

Tutela arbitral efectiva en Ecuador

María Elena Jara Vásquez

**TUTELA ARBITRAL
EFECTIVA EN ECUADOR**

DS

Serie Derecho y Sociedad

2

María Elena Jara Vásquez

TUTELA ARBITRAL EFECTIVA EN ECUADOR



Quito, 2017



Serie Derecho y Sociedad

Claudia Storini, *editora general*

Tutela arbitral efectiva en Ecuador

María Elena Jara Vásquez

Primera edición:

ISBN Corporación de Estudios y Publicaciones: 978-9942-10-386-4

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-829-2

Derechos de autor: 052368 • Depósito legal: 006011

Impreso en Ecuador, noviembre de 2017

Coordinación editorial: *Jefatura de Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Diseño y revisión de texto: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

Diseño de portada y logotipo de la serie: *Quinche Ortiz Crespo*

© Corporación de Estudios y Publicaciones

Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama

Apartado postal: 1721000186 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256

www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ec

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original de texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

El texto original de este ensayo fue realizado para la obtención del título de Doctor en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

ÍNDICE

Dedicatoria	I
Abreviaturas	III
Prólogo	V

Introducción	1
---------------------	----------

Capítulo 1

La relación entre el arbitraje y el derecho a la tutela efectiva

LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL ARBITRAJE Y SU DESARROLLO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO	1
Los elementos esenciales de la noción de arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	1
El carácter alternativo del arbitraje	3
El origen generalmente voluntario del arbitraje	8
El carácter heterocompositivo del arbitraje	13
El desarrollo normativo del arbitraje en Ecuador	14
El contexto latinoamericano	14
El tratamiento constitucional del arbitraje	19
El tratamiento legal del arbitraje	23
El desarrollo legal del arbitraje hasta la expedición de la LAM	23
La LAM y su relevancia en la regulación del arbitraje ecuatoriano	28
El arbitraje en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ): Una forma de servicio público de administración de justicia	31
La definición de la naturaleza jurídica del arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	34

Síntesis de las principales aproximaciones teóricas sobre la naturaleza del arbitraje	34
La perspectiva de las teorías contractualistas	34
La perspectiva de las teorías jurisdiccionalistas	36
La perspectiva de las teorías eclécticas y su colofón en las teorías autónomas	40
El carácter jurisdiccional de las funciones de los árbitros reconocido en la legislación ecuatoriana	42
El arbitraje frente al principio de unidad jurisdiccional	44
EL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA Y SU ENTENDIMIENTO POR LAS CORTES ECUATORIANAS	47
La configuración del derecho a la tutela efectiva	47
Tutela efectiva y debido proceso	53
¿CONSTITUYE EL ARBITRAJE EN ECUADOR UN CAUCE DE EJERCICIO DEL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA?	58
Reflexiones finales sobre este capítulo	62

Capítulo 2

Arbitraje y acceso a la justicia

LAS MÚLTIPLES DIMENSIONES DEL ACCESO A LA JUSTICIA	64
EL DERECHO A SOMETER LOS CONFLICTOS A ARBITRAJE COMO ELEMENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA	71
La autonomía de la voluntad como fundamento de este derecho	71
El sometimiento a arbitraje en situaciones de asimetría estructural de poder de negociación	75
La sujeción a arbitraje en contratos de adhesión con consumidores	75
El debate sobre la validez del consentimiento en las cláusulas arbitrales incorporadas en contratos de adhesión entre proveedores y consumidores	75
Planteamientos para salvaguardar el acceso a la justicia de consumidores que se someten a arbitraje en contratos de adhesión	84

La sujeción a arbitraje en contratos individuales de trabajo	89
Aspectos específicos sobre la validez del consentimiento en las cláusulas arbitrales incorporadas en contratos individuales de trabajo	89
Planteamientos para salvaguardar el acceso a la justicia de trabajadores que se someten a arbitraje en contratos individuales	93
LA PROSCRIPCIÓN DE OBSTÁCULOS INJUSTIFICADOS PARA ACCEDER A LA JUSTICIA ARBITRAL	95
Obstáculos de índole procesal: Los vacíos en el régimen de legitimación <i>ad causam</i> en arbitraje	96
Aspectos generales sobre la legitimación <i>ad causam</i> y sus especificidades en los procesos arbitrales	96
La legitimación de partes no signatarias del convenio arbitral	100
La tendencia al relajamiento de los requisitos formales para probar la existencia del convenio arbitral	100
Una visión panorámica sobre la receptividad de la teoría de partes no signatarias ante tribunales internacionales	104
¿Existen fundamentos jurídicos para admitir la legitimación de partes no signatarias del convenio arbitral en el contexto jurídico ecuatoriano?	110
Algunos casos de legitimación de partes no signatarias en procesos arbitrales en la experiencia nacional	117
Legitimación con base en la transmisión del convenio arbitral	122
Legitimación de terceros en el proceso arbitral	126
Legitimación en arbitrajes colectivos	130
El sistema arbitral ecuatoriano frente a la proscripción de obstáculos socioeconómicos para acceder a la justicia	134
Los costos del arbitraje y las tensiones que plantean frente al derecho de acceso a la justicia	134
Reflexiones finales sobre este capítulo	144

Capítulo 3

Arbitraje y debido proceso

LA NOCIÓN DE DEBIDO PROCESO ARBITRAL	147
---	-----

LOS ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL	152
El derecho a ser juzgado por árbitros independientes e imparciales	152
El sometimiento a arbitraje no infringe el derecho al juez natural	152
Las nociones de “independencia” e “imparcialidad” en arbitraje	154
Las obligaciones de los árbitros vinculadas con el resguardo de su independencia e imparcialidad	157
La obligación de revelación	158
La obligación del árbitro de evitar considerarse a sí mismo como abogado o agente de la parte que lo nombró	161
La recusación como garantía del derecho a un árbitro independiente e imparcial	164
El derecho a ser juzgado por árbitros competentes	171
La incidencia del principio <i>competence-competence</i> en el derecho a árbitros competentes	172
La incidencia del efecto positivo del <i>competece-competence</i>	172
La incidencia del efecto negativo del <i>competece-competence</i>	179
El derecho de defensa en arbitraje	181
El derecho a la igualdad de armas procesales	182
El derecho de contradicción	183
El derecho a probar	187
El derecho a un laudo motivado	189
El derecho a recurrir del laudo	193
La configuración del derecho a recurrir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	193
¿Debe existir una instancia de apelación en sede arbitral?	195
LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL	200
La caracterización de la acción de nulidad del laudo arbitral	200
Los problemas que plantea la actual definición de causas de nulidad para garantizar el debido proceso arbitral	203

La acción de nulidad como garantía del derecho a ser juzgado por árbitros independientes e imparciales	208
La acción de nulidad como garantía del derecho a ser juzgado por árbitros competentes	209
El debate sobre la aplicación del art. 31, lit. e) LAM a fin de precautelar el derecho a ser juzgado por árbitros competentes	209
¿Cabe invocar la nulidad de un laudo expedido extemporáneamente por falta de competencia del tribunal arbitral?	211
La acción de nulidad como garantía de los derechos de contradicción y de igualdad de armas	213
La aplicación de los literales a), b) y c) del art. 31, LAM para garantizar los derechos de contradicción y de igualdad de armas	213
La aplicación del literal d) del art. 31, LAM para garantizar el derecho de contradicción	215
La acción de nulidad: ¿garantía idónea para resguardar el derecho a la motivación de los laudos arbitrales?	218
El debate sobre la aplicación del lit. d) del art. 31, LAM a fin de precautelar el derecho a la motivación de los laudos arbitrales	218
¿Debe ser la motivación defectuosa causal de nulidad del laudo arbitral?	220
Los problemas que plantea el actual procedimiento de la acción de nulidad para garantizar el debido proceso arbitral	223
Aspectos introductorios	223
El sistema de recursos admisibles sobre la sentencia que resuelve la acción de nulidad	226
¿Caben los recursos de apelación y casación sobre la sentencia que dicta la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia?: Relevancia de la Resolución obligatoria 08-2017 de la CNJ	226
LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN (AEP): ¿GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL?	231
Rasgos esenciales de la AEP	231
La procedencia de la AEP contra los laudos arbitrales	236

Antecedentes relevantes sobre el control constitucional de laudos arbitrales	236
¿Son los laudos arbitrales resoluciones con fuerza de sentencia?	241
La necesidad de articular acción de nulidad y AEP	246
Reflexiones finales sobre este capítulo	248

Capítulo 4

Ejecución de los laudos arbitrales

ASPECTOS INTRODUCTORIOS	252
El laudo arbitral y sus efectos de cosa juzgada	252
Los contornos del derecho a la ejecución de los laudos arbitrales	256
LA TUTELA CAUTELAR EN ARBITRAJE	262
Fundamentos de la tutela cautelar arbitral	263
El debate sobre las atribuciones de los árbitros en la expedición y ejecución de medidas cautelares	267
La interacción entre justicia estatal y justicia arbitral en el marco de la tutela cautelar	272
El respeto del derecho de defensa en el ejercicio de la tutela cautelar arbitral	278
Los problemas en el régimen de la contracautela	280
ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES	285
Perspectivas sobre el rol de los árbitros en la ejecución de los laudos arbitrales	285
Los vacíos en el régimen de suspensión de ejecución de los laudos arbitrales	291
La posibilidad de control judicial previo a la ejecución de los laudos arbitrales domésticos	295
Reflexiones finales sobre este capítulo	301

Conclusiones	303
Sobre los fundamentos del arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y su relación con el derecho a la tutela efectiva	303
Sobre la relación entre arbitraje y acceso a la justicia	305
Sobre el debido proceso arbitral y sus garantías	309
Sobre la ejecución de los laudos arbitrales	314
 Bibliografía	 317

*A la memoria de mi padre, Ernesto,
y a mi madre, Elena, ejemplos de vida.
A mi esposo, Fernando, cómplice incondicional.*

Abreviaturas

ABA:	American Bar Association
CAC-CCG:	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil
CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
CAM-AMCHAM:	Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana
CAM-CCQ:	Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito
CC:	Corte Constitucional de la República del Ecuador
CCPT:	Corte Constitucional para el Período de Transición
CCI:	Cámara de Comercio Internacional
CCiv:	Código Civil
CCom:	Código de Comercio
CCQ:	Cámara de Comercio de Quito
CdT:	Código de Trabajo
CRE:	Constitución de la República de Ecuador
CEMC:	Código de Enjuiciamientos en Materia Civil
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CISG:	Convención de las Naciones Unidas para la Venta Internacional de Bienes
CNJ:	Corte Nacional de Justicia
CNJU:	Consejo Nacional de la Judicatura
CNUMDI:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COGEP:	Código Orgánico General de Procesos

CPC:	Código de Procedimiento Civil
CPJ:	Corte Provincial de Justicia
CPJG:	Corte Provincial de Justicia del Guayas
CPJP:	Corte Provincial de Justicia de Pichincha
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
CSJQ:	Corte Superior de Justicia de Quito
IBA:	Inter-American Bar Association
LAM:	Ley de Arbitraje y Mediación
LCIA:	Corte Internacional de Arbitraje de Londres
Lcías:	Ley de Compañías
LODC:	Ley Orgánica de Defensa del Consumidor
LODDL:	Ley Orgánica Para la Defensa de los Derechos Laborales
LOFSSB:	Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil
LOFJ:	Ley Orgánica de la Función Judicial
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
PCPJ:	Presidencia de la Corte Provincial de Justicia
PCPJP:	Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha
PCSJQ:	Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Quito
RGLODC:	Reglamento General de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor
RO:	Registro Oficial
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Prólogo

Cuando se habla sobre arbitraje, se suele resaltar sus características frente a la justicia ordinaria. Rapidez, confiabilidad y transparencia son términos ineludiblemente asociados; pero describir sus peculiaridades o tratarlo únicamente desde una perspectiva de método alternativo de resolución de conflictos conllevaría, aun de forma involuntaria, a restarle importancia.

En efecto, la frase “vía alternativa” nos conduce a pensar, inevitablemente, en los *defectos* de la justicia ordinaria: la sobrecarga de trabajo de los jueces, la posibilidad de influir en las decisiones judiciales –en la pasada década, lamentablemente, más visible que nunca en Ecuador–, la aplicación de formas que complican los procedimientos y alargan la solución en el tiempo; y paradójicamente, hace que nos olvidemos de qué representa, por sí mismo, el arbitraje.

No obstante, el arbitraje no es simplemente una vía de escape a la congestión o la posible corrupción que puedan afectar al despacho judicial. Es una alternativa, sí, pero ¿qué ofrece, *realmente*, frente al poder judicial? Deberíamos considerar que con la expedición del Código Orgánico General de Procesos, la sustanciación de los procesos se han acortado notablemente, así que la cuestión temporal ya no resulta una ventaja significativa del arbitraje. La actuación de la prueba, aun con las complicaciones que se vienen arrastrando del peso indudable del sistema escrito –de larga data– se asemeja, cada vez más, a la práctica arbitral o viceversa.

Busquemos respuestas, entonces, por otro lado. Las partes confían en los tribunales arbitrales, porque entienden que la solución del caso contará con un estudio más sesudo y especializado. Que, eventualmente, la decisión se expedirá en un lapso de tiempo más corto porque los árbitros no ejercen como tales a tiempo completo. También se suele pensar en la transparencia que caracteriza al arbitraje y al hecho de que las hojas de vida de los árbitros están, teóricamente, a disposición de quien requiera revisarlas, al menos en el caso de los arbitrajes administrados. Y que las reglas del procedimiento pueden ser acordadas entre las partes o con la dirección del árbitro, cuyo rol fundamental se debería centrar en garantizar la intervención de los litigantes en estricto plano de igualdad.

Hemos visto algunos beneficios y seguimos sin salir del todo de la dupla ventajas-desventajas frente a la justicia ordinaria. E intencionalmente he querido empezar por estas líneas para relieves lo que este libro ofrece.

El arbitraje no es una mera alternativa. Es *la alternativa* al modelo judicial. Y no simplemente por las ventajas que pueda tener frente a la justicia ordinaria, sino porque se trata verdaderamente de un medio para realizar justicia.

De eso trata, precisamente, la obra de María Elena Jara. De enseñarnos que el arbitraje *constituye un cauce para dispensar tutela efectiva*, que camina a la par de la justicia ordinaria sin estar subordinado a ella. Y a lo largo de este libro –cuya lectura es amena y ajena a los tecnicismos propios de la materia, aun para los no iniciados en arbitraje– el lector entenderá por qué ambos términos resultan indisolubles.

Ese es el primer aporte de la obra, que demuestra con solvencia aquellas relaciones y establece, con amplio detalle y mención de casos, de qué manera el arbitraje garantiza el derecho de acceso a la justicia; por qué es imprescindible hablar de un *debido proceso arbitral*; cuáles son los deberes del árbitro en la construcción y sustentación del laudo como decisión de marcado carácter jurisdiccional –de otra manera no es posible sustentar su coercibilidad–, y nos advierte también sobre la necesidad de reforzar el sistema de ejecución y medidas cautelares en arbitraje. Finalmente, también se toma tiempo para analizar la siempre polémica posibilidad del control constitucional del laudo arbitral, así como las implicaciones de la acción de nulidad contra laudos arbitrales.

Aunque cada una de estas temáticas requeriría algunas líneas –y casi sobra decir, porque el lector lo va a comprobar, que María Elena Jara las analiza con lucidez y mirada actual, ligada siempre a la realidad y a la praxis– quisiera detenerme en una de las construcciones que, en mi criterio, es una de las aportaciones más valiosas de esta obra y una de las que debería motivar a una profunda reflexión en el foro ecuatoriano.

La noción *debido proceso arbitral* siempre ha estado presente, pero no se le ha otorgado verdadera carta de ciudadanía en el foro ecuatoriano, quizá porque existe un temor irracional, me parece, a “complicar” el arbitraje y a asemejarlo al proceso judicial. La autora va destruyendo este mito, y termina convenciéndonos de que es necesario asegurar este estándar para que el arbitraje constituya realmente un cauce adecuado para dispensar tutela efectiva, es decir, *que sea realmente un mecanismo jurisdiccional para alcanzar la justicia*, valor inherente a una sociedad democrática. Y quienes ejercemos como árbitros, deberíamos mirarnos como ciudadanos que contribuimos, en ese particular ámbito, a construir una sociedad democrática.

Lo cierto es que “debido proceso” no equivale a complicación de formas, ni a “judicializar” el arbitraje. Si se quisiera efectuar un ejercicio de síntesis, se podría compendiar el derecho al debido proceso en dos: derecho a la igualdad entre partes y derecho a la contradicción. Todos los demás derechos que un juez o un árbitro consideren necesario hacer valer en el ámbito de un proceso convergerán de una u otra manera a garantizar a las partes que intervengan en un estricto plano de igualdad y a que cuenten con las mismas oportunidades de ejercer su derecho a la defensa.

Y por muy flexible que pueda ser el arbitraje –“el arbitraje es el arbitraje”, dice en genial y sintética fórmula Silva Barona Vilar–, un árbitro nunca podría obviar estas reglas. Es más, si las partes ceden a esa tentación, sea con pleno consentimiento, o por desconocimiento, o simplemente porque entre ellas existe asimetría de poder, es deber del árbitro corregir cualquier posible irregularidad para garantizar aquellos derechos. De otra forma ¿de qué confiabilidad podemos hablar? ¿Cómo podríamos decir que la justicia arbitral es adecuada? Si no es adecuada, simplemente no brindará tutela o protección a quienes acuden al arbitraje.

María Elena Jara determina cuáles son los contenidos mínimos del debido proceso arbitral, y contribuye así con recomendaciones sumamente valiosas para el arbitraje en Ecuador. No se trata de establecer reglas inmutables; sí principios y guías que sin duda alguna aportarán para afianzar aquel derecho en la práctica arbitral. Sistematizarlas y estudiarlas con ojo doctrinario y práctico es necesario en un país donde se ha escrito algo sobre el tema, pero faltaba construir una verdadera teoría. Y la autora lo logra en este libro. Y lo propio cabe decir de las instituciones que son tratadas con una base jurisprudencial y doctrinaria amplísimas que evidencian solidez de investigación en la cual participé como directora.

Pocas veces caen en nuestras manos textos que explican con profundidad pero con términos sencillos y perfectamente inteligibles instituciones jurídicas complejas. Este es uno de esos libros. Que vale no solo para aprender de arbitraje –y que, estoy segura, se convertirá en lectura obligada para quien ejerza como árbitro o como abogado ante tribunales arbitrales o esté interesado en la materia– sino para comprender qué es a final de cuentas el arbitraje y por qué vale la pena acudir a él para encontrar verdadera tutela de nuestros derechos.

Vanesa Aguirre Guzmán

Introducción

Un verdadero viaje de descubrimiento consiste no en buscar nuevos paisajes, sino en mirar con nuevos ojos.

Marcel Proust

Esta obra¹ está orientada al estudio del arbitraje doméstico ecuatoriano –paisaje conocido desde la época colonial– desde el prisma de la vigencia del derecho constitucional a la tutela efectiva. La hipótesis que sirvió como punto de partida para este estudio es que, dada la naturaleza jurisdiccional atribuida a las funciones de los árbitros en el ordenamiento jurídico nacional, el arbitraje se configura como un cauce para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva; pero, para que la tutela que dispensa el sistema arbitral ecuatoriano sea realmente *efectiva*, resultan imprescindibles una serie de mejoras que inciden en cada uno de los grandes momentos comprendidos en el íter del ejercicio de este derecho de protección: acceso a la justicia, desarrollo del proceso con garantías suficientes para los justiciables y ejecución del laudo.

La reflexión sobre los posibles avances del sistema arbitral vigente se orienta por el principio de que el reforzamiento de las garantías de los derechos de los justiciables no puede desconocer la ductilidad inherente a este sistema de solución de conflictos, en el cual la autonomía de la voluntad tiene un rol determinante, tanto en el desplazamiento de la jurisdicción estatal por la arbitral como en la configuración del proceso, lo que implica que las garantías constitucionales inmersas en el contenido complejo del derecho a la tutela efectiva adquieren matices especiales en el mundo del arbitraje. Esta obra se propone destacar estas especificidades y configurar, en la medida de lo posible, un marco de garantías adaptado a las mismas.

¹ La presente obra corresponde a la tesis presentada por la autora para obtener el título de Doctora en Derecho (PhD) expedido por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, a la que se han incorporado algunas mejoras. Se agradece de forma especial a la Dra. Vanesa Aguirre Guzmán por sus importantes aportes, al haber actuado como directora de la mencionada tesis. Se agradece también el valioso apoyo del Fondo de Investigaciones de la UASB-E para la realización de algunos capítulos de este trabajo. Finalmente, debe advertirse que el presente estudio cuenta con un número importante de fuentes normativas y jurisprudenciales nacionales y extranjeras cuya información, por razones de conveniencia editorial, solo se presenta en notas al pie y no en la sección de bibliografía.

El análisis propuesto es oportuno, primero, porque el paradigma del *Estado de derechos y justicia* introducido en la Constitución de Montecristi impone la obligación de analizar las instituciones jurídicas desde la perspectiva de su eficacia para asegurar la vigencia de los derechos; segundo, porque las promesas de celeridad, especialización y flexibilidad del proceso arbitral –no siempre alcanzadas, en parte, por una relación poco fluida con la justicia estatal² coexisten con inquietudes sobre el nivel de garantías procesales admisibles; y finalmente, porque este año se cumplieron veinte años de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) y es importante evaluar esta última etapa del arbitraje en Ecuador.

Bajo estas consideraciones, el presente estudio comprende cuatro capítulos:

El primero plantea la discusión del arbitraje como cauce para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva. Este análisis aborda en un primer momento los fundamentos teóricos del arbitraje, la determinación de sus elementos esenciales y de sus principales rasgos a nivel constitucional y legal, así como de la naturaleza atribuida a las funciones de los árbitros a lo largo de la evolución normativa de esta figura en el país. En la segunda parte, este capítulo se concentra en establecer los contornos del derecho a la tutela efectiva, considerando como una fuente relevante los pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador sobre esta materia. Finalmente, con sustento en el análisis previo, se determina que el arbitraje constituye uno de los cauces para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva –una *tutela arbitral efectiva*–.

El segundo capítulo se concentra en la relación entre acceso a la justicia y arbitraje. El análisis parte de la complejidad de la noción de *acceso a la justicia* en el marco del Estado social e identifica al derecho a someter los conflictos a arbitraje en ejercicio de la autonomía de la voluntad como elemento del derecho de acceso a la justicia. Como contrapartida, se desarrolla la idea del sometimiento a arbitraje impuesto en el contexto de relaciones en las que existen diferencias estructurales de poder de negociación entre los contratantes, como un obstáculo para acceder a la justicia. En este escenario, se discuten los casos de sometimiento a arbitraje en contratos de adhesión entre proveedores y consumidores y en contratos individuales de trabajo. Adicionalmente, este capítulo analiza dos supuestos que cons-

2 Ver Bruno Oppetit, *Teoría del arbitraje*, trad. por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa y José Joaquín Caicedo Demoulin (Bogotá: Legis / Presses Universitaires de France / Universidad del Rosario -UR-, 2006), 71: “El arbitraje, verdadera alternativa a la justicia pública ha suscitado reservas a causa de diversos problemas que lo afectan: la desviación procesal, la tutela judicial, el continuo aumento de los costos, el formalismo y el alargamiento de los plazos, contrarían incontestablemente las esperanzas de los usuarios”.

tituyen obstáculos para el acceso a la justicia arbitral: uno de carácter procesal, relativo a la ausencia de reglas claras sobre casos especiales de legitimación *ad causam* –principalmente legitimación de partes no signatarias, sucesores del convenio arbitral y terceros–, y otro, de índole socieómico, consistente en los costos del arbitraje como impedimento para acceder a la administración de justicia en sede arbitral.

El tercer capítulo desarrolla la relación entre debido proceso y arbitraje. Como punto de partida, se busca determinar los elementos del debido proceso arbitral y establecer sus particularidades. Bajo esta óptica, se estudian los contornos del derecho a ser juzgado por árbitros independientes e imparciales, del derecho a árbitros competentes, del derecho de igualdad de armas procesales, del derecho de contradicción, del derecho de probar y del derecho a la motivación de los laudos. Adicionalmente, se plantea la posibilidad de introducir un recurso de apelación de los laudos arbitrales en derecho, por acuerdo entre las partes. Posteriormente, el estudio determina las deficiencias del catálogo vigente de causales que permiten plantear la acción de nulidad de los laudos para proteger eficientemente el debido proceso arbitral, así como los problemas procesales inherentes a tal acción. Finalmente, se plantea el debate de la procedencia de la acción extraordinaria de protección como garantía jurisdiccional constitucional sobre laudos arbitrales y se explora una solución frente a los problemas que se originan por la multiplicación de espacios de control estatal sobre los laudos.

El cuarto capítulo se concentra en la ejecución de los laudos arbitrales. En primer lugar, se determinan los efectos que el ordenamiento jurídico nacional confiere a los laudos arbitrales y se delinean los contornos del derecho a la ejecución de los laudos de condena. En segundo lugar, se estudia el régimen de tutela cautelar en sede arbitral, desde la perspectiva de su idoneidad para resguardar la eficacia del laudo arbitral, planteándose como un debate teórico importante la procedencia de facultades de ejecución de medidas cautelares a favor de los árbitros frente al paradigma de monopolio de la fuerza por parte del Estado. Finalmente, la reflexión se orienta a la posibilidad de intervención de los árbitros en procesos de ejecución de los laudos –bajo los mismos principios sentados para la intervención en la ejecución de medidas cautelares–, a los vacíos del régimen de suspensión de ejecución de laudos arbitrales y sobre la posibilidad de control previo a la ejecución de los laudos por parte de la justicia estatal.

Este trabajo procura rescatar los aportes de la doctrina nacional sobre el arbitraje, sistematizar los principales pronunciamientos de las altas cortes ecuatorianas sobre esta materia, a partir de la expedición de la LAM, así como evidenciar la línea de razonamiento seguida por la justicia ordinaria

al conocer procesos de nulidad de laudos arbitrales, mediante un estudio de varias sentencias, especialmente de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (PCPJP). Los datos sobre laudos y pronunciamientos arbitrales nacionales a los que este estudio hace referencia son los que se han hecho públicos, ya sea por haberse remitido el expediente a la justicia ordinaria en el contexto de acciones de nulidad o demandas para la ejecución de laudos arbitrales, o por haberse hecha pública esta información por los propios centros de arbitraje, o por parte de árbitros o funcionarios de centros de arbitraje en artículos académicos. Adicionalmente, a lo largo de la tesis, se han hecho continuas alusiones al Código Orgánico General de Procesos, que ha entrado en vigencia hace poco tiempo, y al derogado Código de Procedimiento Civil, como una necesaria referencia histórica.

Finalmente, además del imprescindible auxilio de la doctrina y de la jurisprudencia nacional e internacional, a lo largo de esta obra existen frecuentes referencias a las tendencias regulatorias que se manifiestan en el derecho comparado. Cabe destacar especialmente las referencias a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para Arbitraje Comercial Internacional, por la influencia que ha tenido en el desarrollo y estandarización de leyes de arbitraje a nivel mundial; a la doctrina norteamericana, dada su influencia en el desarrollo contemporáneo del arbitraje; así como a las legislaciones que fueron desarrolladas o reformadas en los últimos años, entre ellas la española, la colombiana y particularmente, la peruana, la cual incorpora varios avances que han constituido un modelo regional.

Capítulo 1

La relación entre el arbitraje y el derecho a la tutela efectiva

El objetivo central de este capítulo es determinar si, dadas las características y la naturaleza atribuidas al arbitraje en el sistema jurídico nacional, este puede ser válidamente considerado como un cauce para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva. Para alcanzar este propósito, el contenido del presente capítulo está organizado en tres partes: la primera se concentra en establecer los fundamentos teóricos del arbitraje, caracterizar al arbitraje doméstico ecuatoriano, establecer los principales hitos en la evolución de la normativa que lo regula y determinar la tesis que ha prevalecido en el país con relación a su naturaleza jurídica. La segunda parte persigue establecer el contenido atribuido al derecho a la tutela efectiva en el escenario jurídico ecuatoriano, fundamentalmente mediante el análisis de doctrina y de las sentencias de la Corte Constitucional, y determinar su relación con el derecho al debido proceso. Finalmente, la tercera parte busca articular los contenidos previos con el propósito de dar respuesta a la pregunta planteada, es decir, determinar si el arbitraje puede ser considerado como un cauce para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva.

LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL ARBITRAJE Y SU DESARROLLO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Los elementos esenciales de la noción de arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El arbitraje³ constituye uno de los mecanismos social y legalmente admitidos para solucionar los conflictos entre miembros de la sociedad, una de

3 En esta obra se entenderá al arbitraje como un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos al que por regla, los justiciables se someten convencionalmente. Para un listado de definiciones de arbitraje ver Armando Serrano Puig, *Cláusulas patológicas*, 1-3, <http://es.scribd.com/doc/57388049/CLAUSULAS-PATOLOGICAS-Armando-Serrano-Puig>, consulta: 22 de julio de 2015.

las funciones esenciales del sistema jurídico.⁴ Más allá de este rol de por sí importante y del apoyo que el arbitraje puede brindar en la descongestión de los despachos judiciales, su relevancia radica en permitir que los justiciables ejerzan su derecho a autodeterminarse,⁵ lo que le permite incidir positivamente en la construcción de una sociedad más democrática y pacífica, mediante la configuración de un sistema de justicia más participativo.⁶

A pesar del fortalecimiento de este mecanismo de solución de conflictos durante los últimos años, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional, la doctrina jurídica se continúa planteando si es posible encontrar en la noción de arbitraje elementos indiscutibles e irreductibles de identificación.⁷ De hecho, en muchas legislaciones se ha preferido omitir una definición. Por ejemplo, la influyente Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para Arbitraje Comercial Internacional (en lo posterior Ley Modelo),⁸ no ha explicitado una definición de arbitraje, lo que para algunos ha sido una

4 Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad* (CDMX: Universidad Iberoamericana, 2002), 215. Adicionalmente, sobre el fenómeno social del conflicto ver Bernard Mayer, *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide* (San Francisco: Jossey-Bass, 2000) y William Felstiner, Richard Abel y Sarat Austin, "Origen y transformación de los conflictos: Reconocimiento, acusación, reclamación", en Mauricio García Villegas, edit., *Sociología jurídica: Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001).

5 Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 2. "Entonces, el arbitraje es un asunto de filosofía política, no de ingeniería social. La premisa filosófica es que la gente es libre de arreglar sus propios problemas como ellos lo consideren, siempre que no ofendan a la política pública o a la ley" (esta y las siguientes son traducciones libres de la autora) y Allan Scott Raud, "The Culture of American Arbitration and Lessons from the ADR", *Texas International Law Journal*, 40 (2005): 449. Ver también sentencia SU. 174/07, 14 de marzo de 2007, Corte Constitucional, Colombia: "la justificación constitucional de este mecanismo de resolución de conflictos [el arbitraje] estriba no solo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente".

6 Richard Reuben, "Democracy and Dispute Resolution: The Problem of Arbitration", *Law and Contemporary Problems* (invierno-primavera 2004): 297, <<http://www.jstor.org/stable/27592042?seq=1>>, consulta: 2 de diciembre de 2013: "el arbitraje tiene la capacidad de mejorar la gobernanza democrática de varias formas importantes. Primero, es posible para el arbitraje lograr ganancias de eficiencia para la justicia pública, al reducir la carga procesal de las cortes estatales. Adicionalmente, el arbitraje voluntario realza la autonomía personal al proveer medios de solución de disputas ejecutables, como complemento de la adjudicación pública".

7 Oppetit, *Teoría del arbitraje*, 24.

8 Aprobada por la CNUDMI en 1985 y reformada en 2006. Para una descripción del proceso de elaboración de la Ley Modelo ver Vicente Bañuelos Rizo, *Arbitraje comercial internacional: Comentarios a la ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional* (CDMX: Limusa, 2010), 28-31. Ver una lista aproximada de los países cuyas legislaciones nacionales sobre arbitraje se han modernizado con fundamento en la Ley Modelo, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>, consulta: 4 de diciembre de 2015.

forma de no obstaculizar su difusión.⁹ Siguiendo sus lineamientos, buena parte de las leyes contemporáneas sobre la materia también han prescindido de una definición, como ha sucedido, por ejemplo, en las legislaciones de España,¹⁰ México¹¹ o Perú.¹²

En contraste, la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana (en lo posterior LAM),¹³ sí ha definido al arbitraje, y consecuentemente, ha establecido elementos identificadores de esta institución. En esta ley, el arbitraje se entiende como un mecanismo de solución de conflictos caracterizado fundamentalmente por ser alternativo, de sometimiento voluntario y heterocompositivo.¹⁴ A continuación, se analizan estos rasgos esenciales y se subrayan los aspectos que revisten mayor interés en el contexto jurídico ecuatoriano, a fin de definir los contornos del objeto de estudio.

El carácter alternativo del arbitraje

Este elemento, destacado a nivel constitucional (art. 190),¹⁵ alude a la opción que el arbitraje como especie dentro del género de los denominados medios alternativos para la solución de conflictos (MASC),¹⁶ representa para

9 Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 3a. ed. (CDMX: Porrúa, 2011), 44, nota 6.

10 Ley 60/2003, reformada por la Ley 11/2011, España.

11 México, título IV, Código de Comercio, con reformas de 1993. Para una revisión de las reformas introducidas ver por ejemplo Julio Treviño, *La nueva legislación mexicana sobre arbitraje comercial*, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/17/dtr/dtr3.pdf>>, consulta: 22 de julio de 2013.

12 Decreto Legislativo 1071/2008, Perú.

13 Art. 1, LAM: “El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”. Ver también art. 1, inc. 1, Ley 1563/2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia: “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”.

14 Sobre los elementos esenciales de la justicia arbitral ver por ejemplo Oppetit, *Teoría del arbitraje*, 24 y s.

15 Art. 190, inc. 1, CRE: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos”.

16 Conocidos en inglés como Alternative Dispute Resolution (ADR). Ver Cathy Constantino y Christina Sickles Merchant, *Designing Conflict Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations* (San Francisco: Jossey-Bass, 1999), 34-40 (identificando una amplia variedad de figuras dentro del espectro de los MASC: MASC preventivos, que determinan el procedimiento a seguirse para manejar un conflicto, por ejemplo: construcción de consensos, negociación de normativa; MASC negociados, en los que, a fin de solucionar un conflicto, intervienen exclusivamente las partes, por ejemplo: negociación por principios o por posiciones; MASC facilitados, en los que intervienen terceros, quienes asisten a las partes en la toma de decisiones, por ejemplo: mediación y conciliación; MASC para el hallazgo de hechos (*fact-finding*), en los que interviene un tercero que emite una opinión experta, por ejemplo:

los justiciables frente a la justicia estatal a fin de solucionar los conflictos que involucran derechos disponibles. A pesar de la relevancia del carácter alternativo en el discurso de expansión del arbitraje durante las últimas décadas, autores como Lorca Navarrete han criticado severamente la definición del arbitraje mediante su carácter alternativo por considerar que de esta manera se lo construye con “criterios heterorreferentes [...] que sojuzgan su autonomía y lo abocan a la inesquivable contraposición respecto a lo judicial”.¹⁷ Otros han sostenido que a medida que el campo de aplicación de los MASC crece y estos se van institucionalizando, su carácter alternativo se diluye.¹⁸ En verdad, el arbitraje debe analizarse a partir de sus propios fundamentos teóricos, pero considerando su proceso de expansión en la historia reciente –a la que posteriormente se hará referencia–, no es posible prescindir de su carácter alternativo. Con estos antecedentes, es relevante tratar dos cuestiones con relación a esta característica:

En primer lugar, cabe reflexionar en torno al supuesto antagonismo entre la justicia arbitral y la justicia estatal. El carácter alternativo del arbitraje es frecuentemente entendido como la proyección de las corrientes de reducción del tamaño del Estado imperantes en los 80 y 90 en el ámbito de la administración de justicia. Desde esta lógica, el arbitraje se concibe esencialmente como un fenómeno de *privatización* de la justicia,¹⁹ desencadenado por la crisis que atraviesa la administración de justicia estatal.²⁰

neutral *expert fact finding*; MASC de asesoría, en los que un tercero emite una opinión no vinculante, por ejemplo: evaluación temprana (*early neutral evaluation*) o *minitrials*, en los que terceros independientes ante los cuales los abogados presentan los principales argumentos, proporcionan asesoría sobre posibles resultados del caso; MASC heterocompositivos, en los que terceros toman una decisión vinculante, concretamente arbitraje).

- 17 Antonio María Lorca Navarrete, “La naturaleza jurídica del arbitraje”, *Servilex* (2005), <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php>, consulta: 27 de marzo de 2012.
- 18 Mayer, *The Dynamics of Conflict Resolution*, 117 (esta reflexión es particularmente relevante en países que contemplan programas de mediación obligatoria, generalmente anexos a la función judicial, lo que no sucede al momento en Ecuador).
- 19 Carlos Peña González, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, *Justicia y sociedad: Hacia un mejor servicio público de justicia* I, No. 2 (Madrid: PNUD), (1999): 2; Luis Miguel Díaz, *Arbitraje: Privatización de la justicia*, 2a. ed. (CDMX: Themis, 1998), 15 (definiendo al arbitraje como un mecanismo para privatizar la justicia “dentro de la tendencia universal de reducir el tamaño del Estado dentro de la vida de los particulares”). Ver también Michele Taruffo, “La justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en *Corrupción y Estado de derecho: El papel de la jurisdicción* (Madrid: Trotta, 1996), 145 (explicando que “cualquier método de ADR implica la privatización de la relación o de la situación jurídica que es objeto de la controversia”, en razón de que su utilización se reduce a lo disponible).
- 20 Luis Pásara, “La reforma judicial y la sociedad civil”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, edit., *La economía política de la reforma judicial* (Washington: Banco Interamericano de Desarrollo –BID–, 1997), 160-1 (catalogando al arbitraje, a la justicia con mano propia, y al uso creciente de medios de comunicación para conseguir censura social como vías de reemplazo a una administración de justicia en crisis, y advirtiendo de riesgos derivados de esta lógica, entre ellos,

Esta manera de entender al arbitraje, frecuentemente presentada como el elemento fundamental del discurso de difusión de los MASC, promueve una relación conflictiva entre justicia arbitral y justicia estatal.

Sin embargo, como sostiene Cremades, la visión antagónica entre arbitraje y justicia estatal choca con la falacia de creer que el primero puede funcionar eficazmente si la segunda está seriamente enferma.²¹ En efecto, aunque el sistema arbitral tiene su lógica propia, está claro que no puede abstraérselo totalmente del radio de acción de la justicia estatal, cuyo soporte resulta imprescindible para el éxito del arbitraje.²²

En síntesis, el carácter alternativo del arbitraje no implica que este deba entenderse como un sistema opuesto a la justicia estatal, sino como uno

que se presente un “factor de disolución de lo público y colectivo”). Ver también Taruffo, “La justicia civil”, 149: “la crisis de la justicia civil se convierte en un fuerte pretexto para propagar los ADR. No obstante, el hecho de que la justicia civil esté en crisis no es una buena razón para decir que se puede prescindir de la jurisdicción, ni que sea más ventajoso el recurso a la *justicia privada*”.

- 21 Bernardo Cremades, *La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje*, 2, <<http://aryme.com/docs/adr/2-4-97/>>, consulta: 31 de octubre de 2012: “el tiempo se ha encargado de confirmar que en un país solo funciona bien el arbitraje cuando se puede confiar también en la eficacia y celeridad de la Justicia estatal”. Ver también Juan Antonio Xiol Ríos, *El arbitraje y los tribunales de justicia*, <http://www.clubarbitraje.com/files/docs/ponencia_xiol.pdf>, consulta: 27 de abril de 2013; Federico Carpi, “A New Perspective in the Relationship between Ordinary Judges and Arbitrators in Western Europe Legislations”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. X (CDMX: Universidad Autónoma Nacional de México (UNAM)-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC) / Marcial Pons, 2008), 236: “Se ha sostenido generalmente que en el curso del siglo XX, la relación entre arbitraje y justicia ordinaria evolucionó desde la idea de competencia, que envolvía hostilidad, hacia la idea de tolerancia, y está hoy moviéndose hacia colaboración”.
- 22 Ana María Chocrón Giraldez, *Los principios procesales en el arbitraje* (Barcelona: J. M. Bosch, 2000), 196 y s. (distinguiendo entre funciones subsidiarias, complementarias y revisoras de la justicia estatal frente a la justicia arbitral. Las primeras, ausentes del ámbito jurídico ecuatoriano, tienen lugar con relación a la designación de árbitros en vía judicial cuando las partes no han llegado a un acuerdo con relación a esta materia; las segundas, se refieren a la facultad de los tribunales estatales de dictar medidas cautelares para precautelar resultados de laudos y de ejecución forzosa de los mismos; las terceras, se ejercen en la acción de nulidad del laudo arbitral). Sobre las relaciones entre justicia estatal y justicia arbitral ver también Fernando Mantilla Serrano, “Las relaciones entre los árbitros y los jueces”, en Leonel Perezniño, comp., *Arbitraje comercial internacional* (CDMX: Fontamara, 2006), 167-75; Faustino Córdón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción: Algunas cuestiones polémicas* (Navarra: Civitas, 2010), 30 y s. Para una revisión de las funciones limitadas que la Ley Modelo asigna a la justicia estatal en materia arbitral, ver CNUDMI, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, 2012, 20, <http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/mal2012.html>, consulta: 12 de diciembre de 2013. En el caso ecuatoriano, son relevantes las funciones complementarias y revisoras de la justicia estatal: las complementarias comprenden fundamentalmente el auxilio en la ejecución de medidas cautelares, cuando no se han atribuido estas facultades a los árbitros (art. 9, LAM) y en la ejecución del laudo (art. 32, LAM), mientras que las revisoras se ejercen básicamente mediante la acción de nulidad de laudos arbitrales (art. 31, LAM).

complementario.²³ Tal como lo ha expuesto Roque Caivano, al concebirse al arbitraje únicamente como remedio a un mal que nadie quiere, pierde gran parte de su legitimidad.²⁴ En esta línea, el principio de intervención mínima de la justicia estatal en el arbitraje,²⁵ así como el principio *in dubio pro arbitrari*,²⁶ no deben ser entendidos como una muestra de hostilidad entre estas dos esferas sino como directrices que permiten precisar los ámbitos de acción de cada una y garantizar que la voluntad de someterse a arbitraje sea respetada.

En segundo lugar, del carácter alternativo del arbitraje se deriva la sujeción a un régimen jurídico propio. El arbitraje constituye un espacio privado de administración de justicia que si bien no puede ni debe desvincularse por completo del sistema de administración de justicia estatal, tiene características que lo individualizan. En esta línea de pensamiento, Lorenzetti identifica al arbitraje como un componente del *microsistema de la empresa*,²⁷ en el sentido de que conforma una estructura jurídica que exhibe principios, normas, fuentes de creación, doctrina y jurisprudencia particularizada, orientados a la conformación de un proceso eficaz para la protección de los derechos de propiedad.²⁸ El régimen del arbitraje se guía por principios específicos, como el *competence-competence*, el *favor arbitralis* y la *temporalidad* de la función de los árbitros²⁹ y las normas procesales generales, según el art. 37, LAM tienen solamente carácter supletorio en arbitrajes en derecho, es decir, su aplicación debe ser absolutamente excepcional.³⁰

23 Oppetit, *Teoría del arbitraje*, 45 (recordando el pensamiento de Henri Motulsky sobre el carácter complementario entre arbitraje y justicia estatal).

24 Roque Caivano, *Arbitraje* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000), 41.

25 Este principio “importa excluir todo poder general o residual dado a los tribunales en un sistema judicial nacional que no esté mencionado en la Ley arbitral”. Ver María Fernanda Vásquez Palma, “Recepción de arbitraje internacional en Chile desde una óptica judicial: Una revisión ineludible”, en *Revista Chilena de Derecho* 38, No. 2 (2011), <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200008>, consulta: 7 de mayo de 2016.

26 En virtud del cual se concede preferencia a la jurisdicción arbitral frente a la estatal cuando existe una duda al respecto; recogido en el art. 7, LAM: “En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje”.

27 Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoría de la decisión judicial: Fundamento de derecho* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni), 37.

28 *Ibíd.*

29 A breves rasgos, el principio *competence-competence* implica que solo los árbitros pueden decidir sobre su propia competencia; el *favor arbitralis* suele proyectarse en el principio *in dubio pro arbitrari*, al que se hizo previa referencia y el de *temporalidad* se relaciona con el carácter transitorio de la jurisdicción arbitral.

30 Sobre la supletoriedad de normas procesales generales para el proceso arbitral ver por ejemplo Bañuelos Rizo, *Arbitraje comercial internacional*, 37 (exponiendo la preocupación por *judicializar* el arbitraje que la supletoriedad de las normas procesales comunes para arbitrajes ha generado en los foros arbitrales y proporcionando elementos para entender tal supletoriedad en los siguientes términos: “La facultad del árbitro para dirigir el procedimiento [...], aunada al deber de tratar a la partes con igualdad y darles plena oportunidad a cada una de ellas de hacer

El régimen jurídico propio del sistema arbitral admite la creación de reglas procesales por las partes, las entidades que administran el arbitraje y los árbitros.³¹ La búsqueda de espacios *libres* del Estado por quienes están inmersos en actividades económicas es de vieja data y ha encontrado su más clara expresión en la *lex mercatoria*.³² El conjunto de normas que rigen al arbitraje, concretamente al arbitraje internacional, es identificado por algunos autores como una manifestación de la *nueva lex mercatoria*³³ y como un caso de pluralismo jurídico,³⁴ lo que se explica a la luz de la relación histórica que algunos autores identifican entre el corporativismo socioeconómico y el pluralismo jurídico.³⁵ Aunque la categorización de la *lex mercatoria*, en general, y de las normas sobre arbitraje, en particular, como expresiones de pluralismo jurídico no está libre de debate,³⁶ esta aproximación sirve

valer sus derechos [...], es suficiente para resolver la mayoría de cuestiones procedimentales que surjan a lo largo del arbitraje. Solo en casos excepcionales –por ejemplo, el fallecimiento de una de las partes– el árbitro puede aplicar de manera directa la legislación procesal local. Por el contrario, en los casos de asistencia y supervisión judicial del arbitraje, la supletoriedad de las leyes procesales es indispensable ya que la LM [Ley Modelo] fue redactada, de manera intencional, sin incluir detalles procedimentales”.

31 Art. 38, LAM: “El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables”.

32 Francisco López Ruiz, “Notas sobre la nueva lex mercatoria”, *Revista del derecho del mercado financiero* (diciembre de 2007): 1, <<http://rdmf.files.wordpress.com/2007/12/lopez-ruiz-notas-sobre-la-nueva-lex-mercatoria.pdf>>, consulta: 28 de julio de 2013: “La lex mercatoria es el nombre usado para identificar a un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económicas internacionales, especialmente de los contratos internacionales, a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales”.

33 Se conoce con el nombre de *nueva lex mercatoria* al conjunto de normas internacionales de carácter no estatal emergentes a partir de la Segunda Guerra Mundial, pero fundamentalmente, desde la década de los 60. Ver Vittorio Olgiati, “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva lex mercatoria en la dinámica constitucional europea”, en Jorge Silva Alberto, coord., *Estudios sobre lex mercatoria: Una realidad internacional*, 175, <<http://bibio.juridicas.unam.mx/libros/5/2201/9.pdf>>, consulta: 22 de febrero de 2012. Ver también Oppetit, *Teoría del arbitraje*, 195.

34 Ver John Griffiths, “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism*, No. 24 (1986): 38, <<http://keur.eldoc.ub.rug.nl/FILES/wetenschappers/2/11886/11886.pdf>>, consulta: 14 de junio de 2013 (definiendo al pluralismo jurídico como un fenómeno connatural al pluralismo social, consistente en “la heterogeneidad normativa que emerge del hecho de que la acción social siempre tiene lugar en un contexto de múltiples, sobrepuestos, ‘semi-autónomos’ campos sociales, lo cual constituye una condición dinámica”).

35 Olgiati, “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva lex mercatoria”, 159.

36 Ralf Michaels, “The True Lex Mercatoria: Law beyond the State”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies* 14, No. 2 (verano 2007): 447 (exponiendo que la lex mercatoria actual, encarnada en el arbitraje internacional, no puede considerarse como ‘anacional’, sino como una combinación de ordenamientos nacionales y ordenamientos no nacionales, lo que sintetiza al afirmar que no es una manifestación de pluralismo jurídico).

para destacar la amplia posibilidad que el sistema arbitral ofrece para la generación de normas al margen de la acción estatal.

En síntesis, el carácter alternativo del arbitraje se proyecta en un régimen jurídico especial, caracterizado esencialmente por su flexibilidad, cuyas relaciones con la justicia estatal deben ser claras y fluidas. Las notas específicas del arbitraje deben traducirse en una noción de *debido proceso arbitral* que recoja las particularidades de este mecanismo de solución de conflictos, asunto que se desarrollará en el capítulo 3 de este estudio.

El origen generalmente voluntario del arbitraje

La autonomía de la voluntad, es decir, el poder de gobernarse a sí mismo,³⁷ constituye la piedra angular del arbitraje: es el fundamento que legitima la sustitución de los jueces estatales por árbitros para solucionar un conflicto en un caso concreto, marca los límites de la potestad decisoria de los árbitros³⁸ e informa todo el proceso arbitral.³⁹

El peso del elemento convencional en el arbitraje permite a las partes ajustar el procedimiento de adjudicación a sus necesidades. Esta es una diferencia sustancial con el procedimiento judicial. Las normas procesales han sido generalmente consideradas de orden público –de derecho vincular o absoluto, en palabras de Ugo Rocco⁴⁰ y consecuentemente indisponibles, a fin de precautelar el debido proceso y la seguridad jurídica.⁴¹

37 Carlos Fernández Sessarego, “El supuesto de la denominada ‘autonomía de la voluntad’”, en Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, dir., *Contratación contemporánea: Teoría general y principios* (Bogotá: Palestra / Temis, 2002), 221.

38 Bernardo Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, en *Lima Arbitration*, No. 1 (Lima: Círculo peruano de arbitraje –CPA–), (2006): 185, http://www.limaarbitration.net/LARI/bernardo_m_cremades.pdf, consulta: 13 de marzo de 2015.

39 Córdón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 16. Ver también Mantilla Serrano, “Las relaciones entre los árbitros y los jueces”, 169 (distinguiendo tres características derivadas del carácter consensual del arbitraje: 1. sus consecuencias solo afectan a quienes concurren al mismo; 2. permite un amplio margen de flexibilidad, dado que solo interesa a las partes, y 3. es un proceso en el cual predomina la autonomía de la voluntad privada).

40 Ugo Rocco, *Derecho procesal civil* (CDMX: Editorial Jurídica Universitaria –EJU–, 2001), 77.

41 Ver los siguientes fallos de casación expedidos por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, CSJ, del Ecuador: Res. 137-99, 1 de marzo de 1999, ROS, No 185, 6 de mayo de 1999: “Quinto.- Según nuestro ordenamiento jurídico los actos procesales están sujetos al procedimiento señalado por la ley, el cual por ser de orden público no puede ser modificado por el Juez ni por las partes. Se hace indispensable destacar que la norma procesal es de orden público y consecuentemente tanto el Juez como las partes deben, inexorablemente, sujetarse a sus regulaciones, sin que les sea permitido en ningún supuesto modificar o alterar el procedimiento previsto, porque incluso se halla consagrado por la Constitución Política, como un pilar fundamental de la administración de justicia, el ‘principio del debido proceso’”; Res. 3242000, 31 de agosto de 2000, RO, No. 201, 10 de noviembre de 2000: “Los trámites procesales son de orden público y se hallan establecidos de manera expresa en las normas procesales; no queda, pues, al mejor criterio de los interesados o del Juez crearlos o inventarlos”. Ver también sentencia 021-12-SEP-CC,

En el arbitraje, a pesar de su dimensión procesal, la lógica es inversa. La regla es que son las partes quienes pueden determinar el procedimiento a seguirse y solo por excepción, existen reglas inamovibles. Los justiciables son libres de definir el perfil de los árbitros, los términos procesales, los procedimientos a observarse, e inclusive de atribuir a los árbitros de la facultad de solicitar directamente el auxilio de funcionarios de la función judicial para ejecutar medidas cautelares –art. 9, LAM–. Adicionalmente, una serie de decisiones procesales suelen ser consultadas por los árbitros a las partes. De no observarse la voluntad de los justiciables con relación a determinadas materias, como la conformación del tribunal, el laudo podría inclusive incurrir en una causal de nulidad.⁴²

Pese al carácter esencial de la autonomía de la voluntad en el arbitraje, es claro que esta tiene límites.⁴³ El primero está dado por la *arbitrabilidad objetiva*, es decir, por el carácter disponible del conflicto sometido a decisión de los árbitros,⁴⁴ cuyo alcance varía de sociedad en sociedad según la fuerza del principio de autonomía de la voluntad e inclusive, según el

8 de marzo de 2012, CCPT, ROS, No. 688, 23 de abril de 2012: “Las normas procesales, al ser de orden público, constituyen un derecho fundamental que no puede dejar de observarse, ya que hacerlo se traduce en una vulneración a la tutela efectiva, imparcial y expedita; por ello, es de estricto cumplimiento so pena de vulnerar la seguridad jurídica contemplada en el art. 82 de la Constitución”. En contra ver Víctor Manuel Peñaherrera, *Lecciones de derecho práctico civil y penal*, t. I (Quito: Editorial Universitaria, 1958), 33 (sosteniendo que frente a la extendida comprensión de las normas procesales en su conjunto como normas de orden público, en cada norma es necesario distinguir si atañe únicamente al interés de las partes o si se refiere directamente a la organización de los poderes, moral o buenas costumbres, y concluye que en el primer caso, son normas procesales alterables por las partes –que incluyen, por ejemplo, la posibilidad de prorrogar la competencia por renuncia de domicilio así como la posibilidad de renunciar recursos–, mientras que en el segundo caso, se trata de normas de orden público).

42 Art. 31, lit. e), LAM. Ver también Alejandro Ogarrio, “El procedimiento arbitral”, en Leonel Perezniesto Casto, comp., *Arbitraje comercial internacional*, (CDMX: Fontamara, 2006), 75.

43 Caivano, *Arbitraje*, 82-3.

44 María Fernanda Vásquez Palma, “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”, *Ius et Praxis* 12, No. 1 (Talca: 2006), <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100008&script=sci_arttext>, consulta: 19 de abril de 2013: “La arbitrabilidad es una materia transversal, ya que constituye un presupuesto de la institución entera del arbitraje. Lo es de su existencia, al ser un requisito de validez y eficacia del convenio arbitral; es también, un límite a la facultad de las partes; y al mismo tiempo, es poder y competencia de los árbitros”. Ver también Armando Serrano Puig, “La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral. Alcances y limitaciones. El caso ecuatoriano”, en Carlos Alberto Soto, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. I (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana –PUJ–, Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje (IPA), 2011), 574 (categorizando a la arbitrabilidad objetiva como una cuestión de orden público); González de Cossio, *Arbitraje*, 196 (definiendo la arbitrabilidad *ratione materiae* como una norma protectora del interés general o público en contraste con otros requisitos de validez del acuerdo arbitral que buscan resguardar intereses privados, como la capacidad o la forma) y Fernando Pombo, “Sobre la noción de arbitrabilidad en supuestos internacionales”, en *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 166.

nivel de aceptación política del arbitraje.⁴⁵ En el contexto ecuatoriano, la Constitución (CRE) y la LAM permiten que se sometan a arbitraje únicamente los conflictos susceptibles de transacción,⁴⁶ es decir, los que versan sobre materia libremente disponible. Los tribunales nacionales han justificado la exclusión de ciertas materias del universo de lo arbitrable en la necesidad de tutela especial para los más vulnerables.⁴⁷ El segundo límite a la autonomía de la voluntad está dado por el *debido proceso*, configurado como un mínimo de garantías irreductibles que deben observarse obligatoriamente por el juzgador y por las partes.⁴⁸

45 Vásquez Palma, “La arbitrabilidad objetiva”. Ver también Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, 192 (refiriéndose a los conflictos de competencia y societarios como campos en los cuales se ha ampliado ostensiblemente el ámbito de arbitrabilidad objetiva); Lawrence M. Smith, “Determining the Arbitrability of Antitrust International Disputes”, *Journal of Comparative Business and Capital Market Law* 8, No. 2 (1986): 197, <[https://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume8/issue2/Smith8J.Comp.Bus.%26Cap.MarketL.\(1986\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume8/issue2/Smith8J.Comp.Bus.%26Cap.MarketL.(1986).pdf)> (explicando el principio sentado por la Suprema Corte de Estados Unidos en el Caso Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., relativo al carácter arbitrable de las disputas sobre derecho de competencia y defendiendo la tesis de que la expansión de tal razonamiento al ámbito internacional es necesaria a fin de precautelar el comercio internacional de los EUA). En contra ver Ogarrio, “El procedimiento arbitral”, 75: “quien considera que la lógica del libre mercado debe dominar todas las dinámicas jurídicas y sociales y por ende también la resolución de las controversias, es favorable a una situación en la que sea todo disponible y negociable, y todos los derechos puedan ser objeto de compromiso en el ámbito de los acuerdos privados. En una situación semejante, en efecto, las libertades de los sujetos débiles podrían ser compradas a bajo precio, el respeto de las reglas institucionales podría ser objeto de negociación, sería posible minimizar el coste de la violación de los derechos ajenos. En definitiva, se entraría en una lógica de monetización de las relaciones jurídicas en las que los poderes económicos fuertes tendrían todo por ganar porque impondrían fácilmente sus intereses a los sujetos débiles que se les opusieron”.

