su inconstitucionalidad».⁵

Ello no obstante, hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte *stricto sensu* del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de «terceros», que por alguna razón pueden considerarse «asimilados a las partes». Tal es, por ejemplo, el caso de los sucesores universales de las partes, a quienes se extienden activa y pasivamente los efectos de la cláusula arbitral,⁶ o en ciertas hipótesis, el de los fiadores de las partes.⁷

Como se verá en los párrafos siguientes, los grupos de sociedades encuadran en la situación mencionada en la parte final del párrafo precedente:⁸

⁴ CSJN, 1940, in re Griskan, Isaac c. Reisz y Cía., Rev. Fallos 187: 458.

⁵ CSJN, 1961, in re Expreso Santo Tomé, Rev. Fallos 250: 61.

⁶ Sobre el tema, remitimos a CAIVANO, Roque J.: «El arbitraje y el fuero de atracción del sucesorio», Rev. El Derecho 182-812.

⁷ CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando: Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 697.

⁸ El fenómeno de los «grupos de sociedades» se ha dado durante el siglo XX, fruto de la inventiva empresarial, como respuesta a nuevas necesidades de organización corporativa. Se caracteriza, fundamentalmente, por la descomposición de la empresa en una pluralidad de sociedades, bajo una dirección unificada. Sobre el tema puede verse GALGANO, Francisco: «Los grupos societarios», Rev. Foro de Derecho Mercantil, N° 1, octubre-diciembre de 2003, ed. Legis, Bogotá, 2003, p. 7 y ss.

bajo ciertas condiciones, se ha considerado que la cláusula arbitral contenida en un contrato es vinculante para la sociedad controlante de una de las partes o para otras sociedades del grupo, aunque no hayan sido signatarias del contrato.

2. Las soluciones en el derecho comparado

En la práctica del arbitraje internacional la situación descrita no es infrecuente, ni tampoco novedosa. Suele plantearse con cierta asiduidad y existe una consistente elaboración doctrinaria y jurisprudencial que justifica la posible extensión de los efectos del acuerdo arbitral a las sociedades vinculadas con alguna de las partes firmantes.

Puede decirse sin exagerar que, en abstracto, no hay dudas acerca de la posibilidad de incorporar al juicio arbitral a quien no ha sido firmante de la cláusula arbitral; el solo hecho de no ser firmante directo del acuerdo no implica que no pueda verse obligado por sus efectos. Es claro, sin embargo, que tampoco puede predicarse, en sentido opuesto, que la extensión de las consecuencias del acuerdo arbitral a terceros pueda hacerse de manera automática ni que ésta conclusión pueda ser universalmente aplicada.

En efecto, el principio general es el que hemos señalado precedentemente: el arbitraje nace de fuente convencional y, como tal, sólo están obligados quienes hayan firmado la cláusula que otorga jurisdicción a los árbitros. Lo que se dirá en los párrafos siguientes no infringe esta regla sino, en todo caso, pone de manifiesto que ella no es absoluta ni que los límites subjetivos del acuerdo arbitral sean tan rígidos e inquebrantables. En términos generales, es pacíficamente reconocido que la mera circunstancia de no haber sido —en sentido formal— parte en el acuerdo arbitral no significa —siempre y necesariamente— un impedimento para ser llevado al arbitraje. Aunque, para ello, se requerirá la demostración de ciertos presupuestos de hecho que justifican apartarse del principio enunciado.

La línea argumental destinada a sostener la extensión de los efectos del acuerdo arbitral a quien no ha sido estrictamente parte en él, ha sido objeto de desarrollo y proviene de distintas fuentes: laudos arbitrales, fallos jurisprudenciales y opiniones doctrinarias.

2.1. Jurisprudencia arbitral

Uno de los casos más conocidos, que en alguna medida puede considerarse el origen de la doctrina francesa del «grupo de sociedades», es el caso «Dow Chemical c. Isover Saint Gobain», arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Internacional.⁹ El tribunal arbitral, integrado por Berthold Goldman, Michel Vasseur y Pieter Sanders, aceptó la legitimación para participar en el juicio arbitral (como demandantes) de dos sociedades del Grupo Dow no-signatarias del acuerdo arbitral, bajo el argumento de que «la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron».¹⁰

Esta doctrina fue seguida en el caso CCI N° 4972 (en que debía resolverse si la cláusula firmada por la sociedad controlante podía ser extendida a sus subsidiarias) y en los casos CCI N° 5721 y 5730 (en que, al contrario, se trataba de examinar si la cláusula firmada por la subsidiaria podía ser extendida a la controlante).

En el laudo dictado en el caso CCI N° 5103 el tribunal arbitral, luego de analizar las circunstancias del caso, sostuvo que «se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad del grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho».¹¹

⁹ Además de las citas específicas, el caso puede verse comentado en CRAIG, Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan: *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceania Publications-Dobbs Ferry, New York, 3ª edición, p. 76.

¹⁰ Caso CCI N° 4131, laudo interlocutorio de fecha 23 de septiembre de 1982, publicado en *Collection of ICC Awards, 1974-1985*, ed. Kluwer, p. 151 y siguientes.

¹¹ *Collection of ICC Awards, 1986-1990*, ed. Kluwer, p. 361 y siguientes.

En el laudo dictado en el caso CCI N° 6519, si bien sólo se admitió la demanda contra la única sociedad que había sido parte en el acuerdo arbitral, la exclusión de las restantes se fundó en que no habían tenido participación efectiva en el negocio. En el laudo se aclaró que los efectos del acuerdo arbitral podrían haberse hecho extensivos a las otras, si se hubiese probado que estuvieron representadas de manera efectiva o implícita o que jugaron un papel activo en las negociaciones que la precedieron o están implicadas de manera directa en el contrato que contiene la cláusula arbitral.¹²

En el laudo preliminar sobre competencia, dictado en los casos CCI N° 7604 y 7610,¹³ se resolvió que corresponde «la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente». En el caso, la sociedad matriz fue considerada parte del arbitraje, fundamentalmente porque se juzgó que había aceptado implícitamente la cláusula arbitral: en un proceso judicial relativo a la garantía que asumiera por las obligaciones de su filial, había planteado la incompetencia del tribunal judicial a favor de la arbitral. Prevalció, en este caso, la doctrina del acto propio y la violación al deber de buena fe.¹⁴

2.2. La jurisprudencia de los tribunales franceses

La Corte de Apelaciones de París, al conocer del recurso de anulación deducido contra el laudo arbitral dictado en el caso «Dow Chemical» comentado *supra*, confirmó el laudo. En la sentencia, la Corte razonó que no existían motivos suficientes para anularlo, desde que los árbitros, dentro de los límites de sus atribuciones, juzgaron y fundaron de manera pertinente y exenta de contradic-

¹² Collection of ICC Awards, 1991-1995, ed. Kluwer, p. 420 y siguientes.

¹³ Collection of ICC Awards, 1996-2000, p. 510 y siguientes.

¹⁴ GAILLARD, Emmanuel: «L'Interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe general du commerce international», *Revue de l' Arbitrage*, 1985, p. 241 y siguientes.

ción, que la controlante había sido parte en los contratos a pesar de no haberlos firmado, y que la teoría del «grupo de sociedades», a la que los árbitros recurrieron como fundamento del laudo, es reconocida dentro de los usos mercantiles internacionales.¹⁵

La misma Corte de Apelaciones de París, al conocer del recurso de anulación deducido contra el laudo arbitral dictado en el caso «KIS France c. Société Générale» confirmó igualmente el laudo que había aplicado la doctrina de los grupos de sociedades y había admitido en el proceso a sociedades subsidiarias de KIS France que no habían firmado el contrato. En la sentencia, de fecha 31 de octubre de 1989, la Corte interpretó que los árbitros no se habían apartado de los límites de su jurisdicción, al haberse probado que existía una voluntad común de realizar una operación económica única, básicamente por la forma en que se había contratado: un contrato «base» o «marco» entre las dos matrices (conteniendo la cláusula arbitral) y múltiples contratos implementando aquel, entre subsidiarias de ambas, que hacían referencia a aquella cláusula.¹⁶

El mismo tribunal, al conocer del recurso de anulación deducido contra el laudo arbitral dictado en el caso «Société Ofer Brothers c. The Tokio Marine and Fire Insurance Co.», confirmó el laudo utilizando la misma fórmula de «Kis France». Reconociendo la validez del laudo arbitral que extendía la cláusula arbitral a una parte no signataria, sostuvo que es posible extender sus efectos «a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, cuando su situación y sus actividades hacen presumir que tenían conocimiento de la existencia y del alcance de esa cláusula, estipulada de conformidad con los usos y costumbres del comercio internacional».¹⁷

En términos similares, en el caso «Elf Aquitaine c. Grupo Orri», la Corte sostuvo la validez del laudo que había declarado personalmente sujeto a la cláusula arbitral al controlante de varias empresas (el Señor Mohamed Abdul Rahman Orri) al haberse acreditado que los negocios eran realizados a través de varias sociedades, todas ellas controladas por el Sr. Orri. Dijo la Corte que, de acuerdo con los usos y costumbres del comercio internacional, la cláusula promisoria incluida en un contrato internacional puede extenderse a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, «cuando su situación

¹⁵ Cour d'appel de Paris, 21/10/1983, *Revue de l' Arbitrage*, 1984, p. 98.

¹⁶ *Revue de l' Arbitrage*, 1992, p. 90 y siguientes.

¹⁷ *Revue de l' Arbitrage*, 1989, p. 691 y siguientes.

contractual, las actividades y relaciones comerciales habituales existentes entre las partes hacen presumir que aceptaron la cláusula arbitral de cuya existencia y alcance tenían conocimiento, aunque no hayan suscripto el contrato en que ella se incluía». ¹⁸ Contra esta decisión de la Corte de Apelaciones, el Sr. Orri planteó recurso de casación invocando la violación al artículo 1134 del Código Civil Francés (fuente de nuestro artículo 1199). En sentencia del 11 de junio de 1991, la Corte de Casación denegó el recurso.

Igualmente, la Corte de Apelaciones de Pau extendió los efectos del acuerdo arbitral a la casa matriz, en razón del papel que jugó en la celebración y ejecución del contrato. Consideró la Corte que la extensión de sus efectos a las sociedades del grupo constituye una práctica del derecho comercial internacional. ¹⁹

En otro caso, la Corte de Apelaciones de París fue más allá, considerando que el solo hecho de que el transportador haya participado en la operación implica su sumisión a la cláusula arbitral contenida en la convención de base entre las partes del contrato principal, de modo que la extensión de sus efectos a un no-signatario ya no depende de la pertenencia a un grupo de sociedades, sino que puede provenir de la participación de una operación de comercio internacional. ²⁰

2.3. La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos

La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos es consistente en destacar que, si bien el arbitraje es consensual por naturaleza y nadie puede ser obligado a someterse a arbitraje, ello no implica que sólo pueda ser sometido a arbitraje quien personalmente firmó la estipulación escrita. ²¹ Conforme la Ley Federal de Arbitraje, a las cláusulas arbitrales se les aplican los mismos principios y

¹⁸ Revue de l' Arbitrage, 1992, p. 125 y siguientes.

¹⁹ Cour d'appel de Pau, 25/11/1986, in re Sponsor A.B. c. Lestrade, Revue de l' Arbitrage, 1988, p. 153.

²⁰ Cour d'appel de París, in re Cotunav c. Comptoir Commercial André, Revue de l' Arbitrage, 1990, p. 675.