46 Art. 1, LAM, ver nota 12 y art. 190, inc. 1, CRE: “Estos procedimientos [MASC] se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”. Por su parte, el Código Civil ecuatoriano (CCiv) se refiere a la materia no transigible, y por lo tanto, no arbitrable en las siguientes disposiciones: art. 2352: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”; art. 2354: “No vale la transacción sobre derechos ajenos o derechos que no existan”. Sobre el carácter disponible de derechos ver sentencia de 29 de mayo de 1981, CSJ, Sala de lo Civil y Comercial, GJ., año LXXXI, S. XIII, No. 11, 2441: “Tercera: En la acción civil debe distinguirse cuando el derecho es susceptible de disposición de las partes, y no queda duda que lo es en el evento de que mire exclusivamente al interés particular de los interesados o contendientes, pero en ningún caso cuando se vincula al orden público”.

47 Sentencia de 22 de diciembre de 1982, CSJ, Sala Civil y Comercial, GJ., año LXXXIII, S. XIV, No. 1, 195: “Tercero.- Alessandri Rodríguez enumera las siguientes leyes, como de orden público; por tanto, no pueden afectarse por renuncia, ni sus asuntos pueden sujetarse a convención ni arbitraje:—las que rigen el estado y capacidad de las persona—las que organizan la propiedad—las que adoptan medidas en resguardo de terceros—las que dirigen a proteger a un contrincante contra el otro. Y no podría ser de otra manera, porque de nada serviría que el legislador, y por tanto la ley, hayan tomado todas las precauciones necesarias, en normas jurídicas, para proteger a quien, por razones de necesidad, está en condiciones de pactar en las condiciones que la otra parte quiera imponer, si con el argumento de que el contrato es ley para las partes, esa protección corriera el riesgo de quedar sin ningún valor, mediante el contrato”.

48 Claus Von Wobeser, “El desarrollo del procedimiento arbitral”, en *Arbitraje comercial internacional*, 99.

En síntesis, el carácter generalmente voluntario del arbitraje es la fuente de sus mayores virtudes, pues los justiciables pueden diseñar procedimientos más flexibles así como escoger juzgadores expertos, depositarios de su confianza.⁴⁹ Sin embargo, excepcionalmente, asimetrías muy marcadas del poder de negociación de las partes pueden proyectarse en las cláusulas arbitrales y en la configuración del procedimiento a observarse. En estos casos, surge la necesidad de reflexionar sobre la conveniencia de establecer mecanismos que eviten que, en determinadas circunstancias, las cláusulas arbitrales se transformen en barreras de acceso a la justicia para los sectores más vulnerables, aspecto que será abordado con detenimiento en el capítulo 2 del presente estudio.

Por otra parte, los sistemas jurídicos admiten excepcionalmente la existencia de *arbitrajes forzosos* u obligatorios, es decir, que el sometimiento a la decisión de los árbitros venga impuesto por la ley y no requiera de la voluntad de los justiciables. En Ecuador, el arbitraje al que se someten los conflictos colectivos de trabajo constituye un claro ejemplo de arbitraje obligatorio constitucionalmente reconocido.⁵⁰ Adicionalmente, un caso de arbitraje obligatorio legalmente establecido y declarado inconstitucional en Ecuador fue el previsto en las reformas a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada⁵¹, introducidas por la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana en agosto de 2000,⁵² las cuales determinaron que todo contrato de delegación de prestación de servicios públicos debía incluir necesariamente una cláusula arbitral para la solución de controversias.⁵³ En la declaratoria de inconstitucionalidad de tales reformas, el Tribunal Constitucional (TC) sostuvo lo siguiente: “Si bien el inciso tercero del art. 191, CRE reconoce al arbitraje como un medio para la solución de conflictos, lo hace como un procedimiento alternativo y no obligatorio como consta en el texto impugnado y por ello deviene en inconstitucional”.⁵⁴ Vale recordar que en España también se declaró inconstitucional

49 Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 1: “La idea del arbitraje es que una resolución obligatoria de las disputas sea aceptada con serenidad por quienes deben asumir las consecuencias debido a la confianza especial depositada en quienes toman la decisión. / Es difícil para las cortes lograr este nivel de aceptación; la justicia pública tiende a ser distante e impersonal”.

50 Art. 326, num. 12, CRE: “Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.” Sobre esta materia ver Julio César Trujillo, “Solución alternativa de conflictos laborales”, en Alberto Wray y otros, *Medios alternativos en la solución de conflictos legales* (Quito: Corporación Editora Nacional -CEN-, 1994), 43-57.

51 Ley 50, RO, No. 349, 31 de diciembre de 1993, Ecuador.

52 Decreto Ley 2000-1, ROS, No. 144, 18 de agosto de 2000, Ecuador.

53 Inclusión hecha por el art. 20 de la mencionada Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana al art. 45, inciso final de la Ley de Modernización del Estado, Ecuador.

54 Res. 193-2000-TP, TC, ROS, I, No. 234, 29 de diciembre de 2000.

el arbitraje forzoso, pero a la luz de un razonamiento más preciso, basado en la naturaleza voluntaria del arbitraje y no en su carácter alternativo.⁵⁵

Después de la mencionada declaratoria de inconstitucionalidad, todavía es posible encontrar otros casos excepcionales de arbitraje forzoso en Ecuador.⁵⁶ Un caso particularísimo se produjo hace pocos años en Ecuador por orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– en la sentencia expedida dentro del caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñínguez vs. Ecuador, dentro de la cual se ordenó la conformación de un tribunal arbitral independiente, sujeto a las disposiciones establecidas en la LAM, a fin de determinar la cuantía de una indemnización.⁵⁷ Como se expondrá en el capítulo 2 de este estudio, la pervivencia de arbitrajes forzosos en la legislación nacional puede ser válidamente cuestionada desde la perspectiva del acceso a la justicia.

55 Sentencia 174/1995, 23 de noviembre de 1995, Tribunal Constitucional, España: “La autonomía de voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta”.

56 Actualmente, un caso de arbitraje forzoso puede ser encontrado art. 71, num. 8, sección III, subtítulo IV, capítulo II, título II, Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores (contenido del contrato de reporto). Un caso ya derogado se encontraba en el art. 42, Reglamento de Concesiones del Sector Vial, Decreto 872, RO, No. 182, 2 de octubre de 2003. En otros países latinoamericanos también subsisten casos de arbitraje forzoso. Ver Caivano, *Arbitraje*, 84 (citando varios casos de arbitraje forzoso en Argentina, tales como cuestiones sobre la inteligencia de las cartas de crédito; liquidaciones de sociedades civiles y reparto de pérdidas y ganancias, entre otros).

57 Sentencia de 21 de noviembre de 2007, CIDH: “232. Por lo anterior y dada la complejidad que supone la determinación de valores mercantiles de una empresa, los cuales pueden incluir, inter alia, el patrimonio, situación financiera de capital, bienes y sus valores, movilizad y circulante, flujos operacionales, expectativas de mercado y demás, esta Corte considera que deberá ser un tribunal de arbitraje el que determine el porcentaje de pérdidas que sufrió el señor Chaparro como consecuencia de la aprehensión y depósito de la fábrica Plumavit por parte del Estado [...] 233. El procedimiento arbitral señalado en el párrafo anterior deberá ser de carácter independiente, llevarse a cabo en la ciudad en la que resida el señor Chaparro y conforme a la legislación interna aplicable en materia de arbitraje, siempre y cuando no controvertida lo estipulado en esta Sentencia. El procedimiento deberá iniciarse dentro de los seis meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. El tribunal de arbitraje estará integrado por tres árbitros. El Estado y el señor Chaparro elegirán cada uno a un árbitro. El tercer árbitro será elegido de común acuerdo entre el Estado y el señor Chaparro. Si en el plazo de dos meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia las partes no llegan a un acuerdo, el tercer árbitro será elegido de común acuerdo por el árbitro elegido por el Estado y el elegido por el señor Chaparro. Si los dos árbitros no llegaran a un acuerdo dentro de los dos meses siguientes, el Estado y el señor Chaparro o sus representantes deberán presentar a esta Corte una terna de no menos de dos y no más de tres candidatos. La Corte decidirá el tercer árbitro de entre los candidatos propuestos por las partes. La cantidad decidida por el tribunal de arbitraje deberá ser entregada al señor Chaparro en un plazo no mayor de un año contado desde la notificación de la decisión del tribunal arbitral”, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.doc>, consulta: 9 de febrero de 2012.

El carácter heterocompositivo del arbitraje

El arbitraje es un mecanismo adversarial cuya finalidad es resolver una controversia mediante la decisión obligatoria de un tercero (árbitro), el que actúa supra partes, y decide de manera definitiva sobre un determinado conflicto.⁵⁸ El carácter heterocompositivo del arbitraje exige que los árbitros, para ser tales, tengan facultad para pronunciarse sobre el fondo de la disputa. El laudo no es una mera opinión sobre aspectos técnicos, sino que consiste en una resolución, fundamentada ya sea en derecho o en equidad, de obligatorio cumplimiento para las partes, que si bien considera aspectos técnicos, no se restringe exclusivamente a emitir una opinión especializada sobre ellos.⁵⁹ Esta es una distinción clara entre el arbitraje y otras figuras como el peritaje obligatorio o pronunciamiento de expertos, a cuya observancia pueden comprometerse eventualmente las partes de un conflicto.⁶⁰

Adicionalmente, el entendimiento del carácter heterocompositivo del arbitraje se vincula con el de la obligatoriedad de los laudos arbitrales, que será analizado con detenimiento en el capítulo 4. Por el momento, basta recordar que la LAM ha asimilado claramente el efecto del laudo arbitral al de una sentencia judicial que pasa en autoridad de cosa juzgada, sin que a las partes les sea posible desconocer este efecto.⁶¹

Vinculadas con el carácter heterocompositivo del arbitraje, emergen dos cuestiones fundamentales desde la perspectiva de la garantía de los derechos de los justiciables: la obligación de los árbitros de resguardar la igualdad procesal entre las partes, manteniendo una posición equidistante frente a ellas, y la necesidad de precautelar que los laudos arbitrales puedan llevarse a ejecución, ambos aspectos a desarrollarse en capítulos posteriores de este estudio.

58 Antonio María Lorca Navarrete, *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje y la aplicación al mismo del garantismo procesal. Relación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con el arbitraje desde la vertiente de la justificación de las garantías que se aplican tanto a ese derecho constitucional –el denominado derecho a la tutela judicial efectiva– como al arbitraje* (San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2011), 7 y s. Sobre el carácter heterocompositivo del arbitraje y del proceso judicial ver también Vicente Gimeno Sendra, *Introducción al derecho procesal*, 6a. ed. (Madrid: Colex, 2010), 19-20.

59 Oppetit, *Teoría del arbitraje*, 113.

60 Sobre esta diferenciación ver González de Cossío, *Arbitraje*, 48. Ver también Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröl, *Comparative International Commercial Arbitration* (Holanda: Kluwer Law International, 2003), 10.

61 Art. 32, inc. 3, LAM: “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”.

El desarrollo normativo del arbitraje en Ecuador

El contexto latinoamericano

Las raíces del arbitraje pueden ser encontradas en culturas muy antiguas.⁶² Algunas interpretaciones históricas, no libres de polémica, atribuyen al arbitraje el origen de la justicia estatal.⁶³

En el caso de los países latinoamericanos, los registros del tratamiento legal del arbitraje se remontan a los cuerpos normativos ibéricos cuya obediencia fue impuesta a las colonias americanas, principalmente el *Fuero Juzgo*⁶⁴ y las *Siete Partidas*.⁶⁵ El primero, siguiendo las disposiciones del Liber Iudiciorum, consagró con claridad la posibilidad de que los justiciables designen jueces de común acuerdo,⁶⁶ lo que se ha interpretado como el germen

62 Las reseñas históricas sobre arbitraje se remontan generalmente a la antigua Grecia, y enfatizan en los aportes del derecho romano para el desarrollo de la institución. Los autores coinciden en atribuir una enorme importancia al arbitraje durante la Edad Media, época de ausencia estatal y desarrollo paralelo de gremios y corporaciones. Para una reseña sobre la historia del arbitraje ver Patricio Aylwin, *El juicio arbitral* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 65 y s. Otro dato interesante de historia del arbitraje es el papel estelar que se le asignó durante la revolución francesa, probablemente por la relevancia que se le confirió al principio de la libertad individual, visión que subsistió en la época de Napoleón, hasta que la Corte de Casación, en 1853, “condenó la cláusula compromisoria”. Al respecto ver Oppetit, *Teoría del arbitraje*, 54 y s.

63 Oppetit, *Teoría del arbitraje*, 46, nota 24 (identificando a Max Weber y al francés F. de Menthon, como promotores de esta idea. El propio Oppetit expone como la misma ha sido rebatida por quienes ven en la administración de justicia estatal algo absolutamente distinto, dotada de la autoridad de imponer sus decisiones). Ver también Silvia Barona Vilar, “Nuevas tendencias en el arbitraje”, en *Lima Arbitration*, No. 3 (Lima: CPA, (2008-2009): 108; Reuben, “Democracy and Dispute Resolution”: 298 (destacando el carácter de regla antes que de excepción que el arbitraje tenía en la colonias americanas) y Frank Elkouri y Edna Asper Elkouri, *How Arbitration Works* (Washington: BNA Incorporated, 1960), 2 (citando la sentencia *McAmis vs. Panhandle Pipe Line Co.*, 23 LA 570, 574, [Kan. City Ct. Of App, 1954], en la que define al arbitraje como “el método más antiguo de solución de disputas entre hombres”).

64 Nombre con el que se conoció a la traducción de Liber Iudiciorum de los visigodos (año 654), con cierta influencia del derecho romano, ordenada por Fernando III en el año 1241, que sirvió de base del derecho territorial de León y Castilla. Ver José María Ots Capdequi, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano* (Buenos Aires: Losada, 1945), 83; Harold Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente* (CDMX: Fondo de Cultura Económica, 1996), 535; Gerardo Eto Cruz, *La herencia constitucional española en la formación del amparo en América Latina*, <http://www.scjn.gob.mx/rpni/Documents/Publicaciones/PERU_ETO.pdf>, consulta: 20 de diciembre de 2012; Juan Isaac Lovato Vargas, *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*, t. I, 2a.ed (Quito: Imprenta del Colegio Don Bosco, 1976, compilado por la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador (UASB-E) y CEN, 2012), 127 y s.

65 Ver Ots Capdequi, *Manual de historia del derecho español*, 83; Harold Berman, *La formación de la tradición*, 536 (explicando que las Siete Partidas se promulgaron cerca de 1265 bajo el reinado de Alfonso X, y son consideradas como “la obra más importante del Derecho histórico castellano y una de las que alcanzaron más difusión por su alta autoridad doctrinal, en todos los países del occidente europeo”).

66 Fuero Juzgo, Ley XIII: “solo pueden ser jueces los nombrados por el Rey, los designados por otro juez, y los que nombren las partes de común acuerdo”. Sobre la influencia del Fuero Juzgo

de la tradición jurisdiccionalista sobre arbitraje arraigada en muchos países de América Latina.⁶⁷ Las segundas trataron lo relativo a los *jueces advenidores*, que no eran sino juzgadores designados por las partes, y dedicaron un extenso articulado a esta figura,⁶⁸ lo que produjo mayor precisión en el tratamiento del régimen de arbitraje (por ejemplo, especificando como materia no arbitrable los delitos sancionados con pena corporal).

Como un antecedente más próximo se destaca la Constitución española de Cádiz de 1812, muy influyente en la primera etapa del constitucionalismo latinoamericano. En esta Constitución se recogió expresamente el derecho a someter un conflicto a arbitraje así como a ejecutar el laudo dictado por los árbitros.⁶⁹ Sin embargo, pese a la presencia del arbitraje en los cuerpos legislativos que rigieron la vida de las colonias americanas desde hace varios siglos, el desarrollo de esta figura ha tenido lugar apenas durante las últimas décadas. En este fenómeno influyó la fuerte concepción del Estado-nación, soberano y monopolizador de la facultad de administrar justicia presente en los ordenamientos jurídicos occidentales desde el siglo XIX, noción que opacó severamente la capacidad de los particulares para decidir en cuestiones conflictivas.

Los códigos procesales contemplaban al arbitraje como una opción, sin mayor trascendencia, dentro de una variada gama de juicios. Generalmente se diferenciaba entre *cláusula compromisoria* –un simple pacto in contrahendo– y el *compromiso arbitral*, el cual realmente generaba la obligación de someterse a arbitraje.⁷⁰ Los obstáculos para el uso de arbitraje también eran palpables a nivel de conflictos internacionales, pues los ordenamientos jurídicos latinoamericanos resguardaban celosamente las atribuciones

en el desarrollo del arbitraje ver Ernesto Salcedo Verduga, *El arbitraje: la justicia alternativa* (Ecuador (s. l.): Míguez Mosquera, 2001), 28.

67 Vázquez Palma, “La arbitrabilidad objetiva”: s. p.

68 Tercera partida, título cuarto, Siete Partidas.

69 Art. 280, Constitución de Cádiz de 1812, España: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”; art. 281: “La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar”. Ver Alfredo De Jesús, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, <http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/la-autonomiadel-arbitraje-comercial-internacional-a-la-hora-de-la-constitucionalizacion.pdf>, 5, nota 17, consulta: 28 de diciembre de 2012 (sosteniendo que es probable que las mencionadas normas de la Constitución de Cádiz de 1812 tengan como antecedente más remoto el art. V de la Constitución francesa de 1791, el cual establecía que el derecho de los ciudadanos de solucionar sus controversias por la vía de arbitraje no podía ser menoscabado por el Poder Legislativo). Ver también Barona Vilar, “Nuevas tendencias en el arbitraje”: 109 (destacando la importancia del siglo XIX, para el desarrollo del arbitraje en España, dada su consagración en la Constitución de Cádiz de 1812).

70 Rubén Santos Belandro, *Arbitraje comercial internacional*, 3a. ed (CDMX: Oxford University Press, 2000), 272.

jurisdiccionales locales. Por ejemplo, el Código Civil ecuatoriano de 1860 calificaba como objeto ilícito el sometimiento a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas,⁷¹ postulado que se mantuvo hasta la expedición de la LAM en 1997. Adicionalmente, en la segunda mitad del siglo XIX, se expandió entre los países latinoamericanos la famosa *Doctrina Calvo*,⁷² una de cuyas aplicaciones consistía en someter obligatoriamente las disputas con inversionistas extranjeros a los tribunales de cada país, obligándoles a renunciar la reclamación diplomática.

Fue apenas en el último cuarto del siglo XX que los Estados latinoamericanos abandonaron la Doctrina Calvo, adoptaron leyes autónomas de arbitraje⁷³ –inspiradas mayoritariamente en la Ley Modelo– y ratificaron las Convenciones de New York (1958)⁷⁴ y Panamá (1975), relativas al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales.⁷⁵ A nivel constitucional, la mayoría de países hicieron referencias expresas a los MASC, en general, y al arbitraje, en particular,⁷⁶ lo que revela que la promoción del arbitraje adquirió un rango de política pública en tales Estados.⁷⁷ Hacia

71 Art. 1447 (CCiv 1860); art. 1505 (codif. 1970, RO, No. 104, 20 de noviembre de 1970); art. 1478 (codif. 2005, ROS, No. 46, 24 de junio de 2005): “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. Así la promesa de someterse en Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio de objeto”. El Consejo Supremo de Gobierno, mediante DS 797-B, RO, No. 193, 15 de octubre de 1976, interpretó esta norma y dispuso que el convenio para sujetarse a jurisdicción extraña procede únicamente cuando los contratos se celebren fuera del territorio nacional.

72 Ver Francesco Tamburini, “Historia y destino de la ‘Doctrina Calvo’: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento jurídico de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 24, (Valparaíso: Escuela de Derecho-Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), (2002), <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0716-54552002002400005&script=sci_arttext>, consulta: 20 de abril de 2013 (explicando que se conoce con el nombre de Doctrina Calvo al pensamiento del jurista argentino Carlos Calvo, quien en su célebre obra “Derecho Internacional Teórico-Práctico”, publicada entre 1868 y 1896, sostuvo que los conflictos en los cuales estaban inmersos ciudadanos extranjeros debían necesariamente solucionarse por los tribunales locales evitando la intervención diplomática del país de pertenencia).

73 Ver Rubén Santos Belandro, “Del arbitraje en América Latina: Un estudio comparativo”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, No. X-1 (enero de 2010), <<http://app.vlex.com/#!/vid/arbitraje-latina-estudio-comparativo-393316410>>, consulta: 13 de diciembre de 2013 (destacando la generación de leyes arbitrales en Latinoamérica durante los 90 y realizando un estudio comparativo entre las mismas).

74 Cuyo proceso de ratificación en Latinoamérica empezó en Ecuador en 1962.

75 Ver Jorge Santiestevan de Noriega, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional de Perú”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2 (Lima: Grijley, 2006): 21, <http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_2_2006.pdf>, consulta: 15 de octubre de 2014.

76 De Jesús, “La autonomía del arbitraje”, 6-7, notas 19 y s. (refiriéndose al fenómeno de *inflación* de disposiciones constitucionales sobre arbitraje en los países latinoamericanos).

77 *Ibíd.*, 7. Ver también Barona Vilar, “Nuevas tendencias en el arbitraje”: 112 (reflexionando sobre el papel protagónico del Estado en la expansión de los MASC).

finales de los 80 y durante los 90 se extendió el interés por el arbitraje internacional como consecuencia de los procesos de privatización que tuvieron lugar en la región, los cuales aparejaban la búsqueda de foros independientes para solucionar las controversias derivadas de las inversiones realizadas principalmente en sectores relacionados con la explotación de recursos naturales.⁷⁸ A su vez, en el movimiento de los MASC que se expandió por Latinoamérica tuvo su epicentro en los Estados Unidos de América (en adelante EUA) y se nutrió de los aportes de la sociología jurídica sobre justicia informal durante los 60 y 70,⁷⁹ desde la cual se buscaba un modelo diferente de estructura legal y un retorno a la comunidad del poder de solucionar sus propios problemas.⁸⁰

En el fenómeno de expansión del movimiento de los MASC en Latinoamérica durante los 90, tuvieron una influencia determinante las organizaciones financieras internacionales, particularmente el Banco Interamericano de Desarrollo.⁸¹ La introducción de los MASC se dio prin-

78 Para una visión crítica de este proceso de expansión del arbitraje internacional ver Amr Shalanky, "Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias under the Scepter of Neo-Liberalism", *Harvard International Law Journal* 41, No. 2 (2000): 465: "Para los países del Tercer Mundo deseados de atraer inversión extranjera directa, el arbitraje puede significar una seria restricción a su elección de políticas de desarrollo económico". Ver también Saskia Sassen, *¿Perdiendo el control?: La soberanía en la era de la globalización* (Barcelona: Bellaterra, 2001), 35 (explicando la expansión del arbitraje internacional como un fenómeno de *americanización* de las estructuras legales).

79 Simon Roberts, "Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship", *The Modern Law Review* 56, No. 3 (1993): 453, <<http://www.jstor.org/stable/1096678?seq=2>>, consulta: 23 de marzo de 2012. Ver también Thomas E. Carbonneau, "Arbitral Justice: The Demise of Due Process in American Law", *Tulane Law Review*, No. 40 (1995-1996): 1947-57 (reseñando el cambio de percepción que se dio en la cultura jurídica estadounidense con relación al arbitraje, desde un rechazo propio del siglo XIX hasta una *rehabilitación* de la figura que se dio mediante la expedición de la Ley de Arbitraje en 1925 y el apoyo de la Corte Suprema de ese país a partir de finales de los 60 como factores para que se produjera un *boom* del arbitraje).

80 Röhl Klaus, "Alternatives to Law and to Adjudication", en Knut Papendorf, Stefan Machura y Kristian Andenæs, edit., *Understanding Law in Society, Developments in Socio-legal Studies*, vol. 7, (Münste: LIT, 2011), 113, <<http://www.rsozblog.de/wp-content/upload/RoehlAlternatives-to-Law-and-to-Adjudication-2011.pdf>>, consulta: 20 de marzo de 2012.

81 Ver Jorge Correa Sutil, "Reforma judicial en América Latina: ¿Buenas noticias para los desfavorecidos?", en Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro, comp., *La (in) efectividad de la ley y la exclusión en América Latina* (Buenos Aires: Paidós, 2002), 256-78 (refiriéndose al aliento de organismos internacionales, particularmente el BID, para la implementación de MASC en Latinoamérica –p. 270– y atribuyendo esta tendencia al incremento de litigios en el seno de una economía más abierta al mercado y a la necesidad de nuevos foros para administrar esta mayor conflictividad –p. 269–). Ver también Nestor-Humberto Martínez Neira, "El BID y la administración de justicia", en *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe* (Washington: BID, 1993), 321-32; Eduardo Buscaglia, "Los principales obstáculos de la reforma judicial en América Latina", en Jarquín y Carrillo, edit., *La economía política*, 34: "la amplitud de las reformas se dirige a las siguientes áreas: 1. mejoras en la administración de justicia; 2. el fortalecimiento de la independencia judicial; 3. el desarrollo de mecanismos alternativos

principalmente como un componente de programas de reforma judicial, lo que explica que en varias constituciones de los países latinoamericanos la consagración de los MASC tenga lugar dentro del título relativo a la función judicial.⁸² Adicionalmente, el activo rol de la CIAC (Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial) y la gestión de las cámaras de comercio, suelen ser también considerados como factores catalizadores del desarrollo reciente del arbitraje en Latinoamérica.⁸³ Finalmente, durante la última década se ha evidenciado una segunda ola de reformas legislativas, orientadas a optimizar la regulación del arbitraje doméstico así como a mejorar el marco normativo sobre arbitraje internacional. Este ha sido el caso de las nuevas leyes sobre arbitraje expedidas en Chile (2004),⁸⁴ Perú (2008),⁸⁵ República Dominicana (2009),⁸⁶ Costa Rica (2011)⁸⁷ y Colombia (2012).⁸⁸

Así como la modernización del arbitraje en la región fue potenciada por las ideas de privatización y de protección de inversiones extranjeras, es evidente que el cambio de paradigma político en Venezuela, Ecuador y Bolivia durante los últimos años, uno de cuyos elementos más característicos es el discurso de reivindicación de la soberanía del Estado, ha repercutido también en un rechazo a formas de administración de justicia no estatales, lo que es palpable tanto a nivel internacional –especialmente con relación a sedes arbitrales ubicadas fuera de la región–, como a nivel doméstico, conforme se destacará en el siguiente acápite.

de resolución de disputas (i.e. mediación, arbitraje, tribunales de conciliación, etcétera); 4. la mejora de la educación legal de los jueces, los abogados y el público en general, y 5. la creación de nuevos canales para que vastos sectores de la población, ahora excluidos, tengan acceso a la justicia”; BID, *Evaluación de los proyectos FOMIN: Métodos alternativos de resolución de disputas comerciales (MARC)*, (Washington: 2002), <<http://www.iadb.org/ove/Documents/uploads/cache/574615.pdf>>, consulta: 27 de diciembre de 2012 y James Cooper, “Essay: Access to Justice”, *California Western International Law Journal*, No. 30 (1999-2000): 432-3.

82 Ver, por ejemplo, las siguientes normas constitucionales: art. 190, CE, ubicado en el capítulo IV (función judicial y justicia indígena), del título IV (participación y organización del poder); art. 258, Constitución venezolana, ubicado en el capítulo III (del poder judicial y el sistema de justicia), del título V (de la organización del poder público nacional). En otras Constituciones latinoamericanas se ha tratado al arbitraje desde la perspectiva del derecho a someter un conflicto a decisión de los árbitros, como en el caso de la Constitución hondureña (art. 110), dentro del capítulo II (de los derechos individuales), en el título III (de las declaraciones, derechos y garantías) y de la Constitución peruana (art. 63), en el capítulo I (principios generales) del título III (del régimen económico).

83 Barona Vilar, “Nuevas tendencias en el arbitraje”: 118.

84 Ley 19971, Chile.

85 Ver nota 12.

86 Ley 489-08, República Dominicana.

87 Ley No. 8937, Costa Rica.

88 Ver nota 13.

El tratamiento constitucional del arbitraje

La consagración constitucional del arbitraje en el ámbito jurídico ecuatoriano se remonta a la Constitución de 1929, precursora del constitucionalismo social, a partir de la cual las cartas políticas ecuatorianas recogieron al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias en materia de conflictos laborales colectivos.⁸⁹ Muchos años después, a partir del segundo bloque de reformas constitucionales de 1996,⁹⁰ se elevó a rango constitucional el reconocimiento de los MASC, incluido el arbitraje, como mecanismos aplicables a la solución de un amplio rango de conflictos que involucran derechos disponibles. Como se dijo por la Corte Suprema de Justicia (CSJ), el tratamiento constitucional del arbitraje refleja la importancia que se le atribuyó a esta figura:

Dentro del proceso de modernización de las estructuras jurídicas del Estado, se ha dado tanta importancia al arbitraje, que inclusive se lo elevó a nivel constitucional mediante las reformas a la Carta Fundamental del Estado, conocidas como segundo bloque y tercer bloque, publicadas en el Registro Oficial No. 863 de 16 de enero de 1996 (artículo que se mandó agregar a continuación del 93) y hoy se mantiene constituyendo el tercer inciso del art. 191 de la Carta Fundamental del Estado.⁹¹

Las codificaciones constitucionales de 1996⁹² y 1997⁹³ no introdujeron novedades. En la Constitución Política de 1998 se estableció que el reconocimiento de los MASC se sujetaba a la ley, lo que puede interpretarse como un reconocimiento constitucional de la sujeción a normas propias, previstas en la LAM. Las consecuencias más importantes del carácter especial del régimen jurídico aplicable al arbitraje se proyectan principalmente en la aplicación excepcional de las normas procesales generales así como en la restricción de los medios de impugnación admisibles frente a los laudos arbitrales.

89 Constitución de 1929 (art. 151, num. 24); Constitución de 1945 (art. 148, lit. y); Constitución de 1946 (art. 185, lit II); Constitución de 1967 (art. 64, num. 13); Constitución de 1979 (art. 31, lit. k). En forma previa a la Constitución de 1929, lo único destacable es la Ley Interpretativa de la Constitución de 1897, que establecía que la prohibición de renuncia a reclamación diplomática exigida para todo contrato que celebre un extranjero con el gobierno no aplica para el caso de haberse negado el cumplimiento de un fallo judicial o arbitral a favor de contratistas extranjeros (Ley Interpretativa s. n., ubicada en la Recopilación de Leyes del Ecuador editada por Aurelio Noboa, I, 553, 26 de junio de 1897).

90 La Ley s. n., RO, No. 863, 16 de enero 1996, incluyó un artículo innumerado a continuación del art. 93 de la Constitución, cuyo tercer inciso decía: "Se reconoce al sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias".

91 Res. 162-2004, 20 de julio 2004, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 553, 29 de marzo de 2005 (refiriéndose a la Constitución de 1998).

92 RO, No. 969, 18 de junio de 1996.

93 RO, No. 2, 13 de febrero de 1997.

Por su parte, la CRE de 2008 mantuvo el reconocimiento de los MASC y su aplicación con sujeción a la ley (art. 190)⁹⁴ e incorporó disposiciones relativas a la posibilidad de someter a arbitraje conflictos derivados de contratos públicos en los siguientes términos: “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”. De estos dos requisitos establecidos por la CRE, la exigencia de que el arbitraje sea en derecho cuando interviene el Estado estuvo recogida previamente en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (art. 11, LOPGE). En cuanto al requisito de autorización previa de la Procuraduría General del Estado (PGE), hasta la expedición de la CRE 2008, la necesidad de tal autorización ex-ante estaba restringida a dos casos concretos: el sometimiento a arbitraje internacional o el sometimiento a arbitraje una vez surgida la controversia, al tenor del mencionado art. 11, LOPGE y del art. 4, LAM. En la CRE de 2008 únicamente se hace referencia a la necesidad de autorización previa por parte de la PGE para el ámbito de la contratación pública, en los términos previamente mencionados, lo que de por sí implica que cualquier proveedor de bienes o servicios deba enfrentar una fuerte restricción para someter sus conflictos con el Estado a arbitraje –lo que en los últimos años se volvió prácticamente imposible–.⁹⁵ La ausencia de tal autorización, se ha considerado por las cortes como motivo para la nulidad del convenio arbitral y del laudo expedido dentro de un proceso iniciado con fundamento en tal convenio.⁹⁶

94 Xavier Andrade Cadena, *Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana*, 2, nota 4, http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/breves_reflexiones_sobre_el_arbitraje_en_la_nueva_constituci%C3%B3n_ecuatoriana.pdf, consulta: 28 de abril de 2013: “Algunos asambleístas proponían, por ejemplo, que se incluyan disposiciones sobre los recursos de impugnación contra los laudos arbitrales. Afortunadamente, la posición de los representantes de los centros de que la ley regule la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, fue, en gran medida, acogida”.

95 Juan Manuel Marchán, “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana”, *Iuris Dictio*, No. 12 (Quito: Universidad San Francisco de Quito –USFQ–), (2009): 205: “Esta disposición resulta desafortunada para el desarrollo del arbitraje nacional e internacional en el Ecuador, ya que restringe la posibilidad del Estado de someterse a arbitraje mientras no cuente con la autorización de un funcionario notablemente político, como lo es el Procurador General del Estado que es, a su vez, designado por el Presidente de la República”.

96 Sentencia de 26 de noviembre de 2015, proceso 17100-2014-0010, CPJP, Sala Civil y Mercantil: “al NO haberse solicitado pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, para que la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador se someta a un arbitraje en derecho, se configura la causal del literal d) del art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y además se produce el vicio de nulidad previsto en el art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación”. Ver también absolución de consulta, Of. PGE. No. 09712, 11 de septiembre de 2012, PGE, ROS, No. 824, 6 de noviembre de 2012: “Al ser este un requisito esencial para la validez del convenio arbitral en materia de contratación pública, su omisión vicia de nulidad la cláusula arbitral;

Una interpretación literal del art. 190, CRE desembocaría en la conclusión de que en ámbitos distintos a la contratación pública,⁹⁷ no se requiere que el arbitraje sea en derecho, ni que exista autorización previa del Procurador General del Estado (PGE). Sin embargo, en la realidad, el PGE se pronuncia sobre la inclusión de cláusulas arbitrales en todo caso en el que instituciones públicas se sometan a arbitraje, inclusive en ámbitos que van más allá de lo que la ley define como contratación pública, al amparo de un instructivo expedido por la misma PGE.⁹⁸ Es decir, mediante un instructivo se ha modificado el alcance de la norma constitucional.

Con relación al arbitraje internacional, la CRE manifiesta una abierta desconfianza traducida en la prohibición de “celebrar tratados o instru-

y, en consecuencia, al no haberse solicitado dicha autorización en el contrato que motiva su consulta, la misma se torna improcedente, lo que hace innecesario cualquier análisis adicional al respecto” y Of. PGE. No. 14638, 11 de junio de 2010, PGE, *RO*, No. 265, 26 de agosto de 2010: “Esta facultad del Procurador General del Estado (autorización previa en casos de contratación pública), ha sido prevista en el art. 190 de la Constitución del año 2008. Su aplicación no puede tener un carácter retroactivo, es decir, que la autorización de la Procuraduría General del Estado, bajo el art. 190, es exigible en aquellos casos en que las partes acuerden someter sus diferencias con posterioridad a la promulgación de la Norma Suprema. Si el convenio arbitral fue pactado con anterioridad a esta fecha, no se requeriría informe previo del Procurador General del Estado bajo el art. 190, porque el cumplimiento del convenio podría ser exigido en cualquier momento a las partes. / De lo señalado en el párrafo anterior, se concluye que el consentimiento otorgado por las partes para la celebración de un convenio arbitral, no puede ser invalidado por la promulgación de una nueva norma constitucional que rige para lo futuro. Con ello, se concluye que la ratificación no es sino una declaración de las partes respecto de su voluntad de someter sus diferencias a un procedimiento de resolución de conflictos, conforme un mecanismo previamente acordado”.

97 La Ley s. n., Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), *ROS*, No. 395, 4 de agosto de 2008, en su art. 1, explicita que el ámbito de la contratación pública regulado por esta ley comprende “la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría”.

98 Res. 122, PGE, Instructivo para solicitar al Procurador General del Estado autorización para el sometimiento a arbitraje nacional, internacional, ley y jurisdicción extranjeras, *RO*, No. 254, 27 de mayo de 2014. El art. 1 de este reglamento incluye la necesidad de autorización del PGE, por ejemplo, para suscribir contratos financiados con préstamos y cooperación internacional, y aquéllos según procedimientos especiales de contratación previstos en la LOSNCP. Como excepción, la CCPT, determinó que la autorización de la PGE no es necesaria para el caso de arbitrajes para conocer controversias promovidas por el Estado para el caso de la deuda externa, en aplicación del inciso tercero del art. 422 CRE, según el cual: “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”. Ver sentencia interpretativa 0001-09-SICCC, 13 de marzo de 2009, *ROS*, No. 549, 16 de marzo de 2009: “El art. 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 art. 190 de la Constitución”. Como consecuencia, admitió que en casos de endeudamiento externo se pacte arbitraje en equidad y sin necesidad de autorización previa del Procurador General del Estado.

mentos 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” con excepción de “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” (art. 422).⁹⁹ Al amparo de esta norma constitucional, Ecuador emprendió desde el 2008 un proceso de denuncias a tratados bilaterales de inversión (TBI) bajo el argumento de que los mismos no eran compatibles con el régimen constitucional vigente.¹⁰⁰ Sin embargo, el mencionado art. 422, CRE no ha prohibido el sometimiento

99 El espíritu de la norma constitucional se repite en la Ley de Minería, cuyo art. 41 restringe la posibilidad de someter un conflicto a arbitraje siempre que se lleve a cabo en Latinoamérica. Ver también De Jesús, “La autonomía del arbitraje”, 4, nota 10 (haciendo un recuento de las declaraciones y acciones de los países del ALBA en contra del arbitraje internacional de inversiones, que en conjunto, han hecho pensar en un retorno a la Doctrina Calvo). Ver también James Graham, “Prolegómeno: El décimo aniversario de la Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje. Unas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, X, No. 1 (2010): 13-5, <<http://www.facdyc.uanl.mx/citejyc/publicaciones/revista-latinoamericana-mediacion-arbitraje/archives/RLMA2010-01.pdf>>, consulta: 28 de diciembre de 2012.

100 El proceso de denuncia se intensificó en los últimos días del gobierno del Presidente Rafael Correa. Ver por ejemplo el dictamen 031-10-DTI-CC, 16 de septiembre de 2010, CCPT, ROS, No. 294, 6 de octubre de 2010, en el que se declaró la inconstitucionalidad de cláusulas de solución de controversias en el tratado bilateral de protección de inversiones celebrado entre Ecuador y Francia. El razonamiento de la CC fue el siguiente: “la norma constitucional antes citada [art. 422, CRE] es clara y concluyente al establecer expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, lo cual conllevaría a atentar en contra del principio de supremacía constitucional. De allí que constitucionalmente está vedada la aplicación de las normas favorables a las inversiones que están en contradicción con la Constitución de la República; menos aun cuando a las Partes contratantes del Convenio materia de análisis, se las somete al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, para resolver por conciliación o arbitraje en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, lo cual contribuye al quebrantamiento de los fines del Estado ecuatoriano. De acuerdo con la corriente constitucionalista, nada está exento del control de constitucionalidad, razón por la cual no se admite la creación de estos tribunales ad hoc para la solución de controversias que se suscitaren del presente Convenio, porque aquello atentaría no solo con la disposición constitucional expresa, sino que infringiría la soberanía popular expresada mediante la Constitución de la República, vulnerándose así lo prescrito en el art. 422 de la Constitución de la República”. El análisis de la CC no explica la razón de ser del art. 422 CRE ni demuestra por qué el sometimiento al CIADI socava el cumplimiento de fines del Estado ecuatoriano. Finalmente, el art. 422 CRE, ha servido de base para la expedición del D.E. 1506, RO, No. 958, 21 de mayo de 2013, mediante el cual el Presidente ecuatoriano creó la Comisión para la auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones, CAITISA, con amplias atribuciones para auditar los sistemas de solución de controversias en materia de inversiones y casos concretos de sometimiento a arbitraje internacional de inversiones.

del Estado a arbitraje en toda circunstancia, pues permite la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos que se celebren con el Estado, ya que la prohibición constitucional está expresamente dirigida a la celebración de nuevos tratados o convenios internacionales.

En conclusión, la CRE refleja un cambio de la posición del Estado frente al arbitraje: desde una posición más abierta en los 90, que promovía su utilización para diversos tipos de conflictos, inclusive aquéllos que involucraban al propio Estado, hacia una posición recelosa, que concibe al arbitraje como un espacio de solución de conflictos entre particulares, y a la luz de la cual, el sometimiento a arbitraje de entidades que conforman el sector público, ya sea doméstico o internacional, debe ser excepcional.¹⁰¹

El tratamiento legal del arbitraje

- *El desarrollo legal del arbitraje hasta la expedición de la LAM*

Como rezago de la época colonial, la Ley de Procedimiento Civil de 1831,¹⁰² calificada por Cruz Bahamonde como “la primera legislación procesal que ha tenido el Ecuador”,¹⁰³ consignó la obligación de obedecer dentro del territorio ecuatoriano la legislación adjetiva española expedida hasta el 18 de marzo de 1808 –inclusive las *Siete Partidas*–, a la cual atribuía un orden jerárquico inferior a las normas dictadas por el legislativo nacional. Disposiciones similares se conservaron en la normativa expedida posteriormente, como la Ley de procedimientos civiles de 1835,¹⁰⁴ la Ley del

101 Es tan evidente la voluntad gubernamental de evitar que el Estado sea parte de arbitrajes locales o extranjeros que la asesoría jurídica del Ejecutivo ha prohibido a entidades estatales someterse a arbitraje, pese a que la CRE permite expresamente a las mismas sujetarse a este mecanismo de solución de conflictos. Ver oficio T.1-C.1-SNJ-12-1134, de 5 de octubre de 2012, suscrito por el anterior Secretario Nacional Jurídico, dirigido a Ministros y Secretarios de Estado así como a autoridades de la administración pública central e institucional, que dice: “Por disposición del Señor Presidente Constitucional de la República, me permito comunicarles que en los diversos contratos que se suscriban a partir de esta fecha, deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales. Excepción hecha a los contratos de empresas extranjeras amparados por Tratados Internacionales de protección de inversiones aún vigentes”. Dado el carácter voluntario del sometimiento al arbitraje, no es posible sostener que tal prohibición sea contraria per se al ordenamiento jurídico, pues el Estado está manifestando su voluntad de no someterse a arbitraje. Sin embargo, esta decisión es incoherente con el reconocimiento constitucional y legal del arbitraje, y más aún, inconveniente para resguardar efectivamente los derechos de quienes intervienen en procesos de contratación con el Estado y buscan un foro especializado e independiente de resolución de controversias.

102 Art. 1, Ley de Procedimiento Civil de 1831, Primer registro auténtico nacional, No. 24, expedido durante el mandato de Juan José Flores.

103 Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del CPC*, 2a. ed., vol. I (Guayaquil: Edino, 2001), 14.

104 Ver art. 1, Ley de Procedimientos Civiles de 1835, dictada por la Convención Constituyente reunida en Ambato, Primer registro auténtico nacional, No. 1.

procedimiento civil de 1848¹⁰⁵ o la Ley de procedimiento civil de 1863.¹⁰⁶ En términos prácticos, la aceptación de la institución arbitral en la joven república se reflejó en la fijación de derechos a cobrarse por jueces árbitros.¹⁰⁷

En el ámbito comercial, la Ley orgánica y de procedimiento de comercio de octubre de 1863¹⁰⁸ incluyó un capítulo entero¹⁰⁹ sobre el juicio arbitral. Este cuerpo normativo dotó al arbitraje comercial de un procedimiento notoriamente más simple que el ordinario.¹¹⁰

En el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil (CEMC) sancionado por la Convención Nacional de 1869¹¹¹ se incluyó la fórmula conservada hasta el recientemente derogado Código de Procedimiento Civil (CPC), mediante la cual se distinguieron varias clases de jurisdicción, entre ellas la jurisdicción convencional, definida en la misma norma como aquella “que nace de la voluntad de las partes” (art. 2, CPC).¹¹² En el CEMC, los árbitros

105 Ver art. 1, Ley de Procedimiento Civil de 1848, expedida el 7 de diciembre de 1848, Colección de Leyes y Decretos de la Convención Nacional, Imprenta del Gobierno, Quito, 1862.

106 Art. 1, Ley de Procedimiento Civil de 1863, dictada el 24 de octubre de 1863, promulgada por Gabriel García Moreno (incluyendo también como cuerpo de observancia obligatoria, en un orden jerárquico superior al de la legislación española, al CCiv, obligatorio desde enero de 1861).

107 Art. 11, Ley de 30 de octubre de 1857, Colección de Leyes y Decretos de la Convención Nacional, Imprenta del Gobierno, Quito, 1862 (fijando aranceles generales de derechos judiciales, incluyendo en la Sección 4^a a los jueces árbitros, juris-árbitros y amigables componedores, y estableciendo como derechos para los mismos el 5% del importe que se llevó a juicio).

108 Ley de 24 de octubre de 1863, sancionada por el Presidente Gabriel García Moreno, Colección de Leyes y Decretos dados por el Congreso Constitucional de 1863, Quito, Impresa por Mariano Mosquera, 1864.

109 Cap. IV, art. 29 a 45.

110 Esta ley distinguía entre árbitros arbitradores y amigables componedores, a quienes se les podía someter en conocimiento toda contienda sobre negocios mercantiles, haya o no surgido un pleito; en caso de diferencias entre socios, definía al compromiso como *forzoso*; consagraba requerimientos flexibles para la formalización del compromiso arbitral, ya que el mismo podía constar en escritura pública como por convenio privado; establecía los requisitos que debía contener el compromiso; especificaba el procedimiento para la designación de los árbitros – solo varones de 21 años en adelante podían cumplir con estas funciones –, definía el plazo para expedir sentencia y requisitos para la admisión del recurso de apelación; aclaraba que después de la posesión de los árbitros, el cumplimiento del cargo resultaba obligatorio; facultaba a las partes a prorrogar el término del compromiso, especificaba las causales para cesación de los efectos del mismo y determinaba que el pronunciamiento del laudo acarrearía la conclusión de las facultades del árbitros.

111 Código de Enjuiciamientos en Materia Civil (CEMC), Quito, Imprenta de Hallet y Breen, 1871 (publicado junto con la edición del CCiv realizada por la CSJ en virtud del Decreto del Presidente Interino de 15 de mayo de 1869, aprobado por la Convención Nacional, el 7 de julio de 1869). Ver Alfonso Troya Cevallos, *Elementos de derecho procesal civil*, 3a. ed., t. I (Quito: Pudeleco, 2002), 124 (explicando la mixtura de fuentes de este cuerpo normativo: Código peruano, Código civil de Argentina y Ley de Enjuiciamiento Civil de España).

112 El Código Orgánico General de Procesos (COGEP), ROS, No. 506, 22 de mayo de 2015, sustituyó al CPC, de conformidad con la disposición final segunda del primero: “El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados

fueron definidos como “jueces elegidos por las partes para que decidan los asuntos que les someten voluntariamente” (art. 39) y el proceso arbitral fue ampliamente detallado.¹¹³ Aun cuando el proceso contaba con ventajas como una duración acotada, existían importantes límites a las facultades de los árbitros, así como muchas formalidades para el perfeccionamiento del compromiso, causas que, posiblemente, pudieron haber desincentivado el uso de la figura. El tratamiento del juicio arbitral perduró en las codificaciones posteriores del CEMC de 1879,¹¹⁴ 1882¹¹⁵ y 1887,¹¹⁶ en las que se

a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan periodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta ley. Las disposiciones que regulan el remate entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente ley”. Por lo tanto, a la fecha de culminación de esta obra el país se encuentra en pleno proceso de asimilación del COGEP. En el COGEP no se recoge norma alguna con relación a la jurisdicción convencional.

- 113 El procedimiento arbitral podía ser conocido por árbitros en derecho –sometidos a las mismas reglas que los jueces ordinarios, según la naturaleza de los juicios– o por árbitros arbitradores o amigables componedores, no obligados a observar reglas similares a las de los demás jueces en cuanto a la sustanciación y decisión de las causas (art. 40). Se establecieron los requisitos para ser árbitro, sin límite de edad (art. 41); se determinaron taxativamente las causales para renuncia de la calidad de árbitro después de su aceptación (art. 44); se especificaron las materias no susceptibles de someterse a arbitraje –alimentos legales, separación de bienes conyugales, estado civil, asuntos en los que sea parte el Ministerio Público; bienes raíces de menores o de derechos que les pertenezcan en más de mil pesos, a no ser que se observen las disposiciones del Código Civil– (art. 45); se definió como formalidad necesaria para instrumentar el compromiso arbitral la celebración por escritura pública o por documento privado reconocido juratoriamente por las partes (art. 46); se fijó un límite de seis meses contados desde la aceptación del nombramiento, para que los árbitros expidan su fallo (art. 50); se especificaron causales de terminación del compromiso (art. 56) así como de la jurisdicción de los árbitros (art. 57), causales de recusación (art. 60) y de nulidad de los laudos (art. 74), el régimen del recurso de apelación (art. 78 y 81); se estableció la necesidad de autorización de las actuaciones de los árbitros por escribanos o dos testigos de actuación, cuando la cuantía del asunto sobre el que verse el compromiso excediese de doscientos pesos (art. 80). Adicionalmente, se distinguieron claramente las labores de auxilio de la jurisdicción ordinaria a la arbitral: disponer la designación de nuevos árbitros en caso de que se haya terminado la jurisdicción de alguno (art. 58); dictar órdenes de comparecencia de testigos (art. 64); recibir declaraciones testimoniales en lugares diferentes a los del juicio, previo exhorto o comisión dirigido por los árbitros (art. 65); ejecutar la sentencia dictada por los árbitros (art. 66).
- 114 Código de Enjuiciamientos en Materia Civil redactado por la CSJ de la República, revisado por las Comisiones de Legislación de la Asamblea Constituyente del Ecuador y reformado por la Ley de 3 de noviembre de 1880, Imprenta de la vs. de Bermeo, Por M. Arboleda, Quito, 1881. Según Armando Cruz Bahamonde, esta fue la segunda edición del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, de 9 de octubre de 1879, preparada por la CSJ, bajo la presidencia de Ignacio de Veintimilla. Ver Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del CPC*, 14.
- 115 En vigor desde el 1 de abril de 1882, bajo la presidencia de Ignacio de Veintimilla. Ver Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del CPC*, 15.
- 116 Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de la República del Ecuador, Imprenta del Gobierno, Quito, 1887.

incluía una sección completa sobre árbitros dentro del título relativo a los “jueces, asesores y demás personas que intervienen en los juicios”.

En ediciones posteriores del CEMC, el tratamiento del juicio arbitral desapareció de este cuerpo legal y el código se limitó a enunciar la existencia de la jurisdicción convencional y a atribuir la misma a los jueces árbitros sin explicitar un procedimiento, como puede verse, por ejemplo, en la edición preparada por la CSJ con arreglo a las leyes de 6 de agosto de 1890 y 14 de septiembre de 1892¹¹⁷ (art. 4, último inciso y 22), así como en las ediciones de 1900,¹¹⁸ 1907¹¹⁹ y 1918.¹²⁰ La razón radica en que, como explicó Víctor Manuel Peñaherrera, en 1890 se extrajeron del CEMC por orden de la legislatura secciones enteras que se consideró que regulaban la organización institucional de administración de justicia y se transplantaron a la Ley Orgánica de la Función Judicial (LOFJ).¹²¹ Sin embargo, según el mismo autor, el resultado de esta separación de normas no fue el óptimo. Aunque conceptualmente estaba claro que el cuerpo normativo regulatorio del enjuiciamiento civil debía incluir reglas de procedimiento y sus efectos y el cuerpo normativo regulatorio de la función judicial normas sobre jerarquías, atribuciones y deberes de jueces y otros funcionarios de la administración de justicia así como condiciones para el ejercicio de sus cargos, se produjo en la práctica una severa confusión, pues en las mismas normas coexistían disposiciones orgánicas y reglas de procedimiento. La CSJ, entonces encargada de la preparación de la LOFJ, se limitó a separar secciones enteras, sin discriminar si la materia era sobre proceso o sobre organización y “resultó de allí que en Código de Enjuiciamientos quedaron disposiciones propias de la Ley Orgánica, y a esta pasaron otras que no son sino de puro procedimiento, como las relativas al juicio de árbitros, o las contiendas entre el abogado y su cliente, por honorarios, etc.”.¹²²

117 Según Armando Cruz Bahamonde, la quinta codificación del Código de Enjuiciamientos Civiles, bajo la presidencia de Antonio Flores. Ver Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del CPC*, 15.

118 Sancionada por el Ejecutivo, en la presidencia de Eloy Alfaro, el 19 de febrero de 1900.

119 Decreto Legislativo, Registro Auténtico, 19 de octubre 1907.

120 Preparada por la Academia de Abogados de Quito en cumplimiento del encargo realizado por el Congreso Nacional, ROS, No. 561, 25 de julio de 1918.

121 Previamente, el 12 de junio de 1835, apareció la primera Ley Orgánica de la Función Judicial. Ver Fausto Sánchez, “Prólogo”, en Pedro Fermín Cevallos, *Instituciones de Derecho Práctico* (Quito: Imprenta de los Huérfanos, 1967), 3.

122 Peñaherrera, *Lecciones de derecho práctico*, 53. Las codificaciones de 1907 y de 1922 de la normativa sobre la función judicial continuaron recogiendo escasas disposiciones sobre arbitraje. Ver Alejandro Ponce Martínez, “Notas generales sobre la jurisdicción convencional”, en *Ruptura*, Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho, año XLI, No. 34 (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador –PUCE–, 1990): 179-99 (analizando las disposiciones sobre arbitraje contenidas en la codificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial declarada auténtica y oficial por el Presidente de la República el 21 de diciembre de 1907).

Cuando se expidió la primera edición del CPC en 1938,¹²³ se conservó el escueto tratamiento del arbitraje contenido en las últimas codificaciones del CEMC, mientras la Ley Orgánica del Poder Judicial¹²⁴ (LOPJ) mantuvo una sección reducida sobre arbitraje (Sección XI, art. 86 a 93). En esta última se destacan dos elementos que resultaron novedosos: el árbitro debía ser ecuatoriano, excepto en caso de árbitros arbitradores que podían ser extranjeros (art. 89), aspecto posteriormente eliminado, y los árbitros debían asumir responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la emisión extemporánea del laudo (art. 91), principio que tiene vigencia hasta la actualidad (art. 18, LAM).

La codificación del CPC de 1953,¹²⁵ además de contemplar la jurisdicción convencional (art. 3 y 18), incluyó una sección completa relativa al juicio por arbitraje (sección 33, art. 1020-1056). La mayor parte de normas guardaron semejanza con las del CEMC de 1869 aunque se introdujeron algunas disposiciones cuyo efecto fue complicar aún más el procedimiento: se exigió que el compromiso arbitral conste por escritura pública o por documento privado judicialmente reconocido y que se transcriban la demanda, reconvención y réplicas contentivas de todas las reclamaciones y la designación de árbitros (art. 1021) y se permitió que cualquiera de los compromitentes se retracte antes de la posesión de los árbitros (art. 1036). Disposiciones idénticas se mantuvieron en las posteriores codificaciones del CPC,¹²⁶ en 1960¹²⁷ y 1987,¹²⁸ hasta que en 1997 la LAM derogó las normas sobre el procedimiento arbitral contenidas en el CPC.

En forma previa a la expedición de la LAM, la dispersión de las normas legales sobre arbitraje era evidente de tal forma que, a más de las disposiciones contenidas en el CPC, debían ser consideradas:

1. Las regulaciones sobre arbitraje contenidas en la LOFJ de 1974,¹²⁹ cuerpo normativo que además del reconocimiento de la jurisdicción convencional (art. 3), estableció normas específicas sobre los árbitros (clases, requisitos entre los que se incluía la ciudadanía ecuatoriana, impedimentos, causales de renuncia, prohibición de ejecutar la sentencia) –art. 87 a 93–.

123 Edición oficial del CPC, Quito, Imprenta del Ministerio de Gobierno, 1938.

124 Edición oficial de la LOPJ, Quito, Imprenta del Ministerio de Gobierno, 1938.

125 ROS, No. 133, 7 de febrero de 1953.

126 Para un detalle histórico de las codificaciones del Código de Procedimiento Civil, ver Vanesa Aguirre, *Tutela jurisdiccional del crédito* (Quito: Ediciones Legales / UASB-E 2012), 82-83.

127 ROS, No. 1202, 20 de agosto de 1960.

128 RO, No. 687, 18 de mayo de 1987.

129 RO, No. 636, 11 de septiembre de 1974.

2. La Ley de Arbitraje Comercial expedida en 1963,¹³⁰ la cual trajo consigo importantes innovaciones con relación a la materia de estudio, pues buscaba simplificar el trámite de juicios arbitrales previsto en el CPC para solucionar conflictos mercantiles, así como profesionalizar a los árbitros.¹³¹ Sin embargo, a pesar de las reformas introducidas, la aplicación de esta ley fue muy escasa.¹³² La incipiente actividad arbitral se desarrollaba fundamentalmente en el seno de los tribunales de arbitraje de las Cámaras de Comercio (principalmente Quito y Guayaquil).¹³³

En síntesis, antes de la expedición de la LAM, a la dispersión evidenciada en el tratamiento legal del arbitraje se sumó el anquilosamiento de las normas y el exceso de formalismos, pese al importante aporte para la modernización del arbitraje que significó la Ley de Arbitraje Comercial de 1963. Para materias no comerciales, las disposiciones sobre arbitraje contenidas en el CPC –muchas de las cuales se mantuvieron invariables desde el siglo anterior–, incluían normas de difícil cumplimiento, que transformaban al arbitraje en un proceso complejo e ineficiente.