²¹ Una referencia general sobre el tema puede verse en LAMM, Carolyn B. y AQUA, Jocelyn A.: «Defining The Party. Who Is A Proper Party In An International Arbitration Before The American Arbitration Association And Other International Institutions», George Washington International Law Review, 2003, 34 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 711.

reglas de interpretación que a cualquier otro contrato;²² y los contratos pueden nacer mediante un consentimiento tácito, aunque no exista un documento expreso, infiriendo el acuerdo de voluntades a través de las conductas de las partes.²³ Puede, en consecuencia, considerarse que hay acuerdo arbitral aunque no exista un contrato escrito o alguna de las partes no haya firmado personalmente el acuerdo.²⁴

En otras palabras: bajo ciertas circunstancias, es posible que quienes no suscribieron el acuerdo, puedan exigir su cumplimiento o ser obligadas a entrar en el proceso arbitral;²⁵ y que una parte pueda ‘acordar’ o consentir someterse a arbitraje por medios diferentes de la firma puesta en el instrumento que contiene la cláusula arbitral.²⁶

2.3.1. La sistematización de los supuestos en que procede

Uno de los casos más mencionados en la bibliografía comparada es «Thomson», fallado por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito.²⁷ En este caso, la Corte rechazó la pretensión de la demandante (Evans & Sutherland Computer Corporation) de extender la demanda arbitral a Thomson-CSF, S.A., adquirente de la sociedad que había suscripto el contrato con la cláusula arbitral (Redifussion Simulation Ltd). Sin embargo, sistematizó los supuestos en que, conforme los estándares jurisprudenciales norteamericanos, los efectos de un acuerdo arbitral pueden alcanzar a un no-firmante: (a) Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en el otro contrato. Tal sería, por ejemplo, el caso en que a través de otro contrato o documento

²² US Supreme Court, in re Doctor's Associates, Inc., et al. v. Casarotto et ux., 95-559, 517 U.S. 681, N° 95-559, Mayo 20, 1996.

²³ US Supreme Court, in re Hercules, Inc. v. United States, 516 U.S. 417, 424, 116 S.Ct. 981, 987, 134 L.Ed.2d 47, 1996.

²⁴ Waco Court of Appeal, in re Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Eddings, 838 S.W.2d 874, Tex. App., Waco, 1992.

²⁵ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Fisser v. International Bank, 282 F.2d 231, 233, 2d Cir., 1960; US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, in re Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc., 10 F.3d 753, 756-57, 11th Cir., 1993.

²⁶ US Court of Appeals for the Fourth Circuit, in re International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH, N° 98-2482, March 14, 2000.

²⁷ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, 64 F.3d 773, 776, 2d Cir. 1995.

«asuma las obligaciones y derechos del firmante», o que se trate de un conocimiento de embarque u otro documento que contenga la cláusula arbitral y al que estuviera vinculado por principios generales de la legislación contractual (Incorporación por referencia); (b) Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje, por ejemplo, si participa en el proceso arbitral sin plantear objeciones a la jurisdicción de los árbitros (Asentimiento tácito); (c) Si existe, entre el firmante y el no-firmante, una relación de representación o agencia (Agencia); (d) Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar que se corra el velo societario (Penetración del velo societario);²⁸ y (e) Si puede quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación (*Estoppel*).²⁹

En realidad, en «Thomson» el tribunal se ocupó de recopilar y ordenar los diferentes criterios que los mismos tribunales venían estableciendo para justificar que un no-firmante de la cláusula arbitral sea alcanzado por ella. Una sistematización previa, menos completa, había sido realizada por los tribunales del Distrito Sur de Nueva York, que mencionaban cuatro condiciones: (a) Si la diferente personalidad de las sociedades oculta en realidad a un *alter ego*; (b) Si hay un contrato que incorpora expresamente la cláusula arbitral de otro contrato; (c) Si de su conducta puede inferirse una aceptación de la cláusula arbitral; o (d) Si el contrato ha sido firmado en nombre de su representada.³⁰

Un criterio adicional a los mencionados en «Thomson» es el que postula que esa solución puede basarse en la existencia de controversias que tengan una interrelación tal que sea imposible separarlas («interrelación»).

Aunque muchos casos implican la aplicación conjunta de más de una teoría y se basan sustancialmente en las situaciones de hecho que se presentan,

²⁸ Sin embargo, como veremos, la relación entre las sociedades no es, por sí sola, suficiente. Este recurso permite hacer caso omiso de la personalidad diferenciada de ambas sociedades para prevenir fraudes, cuando hubiera una situación de control o dominio de la matriz sobre la subsidiaria o una «confusión» entre ambas que impida identificar sus respectivas identidades.

²⁹ El instituto del *estoppel* del derecho anglosajón, importa una presunción *iuris et de iure*, que impide que alguien afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto. Sobre las diferentes variantes de la doctrina del *estoppel* puede verse JOHNSON, Steve R.: «The Doctrine of Judicial Estoppel», Nevada Lawyer (State Bar of Nevada), diciembre 2003.

³⁰ Court of Appeal of the Southern District of New York, in re Matter of Arbitration between Keystone Shipping Co. and Texport Oil Co., 782 F.Supp. 28, S.D.N.Y., 1992.

intentaremos en los párrafos siguientes analizar la extraordinaria casuística de la jurisprudencia norteamericana, con la finalidad de presentar un panorama más completo de las soluciones adoptadas por los tribunales de ese país.

2.3.2. *Incorporación por referencia*

Este criterio tiene, en muchas legislaciones de arbitraje, expresa recepción normativa. Así, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCTRAL, luego de disponer que el acuerdo arbitral debe constar por escrito, aclara que se entenderá que este requisito se cumple no sólo cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de comunicaciones y, particularmente, que «la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato» (artículo 7.2).

En la jurisprudencia norteamericana, se ha interpretado que ello sucede cuando la parte no-signataria del acuerdo arbitral celebró con una de las partes un contrato diferente, mediante el cual «asumió todas las obligaciones y privilegios que nacen de aquel»;³¹ y que si la cláusula arbitral está expresamente incorporada a un conocimiento de embarque, los no-signatarios que están relacionados a este último documento por los principios generales pueden ser obligados por aquella.³²

2.3.3. *El asentimiento tácito*

Por aplicación de este principio, se resolvió que correspondía extender la cláusula a un no-firmante si de su conducta puede inferirse una aceptación tácita de sus efectos. Por ejemplo, si su comportamiento traduce la clara intención de arbitrar la disputa, participando voluntariamente en el proceso sin manifestar —ni antes ni durante el mismo— objeción alguna ni rechazar el arbitraje.³³

³¹ Court of Appeal of the Second Circuit, in re Import Export Steel Corp. v. Mississippi Valley Barge Line Co., 351 F.2d 503, 505-506 (2d Cir. 1965).

³² Court of Appeal of the Southern District of New York, in re Continental U.K. Ltd. v. Anagel Confidence Compañía Naviera, S.A., 658 F. Supp. 809, 813 (S.D.N.Y. 1987).

³³ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc., 933 F.2d 1100, 1105, 2d Cir. En el caso, la parte no-signataria había enviado un representante a actuar en su nombre en el juicio arbitral.

También se consideró que el no-signatario podía prevalecerse de la cláusula arbitral si ambas partes del contrato convinieron, mediante un tercer contrato, otorgar ciertos beneficios a una tercera parte, permitiendo a esta última accionar contra ellos al amparo del contrato.³⁴

2.3.4. *La relación de «agencia»*

La teoría de la «agencia» —que, en su más amplio sentido, incluye cualquier relación por la cual una persona actúa como representante de otra—³⁵ ha recibido aplicación por parte de los tribunales.³⁶ Aunque es excepcional,³⁷ este criterio se aplicó, por ejemplo, para vincular al proceso arbitral al único propietario y médico de un Centro de Estética,³⁸ o para admitir que el representado haga valer el acuerdo arbitral firmado por su representante.³⁹

Por el contrario, se resolvió que no encuadra en esta categoría la situación de los hijos mayores de edad de quien suscribió el contrato con la cláusula

³⁴ Middle District of Alabama Court of Appeal, in re *Boyd v. Homes of Legend, Inc.*, 981 F. Supp. 1423, 1432, M.D. Ala., 1997; Austin Court of Appeal, in re *Nationwide of Bryan, Inc. v. Dyer*, 969 S.W.2d 518, 520, Tex.App., Austin, 1998.

³⁵ Michigan Court of Appeal, in re *Stratton-Cheeseman Management Co. v. Dep't of Treasury*, 159 Mich App 719, 726; 407 NW2d, 398, 1987.

³⁶ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re *Interbras Cayman Co. v. Orient Victory Shipping Co., S.A.*, 663 F.2d 4, 6-7, 2d Cir., 1981.

³⁷ El sólo hecho de ser agente de una de las partes no autoriza, sin más, a hacer extensivas las obligaciones que surgen del acuerdo arbitral al agente, ya que un agente no es normalmente responsable del contrato que celebra en representación de su mandante. US Court of Appeals for the Fifth Circuit, in re *Westmoreland v. Sadoux*, July 18, 2002, N° 01-20793.

³⁸ Michigan Court of Appeals, in re *Andrea Beaver, v. Cosmetic Dermatology & Vein Centers of Downriver, P.C., and Scott Friedman, D.O.*, 16 de agosto de 2005, N° 253568. En el caso, la demandante, empleada del Centro de Cosmetología, demandó judicialmente a su empleador y al Sr. Friedman (médico y propietario del Centro) por acciones realizadas por éste con motivo de y en el transcurso de su relación laboral. Entre el Centro de Cosmetología y la empleada demandante, existía un acuerdo sometiendo las eventuales disputas que surgieran de la relación laboral a arbitraje. La Corte consideró que los actos de Friedman hacia la demandante, en el lugar de trabajo y referidas a cuestiones laborales, caen dentro de la esfera de la relación agente-principal. Bajo la doctrina de la agencia, los actos de Friedman lo obligan al acuerdo arbitral a pesar de su condición de no-signatario.

³⁹ Dallas Court of Appeals, in re *McMillan v. Computer Translation Systems & Support, Inc.*, 66 S.W.3d 477, Tex.App., Dallas, 2001.

arbitral.⁴⁰ En este caso se citan otros precedentes de los tribunales de California donde se resolvió que el acuerdo arbitral celebrado por una persona es vinculante para su cónyuge,⁴¹ o para sus hijos menores.⁴²

2.3.5. *La «penetración del velo societario»*

También la teoría de la penetración de la personalidad societaria ha sido utilizada, bajo ciertas hipótesis, para extender los efectos del acuerdo arbitral a un no-firmante, cuando éste es, en realidad, el *alter ego* de la firmante, dándose así preeminencia a la realidad económica subyacente.⁴³

Sin embargo, debe señalarse que la utilización de esta doctrina, en tanto implica aniquilar el principio de la personalidad jurídica de las sociedades, ha sido conceptualizada como un remedio de excepción, cuyo objeto es evitar la consumación de un fraude a terceros. La prueba de que se hallan reunidos, en el caso, los extremos que la justifican, es naturalmente a cargo de quien la invoque.

Algunos tribunales federales norteamericanos utilizan cuatro factores para determinar cuándo puede penetrarse el velo societario: (a) Gran infra-capitalización de la sociedad en el momento de su formación y durante su vida; (b) Incumplimiento de formalidades propias de las sociedades, tales como carecer de gerentes o directores, de archivos o registros, o no pagar dividendos; (c) Desvíos de fondos de la subsidiaria hacia la matriz o sus accionistas; y (d) Cuando

⁴⁰ California Court of Appeals, in re Buckner v. Tamarin (2002), 98 Cal.App.4th 140. En el caso, un paciente había firmado con su médico un convenio para su asistencia médica, que contenía una cláusula arbitral sometiendo a arbitraje todas las reclamaciones que pudieran surgir, incluyendo cuestiones de mala praxis. La Corte de Apelaciones de California juzgó que el contrato de asistencia médica había sido suscripto por el paciente, y que no podía considerarse agente de sus hijas mayores de edad.

⁴¹ California Court of Appeals, in re Bolanos v. Khalatian (1991) 231 Cal.App.3d 1586, 1591; idem, in re Gross v. Recabaren (1988) 206 Cal.App.3d 771, 781.

⁴² California Court of Appeals, in re Pietrelli v. Peacock (1993) 13 Cal.App.4th 943, 947.

⁴³ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Carte Blanche -Singapore- Pte., Ltd. v. Diners Club Int'l. Inc., 2 F.3d 24, 26, 2d Cir., 1993; US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Passalacqua Builders, Inc. v. Resnick Developers S., Inc., 933 F.2d, 131, 138-39, 2d Cir., 1991; US District Court for the Southern District of New York, in re Smoothline, Ltd v. N. Am. Foreign Trading Corp., No. 00-2798, 2002 WL 273301 (S.D.N.Y. Feb. 27, 2002).

reconocer la personalidad diferenciada puede violar el orden público o proteger a alguien de responsabilidad criminal.⁴⁴

Otros, en cambio, de manera más amplia, analizan situaciones tales como: incumplimiento de formalidades societarias; inadecuada capitalización; confusión de patrimonios; superposición de dueños, directores y personal; oficinas y números de teléfono comunes; el grado de discrecionalidad que muestra la sociedad controlante; el funcionamiento como unidades de negocios o de ganancias conjuntas; la asunción de deudas o el establecimiento de garantías, por parte de la controlante, respecto de deudas de la subsidiaria.⁴⁵

En términos generales, se señala que la personalidad de una sociedad puede ser desestimada cuando está formada con propósitos fraudulentos o impropios, cuando actúa o se comporta como un agente o una «marioneta» de su controlante, cuando está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, o cuando es una mera pantalla o un *alter ego* de la controlante. En la casuística norteamericana, la responsabilidad por la doctrina de la penetración del velo societario puede predicarse demostrando:

- La existencia de un fraude o el completo dominio o autoridad de la sociedad controlante, que lleve a confusión a los terceros.⁴⁶
- Conductas o circunstancias que impliquen un virtual abandono de la separación de sus identidades societarias, tales como: (a) que la subsidiaria no tiene cuentas bancarias, oficinas, ni papelería, no realiza transacciones ni tiene actividad,⁴⁷ o (b) que la controlante y la subsidiaria comparten oficinas y personal, tienen los mismos directores, mezclan fondos y no se consideran como unidades de ganancia separadas.⁴⁸

⁴⁴ US Court of Appeals for the Fifth Circuit, in re United States v. Jon-T Chemicals, Inc., 768 F.2d 686, 691-92, 5th Cir., 1985; Southern District of New York Court of Appeal, in re City of New York v. Exxon Corp., 112 Bankr. 540, 553, S.D.N.Y., 1990.

⁴⁵ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Freeman v. Complex Computing Co., 119 F.3d 1044, 1053, 2d Cir., 1997.

⁴⁶ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Passalacqua Builders, Inc., citado.

⁴⁷ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Carte Blanche, citado.

⁴⁸ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Walter E. Heller & Co. v. Video Innovations, Inc., 730 F.2d 50, 53, 2d Cir., 1984.

2.3.6. *El estoppel*

En otros casos, se aplicó la doctrina del *estoppel*, en consideración de la previa conducta de la parte que resiste el arbitraje, por ejemplo, para rechazar acciones judiciales tendientes a evitar ser llevado a arbitraje, promovidas por quien ha «explotado conscientemente el contrato» y «aceptado sus beneficios». La Corte razonó que, quien actuó de ese modo, no puede luego pretender que no está ligado a ese contrato.⁴⁹ Aunque es necesario aclarar que, conforme la jurisprudencia norteamericana, para que tal cosa suceda, esos beneficios deben ser directos, es decir que deben surgir directamente del acuerdo, no alcanzando que sean meramente indirectos,⁵⁰ como sería el supuesto en que la parte no-signataria explotara la relación contractual entre las partes pero no el acuerdo en sí mismo.⁵¹

En un caso, se obligó al comprador de una máquina industrial a acudir a la vía del arbitraje –que había sido pactado entre el fabricante y el distribuidor– en atención a que el demandante había fundado su reclamo, precisamente, en ese contrato. Se razonó que no es admisible que alguien alegue no estar obligado a recurrir al arbitraje porque no ha sido parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, al mismo tiempo que reclama beneficios y derechos invocando otras cláusulas de ese mismo contrato: «permitir a una parte reclamar los beneficios del contrato y simultáneamente evitar sus cargas implicaría consagrar una inequidad y contravenir los propósitos de la ley de Arbitraje».⁵² En

⁴⁹ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, U.S., 9 F.3d 1060, 1064; 2d Cir., 1993.

⁵⁰ US Court of Appeals for the Second Circuit, 2001, in re Specht, Christopher et al v. Netscape Communications Corporation and America Online, Inc., Docket N° 01-7860(L), 01-7870(CON), 01-7872(CON), March 14, 2002.

⁵¹ US Court of Appeals for the Second Circuit, 2001, in re Mag Portfolio Consul v. Merlin Biomed Group, Docket N° 00-9502, October 10, 2001.

⁵² US Court of Appeals for the Fourth Circuit, in re International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH, con cita de «Avila Group, Inc. v. Norma J. of California», 426 F. Supp. 537, 542, District Court for the Southern District of New York, 1977. El comprador de una maquinaria industrial había demandado judicialmente al fabricante por los defectos del equipo, amparándose en cláusulas del contrato celebrado entre el fabricante y el distribuidor. Toda vez que ese contrato contenía una cláusula arbitral, el comprador, aun no habiendo sido parte en él, fue finalmente obligado a resolver por arbitraje sus reclamos contra el fabricante.

igual sentido, se ha resuelto que a pesar de no haber firmado el convenio conteniendo la cláusula arbitral, la aceptación de sus beneficios le impide negar la existencia del acuerdo arbitral.⁵³

2.3.7. La «interrelación»

Por aplicación de esta teoría se obligó a una compañía a ventilar en sede arbitral sus reclamos contra la controlante de quienes fueran sus co-contratantes, al comprobarse que las controversias con la casa matriz y las que mantenía con sus subsidiarias estaban basadas en los mismos hechos y eran esencialmente inseparables.⁵⁴

En otro caso, juzgando una particular situación de hecho, la Corte de Apelaciones del Undécimo Circuito decidió que corresponde remitir a las partes a arbitraje, aun cuando no exista un acuerdo arbitral entre ellas, para ventilar una controversia que involucra a dos partes que tienen, con una tercera, contratos interrelacionados que contienen cláusulas arbitrales idénticas.⁵⁵

Este criterio fue, más recientemente, utilizado por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, para obligar al arbitraje a un no-signatario, en razón de que la demanda promovida por uno de los firmantes del contrato contenía alegaciones de inconductas «sustancialmente interdependientes y concertadas» del otro firmante y de un tercero.⁵⁶

⁵³ Houston Court of Appeal, in re Wetzel v. Sullivan, King & Sabom, P.C., 745 S.W.2d 78, 80, Tex.App., Houston [1st Dist.], 1988.

⁵⁴ US Court of Appeals for the Fourth Circuit, 1988, in re J.J. Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile, S.A., 863 F.2d 315, 320-21. En el mismo sentido, US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, in re MS Dealer Corp. v. Franklin, 177 F. 3d 942, 11th Cir., 1999; US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, in re Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc., 10 F.3d 753, 757- 78, 11th Cir., 1993; US Court of Appeals for the Third Circuit, in re E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Rhone Poulenc Fiber & Resin Intermediates, S.A.S., 269 F.3d 187, 3d Cir., 2001.

⁵⁵ US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, in re McBro Planning and Development Company and McCarthy Brothers Company v. Triangle Electrical Construction Company, Inc., 741 F.2d 342, 1984.

⁵⁶ US Court of Appeals for the Fifth Circuit, in re Hill v. G E Power Systems, Inc., February 11, 2002, N° 01-20061.

2.4. Los casos en que la extensión de la cláusula a los no-signatarios no ha sido admitida

Se señala que las soluciones propiciadas por los tribunales franceses contrasta con la jurisprudencia suiza, alemana e inglesa. Poudret cita casos del Tribunal Federal suizo y de los tribunales alemanes y británicos, que rechazaron los intentos de extender la cláusula arbitral a la matriz de una sociedad y se negaron a levantar el velo de la personalidad societaria, manteniendo la independencia de la filial.⁵⁷ Suárez Anzorena, con cita de Hanotiau, también hace notar que los tribunales suizos han sido particularmente restrictivos, argumentando que la doctrina de los grupos de sociedades no justifica, *per se*, la extensión del acuerdo arbitral a otras compañías del grupo.⁵⁸

En adición a las menciones efectuadas por Poudret y Suárez Anzorena, es posible identificar dos casos resueltos por los tribunales británicos y una sentencia de una Corte norteamericana, que muestran las dificultades que el tema presenta.

En el caso «Caparo Group», resuelto en 1998 por una Corte Comercial inglesa,⁵⁹ rechazó la aplicación de la doctrina de los grupos de sociedades, aunque el principal fundamento fue la inexistencia de situaciones de hecho que autorizaran a aplicarla.⁶⁰

En el más reciente caso «Peterson Farms»,⁶¹ los tribunales ingleses resolvieron que la doctrina del grupo de sociedades «no es parte del derecho inglés». La justicia inglesa anuló un laudo arbitral que había determinado la proceden-

⁵⁷ POUURET, Jean-François: «L' originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé», Bulletin d'information de la Cour de cassation, N° 589, 15/12/2003.

⁵⁸ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio: «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional», Revista Internacional de Arbitraje, Enero-Junio de 2005, p. 65.

⁵⁹ Commercial Court, Queen's Bench Division, 7 August 1998, in re Caparo Group Ltd. v. Fagor Arrastate Sociedad Cooperativa.

⁶⁰ «[...] on the facts of the instant case, the position is quite clear. The contract, as I have said, was governed by English law; so was the arbitration agreement. Under English law, I can see no basis upon which it could be held that the parties to either the contract or the arbitration agreement were other than Fagor on the one hand and CML on the other. In my judgment, there is no room for a conclusion that Caparo was a party to either the contract or the arbitration agreement».

⁶¹ English High Court, in re Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd., EWHC, 121, Comm., 4 february, 2004.

cia de una indemnización a favor de sociedades del Grupo C&M Farming, que no habían sido parte en el contrato que contenía la cláusula arbitral. La Corte estimó que la decisión de considerar los daños de quienes no habían firmado la cláusula arbitral no era sostenible conforme el derecho inglés, ya que la doctrina del grupo de sociedades no es parte de este derecho. Tampoco encontró justificación para invocar la existencia de una representación o «agencia» entre la firmante del contrato y las restantes empresas de su grupo.⁶²

No obstante la receptividad que, en general, han mostrado los tribunales norteamericanos, en fecha reciente, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito —revocando la decisión de la Corte de Distrito— denegó el reconocimiento de un laudo que había condenado a Oracle System Ltd. y a Oracle Corporation (esta última, matriz de aquella y no firmante del contrato) a pagar a Sarhank Group una indemnización por la ruptura intempestiva de un contrato de distribución. Sostuvo que un acuerdo de arbitraje es voluntario y que, sobre la base de los principios de la legislación interna sobre contratos, es la Corte quien debe decidir si las partes acordaron someter la cuestión de la arbitrabilidad a decisión de los árbitros. Así, resolvió que, como Oracle Corporation no era parte del acuerdo arbitral, los árbitros carecían de facultades para determinar el alcance de su jurisdicción respecto de ella.⁶³

2.5. La doctrina

Haciendo referencia a los antecedentes del derecho francés y norteamericano, se ha puesto de manifiesto que «En recientes decisiones se ha invocado la teo-

⁶² Un comentario al caso puede verse en GAFFNEY, John P.: «The Group Of Companies Doctrine And The Law Applicable To The Arbitration Agreement», *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 19, N° 6, June 2004. Asimismo, PATIL WOOLHOUSE, Sarita: «Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law», *Arbitration International*, vol. 20, N° 4, 2004, pp. 435 y ss; y en LEADLEY, John y WILLIAMS, Liz: «Choice of Arkansas law, or English law in arbitration agreement, excludes ICC 'Group of Companies' doctrine, English Judge Rules», en *International Litigation & Arbitration Newsletter*, Baker & Mc Kenzie, Volume 3, Issue 3, March 2004.