- *La LAM y su relevancia en la regulación del arbitraje ecuatoriano*

La LAM de 1997, incorporó varios lineamientos de la Ley Modelo –aunque como se verá en varias partes de esta investigación, conservó diferencias

130 Decreto Supremo 735, RO, No. 90, 28 de octubre de 1963: art. 1, inc. 1: “Sin perjuicio del juicio de arbitraje establecido en la Sección 33ª del Código de Procedimiento Civil, reconócese la validez de las cláusulas compromisorias o de los convenios en que las partes acuerden someter las controversias comerciales existentes o futuras, a los Tribunales de Arbitraje de las Cámaras de Comercio, o a los Tribunales o comisiones nacionales o internacionales de arbitraje”.

131 Como aspectos importantes de esta ley destacamos los siguientes: se incluyó la noción de cláusula compromisoria, simplificando notablemente los requerimientos necesarios para someter un pleito a decisión de árbitros; se establecieron reglas de procedimiento más detalladas, por ejemplo, a nivel de procedimiento para citaciones y designación de árbitros; se definió el mecanismo de conformación de listas de árbitros; se dispuso que en atención a la naturaleza de los asuntos comerciales, los árbitros en sus decisiones fallaban en equidad, sin estar sometidos a más leyes que la de Arbitraje Comercial; se previó la sanción de expulsión de la Cámara de Comercio, sin perjuicio de otras medidas que se pudieran tomar, para la parte renuente a cumplir con el laudo arbitral. Ver Serrano Puig, “La autonomía de la voluntad”, 550: “[la Ley de Arbitraje Comercial] significó un importante paso adelante en el desarrollo del arbitraje al hacerlo más sencillo, ágil y claro, y sobre todo, al haber impuesto a los directorios o juntas directivas de las cámaras de comercio –organizadas– de las ciudades capitales de provincia, la obligación de formular en el mes de enero de cada año, una lista de veinte árbitros para que integren los tribunales de arbitraje, y al crear nuevas normas procesales para la presentación y contestación de demandas de esa naturaleza. Esta es la ley que dio paso a que algunos años después de su expedición se crearan los primeros centros de arbitraje en las cámaras de comercio de Quito y Guayaquil”.

132 Jaime Vintimilla Saldaña, “La ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador”, en *Ruptura: Revista anual de la Asociación Escuela de Derecho*, No. 41 (Quito: PUCE), (1998): 159. Ver también Ponce Martínez, “Notas generales sobre la jurisdicción convencional”: 194 (atribuyendo la falta de utilización del arbitraje a la falta de difusión de esta figura por parte de las Cámaras de Comercio, entre otros factores).

133 *Ibid.*, 162

relevantes— y marcó sin duda un punto de inflexión en el desarrollo del arbitraje local.¹³⁴ Las principales innovaciones introducidas por la LAM fueron las siguientes:

1. Unificación de reglas procesales para arbitrajes que versen sobre distintas materias, pues, como quedó explicado, en forma previa a la expedición de esta ley, los arbitrajes comerciales se sujetaban fundamentalmente al procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje Comercial y los arbitrajes en otras materias se sujetaban a disposiciones dispersas en el CPC y en la LOFJ.¹³⁵

2. Implementación del arbitraje administrado por centros especializados y distinción con el arbitraje independiente, siendo el primero el que ha encontrado mayor aplicación en la realidad jurídica ecuatoriana. Esta reforma fortaleció una gestión profesional de procesos arbitrales por parte de centros de arbitraje —proceso iniciado por la Ley de Arbitraje Comercial de 1963—, que según la LAM pueden ser establecidos por las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y requieren registrarse en el Consejo Nacional de la Judicatura.¹³⁶

3. Ampliación del ámbito de arbitrabilidad. A fin de establecer la arbitrabilidad objetiva, la LAM sustituyó el concepto de *renunciabilidad* por el de *transabilidad*. Dado que puede existir materia irrenunciable susceptible de transacción —como expresamente señala la CRE para el caso de derechos laborales—,¹³⁷ o como es el caso de litigios de inquilinato —frecuentemente

134 Vintimilla Saldaña, “La Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador”: 162.

135 Una amplia gama de normas se han referido al arbitraje como mecanismo admisible para la solución de diversos conflictos especializados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Si bien en virtud de la amplitud de alcance de la LAM, tales referencias en leyes especiales no eran necesarias, sí han contribuido a la difusión de la figura y al entendimiento de que aunque el arbitraje sirve principalmente al mundo comercial, su esfera de aplicación es mucho más amplia. Entre tales normas destacamos: Reglamento General de la Ley de Propiedad Horizontal (art. 63); Ley Derogatoria del Decreto Supremo No. 1038-A y de la Ley No. 125, para Preservar la Igualdad entre Ecuatorianos y Extranjeros en Materia Contractual (art. 4); Ley del Deporte, Educación Física y Recreación (art. 162); Ley de la Procuraduría General del Estado (art. 11); Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (art. 63); Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (art. 104) y su Reglamento (art. 161); Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (art. 27); Ley de Hidrocarburos (art. 10); Ley de Minería (art. 41), entre otras.

136 La disposición reformatoria décimo sexta del COGEP, reformó el art. 39 LAM en el sentido de que los centros de arbitraje deben registrarse ante el Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ). Previamente, tal registro debía tener lugar ante la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador, lo que hacía más difícil el acceso a la información sobre tales centros. Sin embargo, el registro ante el CNJ ha despertado inquietudes en cuanto al nivel de control estatal admisible sobre el arbitraje, inclusive sobre el proceso de designación de árbitros.

137 Art. 325, CRE, num. 2 y 11: “2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.”

conocidos en los centros de arbitraje ecuatorianos–, es evidente que se ha ampliado el ámbito de arbitrabilidad objetiva.¹³⁸

4. Establecimiento de un procedimiento por audiencias (de sustanciación, de estrados, de conocimiento de laudo, y otras que se estimen necesarias) y de un término de ciento cincuenta días para dictar el laudo, prorrogable por hasta un término igual.

5. Consagración del principio *competence-competence*, cuyo alcance se analiza en el capítulo 3.

6. Establecimiento de las facultades de los árbitros para dictar y ejecutar medidas cautelares más allá de las previstas en la normativa procesal general. La facultad de ejecución tiene lugar en caso de que las partes así lo hayan convenido, y será materia de especial análisis en el capítulo 4 de este estudio.

7. Reconocimiento expreso de la legalidad del arbitraje internacional y la consiguiente derogatoria del art. 1505, CCiv, norma previamente citada, que definía como objeto ilícito el sometimiento a jurisdicción no reconocida por leyes ecuatorianas.

En el 2005, se realizaron reformas a la LAM, considerando que “en los últimos años, el arbitraje ha tenido adecuada aceptación tanto en ámbito nacional como en el internacional; por lo que es necesario fortalecer su eficacia jurídica”.¹³⁹ Mediante estas reformas el legislador dispuso que los jueces ordinarios deben inhibirse de conocer conflictos con relación a los cuales se pruebe la existencia de convenio arbitral y explicitó el principio pro arbitralis, disponiendo que en caso de duda sobre la procedencia o no de arbitraje, el juez estatal debe estar a favor de que las controversias se resuelvan por arbitraje. Ambos aspectos exteriorizaron el apoyo del Estado al fortalecimiento del arbitraje.

Más tarde, mediante las reformas a la LAM de 2006,¹⁴⁰ se modificó el tratamiento de la acción de nulidad de laudos arbitrales, incorporando una causal por violación de los procedimientos previstos por la Ley o por las partes para designar árbitros o en la constitución del tribunal arbitral y clarificando la atribución del presidente de las entonces denominadas Cortes Superiores de Justicia (CSJ)¹⁴¹ para resolver la acción de nulidad dentro de treinta días desde la fecha en que avocó conocimiento de la cau-

138 Sobre la ampliación del ámbito de arbitrabilidad objetiva en la LAM ver Miguel Andrade Cevallos, “Ley de Arbitraje y Mediación: Materia transigible y arbitraje en equidad”, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* (Quito: Cevallos Editora Jurídica), (2012): 209. Con relación a la realidad española ver Lorca Navarrete, *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje?*, 23.

139 Considerando tercero, Ley 2005-48, RO, No. 532, 25 de febrero de 2005.

140 RO, No. 417, 14 de diciembre de 2006.

141 Hoy Cortes Provinciales de Justicia (CPI).

sa. En la realidad, esta reforma estuvo lejos de aclarar definitivamente el procedimiento para impugnar laudos arbitrales, como se destaca en el capítulo 3 de este estudio.

En conclusión, el marco legal delineado por la LAM, si bien dio un impulso significativo al arbitraje, contiene todavía vacíos importantes que conspiran contra su eficacia. Algunos de estos vacíos pueden llenarse mediante cláusulas arbitrales más completas y a través de reformas a los reglamentos de los centros de arbitraje, mientras que otros ameritan una reforma legal. A las deficiencias normativas se suma el particular momento político por el cual el país atraviesa, que configura un ambiente poco amigable para el arbitraje. Como bien lo ha señalado Silvia Barona, “la realidad política de un determinado momento histórico es una coordenada esencial sobre la que va a pivotar la vitalidad o no del arbitraje”.¹⁴² Estos factores determinan que, en el caso ecuatoriano, el arbitraje enfrente un momento particularmente difícil, como se evidenciará a largo de esta investigación.

- *El arbitraje en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ): Una forma de servicio público de administración de justicia*

El COFJ¹⁴³ desarrolla algunos conceptos importantes sobre arbitraje: destaca su carácter jurisdiccional (art. 7), tema sobre el que volveré posteriormente, y lo categoriza –junto con los otros MASC– como *una forma del servicio público de administración de justicia* (art. 17),¹⁴⁴ definición que requiere ser analizada.

La CRE considera expresamente a la administración de justicia como un servicio público (art. 326, num. 15),¹⁴⁵ planteamiento que no es pacíficamente admitido por algunos sectores de la doctrina administrativista¹⁴⁶ para

142 Barona Vilar, “Nuevas tendencias en el arbitraje”: 110.

143 Ley s. n., ROS, No. 544, 9 de marzo de 2009.

144 Art. 17, inc. 1 y 2, COFJ, “Principio de servicio a la comunidad.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes. / El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades”.

145 Art. 326, num. 15, CRE: “15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, *justicia*, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios”.

146 Ver Carlos Balbín, *Curso de derecho administrativo*, t. I (Buenos Aires: La Ley, 2008), 902-3 (estableciendo que no todo servicio estatal es un servicio público. Dentro de la noción más amplia de servicio estatal distingue: 1. funciones estatales básicas, de carácter indelegable,

los cuales la noción misma de servicio público resulta vaga e imprecisa.¹⁴⁷ Adicionalmente, la CRE reconoce la posibilidad de que entes no estatales presten servicios públicos,¹⁴⁸ en concordancia con las aproximaciones objetivistas que, tampoco libres de polémica, han enfatizado en la noción de *interés público* como definitoria de la categoría de servicio público, independientemente de quién presta el servicio. En esta línea el art. 17, COFJ parece destacar que en la administración de justicia mediante el cauce arbitral, existen intereses que trascienden el plano meramente contractual y que responden a la necesidad social de que los conflictos sean resueltos. Si bien en otros contextos no se ha llegado a definir a la resolución de conflictos en sede arbitral como un servicio público, sí se ha destacado el ejercicio de una *función pública* por parte de los árbitros.¹⁴⁹ Adicionalmente, el mencionado art. 17, COFJ destaca la idea de que la solución de conflictos mediante cualquier cauce permitido por el Estado debe considerar las necesidades de los justiciables –visión propia de las concepciones modernas sobre acceso

dentro de las cuales ubica a la justicia (tesis contraria a ciertas teorías jurisdiccionalistas sobre arbitraje que lo conciben como una delegación estatal); 2. servicios sociales, los cuales deben ser prestados por el Estado, sin perjuicio de la participación concurrente de terceros, y 3. servicios públicos, que el Estado puede abstenerse de prestar sin perjuicio de garantizarlos". Ver también Osvaldo Alfredo Gozáini, *Derecho procesal constitucional: El debido proceso* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004), 215: "La teoría procesal descarta sin disidencias que el proceso judicial sea un servicio público, aun cuando se reconoce en notables administrativistas como Duguit, Jeze y Nezard la idea que interpreta la función jurisdiccional como un servicio público comprendido en la actividad administrativa que desempeña el Estado"; Juan Méndez, "El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos", en José Thompson, coord., *Acceso a la justicia y equidad: Estudio en siete países de América Latina* (San José: BID / Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000), 17: "el avance hacia las concepciones colectivas que imponen el deber estatal de prestar este servicio, ha dado lugar a la consideración de la administración de justicia como un servicio público con las características y condiciones que lo identifican" y José Thompson, "Introducción", en *Acceso a la justicia y equidad*, 25 (propugnando la concepción de la administración de justicia como un servicio, de tal forma que "el que acude a la justicia puede ser un 'cliente' cuya satisfacción se alcanzó o no, en una escala medible) y Eduardo Sánchez Álvarez, *La desnaturalización del proceso* (Barcelona: J. M. Bosch, 2013), 42 (defendiendo la caracterización de la administración de justicia como un servicio público mediante el cual los ciudadanos pueden cristalizar su aspiración a la tutela efectiva de sus derechos).

147 Ver por ejemplo Balbín, *Curso de derecho administrativo*, 909-10 y Hugo Palacios Mejía, "El inútil concepto de servicio público: Notas para una crítica desde la perspectiva de Law and Economics, en *Colección derecho económico*, III (Bogotá: Universidad Externado de Colombia -UEC-, 2001), 95-104.

148 Por ejemplo, en el caso de los servicios notariales (art. 199 CRE) o al reconocer que el servicio público de salud puede ser prestado por entes no estatales (art. 362 CRE).

149 Ver por ejemplo auto 259/1993, 20 de julio de 93, Tribunal Constitucional, España: "En definitiva [el árbitro] es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.)".

a la justicia, a las que hago referencia en el capítulo 2–, quienes asumen la condición de *usuarios* de un servicio, cuya calidad debe ser monitoreada.

En forma adicional a los elementos de las mencionadas teorías objetivistas, que consideran al interés general como el rasgo definitorio de los servicios públicos y por lo tanto, admiten la posibilidad de que entes distintos al Estado puedan prestar tales servicios,¹⁵⁰ la CRE establece una serie de disposiciones que incorporan elementos de las teorías subjetivistas y se refieren a la responsabilidad del Estado en la prestación de tales servicios.¹⁵¹ En este sentido, la CRE determina la obligación del Estado de garantizar que la provisión de servicios públicos responda a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, así como el control de sus tarifas (art. 314, inc. 2); la obligación de las instituciones que prestan tales servicios de incorporar sistemas de medición y satisfacción de los usuarios y poner en práctica sistemas de atención y reparación (art. 53); la responsabilidad civil y penal por parte de las personas y entidades que presten deficientemente servicios públicos (art. 54); la prestación de los servicios públicos a partir del principio de solidaridad así como la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la prestación de servicios públicos, lo que debe ser garantizado por el Estado (art. 85); la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos (art. 85); la admisión del control social de todas las entidades, inclusive privadas, que presten servicios públicos (art. 96); la prohibición de la paralización del servicio público de administración de justicia (art. 326, num. 15); y la facultad de la Defensoría del Pueblo para investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos (art. 215, num. 3).

La pregunta que fluye naturalmente es si todas las disposiciones constitucionales previamente citadas son aplicables al arbitraje, dada su categorización como una forma del servicio público de administración de justicia prevista específicamente en el COFJ. Para contestar, es necesario recordar que la propia CRE reconoce que el arbitraje se sujeta a la ley sobre la materia (art. 190), destacando el régimen jurídico propio que rige a este espacio de solución de conflictos. En consecuencia, cualquier intento de aplicar al arbitraje indiscriminadamente el régimen general de servicios públicos sería contradictorio con el contenido del art. 190, CRE. Esta no es una ar-

150 Ver Alberto Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo* (Bogotá: UEC, 2002), 165 y s.

151 *Ibid.*, 160-1.

gumentación a favor de la falta de control de la calidad de servicios que se prestan en arbitraje –control que vale la pena reiterar, es indispensable– o de la ausencia de responsabilidad de los árbitros, sino a favor de que tales aspectos sean regulados mediante normas específicas sobre arbitraje que consideren la lógica bajo la cual esta institución funciona.

La definición de la naturaleza jurídica del arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El arbitraje cobija elementos contractuales y procesales. Los diferentes sistemas legales y las construcciones doctrinales han optado por posiciones diversas sobre el peso que dan a cada uno de estos componentes, y como se ha dicho, “la tensión entre los dos puede ser encontrada en el corazón de cada cuestión interesante que se genera en torno al arbitraje”.¹⁵²

Siendo este un tema que ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina,¹⁵³ este acápite pretende presentar esquemáticamente los argumentos esenciales de cada tendencia teórica, identificar la línea de pensamiento que ha gozado de mayor aceptación en Ecuador y vislumbrar los efectos que la adhesión a estas tesis generan con relación al derecho de la tutela efectiva.

Síntesis de las principales aproximaciones teóricas sobre la naturaleza del arbitraje

Las teorías sobre la naturaleza del arbitraje son categorizadas por la doctrina en tres grandes grupos: teorías contractualistas, teorías jurisdiccionalistas y teorías eclécticas, y dentro de estas últimas, se ubican las teorías autónomas sobre el arbitraje.

▪ *La perspectiva de las teorías contractualistas*

Las teorías contractualistas¹⁵⁴ explican la naturaleza del arbitraje en función del principio de autonomía de la voluntad. Para las posiciones más extremas, los árbitros son mandatarios de las partes y consecuentemente, la obligatoriedad del laudo se deriva del acuerdo previo de las

152 Raud, “The Culture of American Arbitration”: 449.

153 Lew, Mistelis y Kröl, *Comparative International Commercial Arbitration*, 72, nota 2 (presentando un amplio listado de análisis académicos sobre la naturaleza del arbitraje).

154 Ver Aylwin, *El juicio arbitral*, 32-3 (explicando que las teorías contractualistas se han desarrollado fundamentalmente por los autores franceses Merlin, Fuzier-Herman, Weiss, Gazonett y Brachet. En Italia, Mattiolo, Chioyenda, Satta. En España, Joaquín Escriche y en Argentina, Davi Lescano). Ver también Silvia Barona Vilar, “Introducción”, en Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed. (Pamplona: Civitas, 2011), 67 (identificando la Ley de Arbitraje de España expedida en 1953 como una expresión de la concepción contractualista del arbitraje).

partes en someterse a tal decisión, no de la autoridad de la cual el árbitro se encuentra investido.¹⁵⁵ Consecuentemente, por acuerdo entre las partes, “estas pueden acordar prescindir de un laudo incluso ejecutivo, y someter la controversia nuevamente a los jueces”.¹⁵⁶ El laudo es apenas un contrato que los particulares suscriben por intermedio del árbitro, quien les representa, y simplemente modifica o interpreta el contrato original.¹⁵⁷ Otra vertiente de esta corriente, sin llegar a afirmar que los árbitros representan a las partes, sostiene que el laudo tiene naturaleza contractual,¹⁵⁸ y que su forma de ejecución puede asimilarse a la ejecución de contratos que no se cumplen. En todo caso, para las tesis contractualistas, los laudos arbitrales no tienen las características propias de una sentencia judicial, lo que se evidencia fundamentalmente en la ausencia de *imperium* de los árbitros para ejecutar lo juzgado.¹⁵⁹

Estas teorías desconocen algunos efectos jurídicos del arbitraje que rebasan claramente los límites de la voluntad de los justiciables. Los laudos, tal como ocurre con las sentencias judiciales que no son acatadas voluntariamente por el vencido, pueden ser ejecutados forzosamente sin que se requiera homologación alguna por la justicia estatal, y generan efectos de cosa juzgada¹⁶⁰ que impiden que el mismo asunto vuelva a conocerse ya sea en sede judicial o arbitral (art. 32, LAM). Finalmente, desde una concepción puramente contractualista del arbitraje que niega que los árbitros estén investidos de facultades jurisdiccionales, este mecanismo de solución de conflictos no puede concebirse como un cauce para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva. En esta lógica, ante una eventual lesión de los derechos de las partes en el curso del arbitraje, lo que podría acaso justificar la protección constitucional de los justiciables es la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales inter privados.¹⁶¹

155 Oppetit, *Teoría de arbitraje*, 163.

156 Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil* (CDMX: EJU, 2002), 52.

157 *Ibid.*

158 Ver Lew, Mistelis y Kröl, *Comparative International Commercial Arbitration*, 77, nota 26 (citando jurisprudencia francesa en este sentido).

159 Caivano, *Arbitraje*, 95. Para una defensa contemporánea de la tesis contractualista del arbitraje ver Carlos De Silva Nava, “El arbitraje y el amparo”, en *Arbitraje comercial internacional*, 160-1 (identificando los efectos de un laudo con los de un contrato, en el sentido de que su fuerza coercitiva es *potencial*).

160 Los efectos de cosa juzgada del laudo arbitral se analizarán en el capítulo 4.

161 Tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que se remonta a formulaciones de Alemania, durante los años 50 y siguientes y se identifica en tal país con el término *Drittwirkung*. Para una revisión de los pronunciamientos de la justicia constitucional española sobre este tema ver Francisco Caamaño Domínguez, Marc Carrillo López, Ángel Gómez Montero y otros, *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 393 y s. (analizando la aplicación de esta teoría en España). Ver también Chocrón Giraldez, *Los*

▪ *La perspectiva de las teorías jurisdiccionalistas*

A la luz de las teorías jurisdiccionalistas,¹⁶² los árbitros cumplen una función pública temporal. Adicionalmente, la fuerza obligatoria de los laudos arbitrales se sustenta en la permisión del Estado, que admite que exista una *justicia delegada*¹⁶³ o una *justicia paralela*.¹⁶⁴

En doctrina se identifican las siguientes materias en las cuales la concepción jurisdiccional del arbitraje tiene particular relevancia: el régimen de inmunidades de los árbitros, cuando a estos se le atribuyen las mismas que a los jueces; el poder de los árbitros para llevar a cabo los procesos aun en ausencia de una de las partes y el carácter final y vinculante del laudo arbitral.¹⁶⁵ Para algunos, una derivación de esta teoría es considerar que la calidad de árbitros solo puede ser asumida por quienes están habilitados para desempeñar funciones públicas, y que el régimen disciplinario al que deben someterse es también el de los funcionarios públicos.¹⁶⁶ Sin embargo, otra corriente dentro de estas teorías, sostiene que los árbitros no pueden ser calificados como funcionarios públicos, dada la temporalidad de sus atribuciones.¹⁶⁷ Pero, en esencia, los árbitros no pueden ser considerados como funcionarios públicos dada la naturaleza privada de su designación.

Los fundamentos de esta teoría preparan un terreno fértil para el entendimiento de la justicia arbitral como un cauce para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva. Si se considera a la jurisdicción como un “instrumento para asegurar la tutela y la actuación de los derechos que el ordenamiento reconoce a cada sujeto”,¹⁶⁸ el arbitraje estaría también revestido de esta

principios procesales en el arbitraje, 224 y s. (concluyendo que tal teoría no ha tenido influencia en motivar solicitudes de amparo frente a laudos arbitrales en España).

162 Para una aproximación a las tesis jurisdiccionalistas ver Aylwin, *El juicio arbitral*, 33-4 (estableciendo que habitualmente, son considerados como defensores de estas teorías, procesalistas como Laurent, Glasson, Tissier, Moret, en Francia; Manresa, en España; Fedozzi, Mortara, Ghirardinini y Galgano, en Italia). Ver Rocco, *Derecho procesal civil*, 78: “Nada impide considerar al arbitraje como uno de los casos en los que el Estado deja a individuos particulares la facultad de ejercer una función pública, o en general, un servicio público, sin perder, no obstante, la cualidad de simples particulares”. Entre los tratadistas latinoamericanos que han defendido esta posición ver Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 2a. ed. (Buenos Aires: Universidad, 1997), 97: “Los jurados y los árbitros ejercen ocasionalmente funciones jurisdiccionales”.

163 Aylwin, *El juicio arbitral*, 33; ver también Caivano, *Arbitraje*, 96

164 Lew, Mistelis y Kröl, *Comparative International Commercial Arbitration*, 75.

165 *Ibid.*, 77.

166 Ver en este sentido art. 19, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia: “Control disciplinario. En los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el control disciplinario de los árbitros, los secretarios y los auxiliares de los tribunales arbitrales, se regirá por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia”.

167 Mantilla Serrano, “Las relaciones entre los árbitros y los jueces”, 171.

168 Taruffo, “La justicia civil”, 136.

visión garantista.¹⁶⁹ Equiparándose el laudo a una sentencia, el control constitucional resulta inevitable a la luz de las teorías jurisdiccionalistas.¹⁷⁰

Sin embargo, la jurisdicción arbitral no puede equipararse ciegamente con la jurisdicción estatal, pues presenta peculiaridades relevantes:¹⁷¹ las atribuciones de los árbitros son transitorias para la solución del conflicto en el que las partes han acordado someterse a arbitraje; generalmente, los árbitros carecen de la facultad de *imperium*,¹⁷² sin que esta carencia pueda ser interpretada como falta de jurisdicción, pues como lo explica Rojas, es la facultad decisoria con fuerza obligatoria la que caracteriza la actividad jurisdiccional;¹⁷³ el proceso arbitral está direccionado por principios especiales, como los de libertad, flexibilidad, privacidad y celeridad¹⁷⁴ –directrices netamente procesales–, o el *competence-competence* –orientador de las atribuciones de los árbitros para decidir sobre su competencia– y estos marcan diferencias procesales importantes.

En España, la doctrina y la jurisprudencia han enfatizado en la ausencia de facultades jurisdiccionales de los árbitros,¹⁷⁵ lo que ha redundado

169 Lorca Navarrete, *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje?*, 83 (enfazando en el carácter garantista del arbitraje, pero no por derivación del ordenamiento constitucional, sino de las normas contenidas en la Ley de Arbitraje española, en los siguientes términos: “la proyección de garantía común u ordinaria de origen negocial de las actuaciones arbitrales (garantismo) constituye la justificación del arbitraje [...] no basta con la sola afirmación de que mediante arbitraje se garantiza la resolución de la controversia, ya sea en equidad o en derecho, sino que es preciso, además, conectar la actividad de garantía que se lleva a cabo mediante la actuación del árbitro con el sistema de garantías procesales comunes u ordinarias”).

170 Jorge Rojas, “El control de constitucionalidad en el arbitraje”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. I, 167: “si hay jurisdicción, debe haber control de constitucionalidad”.

171 Sobre la distinción entre jurisdicción estatal y arbitral ver por ejemplo Mantilla Serrano, “Las relaciones entre los árbitros y los jueces”, 170-1. Ver también sentencia de amparo de revisión 2160/2009, 8 de septiembre de 2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, México: “toda actuación del árbitro o tribunal arbitral en tanto existe la posibilidad de que resuelva determinado o determinable conflicto, es decir, ejerza una cierta jurisdicción, no se equipara en lo absoluto a la función jurisdiccional del Estado, puesto que esta última surge de lo acogido en nuestra Ley Suprema y por consiguiente, es genérica y permanente; en cambio, la jurisdicción arbitral se supedita, indiscutiblemente a la voluntad de los particulares, consecuentemente, esta es siempre determinada y temporal; lo dicho, pues, la jurisdicción arbitral no es posible sustanciarse sin la expresión de voluntad de las partes, esto es la manifestación de las mismas de someter determinada o determinable disputa, mediante pacto expreso, al poderío arbitral”.

172 Como se verá en el capítulo 4, los árbitros en el sistema jurídico ecuatoriano han sido dotados de la facultad de *imperium* para ejecutar medidas cautelares.

173 Rojas, “El control de constitucionalidad en el arbitraje”, 162.

174 Ver el art. 3 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Bolivia, el cual establece los siguientes principios de la conciliación y el arbitraje: buena fe, celeridad, cultura de paz, observancia de la finalidad que es la solución del conflicto antes que el simple cumplimiento de requisitos, flexibilidad, idoneidad, igualdad, imparcialidad, independencia, legalidad, oralidad, voluntariedad.

175 Ver por ejemplo, Lorca Navarrete, *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje?*, 2. “Es también posible que la actividad heterocompositiva [...] pueda ser realizada a través de sujetos

en la negativa a admitir la garantía del amparo constitucional frente a pronunciamientos de los tribunales arbitrales¹⁷⁶ y en la renuencia de muchos autores a aceptar que el derecho a tutela efectiva tenga cabida en sede arbitral, como se analizará al final de este capítulo. En ese país se ha desarrollado la tesis del arbitraje como *equivalente jurisdiccional*, al amparo de la cual a pesar de que se le reconoce al arbitraje carácter procesal, no se le llega a atribuir naturaleza propiamente jurisdiccional.¹⁷⁷ Contrariamente, en muchos países sudamericanos la legislación y la jurisprudencia han destacado el carácter jurisdiccional del arbitraje. En Perú, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha calificado abiertamente al arbitraje como una jurisdicción de carácter privado,¹⁷⁸ desarrollando lo dispuesto en el art. 139

o personas llamadas árbitros, sin hallarse investidas por el Estado de la potestad jurisdiccional del Estado”.

176 Ver por ejemplo sentencia 176/1996, 11 de noviembre de 1996, Tribunal Constitucional, España: “Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo”.

177 Sobre este tema ver Pedro Cruz Villalón, “Arbitraje y Constitución en España”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. XI, 428 (explicando que la fórmula *equivalente jurisdiccional* fue desarrollada a fin de superar conflictos con entes de competencia territorial). Ver también Lorca Navarrete, *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje?*, 44 (criticando la definición del arbitraje como un equivalente jurisdiccional en estos términos: “No cabe duda, nos están habituando a asociar al arbitraje con un espacio de determinación *esencialmente jurisdiccional* que, *ex definitione*, parecería la verdad irrefutable. Sin embargo, el arbitraje no es un sucedáneo del jurisdiccionalismo. Ni un subsistema dependiente—equivalente—del mismo. No. El arbitraje se justifica solo en la autonomía negocial de quienes suscriben el convenio arbitral de someterse al mismo”).

178 Exp. 6167-2005-PHC/TC, 28 de febrero de 2006, Tribunal Constitucional, Perú: “En sentido estricto, la función jurisdiccional, siendo evidente su íntima correspondencia con los principios de división de poderes y control y balance entre los mismos, debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término ‘jurisdicción’ para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringen sus mandatos. / Sin embargo, el art. 139, inc. 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada. / [...] 2. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado. / Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado ‘el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber: a) Conflicto entre las partes. / b) Interés social en la composición del conflicto. / c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial. / d) Aplicación de la ley o integración del derecho’. / Qué duda cabe, que prima facie la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el art. VI in fine

de la Constitución de ese país.¹⁷⁹ Para los expertos peruanos tal declaración tuvo un efecto benéfico sobre el desarrollo de la institución arbitral, al inmunizarla de la intervención de otras instancias públicas.¹⁸⁰ En la misma línea, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana también ha subrayado el carácter jurisdiccional del arbitraje.¹⁸¹

La concepción jurisdiccionalista del arbitraje en estos países, con la que se alinea el COFJ ecuatoriano –como se demuestra posteriormente–, se ha reflejado en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la CAN, el cual ha sostenido que el concepto de juez nacional alcanza a los árbitros en derecho, quienes por lo tanto, deben solicitar directamente la interpretación prejudicial a dicho tribunal supranacional a fin de asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario andino.¹⁸² Esta posición difiere radical-

del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”.

179 Art. 139, segundo párrafo, inc. 1, Constitución Política, Perú: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

180 Santiestevan de Noriega, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva”: 16 (explicando que al asimilar al arbitraje con la jurisdicción, se le revistió del principio de no interferencia de la justicia estatal). Ver también Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, “Arbitraje y amparo”, en Ernesto Álvarez Miranda, edit., *Constitución y proceso* (Lima: Tribunal Constitucional de la República de Perú / Jurista Editores, 2009), 458.

181 Ver por ejemplo sentencia T-972/07, 15 de noviembre de 2007, Corte Constitucional, Colombia: “la justicia arbitral tiene unas características propias pero en todo caso lleva aparejado el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los árbitros, como lo establecen las disposiciones vigentes y lo han reconocido anteriores pronunciamientos de esta Corporación, en los cuales se sostuvo que el arbitramento es ‘un acto eminentemente jurisdiccional, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente permite a los particulares [...] impartir justicia cuando las partes quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable’, pues ‘el arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precavido un futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión –fallo arbitral– que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada”.

182 Proceso 03-AI-2010, 16 de agosto de 2011, Acción de incumplimiento, Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá vs. la República de Colombia, Tribunal de Justicia, CAN: “10. *Naturalidad del arbitraje. Alcance del término juez nacional.* [...] la jurisdicción es la potestad de determinar el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente, los ciudadanos pueden sustraer de la justicia ordinaria determinados casos y otorgarlos a árbitros independientes o a institucionales para que diriman un conflicto transable, con iguales facultades que las otorgadas a los jueces ordinarios, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del ‘imperium’ del que disponen estos últimos. Se debe considerar, además, que los árbitros tienen la capacidad de decidir el caso sometido a su conocimiento; pueden, en consecuencia, administrar justicia, tienen la capacidad de dictar medidas cautelares que son las mismas que pueden dictar los jueces, los árbitros pueden excusarse y también pueden ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez. Los laudos arbitrales, emitidos por los árbitros tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias

mente de la adoptada por el Tribunal Constitucional español, el mismo que sostuvo que la formulación de cuestiones prejudiciales ante el tribunal comunitario por parte de los tribunales arbitrales es improcedente.¹⁸³

Aun cuando se considere que los árbitros ejercen funciones de carácter jurisdiccional, al explicar la naturaleza del arbitraje es imprescindible destacar el rol de la voluntad de las partes, que origina la competencia del tribunal arbitral e incide en la configuración de todo el proceso. Consiguientemente, es necesario aproximarse a la naturaleza jurídica del arbitraje desde una perspectiva que reconozca la mixtura de los elementos contractuales y jurisdiccionales que existen en el arbitraje.

▪ *La perspectiva de las teorías eclécticas y su colofón en las teorías autónomas*

Se conocen como teorías eclécticas un conjunto de explicaciones sobre la naturaleza del arbitraje en las que se distingue entre investidura del árbitro (de carácter privado, pues la legitimidad de la actuación de los mismos proviene de la voluntad de las partes) y el ejercicio de sus funciones o atribuciones (que implican el ejercicio de una verdadera jurisdicción).¹⁸⁴ Esta aproximación teórica es la más frecuente en la doctrina contemporánea para explicar la naturaleza de las funciones de los árbitros, pues evidencia la confluencia de aspectos contractuales y procedimentales en los procesos

de última instancia. Los jueces nacionales, no pueden revisar los laudos pero sí ejecutarlos. Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales. / Por lo señalado anteriormente, el concepto de juez nacional, de acuerdo a las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el proceso, ateniéndose a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina prejudicial de manera directa, como ya se expuso”.

183 Auto 259/1993, 20 de julio de 1993, Tribunal Constitucional, España: “La función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 C.E.), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque solo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado”.

184 Aylwin, *El juicio arbitral*, 35 (citando dentro de los exponentes de estas teorías a Alfred Bernard, Jean Robert, Julián Miranda, Margarite Landreu y Louis Cremieu).

arbitrales. Como una variación dentro de esta línea de razonamiento, Lorca Navarrete, ha postulado la tesis de la naturaleza procedimental-negocial del arbitraje,¹⁸⁵ según la cual el arbitraje es un procedimiento no jurisdiccional, que se legitima en virtud de la voluntad de las partes, y no sobre la base de prerrogativa alguna concedida por el Estado, explicación que marca distancia con las posiciones que reconocen facultades jurisdiccionales a los árbitros.

Adicionalmente, desde hace aproximadamente cinco décadas, ha emergido la tesis de la autonomía del arbitraje,¹⁸⁶ que representa un paso más allá de las teorías mixtas. Bajo la misma, se reconoce la mixtura de elementos de índole contractual y jurisdiccional presentes en este mecanismo de solución de controversias, pero se subraya la necesidad de buscar la naturaleza del arbitraje en el propio arbitraje. Entre las aproximaciones a esta tesis, cabe destacar la posición de Silvia Barona Vilar, quien sostiene la necesidad de “naturalizar el arbitraje desde la misma institución; no buscando en instituciones del ordenamiento jurídico, como el contrato o el proceso, el género en el cual incardinar al arbitraje como especie del mismo”.¹⁸⁷

En efecto el arbitraje está orientado por una lógica particular que determina una naturaleza *sui generis* en la que están presentes elementos negociados, pertenecientes a la esfera privada –que como regla, determinan la competencia de los árbitros y pueden establecer el procedimiento a observarse por estos y por las partes–, así como elementos jurisdiccionales –presentes por la necesidad de observar un conjunto de garantías básicas para los justiciables y en los efectos del laudo que lo asemejan a una sentencia judicial–. En suma, por voluntad de las partes, los árbitros asumen transitoriamente funciones de índole jurisdiccional.¹⁸⁸ La potes-

185 Lorca Navarrete, *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje?*, 49: “La naturaleza jurídica resolutive del arbitraje es de procedibilidad negocial”.

186 González de Cossio, *Arbitraje*, 21 (refiriéndose a la francesa Rubellin-Devichi como la primera postulante de la teoría autónoma del arbitraje, mediante su libro *L'Arbitrage: Nature Juridique*, 1965).

187 Barona Vilar, “Nuevas tendencias en el arbitraje”: 108.

188 Sentencia SU.174/07, 14 de marzo de 2007, Corte Constitucional, Colombia: “el arbitramento se define a partir de dos elementos constitutivos básicos: 1. la función principal de los árbitros es la de resolver en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia, de índole fáctica o jurídica –por lo cual, desde esta perspectiva–, los árbitros cumplen una función de tipo *jurisdiccional*, y 2. la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado –aunque es la Constitución Política la que provee su fundamento último–, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, mediante el cual han ‘habilitado’ a los árbitros, según el art. 116 citado [116 de la Constitución colombiana]. El poder de los árbitros para resolver un determinado conflicto tiene su origen, así, en la voluntad compartida de las partes de atribuirles competencia para resolver un conflicto determinado, en virtud de una autorización constitucional expresa y del reconocimiento que de los efectos de dicha voluntad hizo el Estado”. En el capítulo 4 se volverá sobre el tema del carácter jurisdiccional de las funciones de los árbitros.

tad de los árbitros para decidir una controversia se origina en la expresión de la voluntad de los justiciables, pero el laudo de los árbitros no tendría fuerza de cosa juzgada ni sería susceptible de ejecutarse por la fuerza si el ordenamiento jurídico no reconociere, mediante expresión de la soberanía plasmada en una ley, el carácter de un instrumento equiparable al de una sentencia judicial. Si la atención se centra exclusivamente en el elemento negociado o en el elemento jurisdiccional, se diluiría la riqueza del arbitraje como institución dúctil que permite mayor participación ciudadana en la instancia de administración de justicia con sujeción a mínimos necesarios para garantizar los derechos de los justiciables.

El carácter jurisdiccional de las funciones de los árbitros reconocido en la legislación ecuatoriana

Las leyes, los pronunciamientos judiciales y los escasos trabajos doctrinales nacionales sobre la materia de estudio, han ubicado la naturaleza del arbitraje dentro el espectro de las tesis jurisdiccionalistas y las tesis mixtas, aunque de forma poco sistemática y coherente. Como previamente mencioné, las legislaciones procesales desde el CEMC de 1869 hasta la última codificación del CPC derogado por el COGEP, recogieron una referencia expresa a la *jurisdicción convencional*, definiéndola como aquella que nace de la voluntad de las partes. El reconocimiento del origen voluntario de esta clase de jurisdicción y de los efectos procesales que conlleva su ejercicio, parece enmarcarse en los postulados de las teorías mixtas del arbitraje. Frente a tal concepción de la jurisdicción convencional, Víctor Manuel Peñaherra –influyente autor en el desarrollo de la doctrina procesal ecuatoriana–, al comentar la división entre jurisdicción legal y convencional contenida en el CEMC sostuvo argumentos de corte jurisdiccionalista:

hay impropiedad en decir que la jurisdicción convencional *nace* de la convención de las partes; porque nadie puede dar lo que no tiene, y el poder de administrar justicia corresponde, no a los particulares, sino a la autoridad social. Lo que ellos hacen es adoptar voluntariamente este medio de terminar sus diferencias y designar la persona y la materia; pero es la ley la que reviste a los árbitros de autoridad judicial, y a sus laudos de la fuerza de sentencia.¹⁸⁹

Años más tarde, Cruz Bahamonde, al comentar la definición de jurisdicción convencional que permaneció inmutable en el tiempo, insistió en una visión jurisdiccionalista, al destacar las limitaciones del pacto arbitral en los siguientes términos: “en el supuesto de que los contratantes conce-

189 Peñaherrera, *Lecciones de derecho práctico civil y penal*, t. I, 195. En contra, Juan Isaac Lovato Vargas, *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*, t. II (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953, Comp. UASB-E / CEN, 2012), 161.

dan a los árbitros la capacidad de ejecutar su sentencia o laudo, esta estipulación no vale ante la ley ecuatoriana, que dispone que esa ejecución sea hecha por el juez ordinario que autorizó la ejecución del convenio”.¹⁹⁰

Actualmente, el COFJ (art. 7)¹⁹¹ atribuye expresamente a los árbitros funciones jurisdiccionales, cerrando cualquier discusión en torno a la cuestión de si ejercen propiamente jurisdicción –pese a lo cual no ha faltado algún pronunciamiento judicial, inclusive de la CC, negando tal carácter–.¹⁹² El reconocimiento de que los árbitros están investidos de facultades jurisdiccionales guarda armonía con el contexto constitucional vigente. En efecto, el art. 167, CRE establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y que se ejerce por los órganos de la función judicial y “por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. Como en el propio texto constitucional se demuestra al reconocer la jurisdicción indígena (art. 76, num. 7, lit. i) y 171),¹⁹³ la confusa expresión utilizada en el texto constitucional relativa a “los demás órganos y funciones” incluye entidades que no pertenecen a la estructura estatal. Por lo tanto, la CRE admite que por expresión de la voluntad soberana del pueblo expresada en la propia CRE, entidades no pertenecientes a la función judicial estén legítimamente investidas de la facultad de administrar justicia.

En forma previa a la expedición del COFJ, la CSJ defendió que “el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común por no ser designados por el poder público”,¹⁹⁴ posición que años más tarde ha sido asumida por la CC.¹⁹⁵ Por su parte,

190 Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del CPC*, 94. Ver también Lovato Vargas, quien cita la opinión de Alejandro Cárdenas: “En los árbitros, solo su nombramiento es el convencional, y el elegir cordel no hace convencional la horca. Una vez constituidos jueces los árbitros, por la convención de las partes, la jurisdicción de ellos es tan legal como cualquier otra: La ley les permite ejercerla; aceptada, aun les obliga a ejercerla. La ley es la que da a las resoluciones arbitrales fuerza obligatoria; ella las hace jurisdiccionales; esa es la jurisdicción”. Lovato Vargas, *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*, t. II, 163.

191 Art. 7, inc. 4, COFJ: “Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”.

192 Sentencia 007-16-SCN-CC, CC, ROS, No. 798, 14 de diciembre de 2016: “Estas particularidades imposibilitan a los árbitros ejercer el poder coercitivo para obtener de las partes el cumplimiento forzoso de un laudo, de donde fluye que no ejercen jurisdicción, precisamente por carecer de esta facultad que solo la ejercen los jueces de la justicia ordinaria”.

193 Art. 76, num. 7, lit. i), CRE: “Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto [*non bis in ídem*]”; art. 171, CRE: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales”.

194 Res. 401-2001, 11 de diciembre de 2001, CSJ, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 562, 24 de abril de 2002.

195 Sentencia 124-15-SEP-CC, 22 de abril de 2015, CC, ROS, No. 516, 5 de junio de 2015.

la CNJ sostuvo que los árbitros “no están investidos propiamente de la potestad pública de administrar justicia” y que “la asunción de funciones, por particulares, que genéricamente, revisten naturaleza y esencia pública, atribuyendo a los particulares que son árbitros, facultades *de alguna manera jurisdiccionales*”.¹⁹⁶ En síntesis, la CNJ mantuvo que aunque los árbitros no están investidos de potestad pública, sí ejercen funciones públicas, postulado que puede entenderse en el sentido que las facultades de juzgamiento de los árbitros, aunque requieren de habilitación contractual, rebasan el interés privado de los justiciables.

En conclusión, la posición que ha prevalecido en Ecuador a nivel legal, es que los árbitros ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional –lo que no siempre ha sido asumido claramente por los pronunciamientos judiciales–, aproximación que conlleva la necesidad de entender cuál es la situación del arbitraje frente al principio de unidad jurisdiccional, asunto que se analiza inmediatamente.

El arbitraje frente al principio de unidad jurisdiccional

En un fallo expedido bajo la vigencia de la Constitución de Montecristi, la Sala de Conjuces Permanentes de lo Civil, Mercantil y Familia de la CNJ sostuvo “que el arbitraje es una de las excepciones admitidas, al denominado principio de unidad jurisdiccional”,¹⁹⁷ afirmación que merece ser analizada.

Tradicionalmente, el principio de unidad jurisdiccional ha sido entendido en términos absolutos: “la potestad jurisdiccional es encomendada exclusivamente a los Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial”.¹⁹⁸ Bajo esta línea de pensamiento, en la cual solo los órganos del poder judicial podían administrar justicia, el arbitraje y la jurisdicción indígena sí representaban excepciones al principio de unidad jurisdiccional, como de

¹⁹⁶ Res. 10-2009, 5 de febrero de 2009, CNJ, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Sobre la ausencia de potestad pública de los árbitros, ver también Res. 176-2007, 22 de mayo de 2007, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ROS, No. 423, 11 de septiembre de 2008. Ver también Res. 378-2006, 30 de octubre de 2006, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, CSJ, ROS, No. 14, 1 de febrero de 2008: “Esta instancia de revisión judicial [la acción de nulidad] es irrenunciable, otorgando a los jueces de la justicia ordinaria la potestad de verificar que el proceso arbitral –sustanciado y decidido por árbitros que no están investidos de la potestad pública de administrar justicia– haya cumplido y observado las normas atinentes a la materia que son de orden público, que por tanto deben ser respetadas, bajo pena de nulidad del laudo. La adjudicación de funciones de naturaleza pública, por parte de particulares que se constituyen en árbitros, atribuyéndose facultades jurisdiccionales, ha hecho que el Legislador rodee al proceso arbitral de ciertas garantías, como es el establecimiento de una instancia judicial”.

¹⁹⁷ Res. 154-2010, 2 de marzo de 2010, CNJ, Sala de conjuces permanentes de lo Civil, Mercantil y Familia.

¹⁹⁸ Gimeno Sendra, *Introducción al derecho procesal*, 63.

hecho fue sostenido por algunos autores nacionales al analizar el art. 191 de la CRE de 1998.¹⁹⁹

Sin embargo, en el ordenamiento constitucional vigente se recoge un principio de unidad jurisdiccional *atenuado*, al que se refieren el art. 168, num. 3, CRE y el art. 10, COFJ, normas al tenor de las cuales, “ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución” entre las que se encuentra la potestad jurisdiccional de los árbitros, según lo establece con claridad el citado art. 7, COFJ. El análisis de las discusiones sostenidas en la Mesa 8 sobre justicia y lucha contra la corrupción de la Asamblea Constituyente de Montecristi permite encontrar claramente explicitada la intención de atenuar el principio de unidad jurisdiccional. En este escenario primó la idea de eliminar jurisdicciones estatales especiales, como la policial o militar, pero se enfatizó que “otros órganos que también tendrán la función de administrar justicia en materias especiales no son excepciones de la unidad jurisdiccional, son jurisdicciones con su propia razón de ser, con sus funciones específicas y su propia naturaleza”,²⁰⁰ como sería el caso de la llamada *jurisdicción electoral* o de la jurisdicción indígena.

Tampoco el arbitraje representa una excepción al principio de unidad jurisdiccional. Como lo explica claramente Devis Echandía, no existe tal excepción “porque esos particulares [los árbitros] actúan por mandato de la ley; en consecuencia, por voluntad del propio Estado, ejercen jurisdicción solo transitoriamente, sin adquirir el carácter de funcionarios públicos”.²⁰¹ La doctrina peruana más representativa sobre arbitraje, también ha

199 Art. 191, CRE 1998: “El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. / De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. / Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. / Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.” Sobre esta norma, Ernesto Albán y Jorge Zavala Egas explicaron que el arbitraje, los otros MASC y las decisiones de autoridades indígenas se exceptúan de la unidad jurisdiccional y “están sometidos a un régimen de legalidad y no de constitucionalidad, sin que por ello pueda su normativa de rango legal ser contraria a la Carta Política”. Ver Corte Suprema de Justicia, *La unidad jurisdiccional* (Quito: 2000), 9.

200 Acta 45 de la Asamblea Constituyente, informe de mayoría de la Mesa 8 sobre justicia y lucha contra la corrupción, 7. En esta misma acta, p. 10 y s., la intervención de asambleísta representante de la mesa, Mauro Andino, da cuenta de que el tema de la unidad de jurisdicción fue ampliamente debatido.

201 Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 56-7. Ver también Rocco, *Derecho procesal civil*, 78. “frente al principio de la inderogabilidad de la jurisdicción, en virtud de particulares

considerado que el principio de unidad jurisdiccional se extiende a todas las formas de administración de justicia reconocidas constitucionalmente, inclusive a la justicia arbitral.²⁰²

El principio de unidad jurisdiccional está orientado esencialmente a evitar la conformación de instancias de juzgamiento *especiales*, al margen de la estructura constitucional y legal de administración de justicia, en las cuales se vulneren los derechos de los justiciables por falta de independencia.²⁰³ Esta no es la situación de los tribunales arbitrales, cuyas facultades son explícitamente reconocidas en la CRE y en varios cuerpos legales y cuyas funciones son complementarias a la jurisdicción estatal. Bajo estas premisas, parece más acertada la formulación constitucional vigente del principio de unidad jurisdiccional comprensiva de la jurisdicción arbitral, razonamiento que abona a la consideración del arbitraje como cauce del derecho a la tutela efectiva.²⁰⁴

excepciones establecidas por las normas procesales, hay la posibilidad jurídica de que sujetos no pertenecientes a los órganos normales de la jurisdicción puedan ocasionalmente perseguir aquellos intereses perseguidos mediante la voluntad y la acción de los órganos jurisdiccionales". En contra Ángela Figueruelo Burrieza, "Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva", *Revista*, No. 3, *Instituto iberoamericano de derecho procesal constitucional* (enero a junio de 2005): 93, http://www.iidpc.org/revistas/3/pdf/103_114.pdf, consulta: 28 de diciembre de 2012: "Si la justicia tiene que ser administrada única y exclusivamente por miembros integrantes del Poder Judicial no puede haber ni una sola manifestación del ejercicio de la potestad jurisdiccional que escape a este principio".

- 202 Santiestevan de Noriega, "Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva": 34-5: "La unidad de jurisdicción en un régimen de dispersión de la jurisdicción [como el de Perú] está garantizada, desde la perspectiva sistemática que utiliza el supremo intérprete, por el orden público constitucional que se extiende inclusive a los rincones de jurisdicciones privadas y voluntarias –como el arbitraje– para efectos de la defensa de los derechos fundamentales, considerando la naturaleza inter privados en los que típicamente (aunque no exclusivamente) se desarrolla".
- 203 Ver al respecto Juan Montero Aroca; Juan Luis Gómez Colomer; Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar, *Derecho jurisdiccional*, parte general, 13a. ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 66 (explicando que la consagración del principio de unidad jurisdiccional en la Constitución española de 1978 se originó fundamentalmente en la aspiración política y técnica que se sintió con fuerza en los últimos años del franquismo de eliminar fueros privilegiados y lograr una única organización judicial).
- 204 Cremades, "El arbitraje en la doctrina constitucional española": 187: "La exclusividad jurisdiccional a la que parece aludir el art. 117.3 CRE y 2 LOPJ no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el art. 24 CE, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto ante la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje".

EL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA Y SU ENTENDIMIENTO POR LAS CORTES ECUATORIANAS

La configuración del derecho a la tutela efectiva

La CRE (art. 75)²⁰⁵ consagra al derecho a la tutela efectiva como uno de los derechos de protección.²⁰⁶ Como ha sucedido en otros países latinoamericanos, el desarrollo legislativo y jurisprudencial sobre el mismo es incipiente,²⁰⁷ aunque cabe reconocer que en los últimos años la CC ha hecho un esfuerzo por esclarecer los contornos de la tutela efectiva, a la que ha definido como “el derecho de toda persona no solo a acudir a los órganos jurisdiccionales, sino además a que, mediante los debidos cauces procesales y con mínimas garantías, obtenga una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensiones”.²⁰⁸ En cuanto a su titularidad, la CC ha

205 Art. 75, CRE: “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”.

206 La CRE también configura como derechos de protección el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica. Ver sentencia 0004-10-SEP-CC, 24 de febrero de 2010, CCPT, ROS, No. 159, 26 de marzo de 2010: “Como derechos de prestación, hoy concebidos derechos de protección en la Constitución, es posible determinar que del Estado se pueden obtener beneficios, ya sea porque impone la actuación de la jurisdicción en el caso concreto, o porque exige que el Estado «cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la justicia prestada» (Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, octava edición (Madrid: Marcial Pons, 2002), 489)”.

207 Luis Fernando Solano, “Tutela judicial en Centroamérica”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. X: 97: “Una primera comprobación empírica que surge de la revisión de normas a nivel regional centroamericano, se da en el sentido de que todavía nosotros no reparamos formalmente el concepto de tutela efectiva a cargo de jueces y tribunales. / Ni las Constituciones políticas ni las leyes de tribunales (leyes orgánicas del Poder Judicial), ni en general, las leyes que regulan el funcionamiento específico de las jurisdicciones constitucionales, recogen de una manera apropiada este concepto”.

208 Sentencia 041-10-SEP-CC, 16 de septiembre de 2010, CCPT, ROS, No. 294, 6 de octubre de 2010. Ver también sentencias 0004-10-SEP-CC, 24 de febrero de 2010, CCPT, ROS, No. 159, 26 de marzo de 2010 y 030-12-SEP-CC, 8 de marzo de 2012, CCPT, ROS, No. 743, 11 de julio de 2012: “el derecho de toda persona a que se le haga ‘justicia’ en base a una sentencia en que se hayan asegurado garantías mínimas en la tramitación del proceso, y sobre todo que se encuentre debidamente motivada”; sentencia 0027-12-SEP-CC, 6 de marzo de 2012, CCPT, ROS, No. 704, 16 de mayo de 2012: “la tutela judicial efectiva se erige en el derecho que tienen las personas para acceder al sistema judicial y a conseguir de los tribunales resoluciones motivadas, capaces de evitar su indefensión. Es decir que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o intereses legítimos, ella debe ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas”. Ver también sentencia 157-12-SEP-CC, 17 de abril de 2012, CCPT, ROS, No. 743, 14 de junio de 2012: “El derecho a la tutela judicial efectiva se entiende como aquel derecho por el cual toda persona tiene la oportunidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales, con la finalidad de obtener una respuesta apegada a derecho en resolución de sus pretensiones, pues este derecho ordena a la función jurisdiccional a velar

recogido los aportes de la doctrina que perfilan a la tutela efectiva como un derecho cuya amplia titularidad “se confunde casi con la capacidad para ser parte en un proceso”.²⁰⁹

El fundamento axiológico del derecho a la tutela efectiva se encuentra en el valor justicia.²¹⁰ La búsqueda de justicia, que rebasa el ámbito de la resolución de conflictos, orienta la conformación misma del Estado ecuatoriano, caracterizado constitucionalmente como un Estado de derechos y de justicia.²¹¹ Bajo este paradigma, el derecho materia de análisis constituye una piedra angular, pues, como ha sostenido la CC “los derechos constitucionales dejarían de tener sentido si no estuvieran garantizados por la tutela efectiva”,²¹² la que tiende a materializar los otros derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este sentido, la CC ha ca-

por el fiel apego a los derechos constitucionales, así como también a su no intromisión de agente externo o influencia alguna al momento de adoptar una decisión”. En doctrina, ver por ejemplo la definición del derecho a la tutela efectiva de Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva: Derechos y garantías procesales derivados del Art. 24.1. de la Constitución* (Barcelona: Bosch, 1994), 11: “el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente sobre el fondo de la cuestión que, en ejercicio de sus derechos e intereses legítimos haya planteado ante los órganos judiciales”. Ver también Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*, 242: “el derecho fundamental que asiste a todo sujeto de Derecho, a acceder libremente al Poder Judicial, a deducir en él una pretensión u oponerse a ella y obtener de los Juzgados y Tribunales una resolución definitiva, motivada y razonada, fundada en Derecho, congruente y a ser posible, de fondo, que ponga irrevocablemente término al conflicto, así como a obtener la ejecución de lo resuelto”. La definición que ofrece Chamorro Bernal es más amplia y más ajustada a la realidad jurídica ecuatoriana, pues abarca cauces jurisdiccionales que no pertenecen a la Función Judicial.

209 Sentencia 001-11-SEP-CC, 26 de mayo de 2011, CCPT, *ROS*, No. 634, 6 de febrero de 2012. Ver también las siguientes sentencias de la CCPT: 012-12-SIS-CC, 3 de abril de 2012, *ROS*, II, No. 731, 25 de junio de 2012 y 139-12-SEP-CC, 12 de abril de 2012, *ROS*, No. 735, 29 de junio de 2012.

210 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 9a. ed. (Madrid: Trotta, 2009), 88 (enfaticando en el trasfondo axiológico de todos los derechos, en los siguientes términos “detrás del lenguaje de los derechos se esconden significados, aspiraciones, ideales y concepciones de la vida social”).

211 Sobre el paradigma de Estado de derechos y justicia ver por ejemplo la sentencia 004-09-SISCC, 8 de abril de 2010, *ROS*, No. 572, 10 de noviembre de 2011. La CC lo caracteriza “por el sometimiento de todos, gobernantes y gobernados, sin excepciones, de manera que nada ni nadie pueda estar por encima de la Constitución y la ley” y vincula la noción de tutela efectiva a la de Estado de derechos y justicia. Ver también Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008* (Quito: UASB-E / Abya Yala -A-Y-, 2011), 157 (sosteniendo que la CRE opone la noción de Estado de justicia a la de Estado excluyente; advirtiendo que el Estado de justicia incluye, pero no limita, a la solución de conflictos que tienen relevancia jurídica y otorgando al paradigma de Estado de justicia las siguientes características: organización social inclusiva, derechos universales, estructura favorecedora de igualdad material y alcance de la equidad).

212 Sentencia 021-12-SEP-CC, 8 de marzo de 2012, CCPT, *ROS*, No. 688, 23 de abril de 2012.

racterizado a la tutela efectiva como un *derecho-garantía*²¹³ aplicable a *todo procedimiento*.²¹⁴

Además de ser un derecho y una garantía, la tutela efectiva constituye un principio de la administración de justicia,²¹⁵ y como tal, de él emanan directrices que deben ser cumplidas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales. En este sentido, la CC ha definido a este derecho como “sinónimo de eficiencia del sistema de administración de justicia”,²¹⁶ sentando las siguientes condiciones para que el proceso de adjudicación tutele efectivamente los derechos de los justiciables: “brinda a los ciudadanos un trato justo y equitativo, respetando en todas las fases de los procesos las garantías básicas del debido proceso, concluyendo con la expedición de una sentencia que sea oportuna, motivada y justa para las partes”.²¹⁷

Desde una perspectiva histórico-normativa, la formulación del derecho a la tutela efectiva proviene de la tradición jurídica de Europa continental. Como reacción a las prácticas de los regímenes totalitarios, se produjo el fenómeno de *constitucionalización* de derechos de la persona, dentro de los cuales se encuentra un conjunto de garantías mínimas de todo proceso.²¹⁸ La Constitución italiana de 1947 y la de la República Federal Alemana de 1949²¹⁹ son consideradas como antecedentes relevantes en la configuración

213 Sentencias de la CCPT: 012-12-SIS-CC, 3 de abril de 2012, ROS, II, No. 731, 25 de junio de 2012; 139-12-SEP-CC, 12 de abril de 2012, ROS, No. 735, 29 de junio de 2012; 006-12-SEP-CC, 15 de febrero de 2012, ROS, No. 718, 6 de junio de 2012.

214 Sentencias de la CCPT: 023-10-SCN-CC, 19 de agosto de 2010, ROS, No. 285, 23 de septiembre de 2010; 012-12-SCN-CC, 15 de febrero de 2012, ROS, No. 661, 14 de marzo de 2012; 001-11-SEP-CC, 26 de mayo de 2011, ROS, No. 634, 6 de febrero de 2012: “De esta forma, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita, consagrado en el art. 75 de la Constitución, es de observancia general y obligatoria en todos los procesos judiciales y administrativos”; Sentencia 012-12-SIS-CC, 3 de abril de 2012, ROS, II, No. 731, 25 de junio de 2012 (estableciendo también a los procedimientos coactivos como ámbitos de aplicación del derecho a la tutela efectiva).

215 Sentencia 006-12-SEP-CC, 15 de febrero de 2012, ROS, No. 718, 6 de junio de 2012 (vinculando el principio de tutela efectiva con los principios de intermediación y celeridad). Ver también el art. 23, COFJ: “Principio de tutela judicial efectiva de los derechos.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido”.

216 Sentencia 157-12-SEP-CC, 17 de abril de 2012, CCPT, ROS, No. 743, 14 de junio de 2012.

217 Sentencia 012-12-SCN-CC, 15 de febrero de 2012, CCPT, ROS, No. 661, 14 de marzo de 2012.

218 Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: J. M. Bosch, 1997), 17.

219 Víctor Roberto Obando Blanco, “El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva del proceso civil: nuevas tendencias”, en Giovanni F. Priori Posada, edit., *Proceso y Constitución: Actas del II seminario de derecho procesal* (Lima: ARA / PUCP, 2011), 14188 (ofreciendo una reseña histórica de la configuración del derecho a la tutela efectiva). Ver también Figueruelo Burrieza, “En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 33 (1983): 210-1, <http://dialnet.

de este derecho. Sin embargo, el antecedente inmediato de la formulación del derecho a la tutela efectiva que ha trascendido al constitucionalismo latinoamericano, en general, y ecuatoriano, en particular,²²⁰ es el art. 24.1 de la Constitución española de 1978, norma según la cual: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión”.²²¹ Adicionalmente, es evidente la influencia de la doctrina y la jurisprudencia española en los pronunciamientos de la CC sobre el derecho a la tutela efectiva.

La doctrina y la jurisprudencia internacional, fundamentalmente española, se han pronunciado reiteradamente sobre el carácter complejo del derecho en cuestión, considerando que conjuga una serie de facultades que van desde el derecho a presentar una petición a los órganos que ejercen jurisdicción hasta el derecho a que se ejecute la resolución tomada por los juzgadores. En este sentido, José Garberí Llobregat resume los siguientes elementos esenciales que el Tribunal Constitucional español ha reconocido como componentes del derecho a la tutela efectiva:

1. Derecho de acceso a la jurisdicción; 2. Derecho a obtener de los tribunales un pronunciamiento fundado en el Derecho objetivo, que será de fondo cuando concurran todos los presupuestos procesales y que observará los requisitos

unirioja.es/ servlet/articulo?codigo=26736», consulta: 20 de marzo de 2012 (explicando los antecedentes del derecho a la tutela efectiva consagrado en la Constitución española); Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las cortes: Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo* (Madrid: Tecnos, 1999), 104-5 (enfaticando en el anhelo de impedir que se repliquen los abusos y desviaciones producidos en regímenes totalitarios y en el deseo de devolver a los ciudadanos su confianza en la administración de justicia como motor del desarrollo del derecho a la tutela efectiva); Roberto González Álvarez, “El derecho a tutela jurisdiccional efectiva: El mito de una serenidad procesal”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista* (2008): 2, <http://egacal.e-ducativa.com/upload/2008_GonzalezRoberto.pdf>, consulta: 24 de marzo de 2012 (sosteniendo la tesis de que la formulación española del derecho a tutela efectiva no realiza mayor aporte a los derechos de acción y debido proceso, que no habían sido desarrollados oportunamente en España); Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 18-20 (detallando los antecedentes de la constitucionalización de garantías procesales en Europa continental, fenómeno que sostiene, no fue alcanzado plenamente en España hasta la Carta Magna de 1978); Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, <<http://www.derechocambiosocial.com/revista010/tutela%20judicial%20efectiva.htm>>, consulta: 22 de octubre de 2013 (refiriéndose a las Constituciones italiana y alemana, previamente mencionadas, y adicionalmente a la Constitución japonesa de 1946, como normas que empezaron tempranamente a desarrollar la noción de tutela efectiva).

- 220 Vanesa Aguirre Guzmán, *El derecho a la tutela judicial efectiva: Una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos*, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 14 (Quito: CEN / UASB-E, 2010): 9 (refiriéndose al art. 24.1. de la Constitución española como antecedente inmediato del derecho a tutela efectiva consagrado en la Constitución ecuatoriana).
- 221 Figueruelo Burrieza, “En torno al concepto de tutela efectiva”: 208-9 (explicando el proceso de formación del art. 24.1 de la Constitución española).

de la motivación y la congruencia; 3. El derecho a los recursos que las leyes establezcan contra las resoluciones judiciales; 4. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. 5. El derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente establecidos al efecto. 6. Y el derecho a no sufrir indefensión en el proceso.²²²

Otros autores añaden los siguientes derechos, basándose también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: derecho a obtener una respuesta no viciada de incongruencia por exceso o por error sobre las cuestiones de fondo, derecho a que las resoluciones no introduzcan reformas peyorativas, garantía de indemnidad, así como el derecho a tutela cautelar.²²³ Evidentemente, dada la complejidad de la materia, la línea divisoria entre todos estos derechos no resulta siempre clara.

Por su parte, la CC ha sostenido que la tutela efectiva impone un proceso:

que reconozca un conjunto de garantías básicas, como son: 'a) A concurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado [...]; c) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; e) A la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) A peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) A impugnar la sentencia definitiva; l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; n) A contar con asistencia letrada.²²⁴

222 José Garberí Llobregat, *Constitución y derecho procesal: Los fundamentos constitucionales del derecho procesal* (Pamplona: Civitas, 2009), 129. Ver también Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, 11-2.

223 Francisco Caamaño Domínguez, Marc Carrillo López, Ángel Gómez Montero y otros, *Jurisdicción constitucional y judicial*, 23 (delineando el razonamiento del Tribunal Constitucional español para evaluar la violación al derecho a tutela judicial efectiva mediante el análisis de sentencias de amparo).

224 Ver las siguientes sentencias de la CCPT: 057-12-SAN-CC, 27 de marzo de 2012, ROS, No. 735, 29 de junio de 2012; 109-12-SEP-CC, 8 de marzo de 2012, ROS, No. 718, 6 de junio de 2012; 087-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012, ROS, No. 735, 29 de junio de 2012; 127-12-SEP-CC, 10 de abril de 2012, ROS, No. 743, 11 de julio de 2012; 023-10-SCN-CC, 19 de Agosto de 2010, ROS, No. 285, 23 de septiembre de 2010; 012-12-SCN-CC, 15 de febrero de 2012, ROS, No.

Para algunos, no todos los derechos que conforman la noción de tutela efectiva tienen igual relevancia y califican como *vertiente primaria, sustancia medular o contenido esencial* del derecho en análisis al derecho de acceso a la jurisdicción.²²⁵ Otros consideran que no cabe tal jerarquización,²²⁶ tesis con la cual concuerdo. Si bien la eliminación de obstáculos para el acceso a la justicia es vital para la tutela de los derechos de los justiciables, no cabe pensar que tienen menor trascendencia para tal objetivo la observancia de garantías mínimas que aseguren a los justiciables la posibilidad de ser oídos en igualdad de condiciones o la ejecución de las decisiones que se adopten. El derecho de acceso a la jurisdicción resultaría inútil sin los otros que conforman la compleja noción de tutela efectiva. Para la CC el acceso a los tribunales de justicia es *parte medular* del derecho a la tutela efectiva,²²⁷ pero este último va más allá que el derecho de acceso a la jurisdicción.²²⁸ En el desarrollo del contenido de la tutela efectiva, la CC ha insistido en la relevancia del derecho a la motivación,²²⁹ a la impugnación²³⁰ y a la ejecución²³¹ de las decisiones tomadas por el administrador de justicia como componentes del mismo. Adicionalmente, la CC ha considerado que se ha infringido el derecho a la tutela efectiva ante la composición irregular de un tribunal.²³²

661, 14 de marzo de 2012; 004-09-SIS-CC, 8 de abril de 2010, ROS, No. 572, 10 de noviembre de 2011; 021-12-SEP-CC, 8 de marzo de 2012, ROS, No. 688, 23 de abril de 2012. Ver también sentencia 302-15-SEP-CC, 16 de septiembre de 2015, CC, ROS, No. 725, 4 de abril de 2016: “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”.

- 225 Caamaño Domínguez y otros, *Jurisdicción constitucional y judicial*, 27. Ver también Serra Cristóbal, *La guerra de las cortes*, 105-6 (explicando que inicialmente el derecho a la tutela efectiva se vinculaba exclusivamente con el derecho material de acceso a los tribunales y que luego se fue haciendo más complejo).
- 226 Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, 5.
- 227 Sentencia 023-10-SCN-CC, 19 de agosto de 2010, CCPT, ROS, No. 285, 23 de septiembre de 2010.
- 228 *Ibíd.*; 004-11-SEP-CC, 21 de junio de 2011, CCPT, ROS, No. 656, 8 de marzo de 2012 (destacando el antecedente incorporado por la sentencia 003-10-SEP-CC, 13 de enero de 2010).
- 229 Sentencia 103-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, CCPT, ROS, No. 735, 29 de junio de 2012: “en la debida motivación de la sentencia se materializa el principio de la tutela judicial efectiva”.
- 230 Sentencia 041-10-SEP-CC, 16 de septiembre de 2010, CCPT, ROS, No. 294, 6 de octubre de 2010: “El derecho a recurrir los fallos o resoluciones, consecuentemente, garantiza el derecho de las personas a defender sus posiciones en el respectivo proceso; constituye, por tanto, una garantía de que tal proceso se desarrolla por cauces adecuados, que cierran el paso a la arbitrariedad, como parte de la tutela judicial efectiva, prevista constitucionalmente”.
- 231 Ver las siguientes sentencias de la CCPT: 004-09-SIS-CC, 8 de abril de 2010, ROS, No. 572, 10 de noviembre de 2011 y sentencia 109-12-SEP-CC, 8 de marzo de 2012, ROS, No. 718, 6 de junio de 2012: “el conjunto de derechos reconocidos en los textos constitucionales de nada valen si no se garantizara la tutela judicial efectiva, adecuada y continua, pero sobre todo el estricto cumplimiento de las sentencias y dictámenes”.
- 232 Sentencia 021-12-SEP-CC, CCPT, ROS, No. 688, 23 de abril de 2012 (declarando la violación del derecho a la tutela efectiva por composición irregular de un tribunal penal).

El derecho a la tutela efectiva no incluye el derecho a obtener una resolución favorable, solo el derecho a que se dicte una resolución en derecho.²³³ En el contexto jurídico ecuatoriano, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la CSJ, destacó este aspecto y estableció que el derecho a la tutela efectiva requiere una respuesta del administrador de justicia “favorable o desfavorable pero en ambos casos motivada, a la controversia llevada ante su sede”.²³⁴ Finalmente, la CC ha establecido que el derecho a la tutela efectiva no impone que el proceso termine por sentencia,²³⁵ pues pueden existir formas de conclusión anticipada admitidas por el ordenamiento jurídico.

Tutela efectiva y debido proceso

El derecho a la tutela efectiva y el debido proceso provienen de distintas tradiciones jurídicas. El primero, de fuente europea, a cuyos antecedentes ya me he referido. El segundo, se originó en el *common law –due process of law–*, y sus antecedentes se suelen ubicar en la Carta Magna inglesa de 1215.²³⁶

233 Sentencia 50/1997, 11 de marzo de 1997, Tribunal Constitucional, España (explicando que el derecho a la tutela efectiva permite “obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas, que debe ser motivada y fundada en Derecho, [...] aun cuando dichas argumentaciones jurídicas puedan estimarse discutibles, pero no abarca el derecho consistente en que la resolución *judicial* mantenga determinada interpretación de la normativa aplicable, ya que el citado precepto constitucional no garantiza en ningún caso la estimación de las pretensiones deducidas”). Ver también Figueruelo Burrieza, “Crisis de la justicia”: 90 y Díez-Picazo Ponce de León, “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”: “puede considerarse firme la idea, muchas veces repetida por la jurisprudencia constitucional, de que el art. 24 no consagra el derecho al triunfo de las propias tesis o razones o al éxito de las pretensiones mantenidas ante los órganos jurisdiccionales del Estado”.

234 Res. 176-2007, 22 de mayo de 2007, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ROS, No. 423, 11 de septiembre de 2008.

235 Res. 302-15-SEP-CC, 16 de septiembre de 2015, ROS, No. 725, 4 de abril de 2016: “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”.

236 En la Carta Magna de 1215 los nobles limitaban la autoridad del rey. En la misma se estableció el derecho de los hombres libres a no ser arrestados, o detenidos, o desprovistos de la propiedad, salvo “por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación.” La frase “ley de la nación” se transformó con el curso de los años en “el debido proceso”. En el Estatuto del Estado de Massachusetts de 1692, se incluyó la frase *due process of law*. Sobre la historia recorrida para la consolidación del debido proceso ver Eduardo Oteiza, “El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. X, 77 y s.

Siglos después, la quinta²³⁷ y décimocuarta²³⁸ enmiendas de la Constitución de los EUA consignaron este derecho, cuya formulación se ha extrapolado a algunos países de tradición jurídica proveniente del .

El alcance que se le otorga al debido proceso en el contexto del *common law*, particularmente en el estadounidense, es mucho más amplio que el que se le ha conferido al contenido del derecho a la tutela efectiva. Como lo explica Gozaíni, la jurisprudencia desarrollada principalmente en Estados Unidos, se ha referido al debido proceso como un derecho complejo, comprensivo de tres dimensiones: una equivalente a la reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal (*debido proceso legal*); una dimensión procedimental (*debido proceso formal/debido proceso constitucional*), comprensiva de las reglas esenciales con las que se tramita un proceso vinculadas con las garantías de juez natural, derecho de defensa, motivación resolutoria, doble grado, cosa juzgada, etc.; y otra sustantiva (*debido proceso material*), orientada a que todos los actos de poder, entre ellos resoluciones, se inspiren en el ideal de justicia, y por lo tanto, no afecten a valores superiores, derechos fundamentales, etc. Esta última acepción se expresa en la adopción de estándares como el juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad.²³⁹ Entendido con esta profundidad, el debido proceso es un componente indispensable de la democracia, la que se visualiza como “un mecano, un engranaje de procesos debidos, que se articulan entre sí para edificar, de este modo, un sistema de control de poderes públicos y privados, que se pueden ejercer de acuerdo con las competencias y las formas de actuación previstas por el derecho”.²⁴⁰

Por lo tanto, el alcance del debido proceso en su concepción original no es solo procesal, sino la de un auténtico principio de derecho, “informador de todo el ordenamiento jurídico”.²⁴¹ Sin embargo, en la extrapolación al constitucionalismo procesal latinoamericano, la significación del *due process of law* ha variado, pues se ha concentrado en el aspecto meramente procesal.²⁴²

237 Ratificada en 1791, requiere que el Gobierno Federal no prive a ninguna persona de vida, libertad o propiedad sin *el debido proceso de ley*. Para una revisión de jurisprudencia norteamericana relevante sobre debido proceso ver por ejemplo Niki Kuckes, “Civil Due Process, Criminal Due Process”, *Yale Law and Policy Review* 25, No. 1 (2006): 1-61, <<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1532&context=ylpr>>, consulta: 11 de octubre de 2016.

238 Ratificada en 1868, que incluye las mismas expresiones, con relación a los Estados.

239 Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, 21.

240 Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: UEC, 2005), 334.

241 Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, 19. Ver también Hoyos, *El debido proceso*, 4.

242 En este sentido ver la sentencia 001-11-SEP-CC, 26 de mayo de 2011, CCPT, ROS, No. 634, 6 de febrero de 2012: “el debido proceso es una garantía que pertenece básicamente al

De hecho, el fenómeno de explicitación constitucional del debido proceso es reciente, sin que esto signifique que su contenido haya sido desconocido, pues en muchos casos, como lo explica Sergio García Ramírez, se lo ha tratado como “una garantía innominada”.²⁴³

En la historia constitucional ecuatoriana, una referencia explícita al debido proceso tuvo lugar apenas en la Constitución de 1998 (art. 23, num. 27). La Constitución vigente (art. 76), ha establecido varias reglas específicas para el debido proceso. Algunas de ellas, configuran solo el debido proceso penal (art. 77), pero otras, como el derecho de defensa, tienen aplicación en procesos de cualquier índole. Por su parte, la CC en armonía con los aportes de la doctrina, ha destacado el carácter complejo del debido proceso²⁴⁴ así como su relevancia como principio procesal,²⁴⁵

ámbito del derecho procesal, al derecho judicial, más concretamente al rubro de la ciencia procesal, que con el desarrollo histórico y científico de la teoría general del proceso ha visto positivizado en el texto normativo de la Constitución, diversos principios y postulados esencialmente procesales, sin los cuales no se puede entender un proceso judicial justo y eficaz”. Ver también Gozáini, *Derecho procesal constitucional*, 19. Sin embargo, otros autores latinoamericanos han abogado por una comprensión más amplia del debido proceso, más cercana a su formulación original, como Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 351 (refiriéndose al contexto colombiano, sostiene que, por el carácter estructural del debido proceso para la democracia y el Estado de derecho, debe aplicarse a las actuaciones estatales y particulares). Ver también Alberto Wray, “El debido proceso en la Constitución”, *Iuris Dictio*, No. 1 (Quito: USFQ), (2010): 34 (sosteniendo que las reglas contenidas en la Constitución “aunque vayan dirigidas fundamentalmente a los jueces y a los órganos de la administración que emiten actos creadores de normas jerárquicamente inferiores a la ley, también constituyen reglas para el legislador y permiten que el contenido de las leyes sea sometido a examen”).

243 García Ramírez, “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho procesal contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile y Thomson Reuters, 2010), 9.

244 Sentencia 057-12-SAN-CC, 27 de marzo de 2012, CCPT, ROS, I, No. 735, 29 de junio de 2012: “De esta manera, el debido proceso está integrado por varios sub-principios o subderechos que lo hacen efectivo. Algunos de ellos son el derecho a la defensa, el cual a su vez tiene varias garantías básicas como la motivación de las resoluciones de los poderes públicos”. Ver también Héctor Fix Zamudio, *Introducción al derecho procesal constitucional* (CDMX: Fundap, 2002), 66.

245 Sentencia 139-12-SEP-CC, 12 de abril de 2012, CCPT, ROS, I, No. 735, 29 de junio de 2012: “El debido proceso constituye un principio jurídico procesal o sustantivo por el cual las personas tienen derecho a las garantías que aseguren un resultado justo y equitativo dentro del desarrollo de un proceso, así como permitirles ser oídas y hacer valer sus pretensiones frente a un juez independiente, competente e imparcial.” Ver también la sentencia 0006-10-SEP-CC, 24 de febrero de 2010, CCPT, ROS, No. 159, 26 de marzo de 2010: “El debido proceso es un derecho a la justicia, lograda en un procedimiento que supera las grietas o dificultades que otorga un simple derecho a la defensa en juicio. En este sentido, este (debido proceso) ya no son solo reglas, son fundamentalmente principios”.

como derecho (categorizado como derecho fundamental)²⁴⁶ y como garantía.²⁴⁷

Para los países latinoamericanos, incluido Ecuador, cuyos ordenamientos jurídicos se han nutrido de fuentes europeas y estadounidenses, muchas veces de forma irreflexiva, la relación entre debido proceso y tutela efectiva no es clara. Por un lado, un grupo de opiniones identifican estos derechos. En esta línea, Bernal Pulido se refiere a la tutela efectiva como “el correlato hispánico del debido proceso”.²⁴⁸ Algunos pronunciamientos de la justicia latinoamericana también han identificado estos derechos.²⁴⁹ La CC en algunas ocasiones ha sostenido que “la tutela efectiva se refiere al debido proceso y por ende al derecho que tiene toda persona a no ser privada del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”,²⁵⁰ con lo que sugiere una identificación entre tutela efectiva y debido proceso.

246 Sentencia 103-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, CCPT, ROS, I, No. 735, 29 de junio de 2012. “El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia. / El derecho al debido proceso es el derecho a un proceso justo; a un proceso en el que no haya negación o quebrantamiento de los que cada uno tenga jurídicamente atribuido o asignado”. En el mismo sentido ver la mencionada sentencia 139-12-SEP-CC. Ver también sentencia 057-11-SEP-CC, 15 de diciembre de 2011, CCPT, ROS, No. 634, 6 de febrero de 2012: “el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no solo las autoridades judiciales sino también las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos; comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino también el respeto a las formalidades propias de cada juicio que se encuentran, en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver”.

247 Ver por ejemplo las siguientes sentencias de la CCPT: 001-11-SEP-CC, 26 de mayo de 2011, CCPT, ROS, No. 634, 6 de febrero de 2012: “el debido proceso es una garantía que pertenece básicamente al ámbito del derecho procesal, al derecho judicial”; 103-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, ROS, No. 735, 29 de junio de 2012: “La Corte Constitucional se ha pronunciado por repetidas ocasiones, con relación a la naturaleza del debido proceso plasmado en el art. 76 de la Constitución, que se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades en el ámbito judicial o administrativos se sujeten a reglas mínimas, con el fin de proteger los derechos garantizados por la Carta Suprema, constituyéndose el debido proceso en un límite a la actuación discrecional de los jueces. Por tanto, no es sino aquel proceso que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución y que hace efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo, basada en derecho”. Con estos antecedentes, muchos se han referido a este derecho, al igual que lo han hecho con relación al derecho a la tutela efectiva, como un “derecho garantía”. Ver también Luis Alberto Petit Guerra, *Estudios sobre el debido proceso. Una visión global: Argumentaciones como derecho fundamental y humano* (Caracas: Paredes, 2011), 10.

248 Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 337. Ver también Oteiza, “El debido proceso”, 73.

249 Solano, “Tutela judicial en Centroamérica”, 95-116 (analizando fallos de las altas cortes centroamericanas en los que se evidencia la falta de claridad conceptual para distinguir tutela efectiva y debido proceso y demostrando que se los ha tratado indistintamente). Ver también García Ramírez, “El debido proceso en la jurisprudencia de la CIDH”, 10.

250 Sentencia 103-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, CCPT, ROS, No. 735, 29 de junio de 2012.

Por otro lado, se han generado textos normativos e interpretaciones jurisprudenciales no siempre coherentes entre sí, orientadas a diferenciar estos derechos. En este sentido, en las dos últimas constituciones ecuatorianas se han consagrado de forma expresa los dos derechos en cuestión, pero el criterio de la relación entre ellos ha variado: la Constitución de 1998 (art. 24, num. 17), recogía el derecho de acceso a los órganos judiciales, a fin de obtener de ellos tutela imparcial y expedita de los derechos e intereses, como parte del debido proceso,²⁵¹ idea que coincide con algunos pronunciamientos jurisprudenciales internacionales.²⁵² Por su parte, en la Constitución de 2008 el derecho a la tutela efectiva, no aparece más como un componente del debido proceso, sino como un derecho independiente, según se consagra en el mencionado art. 75, CRE. Los pronunciamientos de la CC no han sido del todo esclarecedores sobre la relación entre tutela efectiva y debido proceso. Así, bajo la vigencia de la Constitución de 2008, la CC ha sostenido tesis contradictorias: que el debido proceso es un componente del derecho a la tutela efectiva²⁵³ y viceversa,²⁵⁴ así como que el debido proceso es una garantía del derecho a la tutela efectiva.²⁵⁵ En los últimos años, la CC ha delineado mejor la relación entre los dos derechos, al sostener que “el debido proceso es un derecho constitucional en sí mismo,

251 Art. 24, num. 17, CRE de 1998: “Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: 17) Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y efectiva de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

252 Solano, “Tutela judicial en Centroamérica”, 99-111 (citando dos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, de 13 de diciembre de 2001 y 13 de octubre de 2004, en los que se establece que la tutela efectiva es parte del debido proceso. En el primero de ellos, se llega a tal conclusión, al sostener que el derecho a la tutela efectiva es equivalente al derecho de acceso a la jurisdicción, desconociendo las otras facetas de este derecho). En doctrina ecuatoriana ver por ejemplo Jorge Zavala Egas, “La unidad jurisdiccional”, en *Iuris Dictio*, No. 1 (Quito: USFQ), (2000): 24 (refiriéndose a la acción de amparo constitucional como un remedio para la lesión al derecho al debido proceso, comprendida la tutela judicial efectiva, a la luz de la CRE de 1998).

253 Sentencia 041-11-SEP-CC, 24 de noviembre de 2011, CCPT, ROS, II, No. 601, 21 de diciembre de 2011: “El debido proceso, consagrado en el art. 76 de la Constitución, constituye parte del derecho a la tutela judicial efectiva, mismo que impone que en la determinación de derechos y obligaciones se aseguren garantías mínimas en la tramitación del correspondiente proceso, las que se encuentran claramente previstas en siete puntos”.

254 Sentencia 102-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, CCPT, ROS, No. 728, 20 de junio de 2012: “En el desempeño de su labor (los jueces) tienen especial cuidado en no violar las reglas del debido proceso, asegurando siempre que la justicia que imparten reúna las condiciones de la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, como los otros derechos que conforman el debido proceso”.

255 Sentencia 034-09-SEP-CC, 9 de diciembre de 2009, CCPT, ROS, No. 97, 29 de diciembre de 2009: “El derecho al debido proceso es aquél que permite que la tutela jurisdiccional sea efectiva” (asumiendo la tesis de Álvarez Conde).

que a su vez permite garantizar la tutela efectiva de otros derechos constitucionales”,²⁵⁶ estableciendo entre los dos derechos en cuestión una relación de fin (tutela efectiva) y medio (debido proceso),²⁵⁷ posición que resulta ser la más adecuada, pues el respeto del conjunto de garantías procesales es el que permite la protección de los derechos de los justiciables mediante los cauces establecidos por el ordenamiento jurídico. En una línea similar se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano.²⁵⁸

Con fundamento en los argumentos expuestos, el respeto al debido proceso en arbitraje se analizará en esta obra como un medio para alcanzar tutela efectiva.

¿CONSTITUYE EL ARBITRAJE EN ECUADOR UN CAUCE DE EJERCICIO DEL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA?

Parte de la doctrina se refiere al derecho a la tutela efectiva como un derecho público subjetivo.²⁵⁹ Tal categorización, nacida en el seno de la vertiente liberal del constitucionalismo continental europeo, estaba dirigida “a definir el espacio tasado reservado a la autonomía personal frente al Estado”.²⁶⁰ Consecuentemente, enfatiza en la relación individuo-Estado e

256 Sentencia 124-15-SEP-CC, 22 de abril de 2015, CC, ROS, No. 516, 5 de junio de 2015.

257 En la jurisprudencia española, sin llegar a establecer una relación bien definida, se ha hecho una distinción entre los epígrafes del art. 24 de la Constitución de ese país, que da a entender la diferencia entre la noción de tutela efectiva y debido proceso. Ver por ejemplo la Sentencia 46/1982, 12 de julio de 1982, Tribunal Constitucional, España (distinguiendo entre el epígrafe 1, referido a la tutela efectiva, concebida como un acceso al proceso y el epígrafe 2 referido a la tutela efectiva mediante la aplicación de garantías procesales –juez ordinario predeterminado por la ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público, utilización de los medios de prueba pertinentes y presunción de inocencia). Ver Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 40.

258 Exp. 8123-2005-PHC/TC, 14 de noviembre de 2005, Tribunal Constitucional, Perú: “Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”.

259 Ver por ejemplo, Figueruelo Burrieza, “En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales”: 212 (refiriéndose a la Constitución española de 1978, sostiene que “la doctrina procesalista reconoce que en nuestra Constitución se ha pretendido regular el derecho a la jurisdicción como un derecho público subjetivo, comprometiéndose el Estado con ello a establecer las medidas oportunas para hacerlo efectivo”). Ver también Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 98-9 (siguiendo a Rocco, concibe a la jurisdicción misma como derecho público subjetivo y como obligación del Estado).

260 Gonzalo Maestro, “Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX”, *Revista de Derecho Político*, No. 41 (1996): 122-3, <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned.Derechopolitico-1996-41AED2998dsID=PDF>>, consulta: 10

implica el reconocimiento de una facultad al primero para obtener de los tribunales un pronunciamiento categórico de su pretensión,²⁶¹ derecho que se proyecta como una consecuencia de la prohibición de autotutela y de la reserva a favor del Estado la facultad de juzgar y de ejecutar lo juzgado.²⁶² Entendiendo que el Estado está obligado a garantizar la vigencia del derecho en estudio, ¿cabe considerar que el derecho a la tutela efectiva puede ejercerse mediante cauces no estatales? Las respuestas han sido variadas.

Una línea de pensamiento, se refiere a los órganos judiciales como los únicos frente a los cuales es posible invocar el derecho materia de análisis. Para algunos, cuando no intervienen órganos del poder judicial, no cabe hablar de tutela efectiva –entendida frecuentemente como tutela *judicial* efectiva–, sino de debido proceso. Así se ha pronunciado por ejemplo Sergio García Ramírez.²⁶³ Por su parte, Lorca Navarrete, afirma que mediante el arbitraje se alcanza una *tutela efectiva*, no una *tutela judicial efectiva*, derecho que lo mantiene conceptualmente vinculado con la relación entre ciudadano y Estado. Este último autor se está refiriendo, por lo tanto, a una tutela especial, que no se fundamenta en el derecho constitucional a la tutela efectiva que dirige la actuación de los órganos judiciales sino en las disposiciones legales que resguardan el proceso arbitral.²⁶⁴

de febrero de 2012 (explicando que pese al origen germano de la teoría sobre estos derechos, el concepto de “derecho público subjetivo” es extrapolable a otras realidades europeas, cuyo liberalismo se construyó sobre realidades semejantes. En este escenario, el autor explica como en la Europa continental, a diferencia de lo acontecido en el mundo anglosajón, no existía la concepción de una tutela general de libertad individual contra toda restricción estatal, sino al contrario, la libertad estaba constituida por las facultades concretas que en cada momento otorgaba la ley a cada individuo, encontrándose en este proceso de reducción legal de libertad justamente el núcleo de los derechos públicos subjetivos). Ver también Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 49 (explicando que la teoría de los derechos públicos subjetivos, “representa el intento más serio de fundar una teoría de los derechos individuales en un marco aún hobbesiano del Estado”, y reconociendo que pese a su trascendencia, tal teoría naufragó en su intento por explicar los derechos como atributo propio y originario de los particulares, dada la concepción omnipresente del Estado, expresada fundamentalmente mediante la ley).

261 Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos del derecho procesal* (Madrid: Civitas, 1981), 130-4.

262 Peña González, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, 9-10 (refiriéndose al proceso de expropiación de competencias que se encuentra en el origen del Estado moderno –p. 9–, y al arbitraje, como “una oferta heterogénea de protección y tutela” –p. 10–).

263 García Ramírez, “El debido proceso en la jurisprudencia de la CIDH”, 15: ‘La [...] identificación [entre tutela efectiva y debido proceso] resulta inadecuada no solo porque se trata de dos derechos que tiene un origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales –valga la redundancia–, el proceso justo, o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares”.

264 Lorca Navarrete, “¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje?”, 118-9 (sosteniendo que el sistema de garantías procesales que rige en el arbitraje es el de la ley propia de la materia, no integrada en el ámbito de tutela judicial efectiva constitucional).

Otro grupo de opiniones, con las cuales coincido, defienden la vigencia del derecho a la tutela efectiva en sede arbitral. Las tesis que reconocen a los árbitros facultades jurisdiccionales facilitan esta conclusión.²⁶⁵ Tal posición se fundamenta en el carácter de cosa juzgada de las decisiones arbitrales, la fuerza vinculante del laudo arbitral, y de algunas decisiones previas, como es el caso de medidas cautelares, todas ellas derivadas del reconocimiento que el Estado hace del carácter jurisdiccional del arbitraje,²⁶⁶ así como en la vigencia de un conjunto de garantías para los justiciables que los árbitros deben respetar. En esta línea de razonamiento, “cuando se escoge la vía arbitral no se está abdicando al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se está sustituyendo, voluntariamente, el sujeto con el deber de prestarla”.²⁶⁷ La CC así lo ha entendido,²⁶⁸ y algunos pronunciamientos judiciales²⁶⁹ y

265 Ver sentencia SAU 174/2007, 14 de marzo de 2007, Corte Constitucional, Colombia: “como consecuencia de su naturaleza jurisdiccional, el arbitramento constituye un medio para materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia”.

266 María Inmaculada Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje* (Barcelona: Bosch, 2010), 60 (rescatando el pensamiento de Barona Vilar, en el sentido de que la fuerza jurídica que el ordenamiento jurídico ha venido otorgando y otorga a la decisión arbitral, las garantías de los principios esenciales del proceso que se predicen y exigen del sistema arbitral en su conjunto, abogan por la consideración del arbitraje como uno de los medios de tutela que los ordenamientos jurídicos han querido presentar a los ciudadanos, y sosteniendo que este medio de tutela, al que se acude por ejercicio de la libertad, es controlado por el Estado, tanto desde el punto de vista legislativo –es el poder legislativo el que aprueba la Ley de Arbitraje– como desde el punto de vista del poder judicial, mediante la posible anulación de un laudo en firme [...] o mediante la función de ejecutar lo juzgado por los árbitros). Ver también Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”: 189 (concluyendo que los árbitros, al igual que los Jueces y Tribunales prestan tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en el sentido del art. 24.1 CE, ya que su actividad –desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes– conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la sentencia judicial, y destacando que la existencia de vías judiciales para anular el laudo corrobora que los árbitros prestan auténtica tutela jurisdiccional) y p. 199: “La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos es aplicable en cualquier ámbito, incluido en el arbitraje. En ningún caso podrá un procedimiento arbitral denegar a las partes este derecho, debiendo los árbitros resolver todos los asuntos que se les sometan, otorgando a ambas partes igualdad de oportunidades para hacer valer sus pretensiones”.

267 Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, 60.

268 Sentencia 302-15-SEP-CC, 16 de septiembre de 2015, CC, ROS, No. 725, 4 de abril de 2016: “De ahí que el derecho in examine [a la tutela efectiva] 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”.

269 Res. 154-2010, 2 de marzo de 2010, CNJ, Sala de conjueces permanentes de lo Civil, Mercantil y Familia: “el art. 7 inciso segundo de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación ha establecido el principio de prioridad del arbitraje sobre la justicia ordinaria, así como el principio de in dubio pro arbitraje. Los principios antes establecidos tienen plena coherencia con los fines del arbitraje, que en definitiva buscan hacer realidad el debido proceso y una justicia sin dilaciones innecesarias (art. 169 y 76 de la Constitución), así como al derecho constitucional a una tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas (art. 75 de la actual constitución)”. En pronunciamientos

arbitrales²⁷⁰ ecuatorianos también se han manifestado en este sentido. En síntesis, el derecho constitucional a la tutela efectiva puede ser ejercido en sede judicial o en sede arbitral. Cuando se ejerce en sede arbitral, se desarrolla a la luz de los preceptos constitucionales sobre tutela efectiva, aunque estos deben adaptarse a las particularidades del proceso arbitral, para dar lugar a lo que bien puede denominarse *tutela arbitral efectiva*. De hecho, el actual art. 75 de la CRE (que se refiere a la tutela efectiva), a diferencia de la redacción del art. 24, num. 17 de la anterior Constitución (que se refería a la tutela efectiva proporcionada por las *decisiones judiciales*), sugiere que el ámbito de aplicación del derecho a la tutela efectiva trasciende el de las decisiones judiciales.²⁷¹

En síntesis, el derecho de tutela efectiva que un justiciable tiene frente al Estado no implica necesariamente que la administración de justicia sea prestada por el mismo Estado, sino que este permita a los ciudadanos escoger el cauce que más les convenga entre aquellos puestos a su disposición, y que genere garantías suficientes para que el ejercicio de tal opción sea respetado.

sobre acciones de nulidad, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha ha sostenido en varias sentencias que “siendo el arbitraje el ejercicio de una jurisdicción legal-convencional acorde la CRE, COFJ, LAM y CPC, al proceso arbitral le resultan aplicables todas las disposiciones aplicables para el ejercicio de esta jurisdicción para alcanzar la tutela efectiva, el debido proceso, la motivación y seguridad jurídica” (ver por ejemplo las siguientes sentencias: de 2 de abril de 2013, juicio de nulidad de laudo arbitral 41-2012; de 30 de abril de 2013, juicio de nulidad de laudo arbitral 87-2012; de 26 de junio de 2013, proceso 84-2012).

270 Ver por ejemplo: Laudo 003-03, 3 de junio de 2004, CAM-AMCHAM, en *Gaceta Arbitral*, No. 1 28-68, Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (AMCHAM) / Universidad San Francisco de Quito (USFQ), 2013, 45: “Trigésimo: [...] d) [...] Aunque es indudable que este Tribunal Arbitral no es un órgano judicial, el que las partes hayan recurrido a él, acogiéndose a un sistema previsto en la propia Constitución, obliga a este tribunal a dar esa tutela efectiva reclamada”.

271 Aunque en un análisis del debate sobre la redacción del actual art. 75 en la Asamblea Constituyente no se revela explícitamente tal intención. En efecto, el acta 67 de la Asamblea Constituyente recogió el informe de mayoría de la Mesa 1, a cargo de derechos fundamentales y garantías constitucionales y en tal informe se incluye el derecho a la tutela efectiva como un derecho civil, en los siguientes términos, p. 118: “Derecho de acceso a la justicia.- Las personas tendrán derecho de acceder gratuitamente a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y efectiva de sus derechos e intereses, promoviendo la intermediación y la celeridad, sin que en caso alguno quede en indefensión”. Este artículo quedó aprobado según consta en las p. 190 y s. de la misma acta. Sin embargo, en el texto final de la Constitución posterior a la corrección editorial, se adoptó la fórmula a la que hice previa referencia. Ver el informe de mayoría de la Mesa 1, acta 50, p. 36 y el informe de mayoría de la Mesa 1, acta 64, p. 18.

Esta situación se asemeja a la descrita por Chamorro Bernal en el caso español, en el que “la redacción definitiva del precepto [relativo a tutela efectiva] no fue resultado de enjundiosas discusiones doctrinales sino de una simple enmienda de estilo”. Ver Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, 5. En el mismo sentido, ver Díez-Picazo Ponce de León, “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva” (refiriéndose a la redacción del actual art. 24.1. de la Constitución española dice: “;Era una enmienda de estilo! Sin embargo, se había pasado de reconocer, constitucionalmente, el derecho al acceso a los tribunales a consagrar un derecho a la tutela judicial efectiva, con un salto cualitativo, que quedó sin justificar”).

Reflexiones finales sobre este capítulo

El arbitraje constituye un cauce de ejercicio del derecho a la tutela efectiva consagrado en el art. 75, CRE, el que a su vez cumple la función de garantía de los otros derechos constitucionalmente reconocidos. Esta conclusión se sustenta fundamentalmente en dos razones: 1. el carácter jurisdiccional de las funciones que ejercen los árbitros, presente de manera constante en la evolución de la normativa nacional sobre arbitraje y claramente reconocido en la legislación vigente; y 2. el conjunto de garantías que deben observarse en arbitraje, las cuales constituyen un claro límite a las amplias facultades que tienen los justiciables en el diseño del proceso. Consecuentemente, cabe vislumbrar la existencia del derecho a una tutela *arbitral* efectiva, comprensivo de una serie de garantías que en arbitraje adquieren dimensiones particulares, y que para su plena vigencia, requiere de una fluida relación entre el arbitraje y la administración de justicia estatal.

Adicionalmente, a lo largo de este capítulo se ha destacado el rol del arbitraje en la construcción de un sistema de administración de justicia más democrático y participativo. Más allá de su potencial para reducir la carga de los despachos judiciales, el arbitraje es un mecanismo apto para tutelar los derechos de los justiciables, que les permite ejercer su autodeterminación en la solución de conflictos de naturaleza transigible. En el arbitraje no están en juego exclusivamente los intereses privados de las partes que contractualmente acordaron someterse a este mecanismo de solución de conflictos, sino que también está envuelto el interés público de que los conflictos que emergen en la sociedad se resuelvan por una vía autorizada por el Estado.

Habiendo definido que el arbitraje es un cauce para el ejercicio del derecho constitucional a la tutela efectiva, los siguientes capítulos se concentrarán en el análisis de los tres momentos que, de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, cabe diferenciar en el íter que quien ejercita este derecho debe recorrer: acceso a la justicia, desarrollo del proceso con las garantías debidas y ejecución de la providencia que resuelve el conflicto.²⁷²

272 Ver las siguientes sentencias de la CCPT: 023-10-SCN-CC, 19 de agosto de 2010, *ROS*, No. 285, 23 de septiembre de 2010; 021-12-SEP-CC, 8 de marzo de 2012, *ROS*, No. 688, 23 de abril de 2012; 103-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, *ROS*, No. 735, 29 de junio de 2012; 156-12-SEP-CC, 17 de abril de 2012, *ROS*, No. 743, 14 de junio de 2012 (sosteniendo que en el ejercicio del derecho a la tutela efectiva cabe diferenciar tres momentos: “el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”). Ver también Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional* (Madrid: Civitas, 1984), 39 (refiriéndose a tres momentos distintos, en los cuales el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos: acceso a la jurisdicción, proceso debido –básicamente vinculado con la posibilidad de defensa y de obtención de resolución en un plazo razonable– y eficacia de la sentencia).

Capítulo 2

Arbitraje y acceso a la justicia

Este capítulo busca determinar los principales desafíos que enfrenta el arbitraje ecuatoriano desde la perspectiva del acceso a la justicia, primer momento en el ejercicio del derecho a la tutela efectiva, así como proponer pautas para superarlos. Con este fin, el contenido de este capítulo está dividido en tres partes:

La primera estudia el carácter multidimensional de la expresión *acceso a la justicia* y destaca su faceta como derecho, cuyo contenido ha evolucionado importantemente.

La segunda reflexiona sobre la relación entre arbitraje, acceso a la justicia y autonomía de la voluntad. En este sentido, se analiza en un primer momento al derecho a someter los litigios a arbitraje en ejercicio de la autonomía de la voluntad como elemento del derecho de acceso a la justicia y posteriormente, se aborda la restricción del derecho de acceso a la justicia que se produce cuando el sometimiento a arbitraje es impuesto. En este orden de ideas, una parte importante del capítulo está dedicada al análisis de dos casos paradigmáticos en los cuales la sujeción a arbitraje puede resultar de la imposición de la parte más fuerte en el contexto de relaciones contractuales que presentan una asimetría estructural de poder de negociación: 1. contratos de adhesión entre proveedores y consumidores; y 2. contratos individuales de trabajo. Al concluir esta parte, se persigue establecer posibles correctivos para evitar que en los mencionados casos se lesione el derecho de acceso a la justicia, tanto en el proceso de formación del contrato como en la etapa procesal.

Finalmente, la tercera parte de este capítulo se concentra en el contenido del derecho de acceso a la justicia al que modernamente se le otorga mayor relevancia: la prohibición de obstáculos injustificados para que los justiciables puedan poner en marcha el sistema de solución de conflictos libremente escogido. Luego de exponer una visión panorámica de la diversidad de obstáculos que pueden presentarse, se analizan dos que resultan particularmente relevantes: el primero, de índole meramente procesal, consistente en la falta de claridad sobre los criterios que deben adoptarse por los tribunales arbitrales locales ante casos especiales de legitimación

ad causam; y el segundo, de índole socioeconómico, consistente en la carencia de recursos económicos que impide que una parte pueda presentar su demanda o reconvencción en arbitraje, análisis cuyo objetivo es establecer alternativas para superar tales obstáculos.

LAS MÚLTIPLES DIMENSIONES DEL ACCESO A LA JUSTICIA

La expresión *acceso a la justicia* tiene carácter polisémico. Basta recordar las múltiples facetas que Cappelletti, uno de los autores más relevantes en esta materia, destacó dentro de la noción de acceso a la justicia: 1. como *un movimiento* comprensivo del conjunto de transformaciones en materia de administración de justicia que se promueven partiendo de la constatación de las necesidades sociales;²⁷³ 2. como un *esfuerzo de racionalización y control del aparato gubernamental de administración de justicia y de protección contra abusos de este aparato*²⁷⁴ bajo la idea de que el esfuerzo por cumplir las obligaciones del Estado social genera la saturación del sistema judicial en términos cuantitativos y problemas en términos cualitativos; 3. como un *nuevo método de pensamiento*, que exige que se incorpore la perspectiva de los consumidores del sistema de administración de justicia en el diseño de este último²⁷⁵ y 4. como un *derecho* que permite garantizar la eficacia del resto de derechos.²⁷⁶ Esta última acepción es la que resulta particularmente

273 La expresión *movimiento de acceso a la justicia* fue acuñada en el trabajo del *Proyecto florentino sobre efectivo acceso a la justicia*, dirigido por Mauro Cappelletti y Bryant Garth, a partir de la reunión que tuvo lugar en Florencia en 1978. Este proyecto ha sido reconocido como uno de los estudios más trascendentes en derecho procesal comparado y comporta una síntesis de las medidas tomadas hasta ese entonces en materia de acceso a la justicia, gracias a la participación de más de sesenta juristas de diferentes países.

274 Mauro Cappelletti, "Acceso a la justicia: Programa de acción reformadora y nuevo método de pensamiento", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 48 (CDMX: UNAM), (septiembre-diciembre, 1983): 803.

275 *Ibíd.* 805-6 (proponiendo que la visión de los justiciables sea considerada, por ejemplo, en el diseño de los recursos de las partes, tipos de conflictos y necesidades particulares de tutela, y por consiguiente, en la determinación de los obstáculos a ser superados para acceder a la justicia, lo que contrasta con la costumbre de considerar únicamente la visión de los *productores*, es decir, de los legisladores y de los órganos a cargo de la administración de justicia). Ver también Méndez, "El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos", 17 (refiriéndose a la necesidad de acortar la brecha entre demandas ciudadanas y sistemas judiciales concebidos y organizados en Latinoamérica a partir del código napoleónico).

276 Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *Acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos* (CDMX: Fondo de Cultura Económica, 1996), 12. Para revisar otras acepciones de acceso a la justicia, ver por ejemplo Diego Robles, "El concepto de acceso a la justicia: Evolución, vigencia y actualidad", en Sonia Boueri Bassil, edit., *El acceso a la justicia: Contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos* (Madrid: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2010), 29-32 (clasificando las siguientes formas de entender acceso a la justicia: en sentido formal o material; como un hecho y como un derecho; como un

relevante para el presente trabajo, aunque como se verá, es evidente la trascendencia de las otras acepciones en el significado que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia han atribuido progresivamente a este derecho.

En su concepción como derecho, el contenido del acceso a la justicia ha admitido diversas interpretaciones. En primer lugar, el acceso a la justicia puede ser entendido como *el derecho a un espacio para la solución de conflictos* debidamente garantizado por el Estado. Las posiciones más tradicionales identifican al derecho de acceso a la justicia con el *derecho a la jurisdicción*²⁷⁷ o *derecho a ser oído*, como se denomina en instrumentos internacionales de derechos humanos.²⁷⁸ Desde esta perspectiva, el derecho de acceso a la justicia se ha configurado tradicionalmente como la facultad de individuos o colectivos para ser parte en un proceso y poder promover la actividad judicial con el fin de obtener una decisión motivada sobre las pretensiones deducidas.²⁷⁹ En esta línea, la CSJ consideró que el derecho de acceso a la justicia implica que “toda persona, puede concurrir a los órganos jurisdic-

acto o como un trayecto; como un acceso meramente formal o como un acceso eficaz; como un derecho humano). Ver también Thompson, “Introducción”, en *Acceso a la justicia y equidad. Estudio de siete países de América Latina*, 25 (explicando el uso de acceso a la justicia en el sentido de “un equivalente a proyectos de reforma judicial”).

277 Ver por ejemplo Gozaini, *Derecho procesal constitucional*, 107 (“el acceso a la justicia desde la perspectiva constitucional significa conceder a toda persona el derecho a la jurisdicción y a tener un proceso donde debatir y resolver los conflictos que le afligen”). Ver también Eduardo Couture, *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, vol. 2 (CDMX: EJU, 2002), 55; Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho de acceso a la jurisdicción y el debido proceso en el bloque constitucional de derechos en Chile”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. IV, 788.

278 Art. 8, num. 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH): “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En la sentencia de fondo de 28 de noviembre de 2002, caso Cantos vs. Argentina, párrafo 52, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró que el art. 25 de la misma CADH también consagra el derecho de acceso a la justicia. El art. 25, num.1, CADH consagra: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo o rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Ver también art. 14, num. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecidos por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

279 Elisabet Cerrato Guri, “El derecho a acceder a los tribunales en el proceso civil: Concepto, garantías y límites”, en Picó i Junoy, edit., *Principios y garantías procesales* (Barcelona: J. M. Bosch, 2013), 107, <<http://vlex.com/vid/acceder-proceso-concepto-contenido-mites-481094430>>, consulta: 26 de diciembre de 2013.

cionales para el ejercicio o defensa de sus derechos”²⁸⁰ y que “tienen estrecha relación” con este derecho tanto la facultad de presentar una acción como la de impugnar una resolución.²⁸¹ Por su parte, el TC ecuatoriano estableció que “el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida en sociedad”.²⁸²

Dada la conexión del derecho de acceso a la justicia con el derecho a la tutela efectiva, tal como sucedía con este último, bajo la visión más tradicional, el primero podía ser ejercido únicamente ante los órganos que integran la función judicial.²⁸³ Consiguientemente, bajo esta línea de pensamiento, los esfuerzos por promover el acceso a la justicia se concentraban en la ampliación y mejoramiento de las judicaturas estatales.²⁸⁴ Sin embargo, esta visión ha resultado limitada y el derecho de acceso a la justicia ha sido redefinido como “el derecho de toda persona a tener un ámbito en el cual hacer valer el derecho de que se crea asistida y de lograr la satisfacción de este”,²⁸⁵ espacio que puede encontrarse dentro o fuera del sistema de administración de justicia estatal. A la luz de este cambio de paradigma han tenido lugar los procesos de reforma judicial de los últimos años, contexto

280 Res. 302-2005, 12 de junio de 2006, CSJ, Segunda Sala de lo Laboral y Social, RO, No. 62, 12 de abril de 2007.

281 *Ibid.* En esta obra se abordarán los mecanismos de impugnación de laudos arbitrales al estudiar el debido proceso, en sintonía con el art. 76, num. 7, lit. m, CRE. Como he anticipado en el capítulo 1, los elementos del derecho a la tutela efectiva se encuentran tan íntimamente vinculados, que su separación en casilleros estancos perfectamente separados entre sí no es posible.

282 Res. 0013-2007-RS, 28 de agosto de 2007, Segunda Sala, TC, ROS, No. 174, 20 de septiembre de 2007.

283 Sentencia 251/2007, de 17 de diciembre de 2007, Tribunal Constitucional, España (definiendo el derecho de acceso a la justicia como el “derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas”). Ver también Javier La Rosa Calle, “El acceso a la justicia como una condición para una reforma judicial en serio”, *Derecho: Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCP*, No. 62 (julio de 2009): 115, <http://vlex.com/vid/justicia-condicion-reforma-judicial-serio-381893782?ix_resultado=23.0&query%5Bpage%5D=3&query%5Bq%5D=ACCESO+JUSTICIA>, consulta: 11 de abril de 2013.

284 La Rosa Calle, “El acceso a la justicia como una condición”: 115.

285 Jorge Lugaro, “Un derecho humano esencial: El acceso a la justicia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 9a. ed. (Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung –KAS–, 2003): 291. Ver también Jesús María Casal Hernández “Aspectos conceptuales del acceso a la justicia”, en *Acceso a la justicia* (Caracas: KAS / Universidad Católica Andrés Bello, 2006): 18 “el acceso a la justicia supone la disponibilidad de cauces institucionales destinados a la protección de derechos y a la resolución de conflictos de variada índole, de manera oportuna y con base en el ordenamiento jurídico” y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia* (Buenos Aires: Instituto Talcahuano, 2005), 7 (definiendo al derecho de acceso a la justicia como el “derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas,” independientemente del escenario en el que se alcance esta respuesta).

en el cual se reconoce que la existencia de espacios diferentes a la justicia estatal, como los MASC o la justicia indígena, promueven el ejercicio del derecho de acceso a la justicia,²⁸⁶ posición que comparto.

En segundo lugar, el derecho de acceso a la justicia entraña la *prohibición de obstáculos procesales injustificados* para acceder al espacio de solución de conflictos escogido por los justiciables. Desde la perspectiva procesal, el derecho de acceso a la justicia comprende el conjunto de presupuestos para tramitar un proceso útil y efectivo.²⁸⁷ Tales presupuestos se refieren a los requisitos de admisión al proceso.²⁸⁸ Al respecto, la CC ha sostenido que el derecho a la tutela efectiva denota “libertad de acceso a la justicia, entendida como la eliminación de trabas procesales”.²⁸⁹

La prohibición de obstáculos irracionales de carácter procesal para acceder a la justicia representa un límite para el legislador. Siendo un derecho de configuración legal, el legislador debe considerar que la vigencia de este derecho proscribire la imposición de requisitos tan rigurosos que perturben el acceso a la justicia.²⁹⁰ Son ejemplos de requisitos que se consideran admisibles: la obligación de cumplir plazos legales; la realización de ciertos trámites previos al proceso, como la conciliación obligatoria; las fianzas, depósitos y consignaciones, siempre que no resulten particularmente gravosas,²⁹¹ y los requisitos legales para asegurar la legitimación de las partes.²⁹² Aplicando este razonamiento a la LAM, pueden considerarse admisibles desde la perspectiva de acceso a la justicia: la necesidad de una mediación

286 Cumbre Judicial Iberoamericana, “100 reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4-6 de marzo de 2008, regla 43: “La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia”. Ver también sentencia C-1195/01, 15 de noviembre de 2001, Corte Constitucional, Colombia: “De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, el acceso a la justicia comporta no solo la posibilidad de que cualquier persona solicite la protección de sus derechos ante los jueces competentes, sino que también, por expresa autorización del art. 116 constitucional, que pueda resolver sus disputas mediante mecanismos como la conciliación o el arbitraje” y Luis Abellán Tolosa, “El acceso de los consumidores a la justicia”, en María José Reyes López (coord.), *Derecho de consumo*, 2a. ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 340 (defendiendo una visión amplia de acceso a la justicia para los consumidores, considerando para el efecto mecanismos judiciales y extrajudiciales, y dentro del segundo ámbito, fundamentalmente el arbitraje de consumo).

287 Gozaini, *Derecho procesal constitucional*, 103.

288 *Ibid.*, 101.

289 Sentencia 103-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, CCPT, ROS, No. 735, 29 de junio de 2012.

290 Julio César Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos* (Quito: CEN /UASB-E, 2013), 142.

291 Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 45-8.

292 Gozaini, *Derecho procesal constitucional*, 107-28.

obligatoria (art. 15, LAM) así como la exigencia de una caución sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo puede ocasionar en caso de que se interponga la acción de nulidad (art. 31, LAM).

Adicionalmente, esta faceta del derecho en análisis impone que quienes están investidos de la potestad de administrar justicia deben orientar sus decisiones por el criterio más favorable a la efectividad de este derecho, es decir, observar el precepto del art. 169, CRE al tenor del cual no debe sacrificarse la justicia por la sola omisión de formalidades.²⁹³ Más aún, resolución motivada de inadmisión o de extinción del proceso,²⁹⁴ de lo que se sigue que, por ejemplo, una declaratoria de incompetencia por parte de un tribunal arbitral que carezca de motivación, lesiona el derecho de acceso a la justicia, asunto sobre el cual volveré en el capítulo 3.