⁶³ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Sarhank Group, v. Oracle Corporation, April 14, 2005, Docket N° 02-9383. Un comentario al caso puede verse en GARFINKEL, Barry H. y HERLIHY, David: «Looking For Law In All the Wrong Places: The Second Circuit's Decision In Sarhank Group v. Oracle Corporation», *Mealey's International Arbitration Report*, Volume 20, N° 6, June 2005.

ría de la desconsideración, especialmente cuando la parte no tiene patrimonio suficiente para honrar sus compromisos, y la operación fue realizada en virtud de la credibilidad de su controlante». Para que el acuerdo arbitral pueda considerarse extensivo a una sociedad no-firmante, ésta debe hallarse dentro de alguna de las siguientes situaciones: (a) Haber desempeñado un papel activo en las negociaciones de las cuales surgió el contrato en el que se incluyó la cláusula arbitral; (b) Estar involucrada, activa o pasivamente, en la ejecución del contrato; o (c) Haber estado representada, efectiva o implícitamente, en el negocio jurídico.⁶⁴

Autorizada doctrina ha opinado que «puede irse más allá de la estricta visión de un grupo separado en diferentes personas jurídicas para extender un acuerdo arbitral firmado por una sociedad del grupo, y abarcar a otras sociedades del mismo grupo, cuando se dan ciertas condiciones». Comentando la sentencia francesa en el caso «Kis France», los autores señalaron: «No es la existencia de un grupo sino la intención de las partes —demostrada en este caso por la existencia de contratos interrelacionados— lo que justifica la extensión de la cláusula arbitral». Agregando, finalmente, que «La parte que aceptó los beneficios de un contrato que no firmó no puede desconocer la cláusula arbitral contenida en él».⁶⁵

También se ha dicho que la cláusula compromisoria insertada en un contrato internacional tiene una validez y eficacia propias que impone extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que puedan suscitarse, de manera que en lo que hace a su situación contractual y sus actividades, debe presumirse que la cláusula de arbitraje ha sido aceptada por ellas, debiendo entenderse que conocen su existencia y aplicabilidad, así no hayan sido firmantes del contrato que lo haya establecido. Pero la aplicación de esta regla a las sociedades no-signatarias supone la existencia de situaciones de hecho libradas a la apreciación judicial, de las cuales pueda inferirse que conocían la existencia y el alcance de la cláusula arbitral.⁶⁶

⁶⁴ WALD, Arnoldo: «A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos», *Revista de Arbitragem e Mediação*, mayo-agosto de 2004, pp. 31 y ss.

⁶⁵ GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (eds.): Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, ed. Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 283, 289 y 282.

⁶⁶ ROBERT, Jean: *L'Arbitrage. Droit Interne et Droit International Privé*, 6ª edición, ed. Dalloz, París, 1993, p. 242 y siguientes, N° 276.

En el mismo sentido, se ha expuesto que «la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que, en casos particulares, permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias, cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe».⁶⁷

A la luz de la jurisprudencia francesa, se ha señalado que al permitirse que no-signatarios del contrato que contiene la cláusula arbitral sean obligados a someterse al arbitraje, «el arbitraje es promovido al rango de modo no solamente usual, sino presumido, de resolver los conflictos derivados del comercio internacional».⁶⁸

Analizando el tema a la luz del derecho peruano, aunque advirtiendo que ello requiere la comprobación de ciertas situaciones de hecho que califiquen como fraudulentas o abusivas, se ha dicho que «el arbitraje estatutario puede ser aplicado incluso a sociedades que, siendo formalmente independientes, se ha comprobado que integran un patrimonio común y una voluntad común, de manera que, de no mediar fraude o abuso de derecho, sus bienes y actividades habrían sido simplemente patrimonio de la sociedad signataria demandada», toda vez que «estas empresas escondidas tras el velo societario podrían no haber existido y sus activos habrían sido parte de la empresa principal que contiene la disposición sobre arbitraje (...) Como el Derecho no puede amparar el abuso del derecho ni el fraude, la simple posibilidad de que ello esté sucediendo justifica una investigación. Y esto supone que los accionistas de la empresa principal que se sienten perjudicados puedan emplazar a las subsidiarias sobre la base del convenio contenido en los estatutos de la principal y que los árbitros puedan incorporar a tales subsidiarias no signatarias dentro del arbitraje, salvo que demuestren que su constitución y operaciones no han afectado los fines y el patrimonio de la sociedad principal. Obviamente, la carga de la prueba corresponderá a los accionistas demandantes».⁶⁹

En suma, lo que determina la posibilidad de que un no-firmante de la cláusula arbitral pueda ser parte en un proceso arbitral es la voluntad presunta

⁶⁷ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio: «Algunas notas...», op. cit., p. 58.

⁶⁸ POUURET, Jean-François: «L'originalité...» citado.

⁶⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: «El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje», *Rev. Ius et Veritas*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 29, 2004.

de las partes y de los intervinientes en el proceso, que puede inferirse de la conducta de las sociedades en cuestión: puede presumirse esa voluntad, entre otras situaciones, si la casa matriz y las filiales participaron activamente en la negociación, ejecución y rescisión del contrato.⁷⁰

3. El análisis del tema, conforme el Derecho argentino

Lo dicho hasta aquí es suficientemente elocuente y demostrativo de que, en el derecho comparado —al menos en Francia y los EE.UU.—, la circunstancia de que una persona no haya sido signataria del acuerdo arbitral no crea una barrera infranqueable ni impide, por ese solo hecho, que pueda ser parte en un arbitraje, sea como parte demandante o demandada. Bajo ciertas condiciones, configurándose determinadas situaciones de hecho, es posible que esa persona —tercero en la relación convencional que dio origen al arbitraje— pueda invocar el acuerdo arbitral o éste pueda serle oponible.

En los párrafos siguientes analizaremos si tal solución es admisible a la luz del sistema jurídico argentino. Para ello, indagaremos —en primer lugar— si las teorías que, en el derecho comparado, se han elaborado para extender los efectos del acuerdo arbitral a quienes no son firmantes en sentido estricto, son aplicables conforme las normas y principios vigentes en el derecho argentino. En segundo lugar, examinaremos la posición de los tribunales.

3.1. Las normas y principios de derecho

Diversos principios pueden aplicarse para resolver la cuestión. Aunque todos ellos encuentran múltiples zonas de contacto, por razones de mejor sistematización, agruparemos aquellos que derivan del principio general de la buena fe y consideraremos luego, separadamente, el que se funda en la teoría de la penetración de la personalidad jurídica de las sociedades.

⁷⁰ VASSEUR, Michel: «Le droit des personnes morales – Groupes de sociétés– Interventions d'Etat», *Revue de l'Arbitrage*, Paris, 1988, p. 475 y siguientes.

3.1.1. *La aceptación tácita, la buena fe y la doctrina de los actos propios*

La cláusula o acuerdo arbitral puede, sin esfuerzo, calificarse de «convención»: se trata de un acuerdo entre dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico (conf. nota al artículo 1137, Código Civil).⁷¹ Es consecuencia de ello que, en general, le son aplicables las normas relativas a los contratos.⁷² En lo que aquí interesa, debe ser el resultado del consentimiento, de una convergencia o acuerdo entre dos o más voluntades, cada una de las cuales debe reunir los presupuestos «internos» —discernimiento, intención y libertad— y el «externo» —su manifestación— (arg. artículos 897 y 913, Código Civil).

Sobre este último aspecto, cabe recordar que la voluntad, para tener relevancia jurídica, debe salir de la esfera interna del sujeto emisor, debe existir un hecho exterior por el que se manifieste. No obstante, esa exteriorización no necesita, siempre, ser la resultante de una declaración formal: puede también ser tácita o inducida por presunción de la ley.

En efecto: la expresión de la voluntad puede producirse por medio de hechos materiales o declaraciones. Los primeros consisten en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado (artículo 914, Código Civil). Las declaraciones, a su vez, pueden ser realizadas por diferentes medios. Pueden ser: (a) Expresas (positivas): manifestadas verbalmente, por escrito o por signos inequívocos (artículos 917 y 1145, Código Civil); (b) Tácitas: resultantes de actos o hechos por los cuales se pueda conocer con certidumbre la existencia de la voluntad o que autoricen a presumirlo (artículo 918 y 1145, Código Civil); o (c) Presumidas por la ley: en los casos en que la ley autoriza a presumirla (artículo 920, Código Civil), tales como cuando alguien hiciere lo que no hubiera hecho o no hiciere lo que hubiera hecho si su intención fuese otra (artículo 1146, Código Civil).

Más aún: hasta el silencio puede ser un modo de expresión de la voluntad, si hubiera una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia,

⁷¹ Explicando la definición de «contrato» que contiene la norma, el codificador enseña: «Los juristas distinguen los contratos de las convenciones, aun cuando en el uso común se llama convenciones a los contratos». Luego de citar las opiniones de Aubry y Rau y Duranton, Vélez Sársfield señaló que «todo contrato es una convención, pero no toda convención, aunque tenga efectos civiles, es un contrato. La palabra convención es un término genérico que se aplica a toda especie de negocio o cláusula que las partes tengan en mira».

⁷² CAIVANO, Roque J.: Arbitraje, ed. Ad Hoc, 2ª edición, 2000, p. 109.

o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (artículo 919, Código Civil y, especialmente, los ejemplos que el codificador trae en la nota).⁷³

La presunción de consentimiento tácito que surge del artículo 1146 del Código Civil encuentra fundamento en dos principios esenciales: por un lado, en el principio de no-contradicción, desde que la aceptación se presume porque el disenso entraría en contradicción con lo actuado por el mismo sujeto;⁷⁴ por el otro, en el principio de buena fe, conforme el cual los contratos deben *celebrarse*, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (artículo 1198, párrafo 1º, Código Civil). De allí que, cuando la conducta de las partes permita inferir una declaración tácita de voluntad, subordinar sus efectos a la forma escrita o a la existencia de una manifestación expresa del consentimiento, implicaría admitir la violación al principio de la buena fe que rige el derecho de las obligaciones,⁷⁵ y una tolerancia indebida a la mala fe y a la deslealtad en los negocios jurídicos.⁷⁶

Es dable advertir que la doctrina del *estoppel* a que han recurrido en ocasiones los tribunales norteamericanos es, en esencia, una derivación de la máxima romana *venire contra factum proprium non valet*.⁷⁷ Nos es aventurado inferir que esta máxima forma parte del sistema legal argentino,⁷⁸ ya que surge de los principios

⁷³ CAIVANO, Roque J.: «Silencio, doctrina de los actos propios y renuncia tácita», Rev. La Ley 1996-C-197.