La prohibición de obstáculos procesales es un aspecto inherente a todo tipo de procesos, independientemente de su origen, y por lo tanto, es plenamente observable en el arbitraje, incluso con más fuerza que en la justicia ordinaria, si se considera la promesa de flexibilidad y antiformalismo bajo la cual se ha promovido la expansión del primero.

Finalmente, el acceso a la justicia puede ser visto como una *prohibición de obstáculos socioeconómicos* para acceder a la justicia. En efecto, las visiones más modernas de este derecho lo vinculan fuertemente con el principio de igualdad,²⁹⁵ considerándolo²⁹⁶ como una garantía del mismo que contribuye a que los Estados aseguren a sus ciudadanos igualdad de oportunidades y protección contra la discriminación.²⁹⁶ Esta visión es fruto de la vinculación de la noción del derecho de acceso a la justicia con los presupuestos del Estado social.²⁹⁷

Claramente, el Estado liberal y el Estado social han cultivado diferentes perspectivas sobre el derecho en cuestión. En el primero, caracterizado por el paradigma de igualdad formal, el acento en la defensa de las libertades individuales y la restricción de los campos de actuación del Estado,

293 Res. 266-09, 24 de agosto de 2009, CNJ, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, RO, No. 100, 14 de diciembre de 2010. Ver también Francisco Fernández Segado, "Derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español", *Red Ius et Praxis* 5, No. 1 (2006): 72, <<http://site.ebrary.com/lib/uasbsp/search.action?p00=derecho+de+acceso+a+la+justicia&sortBy=score&sortOrder=desc&viewType=normal&page=2>>, acceso, 21 de noviembre de 2013; Gozaini, *Derecho procesal constitucional*, 106 (refiriéndose a la necesidad de que no se obstruya la intervención de los jueces sobre la base de normas de pura técnica).

294 Fernández Segado, "Derecho a la jurisdicción": 72.

295 La Rosa Calle, "El acceso a la justicia como una condición": 119-20.

296 Due Process of Law Foundation / Instituto de Defensa Legal del Perú, "Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas", Informe presentado ante la reunión anual del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Río de Janeiro (2009): 5, <<http://www.dplf.org/es/resources/obstaculos-para-el-acceso-la-justicia-en-las-americas>>, consulta: 8 de abril de 2014.

297 Jorge Marabotto Lugaro: "Un derecho humano esencial: El acceso a la justicia", 292.

el derecho de acceso a la justicia se configuró como una facultad que podía ser ejercida por los individuos de acuerdo a sus propias capacidades. En cambio, bajo el paradigma del Estado social, de carácter esencialmente prestacional, orientado por la búsqueda de igualdad material, y permisivo de una intensa actividad estatal, el acceso a la justicia pasó a entenderse como un mecanismo indispensable para alcanzar mayor equidad y posibilitar el ejercicio efectivo de las libertades consagradas para la generalidad de la población.²⁹⁸ Bajo este segundo enfoque, la asistencia a las personas carentes de recursos en instancias de administración de justicia y la provisión de mecanismos de legitimación colectiva,²⁹⁹ constituyen pasos trascendentes de lo que Cappelletti y Garth denominaron *movimiento de acceso a la justicia*, al que me referí previamente. Las bases de este movimiento se encuentran en la escuela del realismo jurídico,³⁰⁰ que en lo esencial concibe al derecho como una realidad compleja, antes que como un simple conjunto de normas.³⁰¹ Desde esta perspectiva, el análisis del derecho de acceso a la

298 Casal Hernández, “Aspectos conceptuales del acceso a la justicia”, 22 (destacando la relación entre acceso a la justicia y equidad así como entre goce de libertades mediante el acceso a la justicia y mayor desarrollo humano).

299 Víctor Abramovich, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. IV, 3 (resaltando el vínculo entre el acceso a la justicia y la acción de ciertos grupos colectivos en la esfera política “al punto que algunos autores han incluido el derecho a la jurisdicción en el limitado catálogo de las libertades políticas concomitantes con la existencia de un régimen democrático”).

300 El realismo jurídico se caracterizó por su oposición al formalismo jurídico y por la significativa influencia de la sociología. Sobre la corriente de realismo jurídico ver, por ejemplo, Richard Posner, “Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of the Statutes and the Constitution”, *Case Western Reserve Law Review* 37, No. 2 (1987): 181-2 (explicando que al hablar de *realismo legal*, se hace muchas veces referencia a trabajos de docentes de las Universidades de Yale y de Harvard en los años 1920-1930). Ver también John Henry Schegel, “American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience”, *Buffalo Law Review*, No. 28 (1978-1979): 459-586.

301 Mauro Cappelletti, “Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-wide Access to Justice Movement”, *The Modern Law Review* 56, No. 3 (mayo de 1993): 282, <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02673.x/full>>, consulta: 29 de enero de 2014: “El resultado de la aproximación teórica del movimiento de acceso a la justicia es una concepción ‘contextual’ del derecho. Así, en lugar de una aproximación unidimensional, en la que la ley y los estudios legales están limitados al entendimiento de las normas, se afirma una concepción tridimensional. La primera dimensión refleja el problema, necesidad o demanda social, que promueve una intervención legal o la creación de una institución legal; la segunda dimensión refleja la respuesta legal o solución, que incluye no solo las normas sino las instituciones y procesos que pretenden solucionar el problema, necesidad o demanda social; y finalmente, una tercera dimensión que enfrenta los resultados o impactos de tal solución legal que la sociedad demanda”. Ver también Carlos Lista y Silvana Begala, “Pobreza, marginalidad jurídica y acceso a la justicia: condicionamientos objetivos y subjetivos”, *Anuario*, No. 5, 1999-2000 (Córdoba: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales / Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba, 2001): 406 y s., <<http://biblioteca.clasco.edu.ar/subida/Argentina/cijs-unc/20110806020444/sec5003j.pdf.ori>>, consulta: 21 de julio de 2015 (refiriéndose al acceso a la justicia como un fenómeno multidimensional, comprensivo de una

justicia no tiene que ver únicamente con las normas aplicables al plantear una demanda, sino que considera factores tales como el costo, el tiempo y las dificultades para *verdaderamente* alcanzar justicia.³⁰²

A la luz de estos fundamentos, el derecho de acceso a la justicia es percibido como un elemento esencial en el Estado social, y en su sentido más profundo, encierra una crítica a las ideas liberales focalizada en el vacío de contenido de libertades políticas y civiles, cuando por razones económicas, sociales o culturales, muchas personas no pueden ejercer tales libertades.³⁰³ Consecuentemente, el movimiento de acceso a la justicia se concentra en la búsqueda de mecanismos para superar los obstáculos que impiden el disfrute de las libertades civiles y políticas, siendo este el enfoque que marca en gran medida el contenido contemporáneo del derecho de acceso a la justicia. Esta visión propugna, en resumen, la búsqueda de un *efectivo* acceso a la justicia.³⁰⁴

La CRE (art. 75)³⁰⁵ reconoce el derecho de acceso gratuito a la justicia, destacando a la gratuidad de la justicia como elemento que permite superar obstáculos de índole económico, aspecto importante en el contexto de un Estado social (art. 1, CRE), aunque no el único a considerar. Más amplia en su alcance resulta la norma del art. 22, COFJ que consagra el acceso a la justicia a nivel de principio de la administración de justicia y explicita que con base en el mismo deben adoptarse medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídico, económico, social, generacional, de género, cultural, geográfico, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso. Por su parte, la CC ha sostenido que “la efectividad en el acceso a la justicia puede ser considerada como el requisito más esencial dentro de un sistema legal igualitario moderno, destinado a garantizar los derechos constitucionales y humanos”.³⁰⁶

Siguiendo la estructura propuesta en el capítulo 1, a continuación trataré el ejercicio del derecho de acceso a la justicia como el primer paso en

dimensión fáctica y otra normativa. La primera, que consiste en el derecho de todo ciudadano a hacer valer sus derechos y la segunda, es una dimensión procedimental: cómo hacer valer los derechos, ambas íntimamente vinculadas).

302 Cappelletti, “Alternative Dispute Resolution Processes”: 283.

303 Cappelletti, “Acceso a la justicia”: 801. Ver también Héctor Fix-Fierro y Sergio López-Aillón, “El acceso a la justicia en CDMX: Una reflexión multidisciplinaria”, en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas, edit., *Justicia: Memoria del IV Congreso Nacional de Justicia Constitucional*, t. I (CDMX: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas -IIJ-, 2001), 112, <<http://site.ebrary.com/lib/uasbsp/Doc?id=10411441&ppg=138>>, consulta: 22 de noviembre de 2013 (identificando al derecho de acceso a la justicia como un medio imprescindible para lograr una menor desigualdad social).

304 Méndez, “El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos”, 17.

305 Art. 75, CRE: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia”.

306 Sentencia 157-12-SEP-CC, 17 de abril de 2012, CCPT, ROS, No. 743, 14 de junio de 2012.

la búsqueda de tutela efectiva.³⁰⁷ Para el efecto, vincularé las dimensiones del derecho de acceso a la justicia que he delineado con el arbitraje.³⁰⁸

EL DERECHO A SOMETER LOS CONFLICTOS A ARBITRAJE COMO ELEMENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

La autonomía de la voluntad como fundamento de este derecho

El derecho de acceso a la justicia comprende la facultad de los justiciables para escoger el foro de solución de conflictos que más se ajuste a sus necesidades. Para el efecto, “a nadie se le puede constreñir a ejercitar la defensa de sus derechos ante los tribunales, pudiendo acudir a otros métodos auto o heterocompositivos y de entre estos últimos, al arbitraje”,³⁰⁹ clara

307 En este sentido me adhiero a la opinión de Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 42 (citando abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y sosteniendo que “el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva lo constituye el acceso a la jurisdicción que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso”). En el mismo sentido ver por ejemplo a Fernández Segado, “Derecho a la jurisdicción”: 71 y Garberí Llobregat, *Constitución y derecho procesal*, 134.

308 He destacado estos elementos del derecho de acceso a la justicia como una síntesis de aquellos a los cuales se refiere la doctrina, aunque no existe unanimidad. Ver por ejemplo Garberí Llobregat, *Constitución y derecho procesal*, 134-57 (precisando los siguientes elementos del derecho de acceso a la justicia, a partir de un análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional español: derecho a acudir a los tribunales para plantear una pretensión y a obtener una respuesta sobre las pretensiones deducidas y estableciendo correlativas obligaciones por parte de los órganos judiciales –aplicar el principio *pro actione*– y legislativos –no obstaculizar el acceso a la justicia– a fin de precautelar el derecho de acceso a la justicia). Ver también Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 41-53 (distinguiendo primero el derecho de apertura al proceso, relativo a los derechos de quien reclama una determinada protección jurisdiccional, derecho que según el autor comporta la libre elección de la vía procesal que el litigante estime más adecuada, la prohibición de obstáculos excesivos o irrazonables para el acceso al proceso; la vigencia del principio favor actionis o *pro actione* y sus manifestaciones: el antiformalismo y la subsanabilidad de los defectos procesales, y el derecho a la justicia gratuita. Adicionalmente, estableciendo otros ámbitos de actuación del derecho de acceso a la justicia, relativos a la marcha del proceso: la llamada de la parte al proceso, es decir, el derecho a que los actos de notificación se realicen de tal forma que la parte pueda ser oída y ejercitar su defensa, y la exigencia de postulación, es decir, la obligación de comparecer con letrado). Ver también sentencia C-1195/01, 15 de noviembre de 2001, Corte Constitucional, Colombia (sintetizando los siguientes elementos como componentes del derecho de acceso a la justicia: disposición para los justiciables de procedimientos idóneos y efectivos para determinar sus derechos y obligaciones, la resolución de controversias sin dilaciones, la adopción de resoluciones siguiendo el debido proceso, la existencia de mecanismos que permitan que los pobres puedan acceder a la administración de justicia, la oferta de justicia en todo el territorio nacional). Los aportes de la jurisprudencia ecuatoriana sobre el tema se limitan a las sentencias que he citado previamente.

309 Vicente Gimeno Sendra, “La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional español”, 3, en <<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=3092>>, consulta: 24 de diciembre de 2013 (recogiendo este principio de la doctrina alemana).

expresión de la vigencia del principio dispositivo en materia procesal. Cabe concluir, entonces, que el derecho para someter los conflictos a arbitraje forma parte del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 2008 fue muy clara respecto al significado del arbitraje como mecanismo de acceso a la justicia,³¹⁰ y en la misma línea, podemos ubicar pronunciamientos de varios tribunales internacionales.³¹¹

El derecho a someter los conflictos a arbitraje, constitucionalizado en la Revolución Francesa,³¹² juega un rol importante como elemento del derecho a acceso a la justicia no solo por expandir la gama de mecanismos

310 Ver acta 36 de la Asamblea Constituyente de 2008: “la administración de justicia no se reduce exclusivamente a los órganos de la justicia ordinaria, sino también a los métodos alternativos de administración de justicia como la mediación y el arbitraje [...] es urgente como requisito de un desarrollo integral fortalecer la administración de justicia como verdadera garante de derechos; y además, establecer mecanismos que aseguren que el acceso a la justicia sea equitativo, oportuno, eficiente, intercultural y gratuito. Los medios para alcanzar tales metas comprenden una visión integral tanto de todos aquellos aspectos que tienen que ver con la potestad de administrar justicia, como con los factores externos que influyen en el funcionamiento de los órganos que ejercen dicha potestad. La primera cuestión justifica la concepción más amplia de la Función Jurisdiccional, y no solamente la Función Judicial”.

311 Ver por ejemplo sentencia de 17 de octubre de 2008, Exp. 68-0763, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela: “a través de mecanismos alternos al del procedimiento judicial, se logra el fin del Derecho como lo es la paz social en perfecta conjunción con el poder judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia. A esta óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho de tutela jurisdiccional eficaz [...] En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente el arbitraje”. Ver también sentencia 330/00, 22 de marzo de 2000, Corte Constitucional, Colombia: “No obstante, la garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues precisamente el art. 116 de la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje, los cuales pueden ser ampliados por el Legislador. Al respecto, esta Corte ha dicho que ‘es competencia del legislador, de acuerdo con los parámetros que determine la Carta Política, el fijar las formas de composición de los conflictos judiciales’, los cuales -no sobra aclararlo- no siempre implican el ejercicio de la administración de justicia” y Jaroslav Kudrna, “Arbitration and Right to Access to Justice: Tips for a Successful Marriage”, *Journal of International Law and Politics on Line Forum* (New York University): 2, <<http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/Jaroslav-Kudrna-Arbitration-and-Right-of-Access-to-Justice-NYU-JILP-Feb-2013.pdf>>, consulta: 22 de agosto de 2013 (citando algunas sentencias europeas en las cuales se establece un claro vínculo entre acceso a la justicia y arbitraje).

312 Como se mencionó previamente, la Constitución francesa de 1791, en su capítulo V, art. 1, num. 5, declaró que era derecho de todos los ciudadanos terminar definitivamente sus conflictos por arbitraje. Inspirada en esta norma, la Constitución española de 1812 consagró en su art. 280 que no se podía privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes. Actualmente el art. 43 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, dispone que toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.

de solución de conflictos legalmente admisibles,³¹³ sino por admitir un alto grado de participación de los justiciables en el diseño del proceso,³¹⁴ como se destacó en el capítulo 1. Precisamente el potencial de los MASC para mejorar el acceso a la justicia hizo que Cappelletti y Garth consideren que representan una *tercera ola* en el movimiento de acceso a la justicia,³¹⁵ con clara incidencia en la construcción de un orden más democrático.

A la inversa, si el arbitraje libremente elegido por las partes en materia transigible amplía las posibilidades de acceso a la justicia, bajo el mismo principio, el arbitraje impuesto constituye una restricción a este derecho.³¹⁶ Únicamente por la voluntad de las partes sus conflictos pueden excluirse del ámbito de actuación de la justicia estatal. Dado el carácter oneroso del arbitraje regulado por la LAM así como la restricción de mecanismos de impugnación que implica, parece natural concluir que quienes se someten a este sistema de resolución de conflictos deben escogerlo libremente.

Consiguientemente, la existencia de arbitrajes forzados representa un desafío en la relación entre arbitraje y acceso a la justicia. En estos casos la libertad de los justiciables resulta afectada tanto de forma positiva (pues por ley, deben someterse a arbitraje) y negativa (pues por ley, no pueden solicitar

313 Cappelletti, "Alternative Dispute Resolution Processes": 288 (explicando que entre las opciones que deben ser promovidas a fin de ampliar el acceso a la justicia se encuentran la conciliación, el arbitraje, la mediación y una serie de mecanismos simplificados, incluyendo procesos para pequeñas demandas). Ver también Reuben, "Democracy and Dispute Resolution": 298, <<http://www.jstor.org/stable/27592042?seq=1>>, consulta: 2 de diciembre de 2013: "la democracia requiere sistemas de solución de controversias y la democracia efectiva debe reconocer que este fin puede ser logrado a través de diferentes métodos".

314 Vicenzo Vigoriti, "Acceso a la justicia, sistemas alternativos de solución de conflictos, perspectivas", en Tribunal Arbitral de Barcelona, edit., *Anuario de justicia alternativa*, No. 9 (Barcelona: J.M Bosch, 2008), 124-5, <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/alternativos-oacute-conflictos-perspectivas-57804903>>, consulta: 2 de diciembre de 2013: "Ahorro financiero, velocidad, etc. serían consecuencias positivas de la alternativa, pero la discusión no puede basarse solo en estos criterios. El objetivo es acceso a la justicia y protección de derechos, y los MASC consiguen estos objetivos y con un medio preciso: la oferta de una compartida (junta, 'condivisa') conducta en la disputa (en términos materiales y procesales). Este 'compartir', esencia de los MASC, puede ser alcanzado de muchas formas: En arbitraje, escogiendo los árbitros y garantizándolos autonomía a nivel procesal. La decisión es impuesta, pero las partes aceptan recibirla como final. Esto es impensable en el contexto de un juicio estatal".

315 Cappelletti y Garth, *Access to Justice and Welfare State* (Italia: European University Institute, 1981), 27-46 (distinguiendo tres *olas* configuradoras del movimiento de acceso a la justicia: La primera, consistente en la inclusión de un sistema de ayuda a litigantes carentes de medios; la segunda, relativa a la protección de intereses difusos, emergentes de una sociedad industrial moderna, como consumidores o derechos vinculados con el ambiente, mediante mecanismos procesales como las *class actions* o las acciones colectivas y la tercera, relativa al uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos).

316 Gimeno Sendra, "La validez de los convenios arbitrales de adhesión", 3: "ante el surgimiento de un conflicto regido por el principio dispositivo, tampoco se le puede obligar a nadie a acudir al arbitraje con impositiva exclusión de su derecho fundamental a impetrar la tutela judicial efectiva".

tutela judicial).³¹⁷ Al respecto, la Corte Constitucional colombiana, sosteniendo una argumentación con la que coincido, ha establecido con claridad la vulneración del derecho de acceso a la justicia en caso de arbitrajes forzosos:

no es concebible que por medio de una ley se establezca la obligatoriedad del arbitramento para la resolución de contenciones contractuales, pues de este modo se crea una instancia forzosa que no respeta la libertad de las partes para solucionar sus litigios y restringe indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia.³¹⁸

En Ecuador, la única sentencia referida a la inconstitucionalidad de un caso de arbitraje forzoso³¹⁹ –a la que hice previa referencia en el capítulo 1–, no contiene análisis alguno sobre la afeción del derecho de acceso a la justicia, lo que en mi criterio constituye una grave deficiencia en la argumentación de esta providencia. Más aún, como se vio en el capítulo 1, subsiste algún caso de arbitraje forzoso que contrarían el derecho a escoger el foro que los justiciables consideren más conveniente para la resolución de sus conflictos.

Adicionalmente, el sometimiento contractual a arbitraje en situaciones en las cuales se presenta una asimetría estructural de poder de negociación entre las partes,³²⁰ vuelve discutible la existencia de voluntad real de la parte más débil para someterse a arbitraje, situación que resulta preocupante desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia. El siguiente acápite estudia este aspecto.

317 Eduardo Jequier Lehuédé, “El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”, en *Estudios Constitucionales* 9, No. 2, (Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile / Universidad de Talca), (2011): 464.

318 Sentencia C-060/01, 24 de enero 2001, Corte Constitucional, Colombia. Ver también STC 174/1995, 23 de noviembre de 1995, Tribunal Constitucional, España: (pronunciándose sobre un caso en el que una norma legal establecía la procedencia obligatoria de arbitraje salvo que por unanimidad las partes dispusieron lo contrario: “La autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por lo tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo”). Ver también Gimeno Sendra, “La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional español”, 4, nota al pie de página 10 (presentando una síntesis de las sentencias del Tribunal Constitucional español que han reiterado la doctrina de libre acceso a los tribunales).

319 Res. 193-2000-TP, TC, ROS, I, No. 234, 29 de diciembre 2000.

320 Ver Mayer, *The Dynamics of Conflict Resolution*, 50-60 (sosteniendo que el poder, en términos de solución de conflictos, implica la “habilidad de solventar las necesidades y conseguir las metas propias” (p. 50) y distinguiendo entre *poder estructural*, referido a recursos objetivos que pueden ejercerse por una parte –prerrogativas legales, autoridad formal, información, recursos económicos o temporales, la habilidad de imponer sanciones o premios– y *poder personal*, referido a las habilidades de cada individuo que permiten enfrentar un proceso de negociación). En el presente estudio, me refiero a asimetrías estructurales de poder de negociación.

El sometimiento a arbitraje en situaciones de asimetría estructural de poder de negociación

Sin dudas, el ámbito en el cual el sistema arbitral ha tenido mayor incidencia es el comercial. Sin embargo, como se analizó, las leyes contemporáneas de arbitraje –incluida la LAM– le confieren a este sistema de solución de conflictos un alcance que se extiende más allá de lo mercantil. En consecuencia, el uso de cláusulas arbitrales ha proliferado en los últimos tiempos para una multitud de conflictos, aun “meramente domésticos o de escasa magnitud pecuniaria”.³²¹

La ampliación de materias arbitrables ha traído consigo la preocupación sobre la conveniencia jurídica de incorporar cláusulas arbitrales en contratos cuya formación tiene lugar en el seno de relaciones caracterizadas por asimetrías estructurales de poder de negociación, como ocurre generalmente en las relaciones contractuales que se establecen mediante contratos de adhesión entre proveedores y consumidores o en los contratos individuales de trabajo. El análisis del sometimiento a arbitraje en estos casos es indispensable dentro de un estudio contemporáneo de la relación entre justicia arbitral y derecho de acceso a la justicia, en el que no puede obviarse que “las dificultades experimentadas por las personas para acceder a la justicia y para ejercer sus derechos se debe en parte a su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad”.³²²

Los siguientes acápites se concentran en los desafíos para el derecho de acceso a la justicia que se plantean en el sometimiento a arbitraje por parte de consumidores y de trabajadores.

La sujeción a arbitraje en contratos de adhesión con consumidores

- *El debate sobre la validez del consentimiento en las cláusulas arbitrales incorporadas en contratos de adhesión entre proveedores y consumidores*

La dinámica del tráfico mercantil contemporáneo, marcada por la necesidad de ofertar masivamente bienes y servicios estandarizados, ha favorecido una forma de contratación que tiene lugar mediante cláusulas predispuestas,³²³ las cuales determinan el contenido de los contratos de

321 Roque Caivano, *La cláusula arbitral: Evolución histórica y comparada* (Bogotá: UR, 2011), 269.

322 Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis, “Comentarios sobre las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, 24, <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf>>, consulta: 21 de febrero de 2016.

323 Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual* (Buenos Aires: Zavalia, 2005), 185 (explicando que en la doctrina alemana, en lugar de hablar sobre cláusulas predispuestas y contratos de adhesión, expresión de origen francés, se habla de condiciones generales de contratación, y que en algunos casos, se usa indistintamente la referencia a

adhesión.³²⁴ A su vez, entre los contratos de adhesión, aquellos celebrados con consumidores³²⁵ son los que exigen mayor atención, dados los desequilibrios de orden económico y técnico que deben enfrentar generalmente frente a sus proveedores.³²⁶

La relativización de la autonomía de la voluntad en la formación de los contratos de adhesión así como de la obligatoriedad de sus efectos contractuales ha planteado cuestionamientos de fondo a la teoría de los contratos. A la luz de los principios individualistas que informaron el movimiento codificador del siglo XIX,³²⁷ la normativa de los códigos civiles sobre formación

cláusulas predisuestas o condiciones generales de contratación). Ver también Lourdes Tejedor Muñoz, "Incorporación contractual de las condiciones generales (Ley española de 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación)", *Revista de Derecho Comparado*, año 2000, No. 2 (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni), (2000): 11 (basándose en la normativa española, extrae tres elementos que definen una condición general de contratación: "ser cláusulas *predisuestas* cuya incorporación al contrato es *impuesta* por una de las partes, habiéndose redactado con la finalidad de ser incorporadas a una *pluralidad* de contratos").

- 324 Art. 2. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC): "Contrato de adhesión. Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido". La doctrina reconoce como elemento central de la noción de contrato de adhesión la imposición por parte del predisponente del contenido contractual. En este sentido, ver por ejemplo Moisés, *La autonomía de la voluntad*, 185; Rubén Stiglitz, *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994), 25-9; José Antonio Moreno Rodríguez, "Cláusulas contractuales abusivas en el derecho paraguayo", *Revista de Derecho Comparado* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000): 141.
- 325 Art. 2. LODC: "Consumidor.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario". Sobre el concepto de consumidor ver por ejemplo José Pascual Fernández Gimeno, "Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica", en María José Reyes López, coord., *Derecho de Consumo*, 2a. ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 67-8 (distinguiendo entre *consumidor jurídico* –quien realiza el negocio jurídico de adquisición de un producto o servicio– y *consumidor material* –quien utiliza, usa o disfruta tal producto o servicio–). La LODC enfatiza en la noción de consumidor desde la perspectiva material.
- 326 Moisés, *La autonomía de la voluntad*, 196 (refiriéndose a factores objetivos –*desequilibrio económico*– y factores subjetivos –*desequilibrio técnico*– como inherentes a los contratos con cláusulas predisuestas); Carlos Maluquer de Motes Bernet, "Cuestiones flexibles en materia de arbitraje de consumo", en Leticia García Villaluenga, dir., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, t. II (Madrid: Reus, 2010), 50 (definiendo al derecho de consumo como un movimiento renovador del Derecho, que rompe con la concepción liberal del contrato, atendiendo justamente a la vulnerabilidad de los consumidores); Rafael Verdura Server y Carlos Esplugues Mota, "Del convenio arbitral y sus efectos", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 442-50 (explicando el tratamiento diverso que en la legislación española se da a las cláusulas predisuestas incorporadas en contratos de adhesión con intervención de consumidores y sin intervención de consumidores, siendo las primeras las que generan mayores resguardos del ordenamiento jurídico) y Caivano, *La cláusula arbitral*, 284.
- 327 José Carlos Fernández Rozas, "El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito de su segundo centenario", en *El derecho internacional en tiempos de globalización: Libro en homenaje a Carlos Febres Poveda* (Mérida: Universidad de los Andes, 2005),

del consentimiento se edificó sobre la presunción de que la contratación se realizaba siempre libremente entre partes con igual poder de negociación, y de que, por lo tanto, lo contratado era ineludiblemente ley para las partes. Frente a esta ficción legal, la realidad de la contratación masiva implica el uso cada vez más frecuente de contratos en los cuales la parte con mayor poder de negociación es la que define su contenido. En estos casos, la autonomía de la voluntad se atenúa de tal forma que el contratante solo puede decidir si adherirse o no al conjunto de condiciones predeterminadas y puesto que la parte más fuerte puede sentirse tentada a imponer condiciones arbitrarias, el alcance del *pacta sunt servanda* también se contrae.³²⁸ Consecuentemente el contenido de contratos de adhesión, particularmente cuando intervienen consumidores, admite mayor margen de revisión, el cual puede llegar inclusive al desconocimiento de la validez de ciertas previsiones contractuales.³²⁹ El cambio de paradigma ha sido entendido por parte de la doctrina como una *crisis del contrato*, fenómeno que cuestiona la validez de la definición del contrato como *acuerdo de voluntades* y sus efectos como *ley para las partes*.³³⁰

En este contexto, la doctrina ha promovido diversas aproximaciones a la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión. Hay quienes consideran que al existir la imposición unilateral de su contenido, no existe consentimiento de la contraparte y por lo tanto, no llega a configurarse un contrato.³³¹ Sin embargo, la tesis con mayor aceptación –con la cual concuerdo–,

176-7, <<http://eprints.ucm.es/6554/>>, consulta: 25 de diciembre de 2013 (analizando la influencia decisiva del movimiento codificador y de su obra cumbre, el Código Napoleónico, en la formación del derecho en las colonias latinoamericanas que alcanzaron su independencia y explicando como el Código Bello, fundamento para el Código ecuatoriano, adoptó en materia patrimonial el modelo individualista del Código Napoleónico, mientras que en materia de familia, incluyó normas de origen español).

328 Rubén Stiglitz, “El nuevo orden contractual en el proyecto de Código Civil”, <<http://www.nuevocodigocivil.com/un-nuevo-orden-contractual-en-el-proyecto-de-codigo-civil-por-rubenstiglitz/>>, consulta: 25 de diciembre de 2013. Ver también Eduardo Enrique Sisco, “La buena fe y los contratos de adhesión”, en Marcos M. Córdoba, dir., *La buena fe en el Derecho*, vol. 1 (Buenos Aires: La Ley, 2004), 410; Maluquer de Motes Bernet, “Cuestiones flexibles en materia de arbitraje de consumo”, 50.

329 Art. 43, LODC (estableciendo una lista de cláusulas prohibidas en contratos de adhesión que se celebran con consumidores, que se entienden nulas de pleno derecho).

330 Carlos Soto, “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, 3-4, <<http://www.latinlex.com/ar/contenidos/doctrinas30.htm>>, consulta: 18 de abril de 2014; Robert A. Hillman, “The Crisis in Modern Contract Law”, *Cornell Law Faculty Publications*, <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/566>>, consulta: 18 de abril de 2014 y Moisés, *La autonomía de la voluntad*, 166 (sosteniendo que ha existido una transformación de los elementos del contrato y que no es posible defender la existencia de una crisis del contrato).

331 Moisés, *La autonomía de la voluntad*, 187-92 (resumiendo las llamadas *tesis unilateralistas*, atribuidas principalmente a Raymond Saleilles –tesis de manifestaciones unilaterales de voluntad paralelas– y a León Duguit –tesis del establecimiento unilateral de un estado de hecho general y permanente–).

ha admitido su naturaleza contractual. Esta es la posición asumida por algunos pronunciamientos de la CSJ³³² y de tribunales arbitrales nacionales,³³³ los cuales coinciden con la justificación teórica que distingue entre *libertad de conclusión* y *libertad de configuración*. La primera, relativa a la posibilidad de contratar o no así como de escoger con quién contratar y la segunda, relativa a la posibilidad de dotar de contenido al contrato, es decir, negociar su clausulado y de ser el caso, modificarlo durante su vigencia.³³⁴ Bajo este razonamiento, en los contratos de adhesión se produce una privación de la libertad de configuración del contrato para el adherente, pero subsiste la libertad de conclusión³³⁵ y consecuentemente, la concurrencia de voluntades.

Aun admitiendo la validez del consentimiento en contratos de adhesión, la incorporación de cláusulas arbitrales en tales contratos ha sido motivo de especial preocupación. Al respecto, cabe distinguir dos posiciones:

332 Ver Res. 204-2001, 24 de mayo de 2001, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, *RO*, No. 364, 9 de julio de 2001: “Segundo: La formación normal de un contrato es aquella que supone una deliberación y discusión de sus cláusulas, hechas por personas que gozan de plena libertad para consentir o disentir. Este esquema típico de contrato tiene una modalidad que es el contrato de adhesión en el cual la fase de negociación del contrato ha quedado eliminada, puesto que una de las partes fija prolijamente todas y cada una de las cláusulas, de tal suerte que a la otra no le queda otra libertad que la de dar su consentimiento o rechazar el contrato. Hay autores que incluso niegan la naturaleza contractual de tales relaciones jurídicas, con el argumento de que se trata de un acto unilateral de una persona o institución privada, cuyos efectos una vez ocurrida la aceptación continúan produciéndose por la sola voluntad del oferente. La doctrina predominante, con la que coincide esta Sala, le reconoce carácter contractual; la circunstancia de que no haya discusión de las cláusulas, que una de las partes puede aceptar o rechazar, no elimina el acuerdo de voluntades, porque la discusión no es la esencia del contrato, lo esencial es que las partes estén de acuerdo con la oferta o que exista una declaración de voluntad común”. Ver también Res. 158-07, 2 de abril de 2007, CSJ, Sala de lo Contencioso Administrativo, *ROS*, No. 339, 17 de mayo de 2008: “Tercero: El hecho que se trate de un contrato de adhesión, de ninguna manera significa o implica que se exonere a las partes y específicamente al contratista del cumplimiento de sus obligaciones y menos que a una declaración u obligación expresamente señalada en los documentos del contrato se pueda calificar de irrita, o lo que es lo mismo decir que es inválida o que carece de fuerza u obligación de cumplirla. El contrato es un acuerdo de voluntades por el cual se establecen derechos y obligaciones entre las partes a cuyo cumplimiento estas pueden ser compelidas, tanto es así que el Código Civil en el citado art. 1561 anterior (1588) dispone que el contrato es ley para los contratantes y resulta antijurídico sostener que, porque se trata de un contrato de adhesión, alguna de sus estipulaciones es irrita”.

333 Ver por ejemplo laudo 053-06, 23 de junio de 2008, CAC-CCG, en AMCHAM / USFQ, *Gaceta Arbitral*, No. 1, 282: “7.- [...] la discusión de la oferta no es presupuesto indeclinable del contrato, como no lo es tampoco la mera posibilidad de discutirla: al destinatario del contrato le queda siempre la alternativa de aceptarla o rechazarla. Si estuviera realmente constreñido a aceptarla sí existiría razón valedera para dejar sin efecto el acuerdo. Pero desde el momento en que se firma el acuerdo, aun cuando las cláusulas fueron predisuestas, se ha manifestado la aceptación de las partes que pone en evidencia una doble voluntad: la del oferente o predisponente y la del adherente, y los efectos jurídicos de ese contrato quedan delimitados por la voluntad de ambos”.

334 Moisés, *La autonomía de la voluntad*, 128-33.

335 *Ibid.*, 249.

• *La negación de validez de las cláusulas arbitrales integradas en contratos de adhesión con consumidores.* Desde esta perspectiva, el sometimiento a arbitraje en contratos de adhesión violenta “no solo el principio de la autonomía de la voluntad, sino también el valor constitucional de la ‘libertad’, y el derecho fundamental a la tutela efectiva en su primera manifestación de libre acceso a los tribunales”.³³⁶ Para algunos, el arbitraje así desfigurado puede lesionar el orden democrático, dada la frustración de los ciudadanos y la consecuente pérdida de confianza en el sistema jurídico³³⁷ que se produce cuando los sectores más vulnerables perciben que el Estado admite, mediante el reconocimiento de la validez de cláusulas arbitrales impuestas en contratos de adhesión, que se les obliga a reclamar sus derechos en foros que pueden resultar inaccesibles por varias razones como su carácter oneroso, la ubicación de los centros de arbitraje y la reducción de posibilidades de impugnación.

En Europa, esta posición es sostenida por ejemplo, por la ley sueca de arbitraje³³⁸ y por la ley austriaca de arbitraje,³³⁹ las cuales solo admiten la celebración de acuerdos arbitrales entre proveedores de bienes y servicios y consumidores en forma posterior al surgimiento de la disputa. A nivel jurisprudencial, algunos tribunales españoles han considerado nullos los pactos arbitrales distintos a aquellos que someten a los justiciables al Sistema Arbitral de Consumo, regido por reglas particularísimas.³⁴⁰ En Latinoamérica, esta tendencia se ha reflejado, por ejemplo, en algunos

336 Gimeno Sendra, “La validez de los convenios arbitrales de adhesión”, 4-5.

337 Reuben, “Democracy and Dispute Resolution”: 309 (sosteniendo que el arbitraje impuesto trae “serias consecuencias para la democracia sobre el tiempo, empezando por la frustración de la gente para tener su día en Corte. La teoría emergente de la confianza interpersonales y de las relaciones institucionales sugiere que la frustración de expectativas relacionadas con acceso a la ley y cortes puede llevar a una pérdida de confianza en las cortes y en el derecho, contribuyendo con la erosión del capital social necesario para una vibrante y efectiva democracia”).

338 Sección 6, inc. 1, Ley de Arbitraje de 1999, Suecia: “Cuando una disputa entre una empresa y un consumidor se refiera a bienes, servicios y cualquier otro producto provisto para uso privado, un acuerdo arbitral no puede ser invocado cuando fue pactado en forma previa a la disputa”.

339 Sección 617, parágrafo 1, Ley de Arbitraje de 2006, Austria: “1. Los convenios de arbitraje entre empresas y consumidores serán válidos únicamente para disputas que ya se han producido”.

340 Raúl Jiménez, “El convenio arbitral: los requisitos para su existencia y validez. Fuentes normativas y panorama jurisprudencial español”, en *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 61-2: “Los tribunales españoles se han pronunciado de forma unánime y reiterada respecto a la nulidad de los laudos arbitrales basados en un convenio arbitral incluido en un contrato de adhesión en el que la parte adherente era un consumidor [...] y los Tribunales han acogido de oficio la nulidad del laudo, en otras palabras, aun cuando ninguna de las partes lo había impugnado [...] basándose en que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, o que el laudo era contrario al orden público”. Posteriormente (p. 63), el autor explica cómo este razonamiento ha diferido radicalmente al tratarse de contratos de adhesión en los cuales no han intervenido consumidores.

pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de Panamá³⁴¹ y de la Corte Constitucional colombiana. Esta última decidió la inexequibilidad de normas que permitían el establecimiento de cláusulas arbitrales en contratos que instrumentaban créditos para vivienda. Por la relevancia del razonamiento con relación a la materia de estudio transcribo la parte más importante de tal sentencia:

también resulta ostensiblemente inconstitucional que una de las partes tenga la efectiva capacidad de sustraer de manera absoluta esta clase de procesos del normal conocimiento de la justicia ordinaria. El art. 116 de la Constitución, al prever la posibilidad del arbitramento, lo contempla como extraordinario, puesto que, además de hacerlo transitorio, exige la “habilitación” por las partes, lo que significa que, por definición, debe ser convenido, no impuesto, y con base en el principio que obliga al juez –con mayor razón al de constitucionalidad– a velar por la prevalencia del Derecho sustancial (art. 228, C.P.), esta Corte no puede pasar inadvertida la circunstancia del desequilibrio efectivo entre los contratantes en los préstamos hipotecarios, ni la falta de reglas claras en la normatividad objeto de examen, que permitieran llegar a genuinos y reales acuerdos en un plano de igualdad.

Debe advertir la Corte que lo dicho no implica la condena de los pactos arbitrales per se, pues tales cláusulas y los tribunales de arbitramento, como mecanismos alternativos de solución de conflictos, constituyen valioso instrumento para alcanzar el orden y la paz sociales, siempre y cuando se cumpla con la indispensable condición de efectividad consistente en que las partes en controversia tengan plena libertad para decidir acerca de si acuden o no a ese medio, y nunca porque así lo imponga la parte más fuerte, porque entonces dicha figura pierde su razón de ser, resulta distorsionada su finalidad y a la postre se convierte en motivo adicional de querrela social, pues es muy probable que la parte que se ha visto obligada a acudir a la justicia arbitral –por fuerza de las aludidas circunstancias de debilidad– desconozca su legitimidad.³⁴²

En síntesis, bajo esta línea de pensamiento, la sujeción a arbitraje por parte de los consumidores debería darse siempre con posterioridad al surgimiento del conflicto, pues solo en este caso el consumidor estaría en capacidad de expresar libremente su consentimiento, al no sentirse obligado por la necesidad de acceder a determinados bienes o servicios.

341 Solano, “Tutela judicial en Centroamérica”, 110 (citando una sentencia de 13 de diciembre de 2001, Corte Suprema de Justicia, Panamá: “En efecto, la sentencia de 29 de octubre de 1992, del Pleno de la Corte Suprema, expedida precisamente en torno al tema del arbitraje, reconoce que el art. 32 también incluye el derecho a la tutela judicial. Esta sentencia señala que “la resolución del Ministerio de Comercio e Industrias que ha sido impugnada también infringe el art. 32 de la Constitución, porque al hacer obligatoria la cláusula compromisoria en contratos de adhesión, impide el acceso a los tribunales de justicia a la parte que lo considere necesario para defender sus derechos. El art. 32 que consagra la garantía del debido proceso, también contiene el derecho a la tutela judicial, la cual se cierra a la parte más débil en el contrato de adhesión, como consecuencia de la resolución administrativa cuya inconstitucionalidad se impetra”).

342 Sentencia C-1140/00, 30 de agosto de 2000, Corte Constitucional, Colombia.

• *La admisión de la validez de cláusulas arbitrales incorporadas en contratos de adhesión.* Desde otra óptica, se aplica a las cláusulas arbitrales el mismo razonamiento que permite deducir la validez de los contratos de adhesión. Es decir, bajo este enfoque, las cláusulas arbitrales constituyen una expresión de la libertad de conclusión del contrato, aunque esta aproximación admite variados matices.

En la línea que podría definirse como más liberal, se encuentra la posición asumida por varias sentencias estadounidenses desde los años 80, en las cuales se consideran válidas sin más las cláusulas arbitrales insertas en contratos de adhesión entre proveedores y consumidores, llegando inclusive a admitirse la validez de cláusulas que no han sido firmadas.³⁴³ Este razonamiento, que consiste en un extremo poco deseable, ha perdurado en el tiempo a pesar de la fuerte crítica de algunos círculos académicos y profesionales.³⁴⁴ En tal aproximación subyace el argumento de que favore-

343 Ver por ejemplo Jean Sternlight, "Creeping Mandatory Arbitration: Is it Just?", *Stanford Law Review* 57, No. 5 (abril de 2006): 1636-42, <<http://www.jstor.org/stable/40040228>>, consulta: 2 de diciembre de 2013 (explicando, a partir de un análisis histórico de jurisprudencia norteamericana, cómo las cortes han admitido arbitrajes impuestos en contratos de adhesión y en contratos laborales desde los 80, en contra de la doctrina que primaba previamente, la cual consideraba al arbitraje como un mecanismo apto para solución de conflictos entre empresas, y cómo gran parte de la industria norteamericana ha optado por imponer cláusulas arbitrales a sus consumidores y empleados, que si bien están escritas, al tenor de la interpretación realizada en cortes, no requieren siquiera estar firmadas); David Schwartz, "Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumers Right Claims in the Age of Compelled Arbitrations", *Wisconsin Law Review*, No. 33 (1997): 54, <<http://ssrn.com/abstract=1499953i>>, consulta: 14 de noviembre de 2014 (refiriéndose a la expansión del uso de cláusulas arbitrales antes del surgimiento de las controversias debido al clima favorable creado por los fallos de la Corte Suprema de Justicia estadounidense); Juan Pablo Cárdenas Mejía, "El arbitraje en materia de consumo", 1-2, <<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rc=1&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&ved=0CDQQFjAC&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F18041107%2F307658616%2Fname%2FARBITRAJE%2BDE%2BCONSNUM%2BFINAL.rtf&ei=ZoHBUry0JsTnkAfxWw&usg=AFQjCNHiSrtbkq4YOiYqFdpM6-TgjllrA>>, consulta: 30 de diciembre de 2013 (estableciendo que, como excepción, en algunos casos se han reconocido mecanismos para defensa de los consumidores frente a cláusulas impuestas en contratos de adhesión, como la aplicación de la doctrina de la unconscionability, más que a nivel procesal –que implica un análisis de que el justiciable se haya querido someter al contrato–, a nivel material –que lo pactado sea justo–); Thomas Stipanowich, "Arbitration: 'The New Litigation'", *Pepperdine University Legal Studies Research Paper*, No. 2009/15, 38, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1297526#>, consulta: 23 de agosto de 2013 (destacando la posición favorable a la ejecución de cláusulas arbitrales en contratos de consumo que ha sido adoptada por las cortes norteamericanas).

344 Ver por ejemplo Jean Sternlight "Rethinking the Constitutionality of the Supreme Courts Preference for Binding Arbitration: A Fresh Assessment of Jury Trial, Separation of Powers and Due Process Concerns", *Tulane Law Review*, No. 72 (noviembre de 1997), (llamando la atención sobre posibles violaciones a derechos procesales constitucionales en casos de arbitrajes impuestos a partes contractualmente débiles); Sarah Rudolph Cole, "Arbitration and State Action", *Brigham Young University Law Review* 1 (2005): 1 (resumiendo las inquietudes de críticos del uso del arbitraje en contratación masiva, ante la posibilidad de que la parte con mayor poder

cer al arbitraje sobre la litigación en cortes estatales constituye una política pública digna de promoverse en toda situación.

Por otra parte, la Unión Europea ha cultivado una perspectiva diferente, que si bien admite la validez de cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhesión, exige mayores resguardos para proteger el acceso a la justicia del consumidor. En este sentido, la Directiva 93/13/CEE,³⁴⁵ estableció que una cláusula es abusiva, y por lo tanto no ejecutable, cuando está encaminada a “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales, en particular obligándole [al consumidor] a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas”.³⁴⁶ Pese a la ambigüedad de este texto, que merece ser criticada,³⁴⁷ de él se infiere el reconocimiento condicionado de la validez de las cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhesión con consumidores, pues estas se con-

de negociación imponga condiciones procesales muy favorables para ella en desmedro de la situación de la contraparte débil); Kenneth Curtina, “Judicial Review of Arbitration Awards”, *Dispute Resolution Journal* (ABA), (enero de 2001): 57 (explicando que las cortes norteamericanas no han permitido la anulación de laudos bajo el argumento de que las cláusulas arbitrales han sido impuestas como contratos de adhesión); Christine Riefa, “Uncovering the Dangers Lurking below the Surface of European Consumer Arbitration”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, t. II (Madrid: Reus, 2010), 140 (detallando varios efectos que considera *perversos* en la experiencia jurisprudencial americana por la infertilización del *case law*, en el sentido de que si los casos van a arbitraje, las cortes no pueden ejercer su rol de unificadoras e intérpretes de la legislación; la violación de derechos de los consumidores; la inhabilitación de demandas colectivas y concluyendo que (p. 141) “el arbitraje está dejando de ser solo una forma de MASC para convertirse en un camino para la modificación –por la puerta de atrás– de derechos sustantivos de los consumidores”). Las inquietudes sobre la incorporación de cláusulas arbitrales en contratos de consumo han sido tan significativas en Estados Unidos, que se han propuesto varios proyectos de ley orientados a impedir que las cláusulas arbitrales impuestas en contratos de consumo sean ejecutables. La última versión del proyecto de la Arbitration Fairness Act a fin de prohibir la ejecución de cláusulas arbitrales establecidas con anterioridad a las disputas en los contratos con consumidores, trabajadores, conflictos relativos a derechos civiles y derecho antitrust se introdujo en abril de 2015. Ver <<https://www.govtrack.us/congress/bills/114/hr2087>>, consulta: 26 de diciembre de 2015. Adicionalmente, abundante material sobre la lucha de varias organizaciones sociales contra el arbitraje impuesto a consumidores y grupos vulnerables puede ser encontrado en Alliance for justice, <<http://bit.ly/10dd55w>>, consulta: 30 de diciembre de 2013. En contra, Omri Ben-Shar, “The Myth of Access-to-justice in Consumer Law”, *Research Paper*, No. 628 (<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2197013>, consulta: 23 de agosto de 2013 (defendiendo que deben distinguirse varias clases de consumidores y que el acceso a cortes estatales es usado solo por los más sofisticados).

345 De 5 de abril de 1993, Diario Oficial L 95, 21 de abril de 1993.

346 Lit. q) del Anexo (cláusulas contempladas en el apartado 3, art. 3.1) de la Directiva 93/13/CEE, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:ES:NOT>>, acceso 30.12.2013. A su vez, el art. 3.1. de esta Directiva dice: “las cláusulas que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

347 Riefa, “Uncovering the Dangers”, 139.

sideran válidas y por lo tanto libremente consentidas, siempre que pueda entenderse que se celebraron de buena fe. En estos casos, la buena fe se vincula con el suministro de información adecuada al consumidor y con la inexistencia de condiciones contractuales desequilibradas.³⁴⁸

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la LODC y su reglamento general³⁴⁹ (RGLODC), inspirados en la normativa comunitaria europea de protección al consumidor, también han admitido la validez del sometimiento a arbitraje en contratos de adhesión *siempre que el consumidor manifieste expresamente su consentimiento*.³⁵⁰ Para tal efecto, el RGLODC permite que el consentimiento del consumidor para someterse a arbitraje o mediación se manifieste “mediante una ratificación impresa debajo de la cual suscriba el consumidor, o con una señalización en un casillero, de la que se desprenda la aceptación para someterse a arbitraje, o cualquier fórmula que permita entender inequívocamente la aceptación expresa de cualquiera estos procedimientos por parte del consumidor” (art. 40). Al respecto, la CSJ destacó en los siguientes términos la amplitud de forma que se admite para la ratificación ordenada en el RGLODC:

La simple lectura de estas disposiciones [art. 43, LODC y art. 40, RGLODC] nos llevan a concluir que aquello que quiso prohibir el Legislador es la “imposición” de un mecanismo al consumidor, en forma unilateral y abusiva, por parte del proveedor de servicios, que quedaría exento de esa obligación; mientras que al redactarse el reglamento se facilitó la expresión del consentimiento admitiendo inclusive que este podría deducirse de la simple, más bien simplísima señalización en un casillero. Lo cual permite concluir que de ninguna manera la ley pretende obstaculizar la utilización del procedimiento arbitral, ni exigir para su empleo requisitos formales complejos, pues se trata de un mecanismo para la solución [sic] que inclusive está reconocido en el art. 191 [actualmente 190] de la Constitución.³⁵¹

348 Moisés, *La autonomía de la voluntad*, 237.

349 Decreto 1314, RO, No. 287, 19 de marzo de 2001.

350 Art. 43, num. 4, LODC: Cláusulas prohibidas.- “Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento.” Sobre la necesidad de admitir la validez de los contratos de adhesión para no paralizar el tráfico mercantil y de contemplar mecanismos de protección al consumidor por parte más débil, entre ellos el sistema de cláusulas abusivas, ver la sentencia 003-11-SCN-CC, RO, No. 396, 2 de marzo de 2011.

351 Res. 261-2003, 3 de octubre de 2003, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 262, 29 de enero de 2004. En esta sentencia, la CSJ conoció un caso anterior a la promulgación de la LODC y en lo principal, consideró como válida una cláusula arbitral contenida en cláusulas generales de una póliza de seguro, a pesar de la alegación de que tales cláusulas no habían sido suscritas por el contratante adherente. La posición pro arbitraje de la CSJ en este caso, contrasta con la solución adoptada en otros contextos, como el argentino, en el cual el legislador ha llegado a prohibir el uso de cláusulas arbitrales incluidas en pólizas de seguro. Ver art.

En suma, el reconocimiento de la validez del sometimiento a arbitraje en contratos de adhesión con consumidores admite el mismo razonamiento aplicable al resto de provisiones contractuales predispuestas, que se sintetiza en la existencia de consentimiento de los adherentes en términos de ejercicio de la libertad de conclusión³⁵² –salvo en casos de que se trate de bienes o servicios insustituibles prestados por proveedores que ejercen monopolio, caso en el cual solo debería permitirse el sometimiento a arbitraje entre proveedor y consumidor una vez surgida la controversia–. Sin embargo, siendo evidente la situación de vulnerabilidad que enfrentan los consumidores y su privación de la libertad de configuración contractual, el reconocimiento de los efectos de la sujeción a arbitraje no es absoluto, pues está condicionado a que la cláusula arbitral predispuesta se ajuste a los postulados de la buena fe contractual y a que el convenio arbitral no inhiba el acceso a la justicia de los consumidores. A continuación, se plantean algunas medidas idóneas a fin de precautelar los derechos de los consumidores que suscriben contratos de adhesión contentivos de cláusulas arbitrales.

- *Planteamientos para salvaguardar el acceso a la justicia de consumidores que se someten a arbitraje en contratos de adhesión*

Dada la situación de vulnerabilidad de los consumidores, es necesario que la normativa establezca parámetros a ser observados, tanto al momento de la suscripción del contrato de adhesión contentivo del convenio arbitral como en la etapa procesal, una vez presentado el conflicto entre proveedor y consumidor.

1. A nivel sustantivo, la validez de cualquier estipulación contenida en un contrato de adhesión, incluyendo la cláusula arbitral, debe estar condicionada a la existencia de buena fe, que implica la ausencia de desequilibrios importantes en las obligaciones que asumen las partes y la debida información a los contratantes. En este orden de ideas, la ley debería considerar explícitamente como cláusulas abusivas, y por lo tanto, no escritas, aquellas que estén orientadas a:

57, Ley de Seguros No. 17.418, Argentina: “son nulas las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza”. Si existe un adecuado estándar de protección al consumidor para contratos de adhesión en general, basta con que el contrato de seguros se someta a este estándar, lo que debe ser vigilado por la autoridad de control correspondiente, que en Ecuador es actualmente la Superintendencia de Compañías.

352 Coincido en este aspecto con el profesor Caivano. Ver Caivano, *La cláusula arbitral*, 318: “Si la prohibición [de que pactar arbitraje en contratos de adhesión] se justificara en que el arbitraje debe ser libremente pactado y que tal libertad no existe en esta clase de contratos, idénticos argumentos caben con relación a todas y cada una de las cláusulas del contrato”.

- Obligar al consumidor a litigar en un sitio distinto al de su domicilio, de tal forma que se dificulte sensiblemente su acceso a la justicia. Al respecto, Caivano explica que se han configurado dos tendencias: una que niega en cualquier caso que los consumidores puedan renunciar domicilio y otra –con la cual coincido–, que sugiere que se efectúe un análisis caso por caso, a fin de determinar cuándo se generan realmente perjuicios al consumidor al renunciar domicilio.³⁵³

- Mermar la neutralidad de los árbitros. Las cláusulas arbitrales pactadas en contratos de adhesión afectan la neutralidad de los árbitros cuando permiten que el predisponente los designe unilateralmente.³⁵⁴ A fin de prevenir esta situación, la legislación chilena de protección al consumidor,³⁵⁵ por ejemplo, ha establecido la obligación del proveedor de informar por escrito al consumidor de su derecho a recusar a cualquier árbitro que se haya impuesto unilateralmente por el proveedor en una cláusula arbitral incluida en un contrato de adhesión, restricción legal a la libertad de contratación que tiene por finalidad garantizar la independencia de los árbitros.

353 Caivano, *La cláusula arbitral*, 282. La limitada extensión territorial del Ecuador y la cercanía que en ocasiones pueden tener distintos lugares considerados legalmente como domicilios diferentes, justifica que sea el juzgado el que en cada caso decida si existe afectación al derecho de acceso a la justicia ante la renuncia de domicilio por parte del consumidor.

354 Sobre este tema ver, por ejemplo, Caivano, *La cláusula arbitral*, 319.

355 Ver art. 16, lit. g), Ley No. 19.496 de 1997, Normas de protección de los derechos de los consumidores, Chile: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales./ Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales./ En todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, conforme a lo establecido en el inciso anterior. Lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente.” Ver también Alejandro Romero Seguel, “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”, en *Revista Chilena de Derecho* 28, No. 3 (julio-septiembre de 2001): 517-8, <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/41613203?uid=2&uid=4&sid=21103176014877>>, consulta: 26 de diciembre de 2013 (destacando la protección de pequeñas empresas antes cláusulas abusivas y explicando para el efecto, que al amparo de la normativa de competencia, se han desconocido cláusulas arbitrales pactadas entre empresas entre las cuales no existe relación productor-proveedor, cuando ha existido abuso de posición dominante de la parte que imponía a la otra el árbitro. Coincidió con la necesidad de evitar esta manifestación de abuso de posición de dominio cuando la empresa a la que se le impone la cláusula arbitral se encuentra en una relación de dependencia económica).

Aunque la necesidad de que los árbitros no sean designados unilateralmente por una de las partes ha empezado a destacarse en los laudos ecuatorianos,³⁵⁶ y aunque la prohibición de alterar contractualmente las condiciones de neutralidad de los árbitros podría eventualmente enmarcarse en el art. 43, num. 8, LODC,³⁵⁷ resulta conveniente que la normativa se refiera específicamente a este aspecto, prohibiendo que el predisponente designe unilateralmente al tribunal arbitral.

Adicionalmente, otra situación que debería evitarse es que los consumidores no reparen en el contenido de cláusulas arbitrales. Este es un aspecto que requiere más atención que aquella que se le ha dispensado en el ordenamiento jurídico nacional. La LODC (art. 43, num. 4) exige una aceptación *expresa* del convenio arbitral, la que puede conseguirse de múltiples formas, al tenor de lo dispuesto en el RGLODC (art. 40), norma previamente citada. Para algunos, tal aceptación puede ser asumida por la simple suscripción del contrato contentivo del convenio arbitral,³⁵⁸ aunque pareciera que el espíritu del RGLODC es el de obtener una ratificación del convenio arbitral. Este aspecto evidentemente requiere ser aclarado.

Finalmente, es necesario reconocer que el consumidor promedio se enfrenta al desconocimiento de los efectos de la suscripción de un convenio arbitral, y en este contexto, el citado art. 40, RGLODC resulta insuficiente para remediar el problema de la asimetría de información entre las partes con relación al efecto procesal del arbitraje.³⁵⁹ Es importante entonces que

356 Ver por ejemplo laudo 009-09, 15 de septiembre de 2011, CAC-CCG, en *Gaceta Arbitral*, No. 1, 156: "13. [...] lo importante es que la constitución del órgano arbitral (unipersonal o pluripersonal) no quede sujeto a la sola voluntad de una de las partes".