⁷⁴ CNCom., sala E, 26/08/1987, in re Cordovil, José A. c. American Express Argentina S.A., Rev. Jurisprudencia Argentina 1987-IV-479.

⁷⁵ CCom.Cap., sala C, 23/9/1971, in re Fernández, Ignacio c. Tomiro S.A., Rev. Jurisprudencia Argentina 13-1972-46.

⁷⁶ CNac. Esp. Civ. y Com., sala 4ª., 31/5/1976, in re Damonte de Schiavo, Elsa c. Gangre, Pedro, Rev. Jurisprudencia Argentina 1977-II-43.

⁷⁷ La doctrina de los propios actos, expresada en los brocardos latinos *nemo contra factum proprium venire potest, adversus factum suum quis venire non potest* o *venire contra factum proprium nemo potest*, tiene sus orígenes tanto en el derecho alemán, como en la jurisprudencia española y en el derecho inglés cuyo instituto lleva el rótulo de *estoppel*. CNCom. Sala A, 15/03/1985, in re Colombo, Antonio c. Apolo Cía. de seguros, Rev. La Ley 1985-C-311, Rev. El Derecho 114-197. Sobre el tema puede verse, con amplitud, SIRKIN, Eduardo: «Sobre la doctrina de los propios actos», Rev. DJ 1996-2-423 y, más recientemente, del mismo autor, «Algo más sobre la Doctrina de los Actos Propios», ElDial.com, Año VIII, N° 1925, 1º/12/2005, con cita de abundante jurisprudencia que ha hecho aplicación de este principio.

⁷⁸ «La doctrina de los actos propios constituye, en los términos del artículo 16 del Código Civil, un principio general del derecho que los jueces deben aplicar cuando, en el caso que

contenidos en los artículos 953,⁷⁹ 1071,⁸⁰ y 1198,⁸¹ del Código Civil, que exigen la conformidad de los actos con la moral y las buenas costumbres, prohíben el ejercicio abusivo de los derechos y establecen el deber general de comportarse de buena fe. Ella no podría ser ajena a nuestro derecho, ya que encuentra su fundamento último en la regla moral, que se asienta sobre el respeto de la buena fe, la protección de la confianza suscitada, el comportamiento coherente en bien de terceros y el rechazo a la sorpresa y a la emboscada.⁸²

3.1.2. *La teoría de la penetración de la personalidad*

En el derecho argentino, la doctrina de la penetración del velo societario y la posibilidad de hacer caso omiso de la diferente personalidad jurídica de dos entes en caso de situaciones de control societario, tiene expresa recepción legislativa en materia comercial, tanto en la legislación societaria como en la normativa concursal.⁸³

se les presenta, se reúnen los elementos estructurales que posibilitan su aplicación». CNCiv., sala D, 13/02/1984, in re D'Ambar, S. A. c. I. M. O. S., Rev. La Ley 1985-A-243.

⁷⁹ Artículo 953, Código Civil: «El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto» [énfasis añadido].

⁸⁰ Artículo 1071, Código Civil: «El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres» [énfasis añadido].

⁸¹ Artículo 1198, primer párrafo, Código Civil: «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión» [énfasis añadido].

⁸² BORDA, Alejandro: *La Teoría de los Actos Propios*, ed. abeledo-perrot, 2000, capítulo II, con cita de LÓPEZ MESA, Marcelo J. y ARELLANO, Luis O.: «La aplicación a un caso de dos fértiles doctrinas (los propios actos y la absurda valoración de la prueba)», Rev. La Ley 1994-C-453.

⁸³ Adicionalmente, hacemos notar que el tema ha tenido gran desarrollo en derecho laboral. Sobre el tema remitimos a MARK, Mariano H.: «Responsabilidad solidaria de los integrantes del conjunto económico por las obligaciones laborales», Rev. Jurisprudencia Argentina 2002-IV-141.

El artículo 33 de la Ley de Sociedades define qué se entiende por sociedad controlada, considerando tales a «aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: (1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; o (2) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades».⁸⁴ Más adelante, el párrafo 3º del artículo 54 de la Ley de Sociedades (incluido por Ley 22.903) establece la inoponibilidad de tales estructuras societarias en situaciones de uso abusivo o fraudulento de la forma legal: «La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados».

Por su parte, el artículo 161 de la Ley de Concursos contempla una aplicación de esta figura a situaciones de falencia, al disponer la extensión de la quiebra a «toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores» (inciso 1º); a «toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte» (inciso 2º); y a «toda persona respecto de la cual exista confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos» (inciso 3º). La norma aclara que, a esos fines, «se entiende por persona controlante: (a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos

⁸⁴ De manera semejante, el artículo 2º del Decreto 677/2001 (que tiene rango de ley, al haber sido dictado por el Poder Ejecutivo en uso de facultades delegadas por el Congreso) establece la siguiente definición de «Controlante», «grupo controlante» o «grupos de control»: «Aquella o aquellas personas físicas o jurídicas que posean en forma directa o indirecta, individual o conjuntamente, según el caso, una participación por cualquier título en el capital social o valores con derecho a voto que, de derecho o de hecho, en este caso si es en forma estable, les otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en asambleas ordinarias o para elegir o revocar la mayoría de los directores o consejeros de vigilancia».

necesarios para formar la voluntad social; (b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso».

Antes de su consagración normativa expresa, esta teoría encontró fundamento en los principios del derecho común, tales como la simulación ilícita, el abuso del derecho y el fraude (artículos 959, 1071 y 971 del Código Civil, respectivamente). Hoy, además de su precisa configuración positiva, el instituto tiene fundamentos «de base», explicados en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades: «Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que ella guarda *el alcance fijado en la ley*. En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica y, de ese modo, como lo señalara en otra oportunidad uno de los co-redactores, la sociedad resulta así no sólo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica... que la ley reconoce como medio técnico idóneo para que todo grupo de individuos pueda ejercer el fin lícito que se propone. Con esta norma la ley posibilita, en fin, una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico *sea empleado para fines que exceden las razones de su regulación*». [énfasis añadido]

En efecto. La sociedad es un instrumento, un medio que la ley habilita para hacer posible o más eficaz fin un emprendimiento económico. Y la personalidad jurídica que se le otorga a esa sociedad «es el recurso técnico instrumental que permite a la pluralidad de socios actuar como unidad en el mundo jurídico y, a través de la persona societaria y del mecanismo interno de participación en utilidades y pérdidas, obrar a efectos del fin común que los motiva y lleva al vínculo social». ⁸⁵ Este límite al reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho surge de la propia Ley de Sociedades, cuyo artículo 2º condiciona esa calidad, subordinándola al «alcance fijado en la ley».

De allí que, frente a las diversas formas de aprovechamiento abusivo que se fueron conociendo, doctrina y jurisprudencia «fueron gestando la necesidad de formular remedios jurídicos y abandonaron la idea de que entre la persona jurídi-

⁸⁵ SUÁREZ ANZORENA, Carlos, en ZALDÍVAR, MANÓVIL, RAGAZZI, ROVIRA Y SAN MILLÁN, Cuadernos de Derecho Societario, ed. Abeledo-Perrot, 1973, tomo I, p. 131.

ca y los individuos que la componen se levantaba una muralla infranqueable. Sin que ello importe afectar de modo alguno al instituto de la personalidad jurídica, pues la misma subsiste en tanto no se la use más allá de los fines lícitos previstos por la ley. Por tanto, se entendió que dicha barrera debía ser penetrada para adentrarse en ella y hallar la verdad, la realidad oculta detrás de ella. A tal fin responde la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica» cuyo objetivo es «desaprobar conductas antijurídicas y de aprovechamiento disfuncional de la personalidad jurídica, ‘desestimando’ la estructura formal del ente y ‘penetrando’ en el sustrato real que subyace bajo la apariencia jurídica del mismo».⁸⁶

Como bien se ha dicho, bajo ciertas condiciones, para evitar los efectos nocivos de un uso abusivo de la personalidad «... se admite que se corra o se perfore el velo de la ficción, se levante la cortina, se mire detrás de la máscara, se descubra más allá de los bastidores, para ir al hombre, a fin de restablecer la justicia o equidad violada mediante el esquema societario. La verdad real prima sobre la formal».⁸⁷ Utilizando una expresión de algunos tribunales norteamericanos, se ha dicho que «si los socios no distinguen entre sus negocios y los de la sociedad, los tribunales tampoco se van a fijar en la existencia de sujetos diferentes».⁸⁸

Su lógica se basa en que «el régimen de la personalidad jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de terceros. Las técnicas manipuladas para cohibir el uso meramente instrumental de las formas societarias varían y adoptan diferentes nombres, pero todas postulan en sustancia la consideración de la realidad económica y social y la supremacía del derecho objetivo. Es obvio que esto adquiere particular relevancia cuando los jueces deben enfrentarse con los complejos problemas jurídicos que suscita la fenomenología moderna de los grupos societarios. Particularmente, en sus interferencias y conexiones y con relación al carácter supranacional que es su nota característica en la vida contemporánea, todo lo cual consolida los poderes de concentración por las dificultades que presenta su control, la difusión de sus influencias y el entrecruzamiento de sus redes de

⁸⁶ MATACH, Sebastián A.: «La teoría del disregard en el anteproyecto de modificación a la Ley Societaria», *Rev. Jurisprudencia Argentina* 2004-III-1179.

⁸⁷ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, «Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social», *Revista de Derecho Laboral*, 2001-1, ed. Rubinzal-Culzoni, p. 228.

⁸⁸ SAN MILLÁN, Carlos, ROVIRA, Alfredo, RAGAZZI, Guillermo, MANÓVIL, Rafael y ZALDÍVAR, Enrique: *Cuadernos de Derecho Societario*, ed. Abeledo-Perrot, 1980.

administración, con sociedades filiales reales o aparentes». ⁸⁹ Luego de señalar que «en el sub lite la apariencia de formas jurídicas que asumen distintas fracciones del mismo grupo... no debe producir el efecto de que una parte formalmente diferenciada... sea la única afectada por la decisión judicial» la Corte recordó que «no debe confundirse la razón del derecho con el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia», concluyendo que «estas pautas obligan a aprehender el intrincado caso sub examen previniendo que pueda admitirse, mediante aquella utilización meramente instrumental de las formas societarias, una abstracción inadmisibles de los fines perseguidos o de la realidad social que debe legitimarlos». ⁹⁰

Porque, como también ha dicho la Corte, «comprobado el fenómeno de la concentración de empresas debe considerarse el fondo real de la persona jurídica y la actuación sustantiva de las relaciones que auténticamente las vinculan»; ⁹¹ y, de manera más específica «La existencia de dos sociedades diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado, pero unificadas económicamente, conduce al examen de otro problema propio de la materia en recurso, planteado por la apelante: el alcance del concepto de la ‘realidad económica’ específicamente aceptado por las leyes impositivas nacionales, [regulación que da preeminencia] a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas que pueden ser inadecuadas o no responder a la realidad económica» y que «ya sea por aplicación de la teoría de la penetración... como mediante los parámetros del principio de la realidad económica o de la teoría del órgano, de lo que se trata es de la consideración del fondo real de la persona jurídica. Esto se impone no sólo por los abusos a que se presta la complejidad de relaciones y actividades en ciertas estructuras sociales sino también por la dimensión creciente de numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas jurídicos que su expansión plantea». ⁹²

En última instancia, y por encima de las formas, «tras la persona societaria hay siempre intereses humanos y hombres que conforman o dirigen su voluntad, mientras que el instrumento es neutro. Pero el derecho positivo es un conjunto de valores traducido en normas de conducta y, por ello, no cabe que

⁸⁹ CSJN, 13/07/1973, in re Compañía Swift de La Plata Frigorífica S.A. c. Dirección General de Fabricaciones Militares, Rev. Fallos 286:69.

⁹⁰ CSJN, 13/07/1973, in re Compañía Swift..., citado en nota anterior.

⁹¹ CSJN, 18/10/1973, in re Mellor Goodwin S.A.C.I.yF., Rev. Fallos 287:79.

⁹² CSJN, 31/07/1973, in re Parke Davis y Cía. de Argentina S.A.I.C., Rev. Fallos 286:97.

permanezca indiferente cuando en razón o al amparo de esa neutralidad, del concepto jurídico de persona se dan consecuencias adversas a las normas que lo constituyen, o a su fundamento. Por ello, ya en razón de intereses nacionales o bien ante la utilización por socios o terceros de la personalidad societaria en oposición a los fines que motivaron su aceptación, o a otros superiores del ordenamiento jurídico mismo, se llega a penetrar la persona. La penetración es una superación de la forma jurídica persona adoptada por la pluralidad organizada en unidad, es un levantar el velo de la personalidad, un mirar dentro de ella para atender a sus realidades internas y a la que es propia de quienes conforman o disponen de la voluntad que la ley le asigna».⁹³

Aunque ya el artículo 2º de la Ley de Sociedades importaba «reprimir el uso antifuncional o disvalioso de la personalidad societaria, yéndose más allá de la teoría de la penetración», el círculo de protección de los intereses de terceros que resulta de esa norma fue completado, luego, con la inoponibilidad dispuesta a tenor de la última parte del artículo 54, que introdujo el uso «debido» del recurso societario.⁹⁴

Analizando el ámbito de aplicación del artículo 54 de la Ley de Sociedades se ha remarcado su amplitud: incluye todo tipo de control, sea interno o externo, directo o indirecto, y se aplica a todo tipo de persona;⁹⁵ es inclusive más amplio que el artículo 33, ya que mientras este se refiere a «sociedades controlantes», el artículo 54 alude –genéricamente– a «controlantes», comprendiendo a las personas físicas y también a las sociedades. Ello «permitirá responsabilizar por ‘control’ al ‘grupo personal’, el cual, como lo recuerda Otaegui, no se configura por la dominación de una sociedad sobre otra, sino que se caracteriza por la existencia de los mismos accionistas controladores en distintas sociedades, las que constituyen un grupo cuando aquellos imprimen a todas las compañías una política económica ‘de conjunto’».⁹⁶

⁹³ SANMILLÁN, Carlos, ROVIRA, Alfredo, RAGAZZI, Guillermo, MANÓVIL, Rafael y ZALDÍVAR, Enrique: Cuadernos de Derecho Societario, ed. Abeledo-Perrot, 1980.

⁹⁴ FARGOSI, Horacio P.: «Nota sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria», Rev. La Ley 1985-E-711; y «Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica», Rev. La Ley 1988-E-796.

⁹⁵ MIGUENS, Héctor J.: «Responsabilidad del controlante en el derecho argentino», Rev. Jurisprudencia Argentina 2005-I-1444.

⁹⁶ CASTRO SAMMARTINO, Mario y GARRONE, José A.: Ley de Sociedades Comerciales, ed. Abeledo-Perrot, 1998, con cita de OTAEGUI, Julio C.: Concentración Societaria, ed. Ábaco, p. 219.

Finalmente, como pautas para determinar cuándo estamos en presencia de sociedades que, si bien formalmente son distintas personas jurídicas, en la realidad encierran un mismo y único grupo económico, la jurisprudencia ha señalado que debe tenerse por comprobado que una sociedad no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante si: (a) El presidente de la sociedad controlante es titular del 85% del paquete accionario de la sociedad; (b) La sociedad ha sido constituida con un capital irrisorio, tanto por su monto como en relación con las utilidades obtenidas; (c) Los representantes en las asambleas de la sociedad son funcionarios jerárquicos de la controlante; (d) La actividad principal de la sociedad son negocios complementarios o paralelos a los de la controlante; (e) La controlante cancelaba deudas de la sociedad.⁹⁷

De todas maneras, debe señalarse aquí que la sola existencia de un grupo o de una situación objetiva de control no autoriza, sin más, a «penetrar» el entramado societario y hacer caso omiso de la personalidad diferenciada de los entes que lo componen. Porque, como ha dicho la jurisprudencia «una situación de control no presupone necesariamente un uso abusivo de la personalidad», situación ésta que debe configurarse para que ello suceda.⁹⁸

3.2. La posición de los tribunales sobre el alcance del acuerdo arbitral

Es importante conocer cómo razonan los jueces a la hora de interpretar el alcance de las cláusulas arbitrales. Porque si bien, en principio, la cuestión de si un no-signatario de dicha cláusula puede demandar o ser demandado ante el tribunal arbitral habrá de ser resuelta por los mismos árbitros, esa decisión siempre estará sujeta a control judicial, por lo que los órganos del Estado tendrán, sino la primera, la última palabra sobre el tema.

⁹⁷ C.Fed. San Martín, Sala I, 28/04/1994, in re Macri, Francisco, citado por CASTRO SAMMARTINO, Mario y GARRONE, José A.: *Ley de Sociedades Comerciales*, ed. Abeledo-Perrot, 1998.

⁹⁸ CNCom., sala B, 30/06/2005, in re Casademont, Paul A. c. Talentum Think Tank Ltd., *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Lexis-Nexis, Newsletter, 03/10/2005. En el fallo se citan, como precedentes del mismo tenor, los fallos dictados in re Corralón Patagónico de Los Andes S.A. c. Oscar A. Corral Construcciones S.A., de fecha 5/06/2002; y Pardini, Fabián R. c. Compañía Fredel S.R.L., del 6/11/1996.

En efecto, de conformidad con el principio de la «competencia de la competencia» —conocido en el derecho comparado como *kompetenz-kompetenz* o *compétence-compétence*— el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, la validez o el alcance (objetivo o subjetivo) del acuerdo arbitral.⁹⁹ Ello implica, en definitiva, reconocer a los árbitros facultades para verificar y resolver las cuestiones relativas a su propia jurisdicción, facultades que comprenden la potestad de analizar y decidir todas las cuestiones de las cuales depende la existencia y extensión de esa jurisdicción: si el acuerdo arbitral que se invoca existe y es válido, si es oponible a todas las partes del proceso, si las cuestiones incluidas en él son arbitrables y si las que se le someten a su decisión son de aquellas comprendidas en ese acuerdo.

Aunque este principio no está consagrado expresamente en la legislación argentina, ha sido incorporado en casi todos los Reglamentos institucionales, de modo que es posible asumir que la cuestión deberá plantearse, al menos en una primera instancia, ante los árbitros y ser resuelta por ellos. Sin embargo, la decisión que los árbitros adopten sobre el particular será susceptible de revisión judicial. Ello por cuanto el principio de la «competencia de la competencia» no implica otorgar a los árbitros el «poder total» para resolver el planteo de incompetencia, ya que generalmente se prevé una vía recursiva judicial para revisar la decisión de los árbitros (especialmente cuando se declaran competentes). El objetivo de la regla que consagra ese principio es evitar que los árbitros se vean obligados a suspender el procedimiento arbitral o a cesar en sus funciones por el simple planteo de incompetencia o invalidez del acuerdo arbitral, precisar el momento y las condiciones en que los tribunales judiciales ejercen su función de contralor sobre la jurisdicción arbitral; pero no implica convertir al árbitro en juez único o final de su propia competencia.¹⁰⁰

A diferencia de algunas normas (por ejemplo, el artículo 16.3 de la Ley Modelo de UNCITRAL)¹⁰¹ que instituyen un recurso judicial directo contra la

⁹⁹ El tema puede verse desarrollado en CANTUARIAS, Fernando y ARAMBURU, Manuel Diego: Arbitraje en el Perú; Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras, ed. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1994, p. 225 y siguientes.

¹⁰⁰ BROCHES, Aron: «Commentary on the UNCITRAL Model Law», International Handbook on Commercial Arbitration, supl. 11, enero de 1990.

¹⁰¹ Artículo 16.3, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL: «El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2 del

decisión de los árbitros de declararse competentes a través de un laudo interlocutorio previo, en la legislación argentina no existe previsión alguna. A raíz de esa ausencia normativa, de no hallar el agraviado por la decisión arbitral una vía procesal inmediata, podría replantear la cuestión en la instancia del recurso de nulidad contra el laudo definitivo.¹⁰²

Ello justifica, como se anticipó, que veamos la posición de los tribunales argentinos.

3.2.1. *La teoría de la «excepcionalidad del arbitraje», sus excepciones y nuestra crítica*

Al resolver cuestiones vinculadas a la exigibilidad de cláusulas arbitrales, nuestros tribunales, históricamente, han limitado su alcance. En razón de que, al resolver la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, están al mismo tiempo resolviendo sobre la extensión de su propia jurisdicción, los tribunales han mostrado una tendencia a excluir la intervención de los árbitros y «retener» para el Poder Judicial el juzgamiento de cuestiones o personas que caían dentro de la jurisdicción de los árbitros por estar comprendidas en un acuerdo arbitral válido.

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» [énfasis añadido].

¹⁰² Aunque –a primera vista– la decisión de los árbitros de considerar sujeta al arbitraje a una persona no-signataria del acuerdo arbitral no estaría entre las causales legales por las cuales procede la nulidad de un laudo, podría sostenerse que es judicialmente revisable, por estar en juego la garantía constitucional del debido proceso y del juez natural. Tal lo resolvió por los tribunales de Rosario, en el que se admitió un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, en que se cuestionaba la competencia del tribunal arbitral, argumentando que el recurso de nulidad, previsto en el artículo 360 del Código Procesal local para atender errores in procedendo, defectos procesales y salvaguardar las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa, es igualmente aplicable «en orden al recurso de nulidad del laudo arbitral, y es respecto al mismo que cabe considerar el planteo de incompetencia del tribunal arbitral realizado por la demandada, ya que de la decisión del mismo habrá de resultar la validez o invalidez del laudo dictado». CApel.CyC Rosario, Sala 2ª, 8/07/2004, in re Basf Argentina S.A. c. Capdevielle, Kay y Cía. SACIFM, Expte. N° 210/2003, N° 254.

Aunque principalmente referida al alcance objetivo o material del acuerdo arbitral, algunos tribunales acuñaron una frase, que se convirtió en jurisprudencia por fuerza de su reiteración: la competencia arbitral es de excepción porque implica una renuncia a la jurisdicción de los tribunales judiciales y, en consecuencia, las cláusulas arbitrales deben interpretarse restrictivamente.¹⁰³

Creemos oportuno, sin embargo, hacer notar que, aunque reiterada en muchos casos, esta interpretación judicial no es unánime, encontrándose pronunciamientos que, ya sea de manera explícita o en forma indirecta, se apartan de este criterio. Asimismo, esa línea de pensamiento es errada y carece de todo fundamento legal en el ordenamiento argentino.