357 Art. 43, num. 8, LODC: "Cláusulas prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: 8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas".

358 Ver por ejemplo laudo 053-06, de 23 de junio de 2008, CAC-CCG, en *Gaceta Arbitral*, No. 1, 282: "7.- Hemos afirmado que el contrato en estudio no es un contrato de adhesión, pero aunque lo fuera, tal circunstancia en nada afectaría la inclusión de una cláusula arbitral redactada unilateralmente por una sola de las partes, porque la firma del contrato por parte de la demandada, como expresa manifestación de su válido consentimiento, es suficiente garantía de validez de la cláusula y del contrato al que la cláusula compromisoria se incorpora".

359 Schwartz, "Enforcing Small Print to Protect Big Business": 55: "la parte adherente está en desventaja ante la relativa ignorancia de las implicaciones de los términos a los que se adhiere, por la eventualidad de una disputa en la cual los términos del formulario serán empleados" y 56-7 "[las cláusulas arbitrales previas a la disputa] son, en sustancia, irrelevantes para el centro de la transacción, que típicamente será el precio. [...] Así reciben muy poca atención por parte del adherente. Incluso si el adherente se molesta en leer y entender la cláusula arbitral, es extremadamente improbable que discuta el valor de un foro judicial para futuras controversias con la parte que redactó el contrato. A diferencia de esta, que tuvo disputas similares previamente y probablemente ha experimentado con arbitraje y litigio judicial, el adherente probablemente

el consumidor tenga a su disposición información clara sobre los efectos del sometimiento a arbitraje, como se establece por ejemplo en la ley austriaca de arbitraje, la cual recoge la posibilidad de anular un laudo cuando no se informó por escrito al consumidor de las diferencias relevantes entre litigio en arbitraje y litigio en cortes estatales.³⁶⁰ También el protocolo de debido proceso para arbitrajes con consumidores de la American Arbitration Association –AAA–,³⁶¹ ha establecido la necesidad de garantizar que al momento de la suscripción del convenio arbitral, el consumidor tenga razonable acceso a información sobre el proceso arbitral, incluyendo distinciones básicas entre arbitraje y procesos ante justicia estatal, información sobre costos, y referencias sobre disponibilidad de información adicional.³⁶²

Con estos antecedentes, es necesario que, bajo pena de nulidad de la cláusula arbitral, el consumidor sea informado por escrito de los efectos del sometimiento a arbitraje, principalmente del carácter oneroso de este mecanismo de solución de conflictos –de no ser posible contar con un sistema de arbitraje de consumo de acceso gratuito–, así como sobre la limitación de canales de impugnación y de las principales características del arbitraje. De no roderarse con estas garantías a la formación del convenio arbitral, el legislador debería restringir la posibilidad de arbitraje entre proveedores y consumidores únicamente para los casos en los cuales la sujeción a arbitraje se pacte una vez surgida la controversia.

2. A nivel procesal, la necesidad de estándares especiales de protección para la parte más débil en el caso de arbitrajes de consumo ha motivado diversas respuestas jurídicas. Una tendencia ha sido establecer reglas especiales para el caso de arbitrajes de consumo, que son aplicadas por las mismas entidades que conocen otros tipos de arbitrajes. Tal es el caso, por ejemplo, del mencionado protocolo de debido proceso para arbitrajes que involucran consumidores de la AAA, el cual, entre otros aspectos de interés, incluye el derecho de reservar los reclamos de cuantía mínima –*small claims*– a la jurisdicción común, el principio de costos razonables, así como de independencia e imparcialidad de los árbitros. Adicionalmente,

no tiene tal experiencia y es también improbable que cuente con el tiempo y recursos necesarios para investigar los efectos de la cláusula arbitral o reciba asesoría legal”.

360 Sección 617, parágrafos (3) y (7), Ley de Arbitraje, Austria: “(3) En cláusulas arbitrales entre empresas y consumidores, los consumidores deben, antes de suscribir la cláusula arbitral, recibir por escrito asesoría legal sobre las diferencias relevantes entre procedimientos arbitrales y procedimientos ante cortes” y (7) Cuando el procedimiento arbitral tuvo lugar entre una empresa y un consumidor, el laudo arbitral puede ser anulado si el consumidor no recibió asesoría legal según se estipula en el parágrafo 3) .

361 American Arbitration Association, *Consumers Due Process Protocol*, <https://adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_005014>, consulta: 17 de noviembre de 2014.

362 Principio 11, lit. b), *Ibíd.*

bajo ciertas condiciones y en armonía con la *Federal Poverty Guidelines*, los costos del arbitraje pueden no ser cobrados, a más de que algunos árbitros realizan voluntariamente actividades *pro bono*.

Otra tendencia ha sido la creación de un sistema especial de arbitraje de consumo, que cuenta con reglas e institucionalidad propias. El sistema arbitral de consumo español resulta emblemático en esta materia³⁶³ y ha inspirado esfuerzos similares en algunos países latinoamericanos, como Argentina³⁶⁴ y recientemente, Perú.³⁶⁵ En esencia, estos sistemas se caracterizan por ser gratuitos, de carácter administrado por entidades estatales, tener una estructura descentralizada a fin de facilitar que los consumidores accedan a la administración de justicia en los lugares de su domicilio, flexibilizar los procedimientos –por ejemplo, obviando la presencia de abogados–, y contar con tribunales arbitrales tripartitos en los cuales participa generalmente un representante de una asociación de defensa del consumidor, un representante de la empresa y un representante de la entidad estatal designada para el efecto –pudiendo variar algunas de estas características entre los diferentes sistemas–. El desarrollo de un sistema de arbitraje de consumo sin duda tiene la ventaja de que ofrece una alternativa descentralizada a los consumidores, pero para el efecto, es imprescindible un importante esfuerzo institucional, que involucra una activa participación de entidades

363 Ver la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje española de 2003, pto. II, que sirve de base para la distinción entre un *arbitraje ordinario*, sujeto a las disposiciones de esta ley y *arbitrajes especiales*, sujetos a disposiciones particulares, para los cuales las normas del arbitraje ordinario son supletorias. Ver también Carlos Esplugues Mota, “Título I. Disposiciones generales”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 103. Sobre el arbitraje de consumo en España ver por ejemplo Jorge Tomillo Urbina, “El arbitraje de consumo en España: Un recorrido histórico”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, t. II (Madrid: Reus, 2010), 87; Lorenzo Bujosa Vadell, “El arbitraje de consumo”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 29 (enero de 2013), <http://www.jcyl.es/junta/cp/boletin/Revista_Juridica_29.pdf>; Manuel Jesús Marín López: “Presente y futuro del arbitraje de consumo: Cuestiones controvertidas”, *Revista de Derecho Privado*, No. 9-10 (septiembre-octubre de 2006): 43, <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/presente-arbitraje-43-controvertidas-341087>>, consulta: 23 de noviembre de 2013.

364 Santiago Pérez San Martín, “El sistema nacional de [sic] arbitral de consumo: Reflejo de la realidad arbitral argentina”, *Lawyerpress* (Madrid: 2013), <http://www.lawyerpress.com/news/2013_11/0811_13_007.html>, consulta: 22 de diciembre de 2013 (explicando que el sistema nacional de arbitraje de consumo en Argentina se estableció en 1998 mediante Decreto 276/98 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y destacando que este sistema se inspiró en el de España, pero que ha sufrido modificaciones en su funcionamiento, como el establecimiento de un solo árbitro para reclamaciones inferiores a cierta cuantía).

365 Paolo Del Águila Ruiz de Somocurcio, “La organización del sistema de arbitraje de consumo: ¿Un modelo para desarmar?”, *Arbitraje: Revista de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, No. 2 (2012): 44-51, <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/search/authors/view?firstName=Paolo%20Del&middleName=&lastName=%C3%81guila%20Ruiz%20de%20Somocurcio&affiliation=Pontificia%20Universidad%20Cat%C3%B3lica%20del%20Per%C3%BA&country=PE>>, consulta: 26 de diciembre de 2015.

estatales así como de las empresas que se adhieren al sistema y contribuyan con su financiamiento.³⁶⁶ Requiere además que se cuente con un número importante de árbitros dispuestos a conocer los casos de consumo y de la activación de la figura de asociaciones de consumidores –que a pesar de estar prevista en la LODC (art. 62 y 63) no se ha desarrollado mayormente en el país–, factores que representan serios desafíos para su aplicación.

Evidentemente, la creación de un sistema especializado de arbitraje de consumo descentralizado y de acceso gratuito –o al menos a bajo costo– para los consumidores, constituye una opción interesante a fin de que el arbitraje pueda efectivamente promover el acceso a la justicia de este grupo vulnerable. Pero, dado que la implementación de un sistema especializado requiere superar los obstáculos previamente destacados, debe considerarse como una alternativa a largo plazo. A corto plazo, es necesario que se generen reglas especiales para los arbitrajes con consumidores, que contemplen al menos la posibilidad de que los casos de cuantías mínimas, en los límites que se consideren razonables, puedan en todo momento litigarse ante las cortes; una escala de tarifas diferenciada cuando le corresponde al consumidor iniciar el arbitraje o reconvenir; y adicionalmente, la prohibición de renuncia del domicilio del consumidor que pueda inhibir su acceso a la justicia, tomando en consideración, que no toda demanda fuera del domicilio puede tener el potencial de inhibir el acceso a la justicia de los consumidores, conforme fue previamente destacado.

La sujeción a arbitraje en contratos individuales de trabajo

- *Aspectos específicos sobre la validez del consentimiento en las cláusulas arbitrales incorporadas en contratos individuales de trabajo*

Como se anticipó en el capítulo 1, el uso del arbitraje para resolver conflictos colectivos de trabajo es bien conocido en Ecuador. Estos arbitrajes, regidos por el Código de Trabajo (CdT), se distinguen claramente de aquellos regulados por la LAM debido a los siguientes rasgos que los caracterizan: son forzosos;³⁶⁷ en la conformación de los tribunales de conciliación y arbitraje

³⁶⁶ José María de la Jara Plaza, “El costo de lo gratuito: El sistema de arbitraje de consumo en el país”, en Alfredo Bullard González, edit., *Litigio arbitral: El arbitraje desde otra perspectiva* (Lima: Palestra, 2016), 570 (refiriéndose al reciente plan piloto peruano con miras a instaurar un sistema de arbitraje de consumo y destacando la necesidad de que en el diseño de tal sistema, el legislador atienda a fuentes de financiamiento –preferiblemente asociaciones de empresarios– y de nominación de los árbitros, a fin de que la gratuidad del sistema no sacrifique la calidad de las decisiones arbitrales).

³⁶⁷ Art. 326, num. 12, CRE: “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje”.

intervienen los empleadores, trabajadores y la autoridad laboral (art. 481, CdT), tratan conflictos jurídicos y económicos –estos últimos exclusivos del derecho laboral–,³⁶⁸ y admiten recurso de apelación ante el tribunal superior de conciliación y arbitraje (art. 495, CdT), recurso actualmente inexistente en el caso de arbitrajes regidos por la LAM, en los cuales cabe únicamente acción de nulidad del laudo arbitral. En conflictos colectivos, la acción coordinada de los trabajadores mediante su comité de empresa y la procedencia bajo determinadas circunstancias del mecanismo de la huelga legal, tienden a lograr mayor equilibrio frente a la parte empleadora.³⁶⁹ En este estudio no se va a tratar al arbitraje que procede ante conflictos colectivos de trabajo, que como se aprecia tiene reglas particularísimas. Los siguientes acápites se concentran en el análisis del arbitraje para conflictos laborales individuales desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia.

Conforme fue expuesto en el capítulo 1, la ampliación del ámbito de la arbitrabilidad objetiva que se produjo en la LAM al condicionar la procedencia del arbitraje a la existencia de materia *transigible* (diferente a *renunciable*), ha permitido que los conflictos individuales de trabajo formen parte del universo de lo arbitrable, pues la Constitución (art. 325, num. 11) reconoce la transacción sobre derechos de los trabajadores mas no su renuncia.³⁷⁰ Consiguientemente, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

368 Trujillo, “Solución alternativa de conflictos laborales”, 49: “el conflicto de intereses o conflicto económico es aquel en el que los trabajadores no reclaman la aplicación de una norma jurídica, sino nuevas condiciones de trabajo, condiciones no existentes en el actual ordenamiento jurídico que regule las relaciones laborales de estos trabajadores con el empleador”.

369 Julius Getman, “Labor Arbitration and Dispute Resolution”, *Yale Law Journal*, No. 88 (1978-1979): 918. “El reconocimiento y la legitimación de las asociaciones de trabajadores y los contratos colectivos son los responsables del éxito del arbitraje en el campo laboral, no viceversa” y p. 934: “La íntima relación entre arbitraje laboral y contratación colectiva hacen dudoso su valor como precedente para otros contextos.” En el mismo sentido ver Lewis Maltby, “Private Justice: Employment Arbitration and Civil Rights”, *Columbia Human Rights Law Review*, No. 30 (1998-1999): 34: “Sin la fuerza institucional de la asociación de trabajadores que imprime un balance adecuado, el empleador tiene la enorme tentación de diseñar un procedimiento a su medida” y Katherine Van Wezel Stone, “Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights: The Yellow Dog Contract of the 1990s”, *Denver University Law Review* 73 (1995-1996): 1050.

370 Art. 326, num. 11, CRE: “Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”. Ver la sentencia publicada en la GJ., año XCVIII, Serie XVI, No. 12, 3162: “El Código de Trabajo ampara a los trabajadores, según el art. 4 sus derechos son irrenunciables y es nula toda estipulación en contrario; pero ello no impide que celebre una transacción con su empleador; pues si el trabajador transige sobre sus derechos propios que le pertenecen y forman parte de su patrimonio, encontrándose en libertad de hacerlo, la transacción no puede tomarse como opuesta al principio de irrenunciabilidad de los derechos”. Ver también Trujillo, “Solución alternativa de conflictos laborales”, 45 (sosteniendo con anterioridad a la reforma constitucional que aclaró el tema, que procedía la transacción en materia laboral y explicando que “no hay estrictamente renuncia de derechos por parte del trabajador, toda vez que cuando él reclama algo y el

existe la posibilidad legal de someter conflictos individuales de trabajo a la justicia arbitral, lo que ha sido claramente reconocido por la justicia estatal.³⁷¹ Sin embargo, pese a la procedencia teórica del arbitraje para solucionar conflictos individuales de trabajo, la utilización real de esta opción en Ecuador ha sido muy escasa, como ha ocurrido en otros países.³⁷²

Tal como acontecía en casos de contratos de consumo, en los contratos individuales de trabajo también cabe cuestionar la existencia de consentimiento real e informado por parte de los trabajadores para someterse a arbitraje, y por lo tanto, para dejar de lado la administración de justicia estatal. Desde una línea de pensamiento, la posibilidad de que las partes se sometan a arbitraje en estos contratos “puede entenderse como una demanda del valor supremo de la libertad”³⁷³ y bajo la promesa de un procedimiento más

empleador lo niega, no hay derecho cierto sino tan solo una pretensión procesal o sea un derecho que el trabajador se auto-otorga, y lo que la ley prohíbe es la renuncia de derechos y no de pretensiones”.

371 Ver sentencia de 22 de febrero 2012, juicio 1861-11-3, Corte Provincial de Justicia del Guayas (CPJG), Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia. En este caso, la parte actora argumentaba la existencia de una relación laboral a pesar de haber firmado un contrato que formalmente era de carácter civil (lo que no ha sido ordinariamente obstáculo para que los jueces laborales, buscando la realidad del contrato, determinen que existe relación laboral). Ante la existencia de un convenio arbitral en tal contrato civil, la CPJG determinó con fundamento en el art. 561, CdT, que no era competente para conocer el caso y que este debía ser conocido por un tribunal arbitral.

372 Sobre los problemas en torno al arbitraje laboral en España, ver Esplugues Mota, “Título I. Disposiciones generales”, 122. Ver también Sebastián De Soto Rioja, “El arbitraje en los conflictos individuales”, *Temas Laborales*, No. 70 (2003): 340, <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_232.pdf>, consulta: 17 de febrero de 2014. Sobre la poca aplicación del arbitraje laboral en Venezuela ver por ejemplo Andrés Carrasquero Stols, “Propuestas sobre el arbitraje laboral”, en *Derecho del trabajo*, No. 6 (enero-diciembre de 2008): 331-57, <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_232.pdf>, consulta: 17 de febrero de 2014. Sobre la poca aplicación del arbitraje laboral en Venezuela ver por ejemplo Andrés Carrasquero Stols, “Propuestas sobre el arbitraje laboral”, en *Derecho del Trabajo*, No. 6 (enero-diciembre de 2008): 331-57, <https://ficheros2012.s3.amazonaws.com/10/18/Im_1_3_402811126_in1_330_356.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1390085979&Signature=By2qadc1fHJQ5DoUiZZyJyv%2FglU%3D>, consulta: 18 de enero de 2014. Como excepción, se presenta el caso mexicano, en el cual los conflictos individuales de trabajo se someten a juntas de conciliación y arbitraje, que presentan características específicas. Ver Jorge Carpizo, “La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje en México”, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/892/4.pdf>>, consulta: 17 de febrero de 2014 (explicando las siguientes características de tales juntas de conciliación y arbitraje: fueron creadas por el Constituyente mexicano de 1916-1917; están conformadas por representantes de empleadores, trabajadores y del gobierno; son órganos que tienen carácter permanente y preexisten a los conflictos y están ubicadas dentro del poder judicial).

373 De Soto Rioja, “El arbitraje en los conflictos individuales”: 338: “de la ausencia de prohibición explícita y de la operatividad, también en el Derecho del Trabajo, del dogma de la autonomía de voluntad [...] habría que concluir que el compromiso arbitral debe ser aceptado como fórmula válida en cuanto que manifestación expresa de las propias partes. Solución que también se alcanza si se tiene en cuenta que entre el arbitraje y la transacción existen muchas más sintonías que divergencias y respecto de esta apenas puede expresarse dudas acerca de su viabilidad”.

rápido y flexible en sede arbitral, resulta no solamente posible sino digna de promoverse,³⁷⁴ posición por la que se han decantado varias sentencias expedidas por las cortes estadounidenses desde inicios de la década de los 90,³⁷⁵ a pesar de la oposición de un importante sector de la doctrina.³⁷⁶

Sin embargo, en el caso de conflictos individuales de trabajo no puede soslayarse el hecho de que en la celebración de los contratos laborales está comprometida ordinariamente la supervivencia misma del trabajador y de su familia, situación que constituye un importante elemento diferenciador frente a la gran mayoría de contratos de consumo e impone que los contratos laborales merezcan un tratamiento especial. En los contratos laborales el margen de ejercicio de la libertad conclusión del contrato –vale recordar, de celebrar o no el contrato– se estrecha de tal forma que se vuelve muy difícil sostener que en estos casos existe siempre libre consentimiento para someterse a arbitraje.³⁷⁷ Es por esta situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores, que el derecho laboral se erige como un ordenamiento tutelar que rompe el paradigma de igualdad entre las partes contractuales.

374 Julius Getman, “Labor Arbitration and Dispute Resolution”, 917 (refiriéndose a grupos prestigiosos como la American Arbitration Association o la National Academy of Arbitrators, como promotores de la idea de aplicación del arbitraje a diversos contextos, que incluyen el ámbito de conflictos individuales de trabajo, y criticando tal posición. Ver también Lewis Maltby, “Employment Arbitration and Workplace Justice”, *University of San Francisco Law Review* 38 (2003-2004): 118 (abogando por la preservación y el mejoramiento del arbitraje laboral, cuando este no ha sido una condición para optar por una fuente de trabajo y bajo reglas adecuadas de debido proceso).

375 Katherine Van Wezel Stone, “Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights”, *Denver University Law Review* 73, No. 4 (1995-1996): 1022 y s. (relatando como la Corte Suprema estadounidense ha admitido el uso de cláusulas arbitrales inclusive mediante la inserción en documentos que establecen la política de las compañías, de forma unilateral por la parte empleadora –Lang vs. Burlington Northern Railroad Co–). Civil Rights”, 32.

376 Maltby, “Private Justice: Employment Arbitration and Civil Rights”: 32; Van Wezel Stone, “Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights”: 1050 (exigiendo al Congreso estadounidense que se adopten medidas frente al uso indiscriminado de arbitraje en conflictos individuales de trabajo) y Clide Summers, “Alternative Dispute Resolution in the United States”, en Patricia Kurczyn Villalobos, coord., *Derecho social: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (CDMX: UNAMIII, 2005), 303.

377 Schwartz, “Enforcing Small Print to Protect Big Business”: 128: “cualquier defensa del consentimiento en un contrato está basada en el supuesto de que cada parte tiene la libertad de desistir del acuerdo [...] La necesidad de ganarse la vida es casi universal y para hacer eso es típicamente necesario trabajar para alguien más”. Ver también Van Wezel Stone, “Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights”, 1036-7 (comparando la exigencia de sometimiento a arbitraje que los empleadores imponen actualmente en los Estados Unidos a sus trabajadores con los *yellow dog contracts*, propios de los primeros años del siglo XIX, en los cuales los empleadores exigían a los trabajadores la promesa de no afiliarse a un sindicato para obtener un trabajo, y subrayando que la falta de consentimiento para someter los conflictos individuales de trabajo ha sido muy evidenciada por la doctrina, pero poco atendida por las cortes norteamericanas).

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana, al declarar exequible una disposición del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de ese país que permitía la procedencia de cláusulas compromisorias únicamente cuando estas se incorporaban a contratos colectivos:

no solo no se viola ninguna de las disposiciones constitucionales a las que se refiere el demandante con la restricción acusada, sino que se trata de una intervención legítima del legislador y justificada en la Constitución, con el fin de proteger al trabajador, para que no renuncie a la justicia ordinaria al suscribir individualmente la cláusula compromisoria, salvo si esta consta en convención o pacto colectivo, pues, en este caso, existe la presunción de que su inclusión fue objeto de amplio debate sobre su conveniencia, por parte del sindicato o de los representantes de los trabajadores, según el caso.³⁷⁸

En síntesis, si bien los trabajadores son titulares del derecho de acceder a la justicia mediante los diferentes cauces que establece el ordenamiento jurídico y las características del proceso arbitral pueden beneficiar la solución heterocompositiva de conflictos laborales individuales, no cabe desconocer la escasa libertad de conclusión de contratos que generalmente tienen los trabajadores cuando participan en un contrato individual de trabajo. Bajo esta premisa, el ordenamiento jurídico debe admitir la validez del sometimiento a arbitraje en contratos de trabajo individuales únicamente cuando el convenio arbitral se perfeccione una vez surgida la controversia, salvo cuando las características del trabajador, especialmente su grado de especialización y el nivel de demanda de sus servicios en el mercado laboral, puedan conducir válidamente a la conclusión de que el trabajador estuvo en condiciones de ejercer su libertad de conclusión contractual, lo que amerita una definición en cada caso.³⁷⁹

- *Planteamientos para salvaguardar el acceso a la justicia de trabajadores que se someten a arbitraje en contratos individuales*

A más de la restricción de circunstancias en las cuales es admisible la sumisión a arbitraje en contratos individuales de trabajo, la protección de la parte más débil exige otros resguardos especiales: evitar que la parte empleadora determine reglas a su favor para la designación de los árbitros³⁸⁰ y que se establezcan cargas económicas que puedan inhibir el de-

378 Sentencia C-878/05, 23 de julio de 2005, Corte Constitucional, Colombia.

379 Ver González de Cossío, *Arbitraje*, 203 (abogando porque en casos de controversias “que involucran a patrones y empleados de confianza y a altos ejecutivos”, se permita la aplicación de procedimientos arbitrales).

380 Schwartz, “Enforcing Small Print to Protect Big Business”: 128: “cualquier defensa del consentimiento en un contrato está basada en el supuesto de que cada parte tiene la libertad de desistir del acuerdo [...] La necesidad de ganarse la vida es casi universal y para hacer

recho de acceso a la justicia de los trabajadores. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha sido muy clara con relación a la procedencia del amparo de pobreza en el arbitraje laboral,³⁸¹ aspecto sobre que será tratado posteriormente en mayor detalle.

A nivel procesal, también es necesario considerar que, regularmente, el trabajador tiene acceso limitado a instrumentos probatorios relativos a la relación laboral.³⁸² Por estas razones, los procedimientos ante la justicia ordinaria en los cuales se conocen reclamaciones individuales de trabajadores están orientados por un principio dispositivo atenuado,³⁸³ y requieren reglas específicas dirigidas a equilibrar de alguna forma la relación entre las partes. En este sentido, el COGEP³⁸⁴ establece, por ejemplo, la prohibición de renuncia del domicilio del trabajador (art. 11, num. 2); el juramento deferido del trabajador como prueba del tiempo de relación laboral y de la cuantía de remuneración en caso de no existir otras pruebas al respecto, e inclusive de la existencia misma de la relación laboral en el caso de adolescentes (art. 185). Los arbitrajes para conocer conflictos individuales de trabajo deberían respetar el mínimo de garantías procesales que se establecen ante la justicia ordinaria.³⁸⁵ De lo contrario, se estaría convirtiendo a la justicia arbitral en un mecanismo para imponer al trabajador la renuncia a garantías procesales. Consecuentemente, es necesario fijar reglas específicas sobre arbitrajes laborales, en las que se explicita la vigencia de tales

eso es típicamente necesario trabajar para alguien más". Ver también Van Wezel Stone, "Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights", 1036-7 (comparando la exigencia de sometimiento a arbitraje que los empleadores imponen actualmente en los Estados Unidos a sus trabajadores con los *yellow dog contracts*, propios de los primeros años del siglo XIX, en los cuales los empleadores exigían a los trabajadores la promesa de no afiliarse a un sindicato para obtener un trabajo, y subrayando que la falta de consentimiento para someter los conflictos individuales de trabajo ha sido muy evidenciada por la doctrina, pero poco atendida por las cortes norteamericanas).

381 Sentencia 330/00, 22 de marzo de 2000, Corte Constitucional, Colombia: "a. Los efectos económicos que se derivan del arbitramento en materia laboral deben producirse teniendo en cuenta la capacidad económica de las partes enfrentadas, pues el arbitraje no es un mecanismo eficaz cuando su utilización se convierte en una forma de desconocer la desigualdad material entre trabajador y empleador, creando costos insuperables para una de las partes, que se convierten en un obstáculo para obtener justicia efectiva. En consecuencia, la persona que no se encuentre en capacidad de atender los gastos de un proceso debe tener la opción de invocar el amparo de pobreza".

382 Michael Vidal Salazar, "Oralidad y garantías constitucionales en el proceso laboral", en Geovanny Priori Posada edit., *Proceso y Constitución: Actas del II Seminario de Derecho Procesal*, 281.

383 *Ibid.*, 282.

384 Desde la entrada en vigencia plena del COGEP, el 22 de mayo de 2016, el régimen de los juicios laborales es el previsto en el tal cuerpo legal, según lo previsto según la disposición reformativa sexta y la disposición derogatoria octava del COGEP.

385 Patricia Kurczyn Villalobos; Carlos Reynoso Castillo, y Alfredo Sánchez-Castañeda, "La justicia laboral: Administración e impartición" (CDMX: UNAM-III, 2005), 151.

garantías, y en las que, al igual que se sugirió en el caso de consumidores, se establezca para el momento de la formación del convenio arbitral, la obligación de informar al trabajador que se sujeta a arbitraje de las consecuencias de tal sometimiento. Lo óptimo, como en el caso de los consumidores, sería fomentar la creación de centros de arbitraje especializados en materia laboral que funcionen descentralizadamente y que puedan financiarse con aportes de empresas y del Estado, a fin de ofrecer servicios gratuitos o al menos subsidiados a los trabajadores, pero esta también parece ser una meta a considerarse a largo plazo. A corto plazo, cabría que los centros de arbitraje generen reglas específicas que permitan una reducción de tarifa para el caso de demandas o contrademandas por parte de trabajadores, y que incorporen las garantías previstas en las normas procesales generales en materia laboral.

LA PROSCRIPCIÓN DE OBSTÁCULOS INJUSTIFICADOS PARA ACCEDER A LA JUSTICIA ARBITRAL

La doctrina ha señalado una diversidad de elementos que se configuran como obstáculos de acceso a la justicia: la excesiva dilación en la resolución de conflictos, la corrupción por parte de los juzgadores, el predominio de un sentido formalista en los jueces, las deficiencias en las regulaciones sobre competencia³⁸⁶ y en la organización de la administración de justicia (relativas fundamentalmente a la distribución geográfica de juzgados e inclusive a la disposición física de los mismos), así como barreras de índole cultural (aquéllas relativas, por ejemplo, a la falta de formación cívica y jurídica de ciudadanos, profesionales del derecho y juzgadores, que permitan percibir a la justicia como la prestación de un servicio).³⁸⁷ En el contexto latinoamericano son notorias las de carácter cultural y lingüístico (especialmente para la población indígena), así como las barreras económicas y de género.³⁸⁸ Por su parte, Cappelletti distinguió también obstáculos *organizacionales*, que repercuten en la inexistencia de cauces adecuados para el ejercicio de acciones tutelares de intereses difusos.³⁸⁹

En la búsqueda por sistematizar la multiplicidad de elementos que pueden ser entendidos como obstáculos injustificados para acceder a la justicia, han emergido algunos criterios de clasificación. Una aproximación

386 Tema que se aborda en el capítulo 3.

387 Síntesis de la exposición de Casal Hernández, "Aspectos conceptuales del acceso a la justicia", 38-40.

388 Due Process of Law Foundation / Instituto de Defensa Legal, "Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas", 6.

389 Cappelletti, "Alternative Dispute Resolution Processes": 284.

distingue entre barreras institucionales (que afectan a toda la población independientemente de su situación económica o social, lo que incluye, por ejemplo, deficiencias en la educación jurídica o excesiva carga procesal) y obstáculos inherentes a la situación económica o social de los justiciables.³⁹⁰ Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos, distinguió entre impedimentos jurídicos e impedimentos de hecho.³⁹¹ Esta última categorización es la que se ha considerado en el presente trabajo, por ser la más esquemática. En esta línea, los próximos acápite distinguirán entre obstáculos de índole legal y de índole socioeconómico que pueden impedir el acceso a la justicia mediante cauce arbitral.

Obstáculos de índole procesal: Los vacíos en el régimen de legitimación *ad causam* en arbitraje

Desde la perspectiva puramente procesal, la legitimación “ha sido el pilar fundamental donde se asentó el acceso a la justicia”,³⁹² pues representa la puerta de entrada de los justiciables al proceso.³⁹³ Pese a la relevancia del tema, la gran mayoría de la doctrina que estudia al arbitraje ha abordado asistemáticamente los problemas vinculados con la legitimación. Muchas de las situaciones a las que este acápite se refiere han sido tratadas como efectos subjetivos del convenio arbitral, es decir, desde su dimensión contractual; pero dada la naturaleza sui generis del arbitraje, resulta importante destacar la incidencia procesal de estos casos. En suma, el propósito de este acápite es abordar articuladamente las especificidades de la legitimación en arbitraje, íntimamente vinculadas con los efectos subjetivos del convenio arbitral, enfatizando en los casos que ya han empezado a presentarse en la práctica arbitral ecuatoriana y que no cuentan con un criterio definido para su resolución.

Aspectos generales sobre la legitimación ad causam y sus especificidades en los procesos arbitrales

La mayoría de la doctrina procesal distingue entre legitimación *ad procesum* y legitimación *ad causam*.³⁹⁴ La jurisprudencia nacional ha defini-

390 La Rosa Calle, “El acceso a la justicia como una condición”: 120-5.

391 Sentencia de 9 de octubre de 1979, Caso Airey vs. Irlanda, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 25: “Los impedimentos fácticos pueden contravenir la Convención tanto como los impedimentos legales”.

392 Ricardo Lorenzetti, “Acceso a la justicia de los sectores vulnerables”, en *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, 36.

393 Gozaini, *Derecho procesal constitucional*, 107.

394 Aunque cabe señalar que existen excepciones a este enfoque. Ver por ejemplo Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso*, 2a. ed. (Bogotá: Temis, 1999), 168 (sosteniendo que el concepto de legitimación en el proceso confunde legitimación con capacidad procesal).

do a la primera como “la capacidad para obrar en proceso por sí mismo o mediante apoderado o representante legal”.³⁹⁵ Esta legitimación constituye “uno de los presupuestos procesales o solemnidades sustanciales común de todos los juicios e instancias, cuya omisión acarrea la nulidad procesal”.³⁹⁶ Cuando un juzgador admite la existencia de falta de legitimación procesal, ya sea porque la advirtió de oficio o porque acoge la excepción de ilegitimidad de personería, su pronunciamiento “no constituye cosa juzgada, ya que deja la facultad de reiniciar el debate procesal cuando la situación se subsane”.³⁹⁷ Sobre esta clase de legitimación, basta decir que los tribunales arbitrales, tal como ocurre en el seno de la justicia ordinaria, deben vigilar que quienes comparezcan al proceso sean legalmente capaces o se encuentren debidamente representados.³⁹⁸

El concepto que resulta relevante para el presente estudio es el de legitimación en la causa, definida como la “posición de un sujeto frente al objeto litigioso que le permite obtener una providencia eficaz”.³⁹⁹ En doctrina se

395 Ver por ejemplo los siguientes fallos de casación de la CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil: Res. 266-98, 27 de marzo de 1998, *RO*, No. 320, 19 de mayo de 1998; Res. 244-2002, 11 de noviembre de 2002, *RO*, No. 28, 24 de febrero de 2003: ‘La falta de personería se produce cuando el actor o el demandado carecen de la capacidad para obrar en procesos por sí mismos, o en la ausencia de apoderado o representante legal cuando el que comparece lo hace a nombre de un incapaz, o en la falta o insuficiencia de poder del que aparece en juicio como procurador judicial’; Res. 419-2000, 20 de octubre de 2000, CSJ, *RO*, No. 227, 19 de diciembre de 2000. Los casos en los cuales se configura la ilegitimidad de personería según la Corte son los siguientes: 1. Si el actor o demandado no tiene capacidad legal para comparecer por sí en el juicio, por ser menor de edad o hallarse en interdicción, o por ser persona jurídica. 2. Si quien comparece al juicio aduciendo ser representante del actor o demandado no es persona legalmente capaz, por ser menor de edad o hallarse en interdicción. 3. Si quien comparece al juicio aduciendo ser procurador judicial no es persona legalmente capaz o se halla comprendido en los impedimentos para ser procurador judicial, o el poder que ostenta para comparecer al juicio es insuficiente. En idéntico sentido ver las siguientes resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la CSJ: Res. 90-2001, 2 de marzo de 2001, *ROS*, No. 323, 10 de mayo de 2000; Res. 235-2001, 22 de junio de 2001, *RO*, No. 379, 30 de julio de 2001; Res. 15-2002, 31 de enero de 2002, *RO*, No. 571, 8 de mayo de 2002; Res. 210-2003, 22 de julio de 2003, *RO*, No. 189, 14 de octubre de 2003; Res. 251-2003, 19 de septiembre de 2003, *RO*, No. 221, 28 de noviembre de 2003.

396 Ver las siguientes resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la CSJ: Res. 314-2000, 25 de julio de 2000, *RO*, No. 140, 14 de agosto de 2000; Res. 90-2001, 2 de marzo de 2001, *ROS*, No. 323, 10 de mayo de 2001; Res. 251-2003, 19 de septiembre de 2003, *RO*, No. 221, 28 de noviembre 2003. Ver también Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 274-6 (explicando que los presupuestos procesales de la acción, “son aquellos requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción válidamente” (274), y comprenden: la legitimación procesal del demandante y su adecuada representación, la investidura de juez de quien va a conocer el conflicto, la no caducidad de la acción).

397 Ver los siguientes fallos de casación de la CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil: Res. 484-99, 9 de septiembre de 1999, *RO*, No. 333, 7 de diciembre de 99; Res. 405-99, 13 de agosto de 1999, *RO*, No. 273, 9 de septiembre de 1999.

398 Ver Elena Martínez García, “Demanda y contestación”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1253.

399 Véscovi, *Teoría general del proceso*, 168.

ha debatido arduamente sobre la naturaleza de la legitimación en la causa, y en tal discusión, se han distinguido fundamentalmente dos posiciones: por una parte, la que vincula la legitimación en la causa con la titularidad del derecho que se reclama, y por otra, la que separa las nociones de legitimación y titularidad del derecho.⁴⁰⁰ La jurisprudencia ecuatoriana, tomando fundamentalmente como referencia el trabajo de Devis Echandía, se ha alineado con la visión que rechaza la identificación entre legitimación en la causa y titularidad del derecho sustancial discutido. En este sentido, en numerosas ocasiones la CSJ sostuvo lo siguiente:

La legitimación en la causa consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial.⁴⁰¹

Esta posición es la que cuenta con mayor sustento, pues explica cómo un justiciable puede obtener una respuesta favorable o desfavorable por parte del juzgador, es decir, la independencia entre el derecho de acción y la titularidad del derecho, asunto al cual se hizo referencia en el capítulo 1. A diferencia de la legitimación procesal, la legitimación en la causa “no es un presupuesto o solemnidad sustancial cuya omisión anula el proceso, sino una condición para el éxito de la demanda, omisión que solo puede ser advertida por el juzgador al momento de dictar sentencia”,⁴⁰² es decir, la necesidad de legítimo contradictor constituye un presupuesto procesal para la sentencia de mérito.⁴⁰³ Adicionalmente, en fallos de casación se

400 Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 253-4 (explicando que en el primer grupo se encuentran, por ejemplo, Calamandrei, Kisch y Couture y ubicado en el segundo grupo a Camelutti, Rocco, Rosenberg, Chiovenda, Schönke, Redenti, Allorio, Fairén Guillén, De la Plaza, Luis Loreto, Briceño Sierra y al mismo Devis Echandía).

401 Ver por ejemplo, las siguientes resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la CSJ: Res. 372-99, 25 de junio de 1999, RO, No. 257, 18 de agosto de 1999; Res. 405-99, 13 de julio de 1999, RO, No. 273, 9 de noviembre de 1999; Res. 484-99, 9 de septiembre de 1999, RO, No. 333, 7 de diciembre de 1999; Res. 235-2001, 22 de junio de 2001, RO, No. 379, 30 de julio de 2001; Res. 244-2002, 11 de noviembre de 2002, RO, No. 28, 24 de febrero de 2003; Res. 71-2004, 15 de abril de 2004, RO, No. 424, 20 de septiembre de 2004. En este sentido ver también Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, 101: “resulta posible que alguien, aun siendo titular de un derecho determinado pueda no tener la aptitud necesaria para obrar”.

402 Res. 251-2003, 19 de septiembre de 2003, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 221, 28 de noviembre de 2003. En este sentido ver también Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, 102: “Estar legitimado en la causa supone tener una situación personal que le permita al individuo presentar una sólida expectativa a tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, lo cual indica por qué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión”.

403 Vescovi, *Teoría general del proceso*, 169.

ha precisado que la legitimación en la causa “determina no solo quiénes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quiénes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo”.⁴⁰⁴ Con estos antecedentes, la CSJ definió que existen dos situaciones en las cuales no existe debida legitimación en la causa:

a) Cuando el demandante o el demandado no tenían en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas; y b) Cuando el demandante o el demandado sí debían ser partes, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso y que debían hacerlo por tratarse de una situación de indispensable comparecencia conjunta, lo que doctrinariamente se conoce como *litis consorcio* necesario.⁴⁰⁵

Ahora bien, la legitimación en la causa tiene una característica especial en los procesos arbitrales. Dado el origen generalmente contractual de estos últimos, la legitimación en la causa en estos casos exige, a más de la pretensión de titularidad del derecho o del llamamiento a contradecirlo, que quien intervenga como parte en un proceso arbitral, haya consentido para el efecto.⁴⁰⁶ Como regla general, debe existir identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte del contrato arbitral.⁴⁰⁷ La constatación de este particular por los árbitros es necesaria para su declaratoria de competencia en la etapa inicial del

404 Ver, por ejemplo, los siguientes fallos de casación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la CSJ: Res. No. 372-99, RO, No. 257, 18 de agosto de 1999; Res. 235-2001, RO, No. 379, 30 de julio de 2001. Ver también Res. 419-2000, 20 de octubre de 2000, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 227, 19 de diciembre de 2000: “Cuando en un contrato una de las partes está integrada por varias personas, la relación sujeto y objeto debe establecerse entre cada una de ellas y el objeto que viene a ser la relación sustancial, por lo cual la no concurrencia de una persona acarrea la falta de legitimación *ad causam*”.

405 Ver por ejemplo los siguientes fallos de casación de la CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil: Res. 210-2003, 22 de julio de 2003, RO, No. 189, 14 de octubre de 2003; Res. 251-2003, 19 de septiembre de 2003, RO, No. 221, 28 de noviembre de 2003; Res. 264-2003, 3 de octubre de 2003, RO, No. 262, 29 de enero de 2004.

406 Martínez García, “Demanda y contestación”, 1254: “si el titular del derecho material consiente en un convenio, estará legitimado para iniciar un proceso arbitral”. Como se analizó, no es necesario que quien interviene en el proceso sea *titular* del derecho afectado, basta que pretenda serlo. Ver también Chocrón Giraldez, *Los principios procesales en el arbitraje*, 74: “Son partes única y exclusivamente quienes habiendo suscrito el convenio arbitral y manifestando su voluntad inequívoca de someterse a arbitraje derivan en un procedimiento en el que podrán alegar lo que a su derecho le convenga”.

407 Roque Caivano, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, *Revista de Derecho Privado*, edición especial (2012): 8, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr2.pdf>>, consulta: 17 de junio de 2014 (explicando que entre los requisitos que un tribunal arbitral requiere examinar antes de asumir competencia es que el convenio arbitral sea “obligatorio en sentido personal” –alcance subjetivo del convenio arbitral).

proceso⁴⁰⁸ y también para la expedición del laudo arbitral cuya fuerza de cosa juzgada afectará a los sujetos intervinientes en el proceso arbitral.⁴⁰⁹ Ordinariamente, quienes suscribieron un convenio arbitral son los únicos legitimados para comparecer como partes al proceso. Sin embargo, existen situaciones especiales en las cuales el análisis de la legitimación en procesos arbitrales se torna más complejo, las mismas que se estudian en el siguiente acápite.

La legitimación de partes no signatarias del convenio arbitral

- *La tendencia al relajamiento de los requisitos formales para probar la existencia del convenio arbitral*

Como todo contrato, el convenio arbitral vincula de forma obligatoria únicamente a las partes, en aplicación de los principios *pacta sunt servanda* y *res inter alios acta*.⁴¹⁰ Lo que se discute en este ámbito es quiénes deben ser considerados como *partes* del convenio arbitral, es decir, quiénes realmente han consentido en someter sus conflictos a arbitraje. Considerando que la mayoría de legislaciones sobre la materia exigen que el convenio conste por escrito,⁴¹¹ en el debate sobre la legitimación de partes no signatarias

408 Art. 22, inc. 1, LAM: “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”.

409 Martínez García, “Demanda y contestación”, 1254.

410 Art. 1561, CC: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

411 Esta exigencia se deriva de la Ley Modelo. En su versión original, de 1985, el art. 7, num. 2 de la Ley Modelo decía: “2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cargas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejan constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. 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”. Ver al respecto Bañuelos Rizo, *Arbitraje comercial internacional*, 123 (explicando cómo “aunque se consideró la posibilidad de permitir acuerdos verbales, el estudio realizado por la Secretaría reveló que el requisito de la escritura era exigido por la mayoría de los sistemas jurídicos y que en los países en que no era así, los acuerdos verbales no tenían un gran valor debido a lo estricto de las normas probatorias”. Como se verá, este requisito ha sido flexibilizado en la Ley Modelo, pero aun así, la exigencia de convenio arbitral escrito continúa vigente en la mayoría de legislaciones sobre arbitraje, incluida la ecuatoriana. El requisito de que el convenio arbitral se celebre por escrito fue trasladado a la Ley Modelo desde el art. II.1 de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, según el cual “cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por

resulta trascendental el entendimiento de la naturaleza y el alcance de este requisito. Cuando el mismo es percibido apenas como un medio de prueba más para determinar la existencia del consentimiento para someter un conflicto a arbitraje (requisito *ad probationem*), se abre la posibilidad de que un sujeto jurídico que no dejó constancia escrita de su consentimiento se legitime para intervenir como parte en un proceso arbitral. Por otro lado, si la exigencia de que tal convenio conste por escrito es considerada como una solemnidad indispensable para demostrar la existencia de consentimiento para someter el conflicto a arbitraje (requisito *ad solemnitatem*),⁴¹² únicamente podrán legitimarse como partes en un proceso arbitral quienes otorgaron su consentimiento por escrito.

Actualmente existen varios elementos que favorecen el afianzamiento de la tesis de la exigencia de celebración escrita del convenio arbitral como un requisito meramente *ad probationem*:

El primero, es la difusión del principio de libertad de forma en la teoría de contratos contemporánea, que admite que el perfeccionamiento del consentimiento –por regla general– resulte de declaraciones expresas o tácitas de voluntad.⁴¹³

El segundo, es la posición adoptada por la Ley Modelo y por varias legislaciones nacionales que la han acogido. En efecto, la Ley Modelo ha admitido a partir de las reformas de 2006 (art. 7)⁴¹⁴ dos opciones para probar la

arbitraje”. Adicionalmente, el requisito de que el acuerdo arbitral conste por escrito se encuentra también en el art. 1 de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional. Para una revisión comparativa del alcance de estas normas, ver por ejemplo Rául Jiménez, “El convenio arbitral: los requisitos para su existencia y validez. Fuentes normativas y panorama jurisprudencial español”, en Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II (Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011), 46-58.

412 Cristián Conejero Roos y René Irrá de la Cruz, “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la Ley de Arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado”, *Lima Arbitration*, No. 5 (Lima: CPA), (2012-2013): 61, <http://www.limaarbitration.net/LAR5/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz.pdf>, consulta: 2 de julio de 2014; Jorge Santiestevan de Noriega, “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 8 (Lima: Magna), (2009): 20, <http://peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_8_2009.pdf>, consulta: 3 de julio de 2014; Mario Castillo Freyre, y Rita Sabroso Minaya, “Contenido y forma del convenio arbitral”, en Frank García Ascencios, dir., *Derecho arbitral* (Arequipa: Adrus, 2013), 119.

413 Sobre el principio de libertad de forma ver por ejemplo Francesco Galgano, *El negocio jurídico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1992), 135.

414 Art.7, Ley Modelo: “Definición y forma del acuerdo arbitral (opciones aprobadas por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006): *Opción I*: 1. El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente; 2. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito; 3. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje

existencia de consentimiento para sujetarse a arbitraje. Como una primera alternativa, mantiene la exigencia de un convenio *escrito* pero simultáneamente permite que aquella sea satisfecha mediante cualquier constancia, que puede consistir inclusive en el mero comportamiento de las partes o en el silencio ante el intercambio de escritos de demanda y contestación a la demanda. Bajo esta perspectiva, incluso el sometimiento oral a arbitraje satisface la exigencia de convenio *escrito*, si las partes ejecutaron actos que permiten entender que consintieron en que su conflicto se resuelva en sede arbitral. En su segunda opción, la Ley Modelo avanza decididamente en la simplificación de requisitos y suprime el mandato de que el convenio arbitral conste por escrito, lo cual se traduce en una absoluta libertad para escoger su forma.

Siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo, varias leyes nacionales han flexibilizado también el entendimiento de lo que es un convenio arbitral escrito. Tal es el caso de las leyes expedidas en Latinoamérica durante la última década, como las promulgadas en Chile,⁴¹⁵ Perú,⁴¹⁶ República Dominicana,⁴¹⁷ Costa Rica⁴¹⁸ o Colombia,⁴¹⁹ las cuales contemplan la posibilidad de que el consentimiento de los justiciables para someterse a arbitraje se manifieste por comunicaciones electrónicas o mensajes de datos disponibles para ulterior consulta, mediante simples intercambios de demanda y contestación, o mediante la referencia a otro documento contentivo de cláusula arbitral.

Finalmente, en el extremo de la tendencia al relajamiento de requisitos formales del convenio arbitral, han aparecido presunciones de la existencia

es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio; 4. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax; 5. Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra; 6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato." *Opción II: El "acuerdo de arbitraje"* es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no."

415 Art. 7, num. 2, Ley 19971, Chile.

416 Art. 13, num. 2-6, Decreto Legislativo 1071, Perú.

417 Art. 10, num. 2-5, Ley 489-08, República Dominicana.

418 Art. 7, num. 2-6, Ley No. 8937, Costa Rica.

419 Art. 3, parágrafo, y art. 69, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia.

de tal convenio en algunos contratos comerciales,⁴²⁰ posición que resulta insostenible desde la perspectiva de la necesidad de habilitación contractual para sujetarse a arbitraje.

Por su parte, la LAM (art. 5 y 6),⁴²¹ mantiene las disposiciones del texto del art. 7 de la Ley Modelo, previo a las citadas reformas de 2006, y exige constancia *escrita* de la voluntad de someterse a arbitraje. Si bien el alcance de este requisito no ha sido un tema ampliamente abordado por los tribunales arbitrales locales, se han presentado casos en los cuales ha sido necesario decidir sobre este punto. Así, un tribunal consideró que la demanda y contestación sin objeción de las partes hacían prueba de su consentimiento, admitiendo inclusive la expresión verbal de consentimiento ante el tribunal,⁴²² mientras que otro tribunal consideró que la exigencia de que el convenio arbitral se celebre por escrito constituye una solemnidad sustancial.⁴²³

La flexibilización de los medios que demuestren el consentimiento para sujetar los conflictos a arbitraje, favorece el acceso efectivo de los justiciables al espacio que escogieron para solucionar sus conflictos.⁴²⁴ En los casos en

420 Pilar Perales Viscasillas, "La presunción legal de sometimiento al arbitraje", en *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 160 (refiriéndose a la sensible reducción de formalidades del acuerdo arbitral y a la posibilidad, inclusive, de que se interprete la voluntad presunta de las partes de someterse a arbitraje, salvo que las partes lo objeten, como se dispone por ejemplo, con relación a contratos de representación, distribución o fabricación en el TLC DR-CAFTA, norma que según esta tal autora, ha sido asumida por la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras de Costa Rica).

421 Art. 5, LAM, inc. 1 y 2: "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" y art. 6, LAM: "Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no solo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje".

422 Ver relación del acta de audiencia de sustanciación, caso 026-05, CAM-CCQ, en Alejandro Ponce Martínez, "Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana," en Caivano, *La cláusula arbitral*, 436, nota 13.

423 Acta de audiencia de sustanciación, 20 de marzo de 2009, caso 075-08, CAM-CCQ, citada por Hugo García, "Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica", en *Iuris Dictio* 13, No. 15 (Quito: USFQ), (2013): 183, nota 95, <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_009.pdf>, consulta: 1 de julio de 2014.

424 Ver CNUDMI, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, 25. "Fue señalado por los practicantes que, en un número de situaciones, la celebración por escrito era imposible o no práctica. En esos casos, cuando la intención de las partes de someter su conflicto a arbitraje no está en duda, la validez del acuerdo arbitral debe ser reconocida".

los cuales se admiten otros medios de prueba para determinar la existencia de consentimiento de los justiciables para que su conflicto sea resuelto en arbitraje, parece obvio concluir que se acentúa la obligación de los árbitros de motivar la resolución sobre su competencia. Sin embargo, es necesario hacer una precisión: la flexibilización de requisitos para probar el consentimiento para someterse a arbitraje no debe convertirse en una presunción indiscriminada de la existencia de un convenio arbitral, pues de así ocurrir, se lesionaría el derecho a la tutela efectiva en su vertiente del derecho de acceso a la justicia de quienes son obligados a someterse a arbitraje.⁴²⁵

▪ *Una visión panorámica sobre la receptividad de la teoría de partes no signatarias ante tribunales internacionales*

En los últimos años ha ganado terreno la teoría de la legitimación en el proceso arbitral de partes no signatarias del respectivo convenio, desarrollada fundamentalmente en el seno de tribunales de arbitraje internacional.⁴²⁶ En esencia, esta teoría propugna que quienes no han intervenido en la suscripción del convenio arbitral pueden ser considerados como partes del mismo, “en virtud de su rol en la conclusión, ejecución o terminación del contrato contentivo de dicha cláusula”.⁴²⁷

Entre los escenarios más frecuentes de aplicación de esta teoría a nivel de tribunales internacionales se encuentra la extensión del convenio arbitral al grupo de sociedades, es decir, a entidades de un mismo grupo

⁴²⁵ Ver sentencia 136/2010, 2 de diciembre de 2010, Tribunal Constitucional, España: “por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia [a la tutela judicial efectiva] puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar [...] Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje”. Como he anticipado, no coincido con la tesis que ve en el arbitraje una renuncia al derecho a la tutela efectiva. Sin embargo, concuerdo con la exigencia de que la voluntad de someterse a arbitraje no sea arbitrariamente presumida.

⁴²⁶ James Hosking, “The Third Party Non-signatory Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 4, No. 3: 479, <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1138&context=drj>>, consulta: 27 de agosto de 2014 (especificando los ámbitos en los cuales con mayor frecuencia se ha aplicado esta doctrina en arbitraje internacional: construcción, asuntos marítimos, arbitrajes que envuelven partes estatales, y arbitrajes de inversión). Ver también Santiestevan de Noriega, “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias”: 32.

⁴²⁷ Ver Alfredo Bullard, “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el art. 14 de la Ley de Arbitraje Peruana”, en *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 711-2; Conejero Roos e Irrá de la Cruz, “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias”: 63: “En estricto rigor, no se está extendiendo una cláusula arbitral a quien no es parte de la misma, sino que se está determinando, más allá de la forma del contrato y de quienes lo han firmado, quiénes son realmente las partes vinculadas por el convenio arbitral, delimitando así el alcance *rationae personae* o subjetivo de dicho convenio”.

empresarial en la cual solo una se sometió expresamente a arbitraje, supuesto en el cual el laudo expedido por la CCI en el caso Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain, resulta paradigmático, al haber argumentado que todos los miembros del grupo de sociedades integran *una misma realidad económica*.⁴²⁸ Este razonamiento se ha aplicado también al caso de entidades estatales, cuando un Estado es vinculado por la participación en el convenio arbitral de una dependencia o empresa de su propiedad o control.⁴²⁹

Por su parte, las cortes francesas han admitido entusiastamente la posibilidad de incorporar partes no signatarias en el arbitraje mediante dos tendencias: una que enfatiza en la participación de la parte no signataria en la ejecución del contrato que contiene el convenio,⁴³⁰ siempre que se determine su conciencia sobre la existencia de tal convenio arbitral y otra, más reciente, que se limita al análisis de la intervención de la parte no signataria en la ejecución del contrato contentivo de la cláusula arbitral.⁴³¹ En contraste, las

428 Laudo interino, 23 de septiembre de 1982, caso CCI 4131, Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain 136, cuyo extracto es accesible <<http://www.trans-lex.org/204131>>, consulta: 3 de julio de 2014: “Considerando que es indiscutible –y de hecho no se discute– que DOW CHEMICAL COMPANY (USA) tiene y ejerce control absoluto sobre sus subsidiarias habiendo ya sea firmado contratos relevantes o, como DOW CHEMICAL FRANCE, efectivamente e individualmente participado en su conclusión, ejecución y su terminación; considerando que a pesar de la identidad jurídica independiente de cada uno de sus miembros, un grupo de compañías constituye una y la misma realidad económica [...]; considerando, en particular, que la cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas compañías del grupo deben obligar a las otras compañías las cuales, en virtud de su rol en la conclusión, ejecución, o terminación de los contratos que contienen las mencionadas cláusulas, y en armonía con la intención mutua de todas las partes, parecen ser realmente partes de estos contratos o haber estado interesadas en ellos y en las disputas que pueden emerger de ellos [...] es apropiado para el tribunal asumir competencia para conocer del conflicto que involucra no solo a Dow Chemical AG (Zürich) y Dow Chemical Europe sino también Dow Chemical Company (USA) y Dow Chemical France”. Este razonamiento se ha aplicado a casos posteriores. Para una síntesis de casos de tribunales arbitrales de la CCI que han seguido esta teoría ver por ejemplo Roque Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades: Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Lima Arbitration*, No. 1 (Lima: CPA), (2006): 125-6, <www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf>, consulta: 17 de octubre de 2014.

429 Hosking, “The Third Party Non-signatory”: 480.

430 Pierre Mayer, “Extension of the Arbitration Agreements to Non signatories- The Irreconcilable Positions of French and English Courts”, *American University International Law Review* 27, No. 4 (2012): 831 (refiriéndose a varios fallos de la Corte de Apelación de París, en los cuales se configuró una tendencia que denomina *subjetiva*, en los siguientes términos: “una cláusula arbitral inserta en un contrato internacional tiene una fuerza y validez distinta, que requiere ser aplicada a las partes directamente envueltas en la ejecución del contrato y en las disputas que pueden resultar de él, una vez que ha sido establecido que ellas se encontraban conscientes de la existencia y el alcance de la cláusula arbitral, aunque no hayan sido signatarias del contrato que la contiene”).