Hace casi 30 años, en un voto en disidencia, el vocal de la Cámara Comercial, Dr. Edgardo M. Alberti razonó en el sentido exactamente opuesto, explicando la lógica interpretación que corresponde adoptar: «en la medida en que la ley autoriza a los sujetos de derecho a constituir su propio juez mediante la sujeción a árbitros y que el tema del diferendo verse sobre materia patrimonial perteneciente a sujetos capaces, no se entiende por qué la competencia de la llamada 'jurisdicción arbitral' soporta la minusvalía de ser apreciada restrictivamente».¹⁰⁴

En precedentes que datan de finales del siglo XIX, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que, habiéndose convenido en la póliza de seguro que toda cuestión sería resuelta por árbitros, no puede ocurrirse ante los jueces de derecho entablado demanda por cobro del seguro, toda vez que la convención es la «ley suprema» entre los contratantes;¹⁰⁵ y que sometidas, por convenio de partes, todas las cuestiones entre socios a la decisión de jueces árbitros, la promovida durante su liquidación, sobre cambio de administración de la sociedad, corresponde al conocimiento de éstos, y no al del juez federal.¹⁰⁶

¹⁰³ CNCom, sala E, 28/04/2000, in re Nova Pharma Corporation S.A. c. 3M Argentina S.A., Rev. El Derecho, 194-151. En ese dictamen se citan como «fuente», otras sentencias del Fuero: «Sánchez, María del Pilar c. Maderas Boker S.H.», sala B, 20/05/1986; «Carello, Cristina y otro c. Productos El Orden S.R.L.», sala A, 21/12/1988; «Amorín y Cía. S.R.L. c. Amorín, Juan, sala C, 18/08/1989; «Denami, José y otro c. Rinalmar S.R.L. y otros», dictamen 66.601, 16/06/1992; «Atorrasagasti, María Cristina c. Atorrasagasti Bagues Plaza S.R.L.», sala D, 22/12/97, Rev. El Derecho, 181-155.

¹⁰⁴ CNCom., sala D, 7/09/1976, in re Expreso Albión S.R.L. c. Mercado de Tudesco, Rosa R., Rev. El Derecho 70-144, Rev. Jurisprudencia Argentina 1977-I-590.

¹⁰⁵ CSJN, 1874, in re Filareto, Kanaci c. Cía. de Seguros Trasatlánticos, Rev. Fallos 15: 23.

¹⁰⁶ CSJN, 1891, in re Querencio, Carlos M. c. Benítez, Gregorio, Rev. Fallos 45: 296.

En otro caso se interpretó que la sola existencia de una cláusula arbitral trae aparejada la posibilidad de articular la excepción de incompetencia, y que existiendo un acuerdo de voluntades para someterse a arbitraje, tal excepción debe ser admitida. Si las partes pactaron someter a árbitros «cualquier cuestión emergente de la interpretación del convenio», debe resolverse sobre esa vía la acción que busca la interpretación del contrato —aunque se acumule una acción por daños y perjuicios— ya que la decisión que recaiga en esa sede deberá expedirse sobre el porcentaje que por las tierras objeto del contrato le corresponde al actor. No sólo porque es necesario, como paso previo que los árbitros establezcan cuál es el alcance que reúnen las palabras de los interesados, sino también porque aquellos están facultados a expedirse sobre cuestiones accesorias.¹⁰⁷

Del mismo modo, se resolvió derivar a la jurisdicción arbitral pactada una demanda —promovida en sede judicial— que perseguía el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la rescisión intempestiva de un contrato de suministro, si este contenía una cláusula sometiendo a decisión de árbitros toda controversia que surja en relación con la negociación, celebración, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del contrato. Se admitió allí que era procedente la prórroga de jurisdicción pactada en favor de árbitros extranjeros, haciendo notar que ello «tiene su fundamento en la necesidad de favorecer el comercio multinacional y los términos de su intercambio».¹⁰⁸

En otro caso, se dijo que, no existiendo impedimento para que la cuestión sea objeto del arbitraje convenido, el tribunal judicial debe declararse incompetente. Se puso de manifiesto allí que «ante la verificación de la cláusula arbitral, el magistrado debe actuar con cautela suficiente para no invadir el ámbito de competencia que las partes convinieron a favor de los árbitros; máxime cuando la misma es del alcance de la de autos pues si se permitiera el desplazamiento de la jurisdicción arbitral bajo cualquier pretexto, se estaría favoreciendo de forma muy laxa el apartamiento de lo que, en definitiva, es la intención común de las partes».¹⁰⁹

¹⁰⁷ CNCiv., sala G, 14/08/1990, in re Vázquez Torrielli, E. N. c. Vázquez de Castro, Rev. La Ley 1990-E-148.

¹⁰⁸ CNCom., sala B, 13/07/2001, in re Industrias Isaco S.A. c. Lavorazioni Meccaniche Specializzate S.A., Lexis-Nexis on line, N° 11/32434.

¹⁰⁹ CNCiv., Sala J, 27/04 2004, in re Bollini, Carlos Alberto c. Dunar Interiores S.R.L., Rev. El Derecho, 208-42.

En esta línea, es importante rescatar un caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el que se hizo prevalecer la jurisdicción arbitral pactada en un contrato de importación, cláusula que se consideró «indudablemente legítima» (tanto a la luz de lo establecido en el artículo 61.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como de nuestra legislación) aun cuando se argumentaba que ella estaba contenida en un contrato celebrado «por adhesión» y que se juzgó subsistente a los fines de juzgar un reclamo orientado a lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios que se habrían producido por la resolución incausada del convenio.¹¹⁰ La importancia de este precedente se realza por dos motivos. En primer lugar, porque esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación,¹¹¹ aunque sin pronunciamiento expreso sobre el tema.¹¹² En segundo lugar porque, si bien no lo refuta, la Corte se aparta del dictamen del Procurador General de la Nación, que propiciaba la anulación de la sentencia de la Cámara Comercial por aplicación de la teoría de la «excepcionalidad» de la cláusula arbitral.¹¹³

¹¹⁰ CNCom., sala D, 22/02/2002, in re Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A. de C.V., Rev. El Derecho 197-554.

¹¹¹ CSJN, 05/04/2005, in re Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A. de C.V., Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Lexis-Nexis, 13/06/05.

¹¹² En este punto, el fallo de la Corte mereció una justificada crítica de Rivera: «Por un lado es plausible que la Corte no haya seguido el dictamen del Procurador en lo que hace a la interpretación del alcance de la cláusula arbitral; por otro es de lamentar que no haya efectivamente argumentado por qué subsisten los efectos de la cláusula arbitral incluida en un contrato resuelto». RIVERA, Julio César: «Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia», Rev. La Ley 01/07/2005.

¹¹³ En este dictamen se señaló que «todo convenio de jurisdicción arbitral es de excepción, desde que importa sustraer la cuestión de los jueces establecidos por la ley, y, en consecuencia, las cláusulas contractuales que someten los conflictos a arbitraje deber ser de interpretación restrictiva. Partiendo de esta premisa, estimo que, no obstante la amplitud de su redacción, la cláusula contractual que en la especie somete cualquier disputa, controversia o reclamación que resulte del contrato al juicio de árbitros, debe entenderse que se refiere, como principio, a todas aquellas cuestiones que se suscitaren mientras el contrato estuviera en vigor, y con relación a su inteligencia, alcances y planteos que hagan a su vigencia; mas, una vez resuelto el mismo, el reclamo por los daños y perjuicios derivados de dicha resolución señalada como incausada, debe interpretarse como que excede los términos de la referida cláusula compromisoria, para caer en la jurisdicción de los tribunales comerciales de nuestro país, salvo eventualmente una aclaración expresa en contrario».

Por nuestra parte, oportunamente hemos rebatido el razonamiento que lleva a la aludida teoría de la excepcionalidad,¹¹⁴ considerando que esta conclusión no sólo carece de sustento jurídico y lógico, sino que contradice abiertamente la correcta interpretación de las normas vigentes. Hemos dicho que si bien contiene premisas que son ciertas y se apoya en creencias que los abogados solemos tener como verdades indiscutibles, la argumentación contiene una fractura lógica, desde que la conclusión no es una derivación razonada de las premisas que conforman el silogismo.¹¹⁵

En efecto: es cierto que al pactar el arbitraje las partes están renunciado a la jurisdicción judicial.¹¹⁶ Puede asumirse como cierto —en tanto no es del todo inexacto— que la jurisdicción arbitral es de excepción. Pero el yerro en el razonamiento jurídico de la jurisprudencia consiste en dar al término «excepcional» una connotación que —en el caso— exorbita su verdadero significado. Porque la condición de «excepcional» de la jurisdicción arbitral puede predicarse únicamente en el sentido que sólo existe si las partes voluntariamente se sometieron a ella, lo que no significa que, una vez pactada, su extensión deba interpretarse restrictivamente. En una de sus acepciones, «excepcional» es antónimo de «general» o «natural», en tanto alude a un hecho que «constituye excepción de la regla común» o que «se aparta de lo ordinario». Valiéndose de la equivocidad del término, se dice que si la jurisdicción judicial es «natural», la arbitral, por definición, debe ser «excepcional». Y luego, recurriendo a un principio general del Derecho, se razona que «lo que es excepcional debe interpretarse restricti-

¹¹⁴ ZAMENFELD, Víctor y CAIVANO, Roque J.: «El arbitraje en materia societaria», Rev. El Derecho 194-152; y CAIVANO, Roque J.: «Jurisdicción arbitral y control judicial, con referencia al arbitraje societario», en Cuestiones Actuales de Derecho Empresario, en homenaje al profesor consulto Dr. Víctor Zamenfeld, ed. Errepar, julio de 2005, pp. 121/154.

¹¹⁵ Un silogismo es un argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos. El razonamiento en el que las premisas son verdaderas pero la conclusión no lo es, se denomina «falacia por afirmación del consecuente». La inferencia no es válida cuando no hay ninguna regla lógica que autorice a dar el paso de las premisas a la conclusión. Se trata de falacias formales: los argumentos parecen correctos (desde el punto de vista estrictamente formal del silogismo), pero lo que se dice en las premisas no es relevante con relación a la conclusión. Es claro, no obstante, que la lógica es un instrumento importante pero no suficiente para el control de los argumentos en las ciencias jurídicas. ATIENZA, Manuel: Las razones del Derecho (Teorías de la argumentación jurídica), ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

¹¹⁶ CNCiv., sala A, 13/6/72, Rev. El Derecho 50-463; ídem 3/6/76, Rev. El Derecho 69-393.

vamente». Pero la falla lógica radica en que no estamos aquí en presencia de una situación que sea excepcional en el sentido mencionado. Recurriendo, por analogía, a la teoría de los contratos, puede decirse que el sometimiento a arbitraje, más que «excepcional», es un elemento «accidental» del contrato en el que se incluye la cláusula arbitral, por existir sólo cuando hubiese sido inequívocamente incorporado.¹¹⁷ En otras palabras: es correcto afirmar que la sujeción de las partes a la jurisdicción del Poder Judicial es un elemento «natural» en cualquier contrato, desde que existe sin necesidad de pacto;¹¹⁸ pero la jurisdicción arbitral, aunque sea una excepción a ello, lo es sólo en el sentido de requerir una declaración de voluntad y no en el sentido de interpretar su extensión con carácter restrictivo en los casos en que ha sido inequívocamente pactada.

En conclusión. Si bien, como se vio, la doctrina de la excepcionalidad del arbitraje no es totalmente unánime, es intrínsecamente errónea y carente de fundamento conforme la legislación argentina, y fue esencialmente aplicada a la extensión objetiva antes que subjetiva del acuerdo arbitral, no es posible aseverar que la extensión del acuerdo arbitral a un no-firmante vaya a tener favorable acogida por los tribunales.

¹¹⁷ En materia contractual los conceptos «esencial», «natural» y «accidental» se utilizan para clasificar a los elementos del contrato. Así, se dice que consentimiento, capacidad, objeto y forma son elementos «esenciales» de todos los contratos porque sin ellos no hay contrato; las garantías por evicción y vicios redhibitorios son elementos «naturales» del contrato de compraventa, porque forman parte de él salvo pacto en contrario; mientras que son «accidentales» aquellos elementos que no existen si no son expresamente pactados, como la garantía de solvencia del deudor en la cesión de derechos (SALVAT, Raymundo M.: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Vol. V, Fuentes de las Obligaciones, Tomo I, Contratos, ed. La Ley, 1946, p. 27).

¹¹⁸ Esta condición tiene, en general, reconocimiento constitucional. En nuestro caso, surge del juego de los artículos 18 y 116 de la Constitución Nacional. En otros casos, es más explícito: la Constitución Política del Perú afirma que «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes» (artículo 138); la Constitución española dispone que «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial...» (artículo 117 inciso 1); la Constitución mexicana establece que «El ejercicio del Poder Judicial del Estado se deposita en un órgano colegiado denominado Tribunal Superior de Justicia, en juzgados de primera instancia y de cuantía menor, que conocerán y resolverán las controversias que se susciten en el territorio de la Entidad» (artículo 88).

3.2.2. El caso «BASF»

En los pocos casos que ha tocado a nuestros tribunales examinar de manera directa quiénes están obligados por la cláusula arbitral, la decisión no fue favorable. Se trata de sendos casos, planteados ante las Cámaras Arbitrales de Cereales de Buenos Aires y Rosario, en que se discutía quiénes estaban obligados por la cláusula arbitral contenida en contratos de compraventa de cereales.

El origen de la cuestión se remonta a diversos contratos, mediante los cuales Basf Argentina S.A. [BASF] vendía granos a distintos compradores, negocios concertados con intervención de Capdevielle Kay y Cía. S.A. [Capdevielle] como corredor. Siguiendo una práctica usual en el comercio de granos, en los contratos se disponía que el comprador debía realizar el pago del precio al corredor (en el caso, Capdevielle), condición ésta que —además de ser «natural» en el comercio de granos—¹¹⁹ resultaba en el caso de una estipulación expresa por todos los firmantes del contrato (vendedor, corredor y comprador). Alegando que Capdevielle no había rendido cuentas ni pagado a Basf diversas sumas que aquel había percibido como consecuencia de una serie de contratos, Basf promovió demandas arbitrales contra Capdevielle. Basf justificó la competencia arbitral en la existencia de la cláusula arbitral contenida en los contratos de compraventa, los que —firmados por vendedor, comprador y corredor— preveían que *«Toda cuestión que surja con motivo de la celebración, cumplimiento, incumplimiento, prórroga o rescisión del presente boleto, será sometida a la resolución de la Comisión Directiva de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales...»*.

Aunque, como se verá, el resultado final es coincidente, ambos casos tuvieron distinta tramitación procesal, en razón de las diversas maneras de plantear la cuestión.

En el caso tramitado en Buenos Aires, Capdevielle planteó la incompetencia por vía de inhibitoria. Admitida ésta por el juez comercial, y rechazada por el tribunal arbitral, se llevó el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

¹¹⁹ Tan así es que, en las «Reglas y Usos del Comercio de Granos», recopilación de normas realizada por las Cámaras Arbitrales de Cereales y aceptada por todas las entidades que nuclean a los operadores de toda la cadena agroindustrial, se establece que «La intervención de corredor en la operación de compraventa implicará, salvo pacto en contrario, facultades concedidas por el vendedor para firmar en su nombre fijaciones, ampliaciones, anulaciones, rescisiones, prórrogas, recibos de mercadería, así como para facturar y percibir el precio» (artículo 9.1) [énfasis añadido].

como tribunal competente para resolver la contienda positiva de competencia que se había trabado entre el juzgado comercial y la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales.¹²⁰ Al resolver, la Corte, haciendo suyo el dictamen del Procurador Fiscal, atribuyó la competencia al juzgado comercial. Básicamente argumentó que «el juez natural para intervenir en los conflictos entre particulares es el Poder Judicial de la Nación» y que la prórroga de jurisdicción a favor de los árbitros «debe surgir del contrato que relacione a las partes en litigio y, conforme lo destaca el Fiscal de Primera Instancia, ello requiere una manifestación *concreta, clara y expresa* del consentimiento de las partes en favor del arbitraje» (énfasis añadido). En el caso, ponderó que si bien el corredor intervino en la celebración de los contratos y firmó los instrumentos que contienen la cláusula arbitral, esta última «claramente está referida a la intervención del órgano arbitral para la solución de diferendos que surjan entre vendedor y comprador, pero no entre el corredor y su comitente enajenante, los que discrepan en torno al resultado de la gestión del primero y la debida rendición de cuentas sobre los supuestos importes recibidos de los compradores».¹²¹

En el caso tramitado ante la Cámara Arbitral de Cereales de la Bolsa de Comercio de Rosario, Capdevielle no planteó la incompetencia del tribunal arbitral por vía de inhibitoria (como en Buenos Aires) sino por vía de declinatoria. Luego de examinar la cuestión, la Cámara Arbitral rechazó el cuestionamiento efectuado a su jurisdicción y dictó un laudo de condena contra Capde-

¹²⁰ Conforme la regla general del derecho argentino, las contiendas de competencia entre jueces deben ser resueltas por el tribunal jerárquicamente superior a ambos. En el caso, la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales actuaba como tribunal de amigables componedores, cuyo laudo –conforme el Reglamento y al artículo 771 del Código Procesal– es irrecorrible y sólo pasible de cuestionamientos a su validez, que deben plantearse por vía de acción o demanda autónoma de nulidad (sobre el tema remitimos a nuestros trabajos «Recursos en el arbitraje», Rev. de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, N° 2, marzo de 1999, páginas 271 y siguientes; y más específicamente, «Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad», Rev. Jurisprudencia Argentina 1994-I-845). En situaciones como ésta, la inexistencia de un tribunal jerárquico común conduce a atribuir competencia para resolver la contienda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con el artículo 24 inciso 7° del Decreto-Ley 1285/58 (texto según ley 21.708. Esta interpretación ha sido admitida por la propia Corte (CSJN, 16/6/1993, Rev. Fallos 316:1524; CSJN, 11/07/1996, in re S.A. Energomachexport c. Establecimientos Mirón SAICIFA, Rev. Fallos 319: 1287).

¹²¹ CSJN, 11/05/2004, in re Basf Argentina S.A. c. Capdevielle y Cía. S.A., Competencia N° 1651, XXXIX, Lexis-Nexis on line, N° 35000740.

vielle. Contra el laudo, ésta parte planteó recurso de nulidad. Argumentó que la inexistencia de un presupuesto básico de la Cámara Arbitral juzgadora —cual es su competencia— implica «la nulidad del laudo por violación de formas que asumen carácter sustancial para el dictado de pronunciamiento válido». Al resolver el recurso de nulidad, la Sala 2ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, hizo hincapié en la naturaleza convencional del arbitraje: «Siendo el arbitraje un método o modo de resolución de los conflictos, que tiene el propósito y efecto de sustraerlos de la jurisdicción de los jueces ordinarios, sometiénolos a la decisión de particulares como amigables componedores, investidos de funciones a tal fin, salvo excepciones (vgr. el arbitraje establecido en el artículo 417 del CPCC) tiene naturaleza voluntaria. Esto es, que para someter la solución de diferendos a árbitros, se requiere para ello el acuerdo de los interesados, a través del denominado compromiso arbitral». Interpretando, como lo había hecho la Corte Suprema, que la cláusula compromisoria contenida en los contratos estipula el arbitraje sólo para las cuestiones que se susciten «entre las partes intervinientes como vendedora y compradora», concluyó que «en tanto no se fundara el sometimiento a arbitraje en la existencia de un pacto arbitral entre Basf S.A. y Capdevielle, Kay y Cía. S.A. para la solución de las divergencias que pudieran plantearse entre ellas, con motivo de la actuación de esta última como corredora, representante de aquella en las contrataciones de terceros, corresponde hacer lugar a la nulidad del laudo arbitral N° 02/2003 de la Cámara Arbitral de Cereales de Rosario, por ser incompetente para actuar arbitrando en el caso».¹²²

4. Conclusiones

Como se ha dicho, el carácter voluntario del arbitraje impide que alguien sea obligado a someterse a la jurisdicción de los árbitros si no ha prestado su consentimiento para ello. La línea de pensamiento que ha ido desarrollándose en el derecho comparado no reniega de ese principio. Más bien lo ratifica. En lo que esta interpretación puede considerarse «innovadora» es en hacer flexible la parte formal del principio: a la vista de ciertas circunstancias de hecho particulares,

¹²² CApel.CyC Rosario, Sala 2ª, 8/07/2004, in re Basf Argentina S.A. c. Capdevielle, Kay y Cía. SACIFM, Expte. N° 210/2003, N° 254.

priorizando el fondo, la realidad, por sobre la forma o la mera apariencia, considera que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el consentimiento para someterse a arbitraje. Estas doctrinas, en definitiva, permiten concluir que ha existido conformidad respecto del arbitraje, que se ha consentido en él, dadas ciertas conductas o situaciones de hecho, aun en ausencia de una expresa y formal aceptación.

De los antecedentes descriptos se desprende que, en el arbitraje internacional, es generalmente admitido, como cuestión de principio, que pueda hacerse parte en un arbitraje a una persona —física o jurídica— distinta de aquellas que firmaron el contrato conteniendo la cláusula arbitral. Sin embargo, debe anotarse que esta solución no es absolutamente unánime y que —aun en los casos que se admite— es excepcional y requiere que se acrediten ciertas situaciones de hecho. Una pretensión semejante sólo es admisible a condición de que se verifiquen ciertos presupuestos, cuya prueba está a cargo de quien, no siendo parte en el acuerdo arbitral, pretende prevalecerse de él o de quien, siendo parte en él, pretende llevar a un no-signatario al juicio arbitral. La mejor demostración de ello es que, en los casos que se admitió la participación de no-firmantes del acuerdo arbitral en el proceso, más allá del soporte teórico, el principal fundamento fue el reconocimiento de la situación de hecho subyacente.

Las teorías que se han elaborado y las soluciones dadas en el derecho comparado son perfectamente compatibles con régimen jurídico argentino, que contiene normas legales y principios generales que permiten adoptarlas. Sin embargo, la resistencia de algunos tribunales, que insisten en examinar el alcance del acuerdo arbitral con un criterio restrictivo —sin mayores argumentos y a contramano de la recta interpretación del ordenamiento— pone alguna sombra de duda respecto de la receptividad que tendría en la jurisprudencia.

Como aclaración final sobre el tema, conviene precisar que una cosa es admitir que un no-signatario pueda invocar la cláusula de arbitraje —o aún que ésta pueda serle oponible— y otra diferente es derivar de allí, en forma automática, que el no-signatario puede ser responsabilizado por los eventuales incumplimientos contractuales. Si bien puede existir una relación entre ambas situaciones, son aspectos diferentes. Como explica Suárez Anzorena, la imputación de los efectos de la cláusula arbitral opera en el marco de los poderes del tribunal arbitral y define los alcances de su jurisdicción, mientras que la responsabilidad opera en el marco del derecho sustancial que rige la relación entre las partes e implica evaluar los méritos de la demanda y, en su caso, determinar

sobre quién recaen las obligaciones del contrato. Si bien muchas veces las mismas circunstancias que determinan la extensión de los efectos del acuerdo arbitral sirven para determinar su responsabilidad por las consecuencias que se derivan del incumplimiento, «de una cosa no se sigue necesariamente la otra» ya que puede haber casos en que existan elementos para extender la jurisdicción arbitral a un no-signatario, pero no para establecer su responsabilidad a la luz del contrato.¹²³

¹²³ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio: «Algunas notas...», op. cit., p. 71.