431 *Ibid.*, 832 (refiriéndose a fallos más recientes, en los cuales se configuró una tendencia que llama *objetiva*, por ejemplo la sentencia de 27 de marzo de 2007 expedida por la Corte de Casación de Francia, *Société Alcatel Business Systems (ABS), Société Alcatel Micro Electronics (AME) et Société AGF vs. Amkor Technology et al.*: “el efecto de las cláusulas de arbitraje internacional

cortes inglesas han adoptado una posición mucho más conservadora, pues para la incorporación de partes no signatarias han requerido que se demuestre con claridad la voluntad de acceder al contrato arbitral y adicionalmente la evidencia de la aceptación de tal incorporación por las partes originales.⁴³²

En EUA, la conocida sentencia Thomson-CSF S. A. vs. American Arbitration Association⁴³³ sistematizó varios casos conocidos por las cortes estadounidenses en los cuales se aplicó la teoría de la incorporación al proceso arbitral de partes signatarias,⁴³⁴ a los que cabe referirse sumariamente a continuación:

- *Incorporación por referencia.* Es decir, la posibilidad de que se considere como partes a quienes han suscrito un contrato que no contiene cláusula arbitral, pero en el cual se hace referencia a un contrato anterior que sí la contiene, o simplemente, al conjunto de derechos y obligaciones de otro contrato, entre las que se cuenta el derecho y la obligación de someterse a arbitraje.⁴³⁵ Las reformas de 2006 a la Ley Modelo introdujeron expresamente la posibilidad de que se entiendan válidamente celebrados convenios arbitrales mediante referencia (opción I, art. 7, num. 6), “siempre que esta referencia implique que esa cláusula [la arbitral] es parte del contrato”, redacción que ha originado más dudas que certezas. Interpretando esta di-

se extiende a las partes directamente envueltas en la ejecución del contrato y con cualquier disputa que pueda emerger de él”.

432 Ibid. Ver también Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades”: 137-8 (citando jurisprudencia en la que se rechaza la aplicación de la teoría de partes no signatarias, la mayoría es inglesa aunque también se refiere a un caso estadounidense. Los fundamentos de tales sentencias van desde la falta de hechos que demuestren el consentimiento a someterse a arbitraje hasta la falta de sustento en el derecho inglés para aplicar la teoría del grupo de sociedades).

433 Sentencia 1565, 24 de agosto de 1995, caso 94-9118, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito [64F 3d. 773 (1995)].

434 Ver Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades”, 130 (explicando que: 1. si bien la sentencia expedida en el caso Kesystone Shipping Co. vs. Texport Oil Co, de 1992, había ofrecido una sistematización previa de los casos de legitimación de partes no signatarias en el convenio arbitral, la que ofrece la sentencia del caso Thomson-CSF S. A. vs. American Arbitration Association es más completa, y 2. que a más de los supuestos previstos en esta última sentencia, otro criterio para la legitimación de partes no signatarias podría ser el de existencia de controversias que tengan una interrelación tal que sea imposible separarlas).

435 Sentencia 91 Civ. 3253 (CLB), 14.04.92, Corte de Distrito de Nueva York (caso Filanto S.p.A. vs. Chilewich International Corp. En este caso la Corte aceptó que las partes habían acordado someterse a un arbitraje en Rusia con base en un contrato marco suscrito entre Filanto y un tercero con quien Chilewich había originalmente firmado un contrato, para cuyo cumplimiento fue necesario que Filanto venda sus productos a Chilewich, quien dejó de pagar la totalidad de precio. Aunque Filanto negó que se haya sometido a arbitraje, la Corte aplicó los art. 8 y 14 CISG –Convención de las Naciones Unidas para la Venta Internacional de Bienes–, y en lo fundamental, sostuvo que el caso debía resolverse en arbitraje, bajo el argumento esencial de que el arbitraje estaba incorporado en la oferta del comprador y de que el vendedor no alertó a su contraparte que no estaba dispuesto a someterse a arbitraje y empezó a ejecutar una serie de actos como si estuviere de acuerdo con los términos originales”.

rectriz, algunas cortes internacionales han decidido que la referencia debe hacerse exclusivamente al documento y no a la cláusula arbitral contenida en el mismo, mientras que otras han concluido que para la alusión sea realmente operativa se requiere una mención explícita de la cláusula arbitral.⁴³⁶

Esta última posición responde a la legítima preocupación de una parte de la doctrina de que los justiciables puedan resultar obligados por cláusulas arbitrales que no fueron tomadas en cuenta, pues muchas veces la intención de las partes al hacer referencia a otro documento es incorporar en el contrato las provisiones sustantivas antes que las procesales.⁴³⁷

• *Presunción.* Este supuesto se refiere a la posibilidad de que un tribunal arbitral considere que ciertas conductas implican la aceptación de someterse a arbitraje, por ejemplo, enviando un representante al proceso, o presentado excepciones sin considerar entre ellas la incompetencia del tribunal arbitral cuando una parte no signataria es citada con la demanda.⁴³⁸

Para algunos, existiría el riesgo de que las partes desconozcan qué actuaciones procesales pueden ser interpretadas como consentimiento tácito para someterse a arbitraje,⁴³⁹ preocupación que, considero, es fundamentada. Consiguientemente, si se acepta la incorporación de partes no signatarias por presunción, es necesario que la normativa reduzca el nivel de incertidumbre, estableciendo las situaciones que podrían asumirse válidamente como conductas que denotan la voluntad de sujeción a arbitraje. La primera opción del art. 7 de la Ley Modelo, proporciona un ejemplo de los lineamientos que minimizan la inseguridad de los justiciables en este caso.

• *Representación o agencia.* Bajo la perspectiva de *common law*, la teoría de la agencia se refiere a un amplio conjunto de situaciones en las cuales una persona (“el agente”) puede ser legalmente obligada por las actuaciones de otra (“el principal”).⁴⁴⁰ La doctrina ha identificado tres elementos

436 CNUDMI, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, 30.

437 Ver por ejemplo Jaime Dodge Byrnes, y Elizabeth Pollman, “Arbitration, Consent and Contractual Theory: The Implications of EEOC vs. Waffle House”, *Harvard Negotiation Law Review*, No. 8 (primavera de 2003): 300.

438 En este sentido ver por ejemplo la sentencia identificada como voto 200-2006, 7 de abril de 2006, Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, Costa Rica, citada por Adelina Villalobos López y Mauricio París Cruz, “La cláusula arbitral a [sic] partes no signatarias”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 131 (mayo-diciembre 2013): 26: “En el caso bajo examen, el contrato de distribución suscrito entre la actora y la entidad estadounidense en su cláusula dieciséis previó: ‘Art. 16. ARBITRAJE [...] Como se observa, la entidad panameña no concurrió con su firma a ese contrato. No obstante, de la documental obrante en autos y la participación que en el conflicto suscitado mostró su representante, se colige que aquella asumió las obligaciones de su homólogo estadounidense y por ende, se sujetó a la forma convenida para solucionar las controversias”.

439 Dodge Byrnes y Pollman, “Arbitration, Consent and Contractual Theory”: 303.

440 Pauline Kim, “Beyond Principal-agent Theories: Law and the Judicial Hierarchy”, *Northwestern University Law Review* 105, No. 2 (2011): 541, <<https://www.law.northwestern.edu/lawreview/>

que necesariamente deben existir para que se configure una relación de agencia: el consentimiento mutuo, la autoridad conferida al agente para actuar por el principal frente a terceras partes y el poder que mantiene el principal para controlar las acciones que el agente realiza.⁴⁴¹

La aplicación de esta teoría ante tribunales de arbitraje y cortes internacionales ha arrojado resultados diversos. Por ejemplo, en Estados Unidos, algunas cortes han concluido que no solo los agentes resultan obligados por el convenio arbitral suscrito en representación del principal, sino también los empleados y representantes del primero, lo que para otros tribunales solo puede acontecer cuando de alguna forma la cláusula arbitral permite esta vinculación. Otras cortes han evaluado si se trata de principales conocidos o no por la contraparte con la cual negocia el agente, y han admitido la vinculación del agente únicamente en casos en los cuales el tercero desconocía al principal. Finalmente, en otros casos se ha sostenido que el convenio vincula por igual a principal y agente, aunque solo uno de ellos haya suscrito el convenio arbitral.⁴⁴² En general, la doctrina de la agencia ha sido aplicada excepcionalmente con el fin de legitimar la intervención de partes no signatarias en el proceso arbitral,⁴⁴³ con marcadas diferencias de criterios. Esta teoría tiene una muy limitada aplicación en los países del en los cuales los códigos disponen de normas explícitas sobre mandato y comisión.⁴⁴⁴

• *Levantamiento del velo societario/ alter ego*. Bajo la doctrina del levantamiento del velo societario, algunos tribunales arbitrales han desconocido la personalidad jurídica de una compañía y han atribuido responsabilidad a quienes utilizan la protección conferida por tal personalidad jurídica como escudo.⁴⁴⁵ En términos generales, esta doctrina ha sido aplicada en casos en que una compañía se conforma como un *alter ego* o un instrumento de otra,

v105/n2/535/LR105n2Kim.pdf, consulta: 16 de octubre de 2014. Ver también Bullard, “¿Y quiénes están invitados a la fiesta?”, 723 (ejemplificando este caso de la siguiente manera: una empresa extranjera utiliza como agente a una empresa local, la que debía actuar para concretar la venta, pero en la práctica va más allá, por ejemplo, facturando algunas transacciones. De presentarse un arbitraje, el agente, aun a pesar de no haber suscrito, debería ser parte en el proceso).

441 Kim, “Beyond Principal-agent Theories”: 542.

442 Dodge Byrnes y Pollman, “Arbitration, Consent and Contractual Theory”: 303.

443 Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades”: 132 (explicando algunas situaciones en las que se ha aplicado esta doctrina, por ejemplo, para vincular a un médico a un arbitraje con fundamento en una cláusula contenida en el contrato firmado con el centro de cosmetología del cual era propietario o para admitir la demanda de un representante aun cuando el convenio arbitral fue firmado por su representado, con el fin de hacer valer los derechos de este último).

444 A manera de ejemplo, ver art. 2020-2076, Cciv y art. 374-409, Código de Comercio (Ccom).

445 Scott McKinnis, “Enforcing Arbitration with a Non-signatory: Equitable Stoppel and Defense Piercing of the Corporate Veil –Sunkist Soft Drinks, INC vs. Sunkist Grower, Inc”, *Journal of Dispute Resolution*, (University of Missouri), (1995): 204, <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol1995/iss1/11>, consulta: 17 de octubre de 2014.

permitiendo a las cortes tratar a las dos como una sola,⁴⁴⁶ razonamiento que en el mundo comercial ha encontrado en la relación entre matrices y subsidiarias el escenario más fértil para su aplicación. La formación de una persona jurídica con propósitos fraudulentos o impropios, su actuación como *marioneta* de su controlante, o la sujeción al control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, han sido consideradas por las cortes estadounidenses como justificativos para el levantamiento del velo corporativo.⁴⁴⁷ El levantamiento del velo societario impone un análisis de la relación entre compañías o la finalidad que se le atribuye a la existencia de una persona jurídica antes que del conocimiento de las partes sobre el convenio arbitral o su participación en la formación de este último.⁴⁴⁸

• *La inadmisibilidad de actuar contra los actos propios (estoppel)*. La doctrina del *judicial estoppel* o doctrina contra las posiciones inconsistentes, evita que un litigante que ha sostenido determinado argumento en un procedimiento legal asuma posteriormente una posición contradictoria sobre el mismo asunto.⁴⁴⁹ Por ejemplo, la Corte Suprema estadounidense ha sostenido que una parte no podría a la vez sostener la existencia de un contrato válido en el cual sustenta su demanda y posteriormente negar la existencia del mismo contrato para evitar el arbitraje.⁴⁵⁰

Como ha quedado evidenciado, la intervención de partes no signatarias en el proceso arbitral constituye un tema polémico. Un sector, que parece ser el minoritario,⁴⁵¹ considera que la intervención de partes no signatarias desnaturaliza el carácter consensual del proceso arbitral.⁴⁵²

Por otro lado, entre quienes admiten esta posibilidad, se distinguen diferentes matices, que van desde la restricción de la aplicabilidad de esta teoría a casos excepcionales hasta la admisión de un amplio rango de casos en los

446 *Ibid.*

447 Caivano, "Arbitraje y grupos de sociedades": 134. Ver también McKinnis, "Enforcing Arbitration with a Non-signatory": 205.

448 Ver por ejemplo Dodge Byrnes y Pollman, "Arbitration, Consent and Contractual Theory": 301.

449 Douglas Henkin, "Judicial Estoppel - Beating Shields into Swords and Back Again", *The University of Pennsylvania Law Review* 139, No. 6 (junio de 1991): 1711. Ver también Roque Caivano, "Arbitraje y grupos de sociedades": 130.

450 McKinnis, "Enforcing Arbitration with a Non-signatory": 203 (citando la sentencia *Avila Group Inc. vs. Norma J. of California*, caso en el cual, un comprador de maquinaria demandó al fabricante en sede judicial y se respaldó para el efecto en el contrato entre el fabricante y el distribuidor, que contenía una cláusula arbitral. La corte entendió que si el actor invocaba tal contrato para sustentar su demanda, también debía someterse a la cláusula arbitral prevista en aquel).

451 Caivano, "Arbitraje y grupos de sociedades": 4.

452 Ver por ejemplo Dodge Byrnes y Pollman, "Arbitration, Consent and Contractual Theory": 312 (sosteniendo que las teorías que pretenden justificar la extensión del convenio arbitral a partes que no lo suscribieron menoscaban la legitimidad del arbitraje. Textualmente, afirman que "la actual línea de jurisprudencia ha permitido opacar el consentimiento").

que puede invocarse tal doctrina, sobre todo para la solución de problemas entre comerciantes, campo en el cual no existe necesidad de una tutela especial para las partes.⁴⁵³ En la línea más conservadora, se han ubicado decisiones de las cortes inglesas y en la línea más liberal, decisiones de las cortes francesas y estadounidenses, aunque con una importante variación de criterios entre las diferentes judicaturas. En Latinoamérica, la teoría de la incorporación de partes no signatarias a procesos arbitrales ha pasado a ocupar un lugar importante en las discusiones doctrinarias principalmente a raíz de la expedición del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje en Perú, en 2008 (art. 14),⁴⁵⁴ cuerpo normativo que permite abiertamente tal incorporación.

- *¿Existen fundamentos jurídicos para admitir la legitimación de partes no signatarias del convenio arbitral en el contexto jurídico ecuatoriano?*

A fin de responder esta pregunta, es necesario considerar los siguientes elementos de análisis:

1. En el ordenamiento jurídico nacional, el debate empieza por el alcance que se le otorgue a la exigencia legal de que el convenio arbitral conste por escrito (art. 5, LAM), asunto sobre el cual se han manifestado opiniones divergentes, como previamente se analizó.⁴⁵⁵ Como se expuso, la posición que considera que este es un requisito *ad probationem* y permite un entendimiento más flexible de su alcance, resulta más coherente con el respeto a la elección de las partes para la solución de sus conflictos en el espacio arbitral. Adicionalmente, como un argumento de orden sustantivo para permitir la intervención de partes que no suscribieron el convenio arbitral, puede esgrimirse que bajo el principio de la buena fe, calificado por la CSJ como “un axioma básico del ordenamiento jurídico patrimonial”,⁴⁵⁶ es posible que los juzgadores indaguen en la realidad de los contratos más allá de su tenor literal,⁴⁵⁷ como se prevé

453 Blaise Stuki, “Extension of Arbitration Agreement to Non signatories”, Conferencia presentada en el evento de ASA Below 40 (2006), <www.arbitration-ch.org/dl/.../extension-bs.pdf>, consulta: 17 de octubre de 2014, 3.

454 Art. 14, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú: “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”.

455 Ver notas 420 y 421.

456 Ver Res. 133-99, 26 de febrero de 1999, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 162, 5 de abril de 1999.

457 Ver por ejemplo Res. 44-2001, 22 de febrero de 2001, CSJ, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 356, 27 de junio de 2001; Res. 154-2008, 28 de mayo de 2008, CSJ, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, ROS, No. 224, 29 de abril de 2010 (distinguiendo entre voluntad real y declarada para dejar sin efecto contratos simulados que pueden perjudicar a terceros).

específicamente entre las reglas de interpretación de los contratos.⁴⁵⁸ En esta línea, el art. 1562, CCiv establece con claridad que la exigencia de buena fe en la ejecución de los contratos rebasa el conjunto de obligaciones previstas en el tenor literal de los mismos.⁴⁵⁹ Consiguientemente, aunque uno de los intervinientes en una relación contractual no haya suscrito el convenio arbitral, el principio de buena fe constituye el fundamento para determinar que quien intervino activamente en la formación y ejecución del contrato, también consintió en someterse al mecanismo de solución de conflictos que se estableció para la solución de divergencias que emergen de tal relación.

En la práctica, a pesar de la falta de una norma expresa, en este capítulo se verá cómo el criterio de que el requisito de prueba del convenio arbitral se satisface mediante actuaciones procesales que demuestren la voluntad de someterse a arbitraje ha empezado a abrirse paso en algunos casos ecuatorianos. En todo caso, es necesario recalcar que la falta de actualización de la LAM genera incertidumbre sobre la admisibilidad de pruebas no documentales para demostrar la existencia del consentimiento para sujetarse a arbitraje, lo que incide claramente en la legitimación en los procesos arbitrales. Por lo tanto, cualquier intento de reforma de esta ley debe actualizar lo relativo a la forma de expresión del consentimiento para perfeccionar el convenio arbitral.⁴⁶⁰ Asumiendo una posición flexible, con sustento en las razones señaladas, cabe analizar la existencia de otros fundamentos para aceptar la legitimación de partes no signatarias en el caso ecuatoriano.

2. El principio de buena fe, que como se dijo, se proyecta vastamente sobre el orbe jurídico, se relaciona en primer lugar con la prohibición de ir contra actos propios,⁴⁶¹ —también reconocida por la CSJ como un principio universal de derecho—,⁴⁶² que constituye en el fondo la misma noción

458 Art. 1576, CCiv: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ellas más que a lo literal de las palabras”.

459 Art. 1562, CCiv: “Los contratos deben ejecutarse de buena, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

460 Este aspecto sí ha sido considerado en el proyecto de Ley de Arbitraje preparado por César Coronel Jones (art. 11).

461 Miguel Ángel Ciuro Caldani, “Aspectos filosóficos de la buena fe”, en Marcos M. Córdoba, dir., *Tratado de la buena fe en el derecho*, vol. I (Buenos Aires: La Ley, 2004), 7.

462 Res. 266-98, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 320, 19 de mayo de 1998: “es principio general de derecho que ‘venire cum factum proprium non valet’ (no puede una persona irse válidamente contra los actos propios), de lo que se concluye que ‘propriu factum nemo impugnare potest’ o sea que nadie puede impugnar un hecho o acto propio”. Este principio anima por ejemplo la norma del art. 1699, CCiv: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”.

sobre el cual se ha construido la institución anglosajona del *estoppel*,⁴⁶³ y que es uno de los supuestos de legitimación de intervención de partes no signatarias en el proceso arbitral.

3. Adicionalmente, la buena fe se proyecta en la prohibición del fraude a la ley y del abuso del derecho.⁴⁶⁴ El fraude a la ley ha sido entendido por la CSJ como una violación indirecta de la buena fe que se produce “utilizando negocios jurídicos que en su forma externa son válidos pero que analizando los resultados que persiguen se descubre su finalidad de evadir el cumplimiento de una norma jurídica”.⁴⁶⁵ En cuanto al abuso del derecho, la CSJ ha dejado claro que la condena del mismo también constituye un principio universal del derecho que tiene vigencia en nuestro ordenamiento a pesar de no existir una norma específica que lo defina.⁴⁶⁶ En principio, estos

463 Ana Piaggi, “Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: La buena fe y los actos propios”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, vol. I, 118: “Como es fácil de advertir tanto el *estoppel* como el *venire cum factum proprium non valet* son reglas de ‘fair play’. Ello porque la confianza suscitada en el otro resulta cualificada por una apariencia ficticia que no puede ser discutida en perjuicio de aquél que creyó en ella; lo contrario constituye una clara transgresión del deber de comportarse con buena fe en el tráfico jurídico”.

464 Ciuro Caldani, “Aspectos filosóficos de la buena fe”, 7.

465 Ver sentencia de tercera instancia de la CSJ, en GJ., año XCIV, S. XVI, No. 1, 15. En similar sentido ver Res. 266-2001, 16 de julio de 2001, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 417, 21 de septiembre de 2001.

466 Res. 210-2003, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 189, 14 de octubre de 2003: “El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por la ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. Es decir, sustancialmente contrario a la moral social. De este modo, no obstante sustentarse originariamente en un acto lícito, mediante una actuación socialmente inadmisibles, aquel derecho subjetivo deja de ser ‘un derecho’ para convertirse, transpuesto cierto límite que debe ser apreciado por el Juez, en un acto que ya no es lícito y con el que se incurre, más bien, en la transgresión de un deber genérico de respeto al interés de los demás. No puede perderse de vista que la solidaridad se traduce más intensamente a través de los deberes que de los derechos. Se trataría así del incumplimiento de un genérico deber impuesto por el ordenamiento positivo al titular del derecho, dentro de una específica situación jurídica subjetiva. O, de no existir un dispositivo expreso en dicho ordenamiento, estaríamos frente a un acto que es contrario a los principios generales del derecho, como aquel de la buena fe y de las buenas costumbres, principios que se inspiran, preponderantemente, en el valor de la solidaridad’ (Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del Derecho* (Buenos Aires: Astrea, 1992), 143-4. En nuestro ordenamiento legal no existe una disposición general que condene el abuso del derecho, pero este principio del derecho universal se halla recogido en diversas normas tales como en el primer artículo innumerado que se mandó agregar a continuación del art. 2258 [actualmente 2232] del Código Civil, cuando dice que están especialmente obligados a la reparación de daño moral quienes ‘[...] provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados’”. Ver también los siguientes fallos de casación de la CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil: Res. 120-2001, 21 de marzo de 2001, RO, No. 350, 19 de junio de 2001 (definiendo que cuando se utiliza los procesos legales para privar a otros de su derecho existe un típico caso de abuso de derecho);

alcances de la buena fe justifican la aplicación de la teoría del levantamiento societario en Ecuador, aunque su invocación en el arbitraje, se ha vuelto cuestionable a partir de las reformas legales que fueron introducidas por la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil⁴⁶⁷ (LOFSSB). A fin de analizar este asunto, es necesario recordar los antecedentes de la aplicación de tal teoría en el país.

La doctrina del levantamiento del velo societario ha sido invocada en contadas ocasiones por parte de los órganos de administración de justicia⁴⁶⁸ y no se ha hecho público caso alguno en el cual un tribunal arbitral nacional la haya aplicado. Los pocos procesos en los cuales la CSJ falló con fundamento en la doctrina del levantamiento del velo societario se basaron en la necesidad de evitar fraude a la ley o abuso del derecho,⁴⁶⁹ advirtiendo siempre el carácter excepcional que debe tener su aplicación.⁴⁷⁰ En los últimos años, la CNJ se refirió nuevamente a esta doctrina.⁴⁷¹

Legislativamente, la Ley de Compañías (Lcías)⁴⁷² y Ley Orgánica Para la Defensa de los Derechos Laborales (LODDL)⁴⁷³ establecieron algunos

Res. 263-2004, 16 de noviembre de 2004, RO, No. 43, 21 de junio de 2005 (sosteniendo que el abuso del derecho a la defensa genera responsabilidad civil extracontractual).

467 ROS, No. 249, 20 de mayo de 2014.

468 Sobre la aplicación de la teoría del levantamiento societario en Ecuador ver Santiago Andrade Ubidia, "El levantamiento del velo societario en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana", en *Foro: Revista de Derecho*, No. 11 (Quito: UASB-E / CEN, 2009): 7-35 (enumerando y analizando los pocos casos de levantamiento de velo societario conocidos hasta la fecha de publicación de su artículo).

469 Ver Res. 120-2001, 21 de marzo de 2001, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 350, 19 de junio de 2001: "Sexto.- En la actuación de las personas jurídicas, se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros. Pierde por completo su razón de ser y su justificación económica y social; ya no es más una persona ideal o moral y se convierte en una mera figura formal, un recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines [...] Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico llegar hasta estos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos". En el mismo sentido ver la Res. 20-2003, 28 de enero de 2003, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 58, 9 de abril de 2003.

470 Res. 120-2001, 21 de marzo de 2001, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 350, 19 de junio de 2001: "Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir [sic] el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria".

471 Ver Res. 613-2013, 8 de octubre de 2013, CNJ, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo.

472 Última codificación, RO, No. 312, 5 de noviembre de 1999.

473 RO, No. 797, 22 de septiembre de 2012.

supuestos que abrían la puerta a la aplicación de esta teoría. En el primer caso, el art. 17, Lcías permitía –en forma previa a las reformas introducidas por la LOFSSB, que se analizan posteriormente– que se asigne responsabilidad a personas distintas de la compañía cuando se hubiere cometido abusos en nombre de esta.⁴⁷⁴ En el segundo caso, la LODDL permitió que se desconozca la separación de patrimonios entre accionistas y personas jurídicas usadas para defraudar y perjudicar los derechos de los trabajadores y del fisco.⁴⁷⁵ Es decir, en forma previa a la expedición de la LOFSSB no existían normas que pudieran ser interpretadas como una restricción clara para la aplicación de esta teoría por tribunales arbitrales. Sin embargo, este último cuerpo normativo alteró sensiblemente el panorama, creando incluso un procedimiento especial para casos que ameriten levantamiento del velo societario.⁴⁷⁶

La LOFSSB reformó el art. 17, Lcías en el siguiente sentido:

salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor.⁴⁷⁷

474 Art. 17, Lcías (anterior a las reformas de la LOFSSB): “Por los fraudes, abusos o vías de hechos que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1.- Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; 2.- Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga este; y /3.- Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución”.

475 Art. 1, LODDL: “Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de ser efectivo el cobro de sus acreencias, podrían ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes domiciliados en el Ecuador. /Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación. /Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden”.

476 Actualmente recogido en los arts. 17-A y 17-B, Lcías.

477 Art. 17, último inciso, Lcías. Adicionalmente, el COGEP incorporó mediante su disposición reformatoria novena algunas normas de índole procesal en la Lcías. Por su parte, el CPC, contenía algunas normas sobre la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica, las mismas que quedarán insubsistentes a la entrada en vigencia del COGEP. Finalmente, la

¿Constituye esta norma fundamento suficiente para considerar que los tribunales arbitrales no pueden poner en práctica la teoría del levantamiento del velo societario en Ecuador? En el caso de arbitrajes en equidad, en los cuales los árbitros deben sustentar el laudo en su leal saber y entender, cabe concluir que tendrían libertad para aplicar la teoría del levantamiento del velo societario. En el caso de arbitrajes en derecho, responder a la pregunta planteada no es sencillo. Por un lado, puede sostenerse que de acuerdo al tenor literal de la norma, el levantamiento del velo societario tiene cabida solo en sede judicial, por parte de los jueces de lo civil y mercantil al plantearse la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica, salvo cuando la ley dispone expresamente otra cosa –lo que no ocurre actualmente con relación al arbitraje–. Por otro lado, puede argumentarse que la necesidad de dotar de eficacia al arbitraje exige que los árbitros levanten el velo societario, no para declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sino con la exclusiva finalidad de convalidar la legitimación de una parte en un proceso determinado.⁴⁷⁸ En otras palabras, bajo esta segunda línea de argumentación, la facultad de los árbitros para dirigir el proceso que debe culminar con la expedición de un laudo eficaz, conlleva la atribución de decidir sobre la legitimación de las partes y de levantar, de ser necesario, el velo societario.

Personalmente, sostengo la segunda línea de argumentación expuesta y considero que no debe privarse a los árbitros de la facultad de decorrer excepcionalmente el velo societario, a fin de dotar de mayor efectividad al arbitraje. Como señala De Trazegnies, “no cabe duda, entonces, de que en circunstancias excepcionales, cuando está en juego la verdadera común intención de las partes, afectadas por el fraude o el abuso del derecho en sus múltiples matices, es preciso integrar dentro del arbitraje a quienes son partes de la controversia pero pueden no haber firmado el convenio arbitral”.⁴⁷⁹ Dado que el legislador nacional optó por regular la figura del levantamiento del velo societario –lo que de por sí es debatible–,⁴⁸⁰ pareciera que para evitar cualquier duda con relación a la facultad de los árbitros, la ley debería atribuirles expresamente facultades de levantamiento de velo societario, con el fin de dotar al laudo de efectividad. Finalmente,

disposición derogatoria novena del COGEP, ha derogado la Ley para el Juzgamiento de la Colusión (RO, No. 269, 3 de febrero de 1977).

478 Fernando de Trazegnies, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, *Iuris Dictio*, No. 11 (Quito: USFQ), (2007): 7-16.

479 *Ibid.*, 13.

480 Andrade Ubidia, “El levantamiento del velo societario”: 33 (sosteniendo la inconveniencia de legislar el levantamiento del velo societario, por tratarse fundamentalmente de una figura de equidad).

ya sea que se invoque el levantamiento del velo societario ante árbitros o jueces, es preciso que se vayan definiendo parámetros claros bajo los cuales la aplicación excepcional de esta figura procedería.⁴⁸¹

4. Adicionalmente, cabe considerar la incidencia que tiene la estipulación a favor de un tercero, prevista en el 1465 CCiv,⁴⁸² en la legitimación de partes no signatarias. Esta figura permite que el tercero beneficiario de lo convenido entre promitente y estipulante sea considerado como parte del convenio arbitral que los últimos hayan acordado, a pesar de no haber tomado parte en la celebración del contrato, pues al aceptar el beneficio resultante, aceptaría igualmente el resto de previsiones realizadas entre promitente y estipulante, inclusive el sometimiento a arbitraje.⁴⁸³

5. Finalmente, a nivel puramente procesal, cabe preguntarse ¿qué mecanismo permitiría la incorporación de terceros no signatarios en arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano? La figura de la *litis consorcio*,⁴⁸⁴ es decir, de una comparecencia conjunta, que resulta necesaria a fin de asegu-

481 Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades”: 133-4 (citando jurisprudencia de EUA de la cual se pueden establecer estos parámetros para la aplicación de la teoría del levantamiento del 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 reconocer la personalidad diferenciada puede violar el orden público o proteger a alguien de responsabilidad criminal”, entre los más importantes).

482 Art. 1465, CCiv: “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa, o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”.

483 Ver art. 14, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú: “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 pretenden derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.” Ver también Roque Caivano, *Arbitraje y estipulación a favor de terceros bajo el derecho peruano* (Lima: Derup, 2014), <<http://www.forseti.pe/articulos/arbitraje-y-estipulacion-favor-de-terceros-bajo-el-derecho-peruano>>, consulta: 17 de octubre de 2014: “El convenio arbitral crea derechos y obligaciones que se adosan a, que condicionan y rigen el derecho patrimonial que nace en el patrimonio del tercero. Es claro que este no está obligado a aceptar la estipulación pactada a su favor (incluyendo el convenio arbitral). Pero si toma este beneficio otorgado, si incorpora a su patrimonio el derecho sustantivo creado por el contrato, debe hacerlo aceptando todo su régimen, no solo una porción o un fragmento. Y eso incluye, naturalmente, el convenio arbitral, pues lo contrario sería violatorio de la voluntad de las partes (promitente y estipulante), quienes diseñaron el régimen de la estipulación contemplado en el contrato que lo contiene”. En el mismo sentido ver Pilar Jiménez Blanco, *El contrato internacional a favor de un tercero* (Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2002), 164.

484 Ver art. 51, COGEP: “Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso en forma conjunta, activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia que se expida con respecto a una podría afectar a la otra”.

rar que la sentencia pueda ejecutarse y de evitar resoluciones contradictorias sobre un mismo asunto, parece ser la pertinente.⁴⁸⁵ De hecho, en algunos de los casos nacionales que se analizan a continuación, este ha sido justamente el fundamento para admitir la legitimación de partes no signatarias.

En conclusión, la vigencia del principio de buena fe en el ordenamiento jurídico nacional fundamenta la posible intervención de partes no signatarias en varios escenarios, porque permite a los árbitros indagar más allá del texto contractual para determinar la extensión de las obligaciones asumidas por quienes intervinieron en la formación de un contrato –inclusive la obligación de someterse a arbitraje–; y porque sustenta la prohibición de ir contra actos propios, así como la necesidad de evitar fraude a la ley o abuso de derecho. Finalmente, desde la perspectiva procesal, la figura de la *litis consorcio*, abre la puerta a la legitimación de quienes no suscribieron el convenio arbitral como partes procesales, como en la práctica ha ocurrido, conforme se expone a continuación.

- *Algunos casos de legitimación de partes no signatarias en procesos arbitrales en la experiencia nacional*

A pesar del rezago de la LAM sobre este tema, en Ecuador ya se han producido casos de legitimación en el proceso arbitral de partes no signatarias. Se han ubicado estos casos en la única gaceta arbitral disponible al momento en el país,⁴⁸⁶ en sentencias de la Función Judicial sobre acciones de nulidad de laudos arbitrales, así como en artículos que recogen las experiencias de árbitros, secretarios arbitrales y ex funcionarios de centros de arbitraje, ya que el acceso a los procesos arbitrales es sumamente restringido en el país:

- *Legitimación de una compañía no signataria, demandada solidariamente, que forma parte del mismo grupo empresarial.* En este caso la parte actora planteó su demanda en contra de dos compañías del mismo grupo empresarial, fundamentándose para el efecto en el art. 17, Lcías. Al respecto, en la providencia expedida en la audiencia de sustanciación el tribunal sostuvo que:

b) Es incuestionable que la compañía demandada Compañía B S. A. en la cláusula compromisoria ha sometido al Tribunal Arbitral la dirimencia de

485 De Trazegnies, “El rasgado del velo societario”: 11-2 (explicando que ha existido una evolución desde mecanismos que buscaban la declaración de voluntad del no signatario, por ejemplo, concediéndole un tiempo en la citación para que exprese su voluntad de someterse a arbitraje –como lo hicieron tempranamente algunas cortes de EUA–, hasta mecanismos que interpretando la existencia de tal voluntad, tienden a obligar la comparecencia de los no signatarios, como sería el caso de la aplicación de la figura de la *litis consorcio*).

486 AMCHAM / USFQ, *Gaceta Arbitral*, No. 1 (Quito: 2013), (recogiendo providencias seleccionadas del CAM-AMCHAM y del CAC-CCG).

las controversias emanadas de la ejecución del Contrato en que se apoya la demanda. Es también verdad que, ni de la cláusula compromisoria ni de ningún otro documento aparece que la otra demandada Compañía C S. A. se haya sometido a la jurisdicción arbitral de la Cámara de Comercio de Quito. Desde este punto de vista, se tendría que la competencia para conocer las pretensiones de Compañía B S. A. pertenece al Tribunal Arbitral y la competencia para conocer las pretensiones en contra de Compañía C S. A. pertenece al Juez de lo Civil. Pero dada la solidaridad, conexión y complementariedad que en la demanda se formula, la reclamación en contra de Compañía B S. A. y Compañía C S. A. no pueden haber dos procesos ni órganos jurisdiccionales distintos para conocer el caso. Tiene que ser uno mismo. El problema se presenta en dilucidar: ¿A cuál de los dos órganos jurisdiccionales le toca conocer la controversia? No al juez ordinario, por el efecto negativo establecido expresamente en el primer apartado del art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dice: “*El convenio arbitral que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria [...]*”. Eliminado, por el efecto jurídico mencionado, el Juez de lo Civil, le toca al órgano arbitral asumir dicha competencia. La resolución sobre la competencia por cierto se limita a los asuntos concernientes a la relación jurídico procesal. No significa, bajo ningún aspecto, aceptación o no de la existencia de relaciones jurídicas sustanciales o materiales entre la actora y cada una de las compañías demandadas. Este es un asunto de fondo que se resolverá en el laudo arbitral de acuerdo con las normas jurídicas y los méritos procesales, particularmente del análisis y valoración de los medios de prueba que se aporten al proceso.⁴⁸⁷

En este caso el tribunal motivó su decisión en el principio de economía procesal y en la necesidad de evitar resoluciones contradictorias entre jurisdicción arbitral y ordinaria, elementos que justifican la formación de una *litis consorcio* forzosa. Aunque el razonamiento procesal es sumamente claro, no aparece ningún elemento que justifique la existencia de consentimiento para someterse a arbitraje de la compañía que fue solidariamente demandada, por ejemplo, mediante elementos que hagan presumir una participación importante en la formación o ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral o mediante la invocación de la teoría de que se trata de una sola realidad económica.

• *Legitimación por presunción y posterior ratificación de la voluntad ante el tribunal arbitral.* En este caso, la parte demandada reconvino tanto a la compañía actora como a su representante legal, en forma personal. Únicamente la compañía había suscrito el convenio arbitral y el representante, al contestar la reconvención, replicó sin alegar incompetencia del tribunal. Adicionalmente, en la audiencia de sustanciación manifestó expresamente que se sometería a los resultados del arbitraje. El tribunal interpretó que el intercambio de demanda y de contestación sin objeción

487 Ver nota 413.

de las partes es prueba de su consentimiento y declaró que este puede ser otorgado inclusive verbalmente ante el tribunal arbitral.⁴⁸⁸

Como se enunció previamente, esta línea de razonamiento garantiza de mejor manera el acceso a la justicia —en este caso, de la parte no signataria—. Adicionalmente, el tribunal tuvo el acierto de salvaguardar la existencia del consentimiento como fundamento de su competencia, pues ante la ausencia de una norma legal clara, requirió una ratificación expresa. Finalmente, la aproximación del tribunal resulta razonable considerando que, como regla general, quien reconviene acepta tácitamente la competencia del juzgador.

• *Legitimación de un garante solidario.* En este caso, el tribunal arbitral admitió la legitimación pasiva de un garante solidario, en los siguientes términos:

Tercero: 3.1 Por lo expuesto, es criterio del Tribunal, que encuentra suficiente respaldo doctrinario, que aun cuando el demandado S.P., efectivamente, no compareció al otorgamiento del contrato de fideicomiso y sus posteriores modificaciones, el hecho de garantizar personal y solidariamente una obligación específica, constante en un contrato que contenía una cláusula de solución de conflictos mediante vía arbitral, cuyo texto debió conocer y aceptar lo sujeta a dicha vía arbitral, puesto que el presupuesto de ejecución de dicha obligación excluyó la jurisdicción ordinaria, y precisamente, con sujeción a tales términos y condiciones, se vinculó como garante solidario de la referida obligación, lo que implica su adhesión tácita al convenio arbitral que rige la obligación asumida, por el principio de "*favor arbitralis*" consagrado en el segundo inciso del art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana".

3.2. Los demandados Banco Amazonas y el señor SP conforman una *litis consorcio* pasiva que se hace necesaria para el destino de la controversia y para los intereses del accionante de involucrar en la controversia, en calidad de demandados, a todas las personas o entes que tienen que ver con los efectos que pueda producir la sentencia a dictarse principalmente con relación a la cosa juzgada.⁴⁸⁹

Esta resolución resuelve el problema de la presunción de consentimiento mediante la alusión a un documento contentivo de una cláusula arbitral que razonablemente se asume fue conocido por el garante de tal obligación, una clase de incorporación por referencia. Adicionalmente, a pesar de la ausencia de una norma específica para admitir esta clase de legitimación, el tribunal recurre a la doctrina y al principio *favor arbitralis*, a fin de emitir un laudo que pueda ser ejecutado contra todos quienes participaron en el negocio, lo que constituye un mérito del laudo en análisis.

• *Legitimación por realización de actos que hacen presumir ratificación de convenio arbitral.* En este caso se presentó una demanda contra dos personas, aunque solo una de ellas suscribió el convenio arbitral en representa-

488 Ver nota 420.

489 Laudo 053-06, 23 de junio de 2008, CAC-CCG, *Gaceta Arbitral*, No. 1, 255.

ción de una sociedad de hecho. Sin embargo, el tribunal asumió competencia inclusive contra el demandado que no intervino en la suscripción del convenio arbitral al considerar que este último “había realizado actos ratificatorios que al parecer le vinculan de manera decisiva como parte del negocio jurídico origen del procedimiento arbitral”.⁴⁹⁰ Por lo tanto, el tribunal consideró que el consentimiento para someter la disputa a arbitraje se derivaba de la participación en el negocio jurídico que originó tal conflicto, con fundamento en los elementos de los que disponía en la audiencia de sustanciación.

Resulta interesante que en este caso se planteó una acción de nulidad contra el laudo arbitral alegando justamente la inexistencia del convenio arbitral vinculante para una de las partes que fueron legitimadas pasivamente en el proceso e invocando la causal de nulidad contemplada en el lit. d) del art. 31 de la LAM, consistente en que “el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”. La Presidenta subrogante de la Corte Provincial de Justicia de Pichicha rechazó tal acción al considerar que entre las causales de nulidad actualmente no se puede impugnar la falta de jurisdicción y competencia del tribunal arbitral.⁴⁹¹

• *Legitimación por referencia.* Este caso se produjo ante la jurisdicción estatal. En él, una compañía demandó a la otra la ejecución de unas letras de cambio. La compañía demandada opuso a la demanda la excepción de falta de competencia, bajo el argumento de que a la finalización de la relación laboral entre las dos compañías, estas habían suscrito un acta de finiquito de obligaciones, entre las cuales se habían detallado las letras de cambio que se pretendía cobrar. En tal acta de finiquito se incorporó una cláusula arbitral, y el reclamo consistía en que el conflicto relativo a las letras de cambio, al haber sido detalladas en el acta, también debían sujetarse a la decisión de un tribunal arbitral. Aunque el juez de primera instancia desconoció este argumento, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Pichincha reconoció en este caso el sometimiento a arbitraje vía referencia, en los siguientes términos:

490 García Larriva, “Partes no signatarias del convenio arbitral”: 186, nota 99 (identificando este caso como 001-11, CAM- AMCHAM, acta de audiencia de sustanciación final de 10 de enero de 2012).

491 Sentencia de 5 de diciembre de 2013, Presidenta Subrogante, CPJP: “En el texto de la demanda el vicio que, según los accionantes anula el laudo arbitral tiene que ver con la falta de jurisdicción e incompetencia del Tribunal Arbitral, pero esta causal, como se señaló, no consta en el catálogo del art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo que no puede ser considerada”. Como se verá en el capítulo posterior, esta línea de razonamiento en cuanto a la facultad de la justicia ordinaria de revisar la declaratoria de competencia de los tribunales arbitrales no ha sido constante.

Tercero.- b) [...] Este sometimiento de las partes a un medio alternativo de solución de conflictos, es de obligatoria observancia no solo para los suscribientes del mismo, sino para la autoridad que lo conoce y en el caso sub judice se encuentra determinada la competencia en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, lo que impide que cualquier asunto que dimanase del Acta de Finiquito suscrita, sea conocido por la justicia ordinaria, salvo que así las partes lo decidan, al tenor del art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación [...] No ha de entenderse bajo ningún punto de vista que, los documentos aparejados a la demanda y cuyo pago se ha perseguido por vía ejecutiva ante la justicia ordinaria, no forman parte del acuerdo al que las partes accedieron, pues consta en la cláusula tercera "FINIQUITO", el detalle de lo que las partes denominan letras de cambio, entre las que se encuentran, las aparejadas al libelo inicial de esta acción. Por lo tanto, el o los conflictos que se dimanen de cualquiera de las estipulaciones constantes en el Acta de Finiquito, incluidos aquellos que digan relación a los documentos individualizados en la cláusula tercera de las tantas veces mencionada Acta, por la claridad del documento, impide que sean conocidos por la justicia ordinaria, salvo, como consta anotado en líneas precedentes, si las partes acuerdan lo contrario.⁴⁹²

Esta resolución judicial resulta polémica, pues omite una indispensable reflexión sobre el carácter abstracto y autónomo de la letra de cambio,⁴⁹³ que la desvinculan del negocio jurídico subyacente que originó el derecho de crédito incorporado en este título valor una vez que la letra ha circulado, conforme se ha establecido reiteradamente por la jurisprudencia nacional.⁴⁹⁴ Pese a que esta sentencia desconoce estas características de las letras de cambio, es indudablemente interesante, el reconocimiento de la posibilidad de que el convenio arbitral se considere incorporado en documentos que se derivan de otro documento en el cual sí se incluyó tal convenio.

En conclusión, se han presentado casos en los cuales los tribunales arbitrales ecuatorianos e inclusive los órganos judiciales, han admitido la posibilidad de legitimar en el proceso a partes no signatarias del convenio arbitral. Sin embargo, es necesario que se aclare el panorama. Aun cuando la LAM se actualice e introduzca criterios más flexibles en cuanto a la forma

492 Sentencia de 19 de agosto de 2014, juicio ejecutivo 17113-2014-1189, Sala de lo Civil y Mercantil, CPJP.

493 Santiago Andrade Ubidia, *Los títulos valor en el derecho ecuatoriano* (Quito: Andrade & Asociados, 2006), 87-8 (diferenciando abstracción y autonomía de la siguiente manera "la abstracción es el principio jurídico que impone al deudor cambiario un prescindencia objetiva de las relaciones extracambiarias frente al tenedor de buena fe" y "la autonomía es un prescindencia subjetiva por la que no resulta lícito, en el ámbito del derecho cartular, que el deudor pueda oponer al tenedor legítimo excepciones personales, que le pudo oponer a un tenedor anterior").

494 Ver por ejemplo sentencia de tercera instancia en GJ., año LXXXVIII, S.XIII, No. 1, 136 y Res. 266-96, 7 de noviembre de 1996, CSJ, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 15, 4 de marzo de 1997.

del convenio arbitral, e inclusive se permita expresamente la posibilidad de legitimar en el proceso a partes no signatarias –siguiendo la ruta marcada por la Ley de Arbitraje de Perú de 2008–, estos casos de legitimación en la causa deben tener lugar excepcionalmente, cuando sea indispensable permitir que se integre debidamente la *litis consorcio* necesaria para obtener un laudo eficaz. Lo contrario, es decir, la legitimación indiscriminada de partes no signatarias en el proceso arbitral, conllevaría un desconocimiento del derecho de acceso a la justicia en su vertiente de libre elección del arbitraje como espacio de solución de conflictos y del derecho al juez natural.

Legitimación con base en la transmisión del convenio arbitral

Por *transmisión del convenio arbitral*⁴⁹⁵ se entenderá en este estudio a supuestos de sucesión jurídica de los derechos y obligaciones inherentes a la cláusula arbitral, ya sea mediante negocios entre vivos o mediante sucesión *mortis causa*.⁴⁹⁶ Aunque parte de la doctrina ha incluido estos supuestos entre los casos de aplicación de la teoría de la legitimación de partes no signatarias del convenio arbitral,⁴⁹⁷ se trata de una situación diferente, pues en estos casos no se persigue que se legitime en el proceso a un sujeto no firmante, distinto de las partes que participaron en la conformación del convenio arbitral, sino que se incorpore a un *sucesor* de una de las partes, quien lo sustituye en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones.⁴⁹⁸

Dentro del fenómeno de sustitución de las partes es necesario distinguir dos casos: en primer lugar, aquéllos que implican una sucesión a título universal, ámbito en el cual se destaca la situación de los herederos, quienes una vez producido el fallecimiento del causante, pasan a ocupar su situación jurídica, salvo en el caso de derechos y obligaciones no transmisibles, entre los que no se encuentran los derechos y obligaciones que

495 Sobre la expresión *transmisión del convenio arbitral*, ver Res. 404/2005, 26 de mayo de 2005, Tribunal Supremo, España: “la transmisión del convenio arbitral [...] estudia el tema de que si un contrato concede derechos a un tercero, este está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato. Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio a partes que no firmaron el contrato”. Ver también Elina Meremiskaya, “Transferencia de la cláusula compromisoria en la cesión de derechos contractuales y la subrogación legal”, *Informativo On Line*, No. 3 (Cámara de Comercio de Santiago): 2-7, <http://www.camsantiago.cl/informativo/Informativo%20CAM%20Santiago%203-2008.pdf>, consulta: 25 de junio de 2014.

496 Res. 362-2001, 5 de noviembre de 2001, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 489, 1 de enero de 2002: “La sucesión jurídica se realiza mediante negocio jurídico inter vivos o mediante la sucesión *mortis causa*”.

497 Ver por ejemplo Hosking, “The Third Party Non-signatory”: 478.

498 Conejero Roos e Irrá de la Cruz, “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias”: 65.

se derivan del convenio arbitral.⁴⁹⁹ El mismo razonamiento es válido para el caso de fusiones y escisiones por las cuales las entidades jurídicas resultantes de estos actos societarios asumen los derechos y obligaciones de sus antecesoras en derecho.⁵⁰⁰ En segundo lugar, se encuentran los casos en los cuales un tercero pasa a ocupar la posición de una parte en un negocio jurídico determinado, situación que se presenta por ejemplo en la cesión de posición contractual o en la subrogación legal. En este último supuesto cabe analizar si el tercero asume también los derechos y las obligaciones derivados de la suscripción del convenio arbitral y de así ser, si tal transmisión de derechos y obligaciones tiene lugar automáticamente o si es necesaria una manifestación expresa de voluntad en este sentido.

La respuesta a tales interrogantes depende en gran medida del alcance que se confiera a la doctrina de la *separabilidad* o *autonomía del convenio arbitral*, incorporada en el art. 16 de la Ley Modelo⁵⁰¹ y en el art. 5 de la LAM.⁵⁰² En esencia, el principio de la separabilidad del convenio arbitral implica “que el convenio arbitral debe permanecer ileso ante posibles problemas con el contrato principal, tales como su nulidad o terminación”,⁵⁰³ prin-

499 Ver Verdera Server y Esplugues Mota, “Del convenio arbitral y sus efectos”, 377: “la aplicación de las reglas generales contractuales supone que también se vean afectados por el convenio arbitral quienes sean herederos de una de las partes”. Ver también Salcedo Verduga, *Arbitraje: La justicia alternativa*, 121.

500 Elisabeth De Nadal y Víctor Manuel Sánchez, “La extensión a terceros no firmantes de los efectos del convenio arbitral: La aproximación en España”, en *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 696.

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

502 Art. 5, inc. 3, LAM: “La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”.

503 Ver Philippe Leboulanger, “The Arbitration Agreement: Still Autonomous?”, 1-5, <<http://law.queensu.ca/international/globalLawProgramsAtTheBISC/courseInfo/courseOutlineMaterials2012/internationalCommercialArbitration/Leboulanger2006.pdf>>, consulta: 2 de julio de 2014 (explicando varios aspectos fundamentales con relación a la doctrina de la separabilidad, entre los que deben destacarse los siguientes: sus orígenes se remontan a la *Ley de Arbitraje* de Inglaterra de 1698, aunque su entendimiento moderno obedece a los aportes de la jurisprudencia suiza y su univeralización, a la Ley Modelo; a pesar de la expansión de esta doctrina, son muy variados los alcances conferidos a la misma; esta doctrina ha sido criticada por quienes consideran que una cláusula de tipo procesal, como la arbitral, no puede ser independiente de las convenciones sustantivas).

Ver también Richard Reuben, “First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provision”, *Southern Methodist University Law Review*, 56 (2003): 824 (explicando que en el contexto jurídico norteamericano, la doctrina de la separabilidad se instauró en el caso *Prima Paint Corp. vs. Flood & Cloonking Manufactured Co.*, en 1967, lo que implicó considerar al convenio arbitral como un *contrato separado*, y en el fondo, presumir la existencia de consentimiento para arbitrar.

cipio que se complementa con el de *competence-competence*,⁵⁰⁴ relativo a la potestad que tienen los árbitros para decidir sobre su propia competencia. En conjunto, estas directrices están pensadas para garantizar el respeto a la voluntad de las partes de someterse a arbitraje sin interferencias innecesarias de la justicia estatal, a pesar de cualquier vicio que afecte al contrato contenido de la cláusula arbitral. Teóricamente, la explicación que resulta más clara como fundamento de la separabilidad del convenio arbitral, es la que considera que cuando se suscriben contratos que incorporan una cláusula arbitral existen en realidad dos convenios: uno relativo a cuestiones sustantivas y otro, el convenio arbitral, referente a cuestiones procesales, cuya supervivencia es independiente de la suerte del convenio principal.⁵⁰⁵

A la luz de la teoría de la autonomía del convenio arbitral, algunos sostienen que la transmisión de sus efectos a terceros requiere de un acuerdo expreso de voluntades, pues de lo contrario no cabe inferir la voluntad del cesionario de someterse al arbitraje.⁵⁰⁶ Esta interpretación de la doctrina de

Sin embargo, posteriormente, la Corte de apelación para el tercer circuito, en el caso *First Options of Chicago Inc vs. Kaplan*, en 1995, sostuvo que las cortes, no las partes, deben evaluar la existencia del convenio arbitral, a no ser que la voluntad de someterse a arbitraje aparezca inequívocamente del contrato) y 850 (sosteniendo que a mayor expansión de la doctrina de la separabilidad, se difunde la presunción de consentimiento para arbitrar y se contrae el acceso a la justicia, bajo la idea de que los árbitros pueden dirigir informalmente el procedimiento) y Arthur Nussbaum, "The 'Separability Doctrine' in American and Foreign Arbitration", *New York University Law Review*, No. 17 (1939-1940): 609 (exponiendo que a la época de elaboración de su artículo, sentencias de tribunales alemanes y suizos se habían pronunciado por la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral en un línea diferente a la que tradicionalmente se había sostenido en la jurisprudencia norteamericana, en la cual la nulidad del contrato en el que constaba el convenio arbitral acarrearba también la nulidad de este último).

504 Leboulanger, "The Arbitration Agreement: Still Autonomous?", 8 (sosteniendo que el principio *competence competence* es la *consecuencia indirecta* del principio de la separabilidad en el ámbito procesal y explicando que en las cortes francesas se ha establecido como un efecto de la separabilidad del convenio arbitral la posibilidad de que el proceso arbitral sea gobernado por una ley diferente a la del contrato principal).

505 *Ibíd.*, 5-7 (exponiendo un conjunto de explicaciones teóricas que han buscado sustentar la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral. Además de la dualidad de contratos: sustantivo y procesal sostenida por las cortes suizas, otra explicación considera al contrato de arbitraje como accesorio al derecho de acción que emerge de las provisiones contractuales sustantivas, posición sostenida por las cortes inglesas en forma previa a la expedición de la Ley de Arbitraje de 1996).

506 Ver por ejemplo Martínez García, "Demanda y contestación", 1254-5 (concluyendo que la cesión de un contrato contenido de un convenio arbitral "aunque otorga la legitimación a su nuevo titular para tutelar las controversias que de él se deduzcan, no es suficiente para entender que dentro de la cesión quede incorporada la cláusula de sometimiento a arbitraje" y citando como respaldo para su posición el auto del Tribunal Supremo de España, de 20 de junio de 2000: "La autonomía de la cláusula compromisoria determinaría, pues, que no se considerase incluida en el contenido de las facultades o derechos cedidos, lo cual sirve tanto para el caso de que se entienda el negocio de cesión como una cesión de derechos o como una cesión de contrato, exigiéndose siempre el consentimiento del cedido para que pueda hacerse valer el acuerdo de

la separabilidad tergiversa su alcance. Tal teoría tiene como fin evitar que las vicisitudes de un contrato afecten la validez del convenio arbitral, pero no tiene que ver con la posibilidad de transmisión de derechos y obligaciones contractuales.⁵⁰⁷ En esta línea, una parte de la doctrina francesa ha sostenido la tesis de la *circulación autónoma* del convenio arbitral, es decir, la posibilidad de que este se transmita independientemente del convenio que lo contiene.⁵⁰⁸ Cuando un tercero, por cualquier razón, pasa a ocupar la posición jurídica de quien pactó arbitraje, asume todos los derechos y obligaciones de su predecesor, inclusive las de índole procesal como la obligación de someter los conflictos a decisión de árbitros, la que muchas veces es parte fundamental del acuerdo al que han llegado las partes.⁵⁰⁹ Bajo este razonamiento, la transferencia opera automáticamente, sin necesidad de un pronunciamiento expreso.⁵¹⁰

La admisibilidad de la *transferencia automática del convenio arbitral* precautela la racionalidad económica del contrato y la seguridad jurídica. Protege la racionalidad económica del contrato, pues la cláusula arbitral hace parte de la *economía del contrato*, y si tal convenio no se transfiriere automáticamente, se alteraría la previsión que las partes hicieron del mecanismo más eficiente para resolver el conflicto y probablemente del tiempo y de los costos envueltos con la solución de controversias.⁵¹¹ Adicionalmente,

arbitraje por persona distinta de quienes fueron parte en él, es decir, para que opere la cesión de dicho convenio arbitral”).

507 Caivano, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”: 11.

508 Leboulanger, “The Arbitration Agreement: Still Autonomous?”, 16: “el convenio arbitral es totalmente autónomo debido a que su propia circulación es también autónoma”.

509 Este principio se encarna en el 1847, CCiv: “La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente” y en el art. 1628, inc. 1, CCiv: “La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda”. En la jurisprudencia internacional, ver por ejemplo, la sentencia de 7 de noviembre de 2003, Alta Corte, Sala Comercial, Inglaterra, *Nisshin Shipping Co. Ltd. vs. Cleaves & Company Ltd* ([2003] APP.L.R. 11/07), <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLR/Nisshin%20v%20Cleaves%202003.pdf>>, consulta: 26 de junio de 2014: “La transferencia por el cedente de los derechos sustantivos necesariamente envuelve la transferencia de los mecanismos procesales para ejecutarlos”. Ver también Alexis Mourre, “La intervención de terceros en el arbitraje”, en *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 435 (explicando cómo la jurisprudencia francesa ha admitido que la cláusula arbitral obliga a los terceros que retoman los derechos y obligaciones de la parte firmante y los terceros cesionarios del crédito).

510 Ver por ejemplo Leboulanger, “The Arbitration Agreement: Still Autonomous?”, 1415 (citando abundante jurisprudencia europea de países del , que reconoce la transmisión automática de la cláusula arbitral y sosteniendo que en los países del *common law* la respuesta de la jurisprudencia ha sido contradictoria).

511 Meremiskaya, “Transferencia de la cláusula compromisoria”: 5: “Un acuerdo de arbitraje, al igual que cualquier cláusula del contrato, posee un valor monetario propio y refleja el equilibrio

precautela la seguridad jurídica al evitar que una de las partes eluda fácilmente las obligaciones asumidas al suscribir un compromiso arbitral recurriendo a la cesión del contrato,⁵¹² o utilizando otros mecanismos como la subrogación.⁵¹³

La transmisión del convenio arbitral ha sido muy poco tratada en el medio jurídico ecuatoriano y en la práctica, algunos tribunales arbitrales se han mostrado dubitantes para aceptar la legitimación en la causa de terceros que ocupan la situación jurídica del signatario de un convenio arbitral. A fin de dotar de mayor seguridad jurídica a los usuarios del sistema arbitral y de resguardar el derecho de acceso a la justicia de quienes bajo cualquier figura pasen a ocupar jurídicamente la posición de una de las partes del convenio arbitral, es conveniente que la ley llene este vacío y explicité que tales sucesores están legitimados para intervenir en el proceso arbitral.⁵¹⁴

Legitimación de terceros en el proceso arbitral

Para muchos, el origen contractual del arbitraje impide que *terceros* – distintos de *partes no signatarias*, en cuanto los terceros no intervinieron en la formación ni en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral– participen en procesos arbitrales.⁵¹⁵ Desde esta perspectiva se sostiene

económico alcanzado por las partes en el proceso de la negociación. Al momento de someterse al arbitraje y al escoger una determinada modalidad de este, los contratantes consideran desde ya las ventajas que les trae y los costos que les impone. Si se declarara que la cláusula arbitral no sería vinculante para el cesionario, ello alteraría el compromiso alcanzado por las partes originarias”.

512 Caivano, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, 52. En el mismo sentido ver Meremiskaya, “Transferencia de la cláusula compromisoria”, 5.

513 De Nadal y Sánchez, “La extensión a terceros no firmantes”, 694-6 (explicando que el ámbito en el que se plantea con más asiduidad el problema de la aplicación del convenio arbitral por subrogación es en el caso de las aseguradoras y que en el caso español prevalece la opinión favorable a la extensión de los efectos del convenio arbitral por subrogación, al tratarse de una novación subjetiva con cambio de acreedor y por lo tanto, al subsistir la obligación en sus términos originales).

514 Art. 5, inc. 2, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia: “La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral comporta la cesión de la cláusula compromisoria”. Aunque esta norma sirve como referencia, para el caso ecuatoriano sería conveniente una norma más amplia, en el sentido de que todo sucesor en derecho de una parte que haya suscrito un convenio arbitral, se entienda obligado por el convenio suscrito por su antecesor.

515 Ver por ejemplo Mourre, “La intervención de terceros en el arbitraje”, 438 (refiriéndose como exponentes de esta posición a Mattieu De Boissésou, Eric Loquin y Patrice Level y citando jurisprudencia francesa). Ver también Bullard, “¿Y quiénes están invitados a la fiesta?”, 716: “Por la naturaleza contractual del arbitraje no es posible acudir a mecanismos como los usados en los códigos procesales que admiten la participación de terceros cuyos intereses puedan verse afectados por la sentencia. Como decíamos, la idea de litisconsortes es ajena y extraña al arbitraje a pesar que no es extraño ver que se invoca y, más preocupante aún, ver que se admite por ciertos tribunales arbitrales, que, al hacerlo, podrían estar viciando su laudo de nulidad”. En el mismo sentido ver Pablo Mori Bregante y Giuseppe Galluccio Tonder, “El juego de las

que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial, en el cual la intervención en el proceso está marcada por la necesidad de tutela de quienes participan en él, en la esfera arbitral tal intervención está condicionada a la voluntad de someterse a arbitraje; y que, bajo el principio de autodeterminación procesal que rige este sistema de solución de conflictos, las partes son libres de definir el círculo de personas que podrán comparecer al litigio.⁵¹⁶ Consecuentemente, si un tercero no es oído en el arbitraje, es porque la configuración de las relaciones contractuales así se previó,⁵¹⁷ aunque no siempre exista de inicio una clara conciencia al respecto. Más aún, se ha dicho que la presencia de terceras partes puede lesionar la confidencialidad.⁵¹⁸

Finalmente, en el medio jurídico ecuatoriano Salcedo Verduga sostuvo que la intervención de terceros estaría prohibida por constituir un incidente, expresamente vedado por la LAM (art. 33).⁵¹⁹ En este sentido se ha pronunciado la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al resolver una acción de nulidad de laudo arbitral.⁵²⁰

El mayor grado de conciencia sobre el efecto de las providencias arbitrales en terceras partes ha originado algunos remedios: por ejemplo, en Francia y en Grecia se ha legitimado a terceros para impugnar los laudos

máscaras: La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades”, 130.

516 Stavros Brekoulakis, “The Relevance of Interest of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room”, *Penn State Law Review* 113, No. 4 (2009): 1166, <<http://pennstatelawreview.org/articles/113%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%201165.pdf>>, consulta: 22 de agosto de 2014.

517 *Ibíd.*, 1171.

518 *Ibíd.*, Para una discusión de los alcances de la confidencialidad en arbitraje ver por ejemplo Richard Reuben, “Confidentiality in Arbitration: Beyond the Myth”, *Kansas Law Review*, No. 54 (2006): 1255.

519 Art. 33, LAM: “No podrán aceptarse en el curso del proceso incidentes que promuevan las partes, para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en tal sentido se presenten serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros”. Ver Salcedo Verduga, *Arbitraje: La justicia alternativa*, 121: “el art. 502 del Código Procesal Civil, norma supletoria de la Ley de Arbitraje y Mediación, permite que en cualquier juicio pueda ser oído un tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo. Esta reclamación del tercero se sustanciará como incidente. No obstante, el Tribunal Arbitral deberá considerar que frente a esta disposición general y supletoria del procedimiento común se encuentra la norma contenida en el art. 33 de la Ley de Arbitraje que prohíbe que se acepten en el curso del proceso arbitral incidentes que promuevan las partes. A mi juicio, por tanto, no cabe admitir la comparecencia de terceros en el proceso arbitral, salvo los herederos de alguna de las partes que hubiese fallecido, quienes sí pueden ser considerados sustitutos procesales, por los efectos de la sucesión in causa mortis”.

520 Sentencia de 29 de marzo de 2011, PCPJP, caso HIDROTOAPI EP vs. Constructora Norberto Odebrecht S.A.: “la tercería de cualquier clase que sea, puede ser propuesta solo en juicios ordinarios o en juicios ejecutivos, ya que al ser un incidente, como así ha sido calificada normativamente la tercería, no es compatible con la esencia del procedimiento arbitral ni con la acción que nos ocupa”.

arbitrales.⁵²¹ Por otra parte, en una experiencia más cercana, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia (art. 37) impide que las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje prohíban la intervención de terceros y regula un trámite que permite tal participación ya sea de forma voluntaria u obligatoria, estableciendo la presunción de que los terceros se han adherido al convenio arbitral.⁵²²

Por otra parte es necesario considerar la tesis, sostenida por ejemplo por Alexis Mourre, según la cual frente a la posición que enfatiza en el carácter contractual del arbitraje y la celeridad procesal que este demanda, es necesario integrar al debate los elementos que se derivan de su dimensión jurisdiccional.⁵²³ Dada la complejidad del entramado de las relaciones jurídicas, en la determinación de los derechos de las partes en arbitraje, como en cualquier otro proceso, pueden afectarse derechos de terceros.⁵²⁴ Aunque en

521 *Ibid.*, 1169, nota 9.

522 Art. 37, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia: "Intervención de otras partes y terceros. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes./ Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o se haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el art. 27./ En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el párrafo del artículo tercero. / Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención./ Párrafo primero. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquélla quedará vinculada a los efectos del mismo. /Párrafo segundo. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de terceros o de otras partes." Cabe anotar previamente, en Ecuador se permitió la intervención en calidad de demandado de un garante que no había suscrito un convenio arbitral, bajo una figura que antes que permisión de tercería, parece encuadrarse más en la permisión de que una parte no signataria del proceso intervenga en el mismo. En esta norma se integran situaciones que podrían considerarse como llamamiento obligatorio a partes no signatarias, como es el caso del llamamiento obligatorio al garante solidario, figura interesante que aporta a la eficacia del laudo arbitral.

523 Mourre, "La intervención de terceros en el arbitraje", 439.

524 Cecilia Rosende Villar, "Efectos directos y reflejos de la sentencia", *Revista Chilena de Derecho* 28, No. 3 (2001): 490, dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650300.pdf, consulta: 22 de agosto de 2014 (exponiendo que, por ejemplo, la terminación de un contrato de arrendamiento puede afectar los derechos del subarrendatario; los derechos de un fiador pueden afectarse por el laudo que se expida con relación al deudor principal; la determinación de incumplimientos en un contrato de construcción, puede generar efectos para subcontratistas; etc.).

primera instancia se podría argumentar que el derecho de acceso a la justicia de los terceros no se lesiona al negar que puedan intervenir en el proceso arbitral –pues estos siempre tendrán la oportunidad de iniciar un proceso independiente– esta posición hace caso omiso del desgaste de tiempo y recursos que ello implicaría, así como del riesgo evidente de resoluciones contradictorias en asuntos que pueden estar estrechamente vinculados.⁵²⁵ Estas son las razones que justifican detenerse en la posibilidad de intervención de terceros en el arbitraje. Adicionalmente, el mencionado al art. 33, LAM de ninguna manera puede ser considerado como fundamento para prohibir la intervención de terceros cuyos derechos pueden resultar lesionados en el proceso arbitral, pues tal norma únicamente prohíbe la presentación de incidentes que planteen *las partes a fin de entorpecer el curso del proceso*. Los árbitros deben estar en capacidad de determinar cuándo la intervención del tercero que se presenta es fundamentada y cuándo es un mero mecanismo para retardar el curso del proceso, lo cual no debe admitirse.

La admisión de terceros en un arbitraje, exclusivamente cuando estos demuestren que sus derechos se verían lesionados por la falta de intervención en el proceso –por ejemplo, quien compró un vehículo sobre el que pesa una medida cautelar dictada en un proceso arbitral–, favorece la consolidación de un arbitraje más eficiente y más ajustado a la vigencia del derecho a la tutela efectiva.⁵²⁶ Sin embargo, la admisibilidad de tal intervención debe ser absolutamente excepcional –pues es claro que una indiscriminada participación de terceros puede desnaturalizar al proceso arbitral–⁵²⁷ y contar con un proceso sumario para el efecto, que fundamentalmente permita oír en audiencia al tercero y restringir las comunicaciones procesales a las que sean estrictamente necesarias para que haga valer su derecho. Para estos casos, bien puede considerarse, como lo ha hecho la legislación colombiana, que cuando los terceros piden intervenir en el arbitraje, se están adhiriendo al convenio arbitral con el solo objeto de defender sus derechos. Se trata por lo tanto, de un mecanismo específico, claramente diferenciado del procedimiento judicial para la admisión de tercerías, pues ha de recordarse que en este último escenario, los terceros adquieren la calidad de partes procesales.

525 Brekoulakis, “The Relevance of Interest of Third Parties in Arbitration”: 1177 (sosteniendo que la inexistencia de un mecanismo para procesar la presencia de terceros en el arbitraje, conduce al riesgo de decisiones irreconciliables, mientras que en la justicia estatal existen medios para que asuntos complejos sean conocidos por un solo foro).

526 En el mismo sentido ver Javier Gallo Cabrera, “La intervención de terceros en el proceso arbitral”, en Frank García Ascencios, dir., *Derecho arbitral* (Arequipa: Adrus, 2013), 155.

527 Mourre, “La intervención de terceros en el arbitraje”, 439.

Legitimación en arbitrajes colectivos

Este acápite contiene una rápida mención a este tema, que si bien no ha sido legislado ni mayormente discutido en el caso ecuatoriano, ha sido considerado en otros contextos como una valiosa herramienta para alcanzar tres objetivos: 1. permitir la vigencia del principio de economía procesal al proporcionar una vía para que varias acciones individuales sobre un mismo asunto sean sustituidas por una sola acción colectiva; 2. fomentar el acceso a la justicia en caso de intereses difusos, y en general, en conflictos a gran escala, lo que redundaría en mayor equilibrio entre las partes, al permitir que demandas que usualmente no se presentarían por su baja cuantía se agrupen frente a un solo demandado;⁵²⁸ y 3. dotar de mayor eficacia a los derechos y promover políticas públicas mediante la corrección de distorsiones en su vigencia. Este fin se alcanza tanto mediante las resoluciones en procesos colectivos como mediante el incentivo que estos presentan para la prevención de conductas contrarias a derecho, el mismo que se produce por la sola la posibilidad de este tipo de acciones.⁵²⁹

El arbitraje colectivo está inspirado en la noción de *class action* de EUA, que permiten que en un solo proceso uno o unos pocos demandantes conocidos interpongan acciones en representación de un grupo de demandantes desconocidos, no siempre identificables durante el proceso.⁵³⁰ Esta clase de proceso arbitral (*class arbitration*) se originó en Estados Unidos como un mecanismo de contrapeso frente a las estrategias corporativas que promovían el arbitraje como una forma de evitar *class actions*, y en su desarrollo tuvo que ver la anuencia –no unánime–, de cortes de justicia de aquel país.⁵³¹ Actualmente, los arbitrajes colectivos se han extendido a

528 Nicholas Peacock, "The Spectre of Class Action Arbitration in Consumer Product Disputes", <<http://www.mediate.com/articles/PeacockNbl2013>> (2013), consulta: 11 de noviembre de 2014 (destacando la ventaja que puede representar el hecho de obtener una sentencia ejecutable en varios estados en el contexto de los EUA).

529 Antonio Gidi, "Las acciones colectivas en Estados Unidos", en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Procesos colectivos: La tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada* (CDMX: Porrúa, 2004), 1-2.

530 S.I. Strong, *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2013), 5. Ver también William Park, "La jurisprudencia estadounidense en materia de 'arbitraje colectivo' (class arbitration): Entre el debate político y el técnico jurídico", *Lima Arbitration*, No. 5 (Lima: CPA), (2012/2013): 14, <http://www.limaarbitration.net/LAR5/William_Park.pdf>, consulta: 8 de octubre de 2013.

531 S.I. Strong, "Resolution of Mass Legal Disputes in the International Sphere: Are Class Actions Better than Class Arbitrations?", en Mónica Bustamante Roa, coord., *La jurisdicción y la protección internacional de los derechos* (Medellín: Universidad de Medellín / Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, 2011), 68 (enlistando las principales sentencias norteamericanas que promovieron la figura de acciones de clase en arbitraje).

varias latitudes.⁵³² Sin embargo, esta figura no se encuentra libre de polémica, principalmente por el debate sobre la existencia de consentimiento para someterse a este tipo de procesos arbitrales.⁵³³

Entre las realidades jurídicas más familiares, me referiré a los casos de España y Colombia. En España, la figura del arbitraje colectivo ha sido expresamente contemplada para casos de arbitraje de consumo,⁵³⁴ con el objetivo de “resolver en un único procedimiento los conflictos que, con base en el mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o de-

532 Ver por ejemplo S.I. Strong, “From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration”, *Arbitration International: The Journal of the London Court of International Arbitration* 26, No. 4 (2010): 493-548, <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/strong_annex2_en.pdf>, consulta: 11 de noviembre de 2014. Ver también Strong, *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*, 7 (mencionando a Canadá, España, Colombia y Alemania como países en los cuales se ha discutido esta figura); Peacock, “The Spectre of Class Action Arbitration in Consumer Product Disputes”, (refiriéndose adicionalmente a los casos de Luxemburgo y Hong Kong, así como a reglas explícitas sobre procedimientos arbitrales colectivos dictadas por la AAA y el Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), y a otras reglas institucionales que si bien no son explícitas sobre este tipo de arbitrajes, han permitido su realización bajo disposiciones de consolidación de procesos multipartes o similares, tales como las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, ICC; la Corte de Londres de Arbitraje Internacional, LCIA; el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, HKIAC; y la Corte de Arbitraje Permanente de La Haya, PCA).

En el contexto de arbitrajes de inversión, ha sido muy conocido el caso *Acaclat* y otros vs. la República de Argentina, en el cual se legitimaron como demandantes aproximadamente 195.000 compradores de bonos emitidos por Argentina en Italia, demanda que se presentó bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre Italia y Argentina, una vez que Argentina incumplió con su obligación de pago. Para más detalles del caso ver Donald Francis, “Case comment: *Abacalt and others v Argentina Republic. As a Collective Claims Precedding*”, *ICSID Review* 27, No. 2 (2012): 261-7 y S.I. Strong, “Mass Procedures as a Form of ‘Regulatory Arbitration’- *Abacalt vs. Argentine Republic and the International Investment Regime*”, *University of Missouri School of Law Scholarship Repository* (2013), <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi?article=1362&context=facpubs>>, consulta: 11 de noviembre de 2014.

533 Peacock, “The Spectre of Class Action Arbitration in Consumer Product Disputes”, s/p. (refiriéndose a la difícil conciliación entre las nociones de exigencia de consentimiento, típica del arbitraje, y *class arbitration*, y explicando cómo en ciertos casos, las cortes de EUA han considerado que no existe consentimiento para este tipo de arbitraje si las cláusulas arbitrales no se refieren explícitamente a *class arbitration*, mientras que en otros casos, no se ha exigido una sujeción expresa a este tipo de arbitraje, y de hecho, cientos de procesos han tenido lugar bajo la administración de la AAA). Ver también Maureen Weston, “Universes Colliding: The Constitutional Implications of Arbitral Class Actions”, *William and Mary Law Review*, No. 47 (marzo de 2006): 1722, <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1237&context=wmlr>>, consulta: 11 de noviembre de 2014 (argumentando que, en EUA, los procesos de *class arbitration* carecen de mecanismos procesales para proteger los derechos de las partes que no comparecen, mecanismos que sí están presentes en las *class actions* judiciales).

534 Art. 56 a 62, Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008, España.

terminable de estos".⁵³⁵ En estos procedimientos, se requiere consentimiento del empresario y un llamamiento a los posibles consumidores afectados.⁵³⁶

En la vecina Colombia, el célebre caso Valencia y otros vs. Bancolombia y otros, suele ser citado como un ejemplo de arbitraje colectivo, aunque esta conclusión requiere algunas precisiones. En este caso, una persona ejerció una acción de grupo en representación de accionistas minoritarios del Banco de Colombia, al amparo de la Ley 472 de 1998.⁵³⁷ El propósito de la demanda era que se declare la responsabilidad del Banco por actuaciones que supuestamente menoscabaron el valor de los títulos de participación en el capital de accionistas minoritarios dentro de un proceso de fusión entre Bancolombia y el Banco Industrial de Colombia. Las instancias judiciales inferiores se negaron a conocer el caso, considerando que en los estatutos de Bancolombia se encontraba contenida una cláusula arbitral, y por lo tanto, resultaban incompetentes los jueces estatales. Ante el argumento de que las acciones de grupo podían proceder únicamente ante la justicia ordinaria, la Corte Suprema de Justicia colombiana se pronunció de la siguiente manera:

los Tribunales de arbitramento, si bien pueden conocer de pretensiones dirigidas a obtener la reparación de un daño individual, como que se trata de un asunto por asunto [sic] transigible, no son competentes, por regla, para conocer de las acciones de grupo o de clase, pero no porque estas no tengan consagración constitucional, pues todo proceso la tiene –incluso el tramitado ante los árbitros (inc. 4 art. 116 C. Pol.)–, sino porque la sentencia que en ellas se profiera, por lo menos en Colombia, vincula a todas las personas que se encuentran en “condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales” y que, por lo mismo, pertenecen al grupo interesado en el resarcimiento del perjuicio.⁵³⁸

Sin embargo, la misma Corte Suprema de Justicia colombiana aceptó en este caso que un tribunal arbitral podía conocer el conflicto planteado, únicamente por tratarse de una disputa surgida entre accionistas y una compañía cuyo estatuto social contemplaba una cláusula arbitral. Por el interés que reviste, es necesario transcribir el razonamiento de la Corte:

parecería ser la conclusión cuando el “grupo” únicamente esté conformado por personas que, como los socios de una sociedad, han concertado el pacto arbitral o aceptado la presencia de una cláusula compromisoria, pues en tal

535 Art. 56, Real Decreto 231/2008.

536 *Ibíd.*

537 Ley por la cual se desarrolla el art. 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo.

538 Sentencia de 11 de mayo de 2001, Exp. 183-01, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Colombia.

hipótesis, que es la que aquí se presenta, justamente todos los integrantes de aquella y posibles perjudicados con una acción u omisión de otro accionista o de la sociedad, relacionada con el contrato social, ya han renunciado, ab initio, a ventilar sus pretensiones ante los Jueces, de suerte que si alguno de ellos solicitara la exclusión del grupo para hacer valer su derecho en proceso separado, este también tendría que promoverse ante árbitros. Por eso, en este particular y específico caso, si alguno de los socios o un grupo de ellos desea incoar una acción de clase, deberá hacerlo ante un Tribunal de arbitramento, respetando de esta manera el pacto arbitral (fidelidad negocial), cuya decisión podrá tener efectos ultrapartes, como es propio de ese tipo de acciones, en la medida en que, se repite, una de las características del grupo es que, necesariamente, estará conformado por personas a quienes vincula ese pacto.⁵³⁹

En Ecuador, el sistema procesal general no contempla mecanismos equivalentes a las *class actions*. Excepcionalmente, en el caso de la protección de los consumidores, se permite la legitimación procesal de asociaciones en representación de intereses individuales o colectivos de los consumidores,⁵⁴⁰ y en varios casos, la ley ha establecido la procedencia de acciones populares.⁵⁴¹ Aun cuando es necesario evaluar con detenimiento la conveniencia de incorporar figuras procedentes de otro contexto en el ordenamiento nacional, parece ser que el arbitraje podría ser un escenario de procesamiento de conflictos de gran escala –por ejemplo, para el caso de consumidores–, pero únicamente para aquellos casos en los cuales la intención de las partes de someterse a este mecanismo aparezca nítidamente establecida. Evidentemente, la implementación de la figura del arbitraje de clase requeriría especial atención a la capacitación de árbitros y abogados, debido a la falta de experiencia nacional en acciones colectivas.

Concluyendo con esta parte, relativa a los casos especiales sobre legitimación ad causam en arbitraje para los cuales no existen lineamientos claros, cabe destacar que en el medio ecuatoriano varias de las situaciones planteadas han empezado a presentarse y han sido enfrentadas por árbitros y jueces de forma disímil, lo que repercute negativamente en la vigencia de la seguridad jurídica en un ámbito tan importante como el de la legitimación, puerta de entrada al proceso. Los acápites precedentes han

539 *Ibíd.*

540 Art. 63, num. 3, LODC: “Entre otros, son objetivos de las asociaciones de consumidores: 3. Representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales o administrativas; así como, ante los proveedores, mediante el ejercicio de acciones, recursos, trámites o gestiones a que esta Ley se refiere, cuando esto sea solicitado expresamente por los consumidores”.

541 Ver por ejemplo CCiv (art. 990); Ley de Gestión Ambiental (art. 28); Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad (art. 59); Código Municipal de Urbanismo, Construcciones y Ornato (art. 8); Ley del Anciano (art. 11).

buscado delinear criterios para estos casos, con soporte en la doctrina y en la experiencia del derecho comparado.

El sistema arbitral ecuatoriano frente a la proscripción de obstáculos socioeconómicos para acceder a la justicia

Desde la perspectiva socioeconómica, el arbitraje ecuatoriano enfrenta importantes desafíos con relación a la vigencia del derecho de acceso a la justicia. En primer lugar, a pesar de que no existen estadísticas al respecto, es evidente que la sociedad nacional, en general, y gran parte de los miembros de la comunidad jurídica, todavía no se han familiarizado con el arbitraje, aunque como fue motivo de análisis en el capítulo 1, este sistema de solución de conflictos tiene una importante tradición a nivel legislativo, y la LAM ha estado vigente por ya veinte años. Esta situación amerita mayor esfuerzo de difusión y de aproximación del arbitraje a la sociedad por parte del mismo Estado y de los centros de arbitraje. El distanciamiento de la sociedad nacional del arbitraje se debe también a la escasez de centros de arbitraje en actividad a nivel nacional, actualmente concentrados fundamentalmente en Quito y Guayaquil, lo que de por sí excluye a una parte importante de la población nacional del acceso a este sistema de solución de conflictos, a lo que debe añadirse que el arbitraje independiente ha sido escasamente usado en el país.

Sin desconocer la relevancia de estos aspectos, cuyas soluciones pasan por una política nacional de promoción del arbitraje –actualmente inexistente–, me concentraré en los obstáculos para el acceso a la justicia de partes carentes de recursos económicos que se derivan del carácter oneroso del sistema arbitral y en el planteamiento de posibles soluciones, fundamentalmente dentro del propio sistema.

Los costos del arbitraje y las tensiones que plantean frente al derecho de acceso a la justicia

La gratuidad de la justicia tiene un carácter instrumental frente al derecho de acceso a la justicia,⁵⁴² y como tal, no constituye un fin en sí mismo sino un medio que es utilizado estratégicamente por el legislador para promover el acceso a la justicia.

La CRE vigente consagra el derecho a la gratuidad de la justicia (art. 75),⁵⁴³ el mismo que tiene vigencia parcial, pues el COFJ permite el cobro de tasas por servicios administrativos de la función judicial (art. 264, num. 9, lit. b). A diferencia de la CRE de 1998, el texto constitucional vigente no restringe el

542 Garberí Llobregat, *Constitución y derecho procesal*, 151.

543 Art. 75, CRE: “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia”.

derecho en análisis a materias específicas.⁵⁴⁴ Adicionalmente, la CC, ha entendido que el derecho a la gratuidad de la justicia tiene vigencia independientemente de la posición económica de las partes.⁵⁴⁵ El derecho a la gratuidad

544 Art. 207, CRE 1998: “En los casos penales, laborales, de alimentos y de menores, la administración de justicia será gratuita./ En las demás causas, el Consejo Nacional de la Judicatura fijará el monto de las tasas por servicios judiciales. Estos fondos constituirán ingresos propios de la Función Judicial. Su recaudación y administración se hará en formas descentralizada”. Este sistema se encontraba vigente en Ecuador desde las reformas a la CRE de 1979 introducidas mediante el art. 19 de la Ley s. n., publicada en el ROS, No. 618, 24 de enero de 1995. En realidad, como lo explica Gozaini, *Derecho procesal constitucional*, 226, la discusión sobre si el servicio de administración de justicia debe ser gratuito es de vieja data. En Ecuador, como se evidencia entre la comparación de las dos últimas constituciones, han existido diferentes posiciones con relación a esta materia. Ver Res. 00010-2006-DI, 10 de julio de 2007, Tribunal Constitucional, ROS, No. 127, 16 de julio de 2007: “Séptimo: La Constitución, en el art. 207, declara la gratuidad de la justicia, lo que significa que la defensa de los derechos, cuando estos son violados, no deben imponer ningún sacrificio económico; estableciendo además esta disposición que en los casos penales, laborales, de alimentos y de menores la administración de justicia será gratuita. Esta norma constitucional, dispone, por otra parte, que, en las demás causas, el Consejo Nacional de la Judicatura fijará el monto de las tasas por servicios judiciales, las mismas que constituyen la contraprestación, a cargo del usuario, por los servicios que le brinda la función judicial y sirven para atender las deficiencias existentes en la organización de la administración de justicia. La aplicación de las tasas judiciales tiene como objetivos el incremento de la productividad de los recursos destinados a la Función Judicial, la aplicación de tarifas que no impida [sic] o restrinjan el acceso a la justicia, la promoción de una conducta procesal que elimine la litigiosidad superflua y el establecimiento de un sistema de recaudación y administración de los recursos en forma descentralizada”. Para una comparación del tratamiento constitucional de la gratuidad de la justicia ver Luis Fernando Ávila Linzán, “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino* (Quito: Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos –MJDH–, 2008), 262 (criticando el poco avance del tratamiento del derecho a la gratuidad de la justicia en la CRE de 2008, bajo la perspectiva de que la exoneración de tasas judiciales resulta insuficiente y de que “la gratuidad absoluta de la justicia, en un sistema concebido para la protección de la propiedad y la seguridad, como el caso de los países latinoamericanos, puede terminar beneficiando a quienes litigan frecuentemente (propietarios individuales y empresas) y profundizando en las diferencias socio-económicas en el litigio”, y recomendando subsidios estatales para las partes carentes de recursos en todas las diligencias e implementación de la Defensoría Pública enfocada en litigios socialmente relevantes).

545 Ver sentencia 086-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012, CCPT, ROS, No. 728, 20 de junio de 2012: “Estos [la gratuidad de la justicia, la tutela judicial imparcial y efectiva con sujeción a los principios de inmediación y celeridad] son elementos esenciales en la administración de justicia y son universales para todos ecuatorianos sin distinción alguna”. Este enfoque difiere del sostenido, por ejemplo en el art. 119 de la Constitución española: “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Interpretando esta última norma, ver por ejemplo sentencia 16/1994, 20 de enero de 1994, Tribunal Constitucional, España: “El art. 119 del texto constitucional proclama, pues, un derecho a la gratuidad de la justicia pero en los casos y en la forma que el legislador determine. Es un derecho prestacional de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias. [...] Con todo, a pesar de la indeterminación de la cláusula utilizada, la fórmula constitucional, ‘en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar’, encierra un

de la justicia así configurado rige en el ámbito de administración de justicia estatal. Cuando las partes habilitan contractualmente la actuación de los árbitros, se someten a las normas del sistema arbitral cuyo carácter particular está reconocido –recuérdese– por mandato constitucional (art. 190, CRE).

Las reglas del sistema arbitral contemplan la obligación a cargo de las partes de dar una suma de dinero como una condición para que el tribunal arbitral asuma competencia,⁵⁴⁶ y en este sentido, se permite “internalizar los costos que el sistema adversarial provoca”.⁵⁴⁷ La doctrina francesa ha explicado este compromiso de pago mediante la teoría que contempla la existencia de dos contratos que se celebran tácitamente al iniciar un arbitraje. El primero, que tiene lugar en arbitrajes administrados e independientes, entre las partes y el árbitro (contrato de árbitro),⁵⁴⁸ en virtud del cual las partes deben financiar los honorarios arbitrales como contraprestación de los servicios que les prestan los árbitros al conducir el procedimiento arbitral y al dictar un laudo que dirima la controversia, y el segundo, que tiene lugar exclusivamente en el caso del arbitraje institucional, entre las partes y la institución que presta servicios de arbitraje (contrato de organización del arbitraje),⁵⁴⁹ según el cual, las partes se obligan a entregar un pago al centro de arbitraje a cambio de la obligación que este adquiere de administrar un procedimiento arbitral.⁵⁵⁰ En todo caso, los valores que pagan los

núcleo indisponible que, sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar”. Ver también Garberí Llobregat, *Constitución y derecho procesal*, 150 (citando adicionalmente las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional español: STC 182/2002, 14 de octubre de 2002 y 187/2004, 2 de noviembre de 2004).

546 Ricardo Andrés Echeverri López, “De los costos del arbitraje en Colombia”, en Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord., *El contrato de arbitraje* (Bogotá: Legis / UR, 2005), 714.

547 Peña González, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, 10.

548 Ver Thomas Clay, *El árbitro* (Bogotá: PUJ, 2012), 21-2 (explicando que la noción de *contrato de árbitro*, incorporada en el derecho positivo francés, también puede ser encontrada en el derecho inglés, alemán, español, italiano, portugués, holandés, etc. y detallando el funcionamiento del contrato de árbitro: los litigantes, en conjunto, celebran contratos tácitos con los árbitros y existen tantos contratos de árbitro como miembros del tribunal arbitral).

549 *Ibid.*, 23 (estableciendo que la naturaleza jurídica de este contrato es la de un co-mandato, un mandato con dos mandantes, en el cual los mandantes son los litigantes y el mandatario es el centro de arbitraje, y defendiendo adicionalmente, la existencia de un contrato tácito de colaboración entre el árbitro y el centro de arbitraje, al que denomina *contrato de colaboración arbitral*).

550 Ver Eduardo Silva Romero, “Una obligación de dar: Los costos del arbitraje. Introducción”, en *El contrato de arbitraje*, 705.

justiciables para acceder al sistema arbitral se legitiman en la autonomía de voluntad.⁵⁵¹ Lo dicho no significa que no puedan existir arbitrajes gratuitos, por ejemplo cuando los árbitros o la institución arbitral renuncian al cobro de sus honorarios,⁵⁵² pero estas son situaciones de excepción que confirman la regla de la onerosidad del arbitraje.

El derecho de acceso a la justicia y el arbitraje –dado su carácter generalmente oneroso– pueden, en ciertos casos, tener una relación conflictiva.⁵⁵³ La primera tensión está dada por la posibilidad de que los valores que se cobren por gastos administrativos o por honorarios de árbitros y secretarios sean excesivos.⁵⁵⁴ Ante esta preocupación, hay quienes consideran que el Estado debe controlar los honorarios y gastos inmersos en el arbitraje, como se ha consagrado por ejemplo en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia.⁵⁵⁵ Otros sistemas prevén una situación de libre fijación de honorarios por parte de los prestadores del servicio de administración de justicia en sede arbitral, siendo este último el caso ecuatoriano.⁵⁵⁶ Este último sistema tiene la ventaja de que tales prestadores se encuentran en conocimiento pleno de los recursos que este mecanismo de solución de conflictos exige, y en esta situación, es la competencia la que debería mantener un sistema de costos admisibles. En cualquier caso, los honorarios de los árbitros y las tarifas administrativas deben observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como se ha establecido, ejemplo, en la legislación peruana (art. 71).⁵⁵⁷ En el caso de tarifas cuyo monto vaya más allá de lo razonable, el acceso a la justicia puede ser seriamente lesionado,

551 Echeverri López, “De los costos del arbitraje en Colombia”, 728 (explicando que la legitimidad de honorarios y gastos del proceso arbitral como consecuencia del ejercicio de la libre voluntad de las partes que se sometieron a arbitraje, con el conocimiento de que el pago de tales costos es presupuesto necesario y previo para accionar el sistema arbitral).

552 Jesús Olavarría Iglesia, “Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales: Provisión de fondos”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 976.

553 Kudrna, “Arbitration and Right to Access to Justice”: 2.

554 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. II (Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, 2014), 536 (refiriéndose al temor a honorarios excesivos en el contexto del arbitraje internacional).

555 Art. 26, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia: “Límite de los honorarios y partida de gastos: [...] El Gobierno Nacional reglamentará las tarifas de honorarios y gastos”.

556 Art. 40, lit. b) y c), LAM: “Todo centro de arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos: b) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de estas;/ c) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago de estas”. En el caso de arbitrajes independientes, los honorarios de los árbitros se fijan por acuerdo entre partes y árbitros. Los servicios adicionales que se requieran, por ejemplo peritajes, tampoco son regulados por el Estado.

557 Art. 71, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú: “Honorarios del tribunal arbitral. Los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el

y ante tal situación, quedarían abiertas las puertas para reclamar la protección de este derecho inclusive por vía constitucional.⁵⁵⁸

La segunda tensión entre arbitraje y derecho de acceso a la justicia se presenta cuando, siendo razonables los costos envueltos en el proceso arbitral, un justiciable que se sometió a este mecanismo de solución de conflictos carece de recursos a tal punto que se ve impedido de presentar su demanda o reconvencción. Por regla, quienes suscriben un convenio arbitral deberían conocer de antemano el carácter oneroso de este mecanismo de solución de conflictos y estar dispuestos a asumir los gastos inherentes al mismo.⁵⁵⁹ Sin embargo, pueden presentarse circunstancias excepcionales. Como se anotó, los arbitrajes laborales y de consumidores, han ameritado la creación de reglas específicas en materia de tarifas en cierta normativa especializada. Adicionalmente, en los últimos años, la crisis económica mundial ha evidenciado la existencia del mencionado problema entre empresas⁵⁶⁰ y en el caso ecuatoriano, he constatado desde mi experiencia profesional cómo excepcionalmente se ha presentado este problema para personas naturales. Ante estas circunstancias, es necesario que el sistema arbitral asuma la existencia de estas situaciones y genere los mecanismos necesarios para superarlas.

Desde la doctrina y la experiencia internacional se han planteado varias alternativas para enfrentar el problema de acceso a la justicia arbitral para partes carentes de recursos. Una aproximación al problema ha consistido en asumir que el convenio arbitral deviene en inejecutable ante la

tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso”.

558 En este caso, resulta pertinente hacer un símil, con lo que se dice en la doctrina con relación a tasas judiciales desproporcionadas. Al respecto ver Nogueira Alcalá, “El derecho de acceso a la jurisdicción”, 791: “Cuando el ordenamiento jurídico contempla una tasa judicial previa al inicio de un procedimiento, dicho pago puede constituir una vulneración del derecho a la jurisdicción si su monto es desproporcionado con la capacidad económica del demandante o querellante, como cuando se cierra el acceso a la justicia por cualquier otro medio”. Sternlight, “Creeping Mandatory Arbitration: Is it Just?": 1644 (explicando que el caso *Green Tree Financial-Corp Alabama vs. Randolph*, los demandados intentaron demostrar que los costos del arbitraje eran demasiado altos. Aunque las cortes rechazaron su argumento debido a una deficiencia probatoria de los hechos, la Corte reconoció que esta clase de ataque sobre la cláusula arbitral puede ser válida).

559 Echeverri López, “De los costos del arbitraje en Colombia”, 728: “Los costos del arbitraje le imponen a los sujetos materiales del pacto arbitral, el deber prima facie de valorar sus necesidades y posibilidades económicas al momento de elegir la opción arbitral como la mejor alternativa para solucionar sus controversias presentes o futuras. De suerte que no cabría—de no hacerse lo anterior—juicios de reproche o de censura que enervan la acción arbitral”.

560 Phillip Wagner, “When two Worlds Collide: The Dilemma between Insolvency and Arbitration”, en Marianne Roth y Michael Geistlinger, edit., *Yearbook of International Arbitration*, vol. II (Viena: NWV Verlag, 2012), 120, <http://www.weitnauer.net/uploads/Yearbook_on_Int_Arbitration.pdf>, consulta: 5 de enero de 2014: “Ante el emergimiento de la crisis global, la interrelación entre arbitraje e insolvencia ha llegado a ser más y más importante”.

alegación justificada de que una de las partes no cuenta con los recursos económicos necesarios para pagar los costos envueltos en el proceso arbitral. Como consecuencia, queda abierta la posibilidad de que el justiciable acuda a la justicia estatal. En este sentido se ha pronunciado la Corte Federal de Justicia alemana al interpretar lo dispuesto en el párrafo 1 de la sección 1032 del Código de Procedimiento Civil de ese país,⁵⁶¹ norma que tiene notorias semejanzas con el art. 8 de la Ley Modelo.⁵⁶² Este razonamiento reserva la justicia arbitral a los casos cuyos costos pueden ser cubiertos, solución que si bien es sumamente práctica, puede reforzar en la sociedad la imagen del arbitraje como una justicia elitista.

Otra forma de enfrentar este problema, útil para cuando la parte carente de recursos es la demandada, ha consistido en ofrecer como remedio *ex-post* la anulación del laudo arbitral. Por ejemplo, una Corte de apelación de París anuló un laudo por violación del derecho de acceso a la justicia, en el cual una compañía en liquidación no pudo pagar los honorarios para presentar su contrademanda, aun a pesar de que el tribunal arbitral aclaró que quedaba a salvo el derecho de la parte para demandar cuando lo creyere conveniente.⁵⁶³ Sin embargo esta solución ha sido escasamente adoptada,⁵⁶⁴ posiblemente porque exige una poco deseable interpretación extensiva de las causales de nulidad del laudo arbitral y en esencia, porque entraña una falta de economía procesal, pues la parte que se siente lesionada tendría que esperar hasta la existencia de un laudo ejecutoriado para poder demandar su nulidad.

561 Párrafo 1, sección 1032, Código de Procedimiento Civil, Alemania: “Si un procedimiento que se relaciona con un asunto sujeto a convenio arbitral se lleva ante una corte, la corte debe determinar que la demanda es inadmisibile, siempre que el demandado haya presentado la correspondiente objeción en forma previa a la audiencia de méritos del caso, a menos que la corte determine que el convenio arbitral es nulo, inválido o imposible de ejecutar”. Ver referencia a la sentencia No. III ZR 33/00, BGHZ 145, 116 = NJW 2000, 3720, 14 de septiembre de 2000, Corte Suprema Federal de Alemania, en Klaus Sachs, “Insolvency Proceedings and International Arbitration”, en *Collected Courses of the International Academy for Arbitration Law*, Year 2011, vol. 1 (París: Arbitration Academy, 2013), 21, <http://www.arbitrationacademy.org/wp-content/uploads/2014/01/Arbitration-Academy-Klaus-Sachs.pdf>, consulta: 13 de noviembre de 2014 y en Olavarría Iglesia, “Responsabilidad de los árbitros”, 979, nota 978.

562 Art. 8, num. 1, Ley Modelo: “1. El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

563 Kudrna, “Arbitration and Right to Access to Justice”: 2 (citando la sentencia del caso 09/24158, 1 de noviembre de 2011, Corte Regional de Apelación, París: “El derecho de acceso a la justicia implica que una persona no puede ser privada de la facultad de tener sus demandas decididas por un juez; cualquier restricción al derecho de acceso a la justicia debe ser proporcional a los requerimientos de la administración de justicia; los tribunales arbitrales no están exentos de la aplicación de estos principios”).

564 Sachs, “Insolvency Proceedings and International Arbitration”, 21.

A nivel de arbitraje internacional, la ausencia de fondos de algunas partes ha generado la presencia de corporaciones especializadas en financiar los costos de partes carentes de recursos que presentan demandas aparentemente meritorias, en las cuales los resultados del arbitraje sirven como garantía de tal provisión de fondos (*third party funders*),⁵⁶⁵ lo que genera un rendimiento para la compañía financista. Sin embargo, esta posibilidad sería muy remota para casos de cuantías pequeñas o medianas, que son los que predominan en el arbitraje nacional.

Otro planteamiento frente al problema de las partes carentes de recursos ha consistido en extender al arbitraje los remedios clásicos que los ordenamientos jurídicos prevén para quienes no pueden cubrir los costos de acceso a la justicia, tales como el amparo de pobreza.⁵⁶⁶ Esta alternativa ha generado diversas reacciones. En España, por ejemplo, el intento de introducir en el arbitraje del beneficio de litigar gratuitamente previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, provocó mucha resistencia.⁵⁶⁷ Desde otra perspectiva, en Colombia, primero la Corte Constitucional y luego el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, han institucionalizado el

565 Sobre el funcionamiento del sistema ver por ejemplo Munir Maniruzzaman, "Third-Party Funding in International Arbitration: A Menace or Panacea?", <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>, consulta: 11 de enero de 2014 (explicando que esta práctica genera varias inquietudes: por ejemplo, el exceso de poder y las condiciones abusivas que puede imponer el financista a la parte carente de recursos para litigar en arbitraje; el nivel de incidencia del financista en estrategias de defensa de la parte financiada, sobre todo cuando esta es un Estado y se discuten asuntos relativos a la soberanía).

566 El beneficio de pobreza para litigar tiene una tradición que se remonta a la Constitución de Constantino, de donde se trasladó a España y posteriormente a sus colonias. Ver por ejemplo Víctor Fairén Guillén, *Teoría general del derecho procesal* (CDMX: UNAM, 1992), 581 y 598, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/965/22.pdf>, consulta: 28 de agosto de 2013.

567 Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje*, 80 (explicando que la propuesta de reforma fallida a la Ley de Arbitraje española consistía en conceder a quienes acreditaran insuficiencia de recursos ante el órgano arbitral competente, los beneficios contemplados para el acceso a justicia gratuita en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y transcribiendo la justificación de tal propuesta: "Si esta Ley ha de tener como objetivos no solo la reducción de la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, sino, como la propia Exposición de motivos señala, se trata de 'construir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial' no es posible obviar el tema del 'arbitraje gratuito' pues, de otro modo, esta manera más accesible y más eficaz se reservaría a las clases más privilegiadas, eliminando la posibilidad de que las clases más desprotegidas puedan acudir a ella, al someterlas necesariamente, por imposibilidad económica, a la acción judicial, o, lo que es lo mismo, a la 'red pública de justicia', contra la 'red privada' que constituiría un proceso arbitral concebido como lo hace este proyecto de Ley"). Sin embargo, tal intento fracasó. Ver por ejemplo Olavarría Iglesia, "Responsabilidad de los árbitros", 977. "debe quedar claro que la LA [Ley de Arbitraje] no contempla mecanismo alguno al respecto y las normas dictadas al amparo del citado 119 CRE [Constitución española] solo regula este derecho [amparo de pobreza] con relación a los procesos judiciales. No existe pues derecho al arbitraje gratuito".

amparo de pobreza para el arbitraje, aunque con diferentes concepciones acerca de quién debería asumir la carga derivada de la imposibilidad de pago de una de las partes. En el primer caso, la Corte Constitucional al analizar la procedencia del amparo de pobreza en el procedimiento arbitral –concretamente en materia laboral– y el procedimiento a observarse, sostuvo lo siguiente:

- a) Los efectos económicos que se derivan del arbitramento en materia laboral deben producirse teniendo en cuenta la capacidad económica de las partes enfrentadas, pues el arbitraje no es un mecanismo eficaz cuando su utilización se convierte en una forma de desconocer la desigualdad material entre trabajador y empleador, creando costos insuperables para una de las partes, que se convierten en un obstáculo para obtener justicia efectiva. En consecuencia, la persona que no se encuentre en capacidad de atender los gastos de un proceso debe tener la opción de invocar el amparo de pobreza. [...] el amparo de pobreza deberá invocarse ante el propio tribunal de arbitramento, por la parte que aduzca encontrarse en las circunstancias previstas en el art. 160 del Código de Procedimiento Civil (amparo de pobreza). Una vez admitida la existencia de tales circunstancias, que se entienden alegadas bajo juramento, la otra parte, en caso de insistir en que el asunto sea sometido a justicia arbitral, asumirá la totalidad de los costos o, en caso contrario, el asunto deberá ser decidido por la justicia ordinaria.⁵⁶⁸

Bajo este razonamiento, los costos que la parte carente de recursos no puede cubrir debían ser asumidos por la contraparte en el evento de que esta insistiere en la necesidad de arbitraje. Posteriormente, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia (art. 13) estableció otro procedimiento y trasladó a los Centros de Arbitraje y a los árbitros la carga de la falta de cobertura de costos por una parte carente de recursos,⁵⁶⁹ solución que no ha sido pacíficamente aceptada.⁵⁷⁰ Para algunos, la procedencia del amparo de pobreza en arbitraje tiene más bien una connotación positiva, “que desmitifica la creencia de que el arbitraje es un procedimiento costoso y reservado a conflictos de grandes ligas”.⁵⁷¹ Para

568 Sentencia C-330/00, 22 de marzo de 2000, Corte Constitucional, Colombia.

569 Art. 13, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia: “Amparo de pobreza. El amparo de pobreza se concederá, total o parcialmente, en los términos del Código de Procedimiento Civil. Si hubiere lugar a la designación del apoderado, esta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de arbitraje, salvo que el interesado lo designe./ Sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas, el amparado quedará exonerado del pago de los honorarios y gastos del tribunal arbitral sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que la amparado le hubiese correspondido pagar”.

570 Marcela Rodríguez Mejía, “Una aproximación al régimen de arbitraje nacional del nuevo Estatuto de Arbitraje en Colombia. Ley 1563 de 2012,” *Revista de Derecho Privado*, No. 24 (Bogotá: UEC), (julio-diciembre de 2012): 392 (enfaticando en el carácter polémico de esta medida).

571 Echeverri López, “De los costos del arbitraje en Colombia”, 719.

otros, la introducción del amparo de pobreza en arbitraje lo desnaturaliza, pues implica la introducción de un mecanismo de orden judicial en un sistema de justicia privado.⁵⁷²

Adicionalmente, otra de las alternativas que se ha discutido es la posibilidad de que los centros de arbitraje creen fondos de ayuda para las partes que no pueden cubrir sus gastos,⁵⁷³ sean actoras o demandas. Ahora bien, este fondo estaría disponible ya sea porque los centros provisionan parte de las tarifas que cobran, porque los árbitros permiten que parte de sus retribuciones lo alimenten, porque los usuarios de los centros que pueden cubrir los gastos del proceso de alguna manera pagan un excedente, o porque existe una combinación de estos mecanismos de financiamiento. En síntesis, esta alternativa introduciría en el sistema arbitral la noción de solidaridad, que en principio le ha sido ajena. El problema con esta solución es que quienes se ven obligados a aportar a este fondo sentirían una carga adicional y más aún, como cualquier fondo de contingencia, tendría recursos limitados, lo cual puede ocasionar que quien primero lo utilice agote el fondo o lo deje sensiblemente reducido para casos que puedan presentarse en un futuro inmediato.

Habiendo revisado estas posibilidades, cabe concluir que es necesario que el arbitraje prevea alguna medida para satisfacer los casos de imposibilidad de cobertura de costos que se presenten excepcionalmente, aspecto sobre el que guardan silencio tanto la LAM como los reglamentos de los centros de arbitraje locales. En cualquier caso, la solución al problema planteado debe generarse en el propio sistema arbitral, puesto que las normas procesales generales no han resultado de mayor utilidad. En efecto, el amparo de pobreza que estuvo previsto en el CPC no representaba salida alguna, ya que la figura contaba con una regulación por demás anacrónica,⁵⁷⁴ que la condenó al desuso. La situación no cambió sustancialmente con la entrada en vigencia del COGEP, pues lo único que este cuerpo legal prevé es que si una de las partes demostrare carecer de recursos económicos, “los honorarios y gastos del peritaje, podrán ser cubiertos por el Consejo

572 Mantilla Serrano, “Las relaciones entre los árbitros y los jueces”, 172. “se puede sucumbir a la tentación de tratar de trasponer en el arbitraje figuras jurídicas (como la intervención forzosa de terceros, el amparo de pobreza, los incidentes, etc [...]) que si bien responden a las necesidades típicas del proceso judicial ante el juez, no se compadecen de la naturaleza consensual y de ‘justicia privada’ que tiene el arbitraje”.

573 Kudrna, “Arbitration and Right to Access to Justice”: 8.

574 Art. 890, CPC: “El que solicite amparo de pobreza se presentará ante la jueza o el juez competente para la causa en que ha de gozar del beneficio, con una información de testigos que justifique no tener profesión, oficio o propiedad que le produzca cinco dólares de los EUA anuales o una finca valor de diez dólares de EUA. De la demanda se correrá traslado a la persona con quien se va a litigar y al fiscal, o a quien haga las veces de este”.

de la Judicatura, a petición de esta" (art. 226), norma cuya aplicación en el contexto de juicios arbitrales resulta muy cuestionable y que, además, no brinda una solución para los pagos que generalmente son los más altos en el sistema arbitral, que se orientan a cubrir los honorarios de centros de arbitraje, árbitros y secretarios.

Una solución perfecta, que no involucre el sacrificio de los involucrados, resulta imposible: o se excluyen los casos de personas carentes de recursos de la justicia arbitral, o bien alguien debe asumir estos costos, ya sean los centros de arbitraje, otros usuarios o los propios árbitros. La primera opción, es decir, la exclusión de personas carentes de recursos del sistema arbitral sin más, lo consolidaría como una justicia elitista e implicaría un desconocimiento *a priori* de la voluntad de la contraparte, quien eventualmente podría estar inclusive dispuesta a asumir un sacrificio económico adicional a fin de mantener la solución de su conflicto en sede arbitral.

Lo más razonable es, en mi criterio, que en casos absolutamente excepcionales y debidamente comprobados, pueda invocarse una reducción de la tarifa a pagarse, ya sea por planteamiento de una demanda o de una reconvencción, –lo que implica una reducción de los honorarios a pagarse a los árbitros y del monto que recibe el centro de arbitraje, en caso de arbitrajes administrados–. Para casos extremos, en los que la carencia de recursos resulte evidente, los centros de arbitraje podría prever la conformación de listas de árbitros que deseen actuar excepcionalmente *pro bono*. Solo en el evento de que ninguno de estos remedios resulte efectivo, la parte carente de recursos debería estar habilitada a plantear el caso ante jueces ordinarios, los que deberían exigir comprobación de la situación en la que se encuentra la parte, y de estar su situación claramente establecida, correr traslado a la contraparte a fin de que esta última, si desea mantener el conflicto en sede arbitral, asuma la cantidad que no pudo ser cubierta por la parte carente de recursos, luego de haber solicitado los beneficios descritos y resultar estos insuficientes. Si la contraparte no desea asumir tal carga, o de no responder al traslado del juez, entonces el proceso debería continuar ante la justicia ordinaria sin que sea invocable la excepción de incompetencia por existir convenio arbitral. Este procedimiento, imperfecto como es, busca dar una solución al problema planteado en la que la carga derivada de la falta de recursos para cubrir los costos del arbitraje se distribuya entre varios partícipes del proceso.

Finalmente, es necesario coincidir con las posiciones que defienden la necesidad de que la asistencia jurídica gratuita también alcance al ámbito

de los procedimientos arbitrales,⁵⁷⁵ particularmente en casos de arbitrajes laborales y de consumo.⁵⁷⁶ También en este caso, parece necesario que la solución se configure en el seno del mismo procedimiento arbitral, pues por mandato constitucional (art. 76, num. 7, lit. e) la Defensoría Pública actúa únicamente en el ámbito judicial y por disposición legal sus campos de actuación son el penal y el de protección de mujeres, niños y adolescentes víctimas de violencia, así como de nacionalidades, comunas y comunidades indígenas (art. 286, num. 3 y 6, COFJ). En este sentido, el Estatuto Nacional de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia ha marcado una línea novedosa en la región, al establecer que en caso de requerirse un apoderado de las partes, se realizará un sorteo entre los árbitros en derecho.⁵⁷⁷ Sin embargo, esta designación no debería efectuarse contra la voluntad de los árbitros, sino entre aquellos que han integrado la lista de quienes desean actuar ocasionalmente *pro bono*, lo cual debería ser reconocido públicamente como un mérito para sus integrantes.

Con todo, es necesario insistir en que la aplicación de estos remedios debe ser absolutamente excepcional, únicamente ante prueba fehaciente de que quien comparece al arbitraje carece de recursos, pues el abuso de estas alternativas puede distorsionar el sistema.

Reflexiones finales sobre este capítulo

Este capítulo ha subrayado la necesidad de redimensionar la relación entre arbitraje y acceso a la justicia en el contexto jurídico nacional. Si bien, en principio, este mecanismo de solución de conflictos ofrece un valioso espacio para promover el acceso a la justicia en virtud de la autonomía de la voluntad, en ciertas situaciones el consentimiento para someterse a arbitraje no existe o se ve seriamente comprometido. Tal es el caso de los

575 Sergi Guash Fernández, “Las garantías del proceso arbitral”, en *Principios y garantías procesales*, 410 (defendiendo la asistencia jurídica gratuita en arbitraje “para garantizar el acceso al arbitraje en condiciones de igualdad e impedir cualquier desequilibrio en la igualdad de garantías procesales que pueda provocar indefensión”). Ver también <<http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=1506510>>, consulta: 11 de enero de 2013 (anunciando la asistencia jurídica para casos de arbitraje derivados de la adquisición de participaciones preferentes en España).

576 Ver Cumbre Judicial Iberoamericana, 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, art. 47: “Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria. La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen”.

577 Ver el mencionado art. 13, Estatuto nacional de arbitraje nacional e internacional, Colombia.

arbitrajes forzosos que deben sujetarse a la LAM, que todavía pueden encontrarse excepcionalmente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; así como del sometimiento a arbitraje en el escenario de relaciones contractuales en las cuales existe una asimetría estructural de poder de negociación, como en los contratos de adhesión entre proveedores y consumidores, o en los contratos individuales de trabajo. En estas últimas situaciones, la garantía del acceso a la justicia de las partes más vulnerables requiere de un conjunto de medidas a adoptarse tanto en el proceso de formación del convenio arbitral como durante la etapa procesal, que al momento no han sido previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La reflexión en este capítulo ha girado también en torno a los obstáculos más relevantes para el acceso a la justicia arbitral. En el ámbito meramente procesal, el análisis se concentró en algunos casos de legitimación *ad causam* que carecen de lineamientos claros en la legislación nacional. Este es el caso, por ejemplo, de partes no signatarias, de quienes fueron cesionarios de contratos contentivos de convenios arbitrales o de terceros en cuyo beneficio se estipuló un contrato en el cual el arbitraje se previó como mecanismo de solución de conflictos. A lo largo de este capítulo se ha reiterado la conveniencia de dar respuesta legislativa a los vacíos sobre estas situaciones, considerando como criterios orientadores el principio de economía procesal, y sobre todo, la necesidad de tutelar efectivamente los derechos de quienes acudieron al sistema arbitral.

Finalmente, se analizó un obstáculo de índole socioeconómico que resulta particularmente relevante, consistente en la imposibilidad actual de presentar demandas o contrademandas en sede arbitral por parte de quienes carecen de recursos económicos. Después de analizar varias alternativas frente a este problema, se ha delineado un esquema que pretende distribuir la carga económica de la parte carente de recursos y establecer como una última opción la inejecutabilidad del convenio arbitral. Si bien esta no es una solución perfecta, persigue ofrecer una alternativa para que el arbitraje sea un mecanismo de solución de conflictos más incluyente y para disminuir la tensión que se presenta entre el carácter oneroso del arbitraje y el acceso a la justicia.

El objeto de estudio del siguiente capítulo es el segundo gran elemento que conforma la noción de tutela efectiva, es decir, el debido proceso, y su contenido en arbitraje.

Capítulo 3

Arbitraje y debido proceso

El capítulo 1 abordó el carácter complejo que la doctrina y los pronunciamientos de la CC le han atribuido al debido proceso: como conjunto de derechos y garantías de los justiciables y como un principio procesal. El mismo capítulo, se refirió al debate que se presenta en razón de la coexistencia del debido proceso y de la tutela efectiva en la CRE, estableciéndose entre estos derechos una relación de medio (debido proceso) y fin (tutela efectiva), posición acogida en algunos pronunciamientos de la CC y por un sector importante de la doctrina.

El presente capítulo persigue: 1. establecer los contornos de la noción de *debido proceso arbitral* y definir sus elementos esenciales; 2. estudiar los problemas que presenta la acción de nulidad de laudos arbitrales como garantía del debido proceso arbitral y determinar posibles correctivos, y 3. analizar la procedencia de acción extraordinaria de protección a fin de garantizar el debido proceso arbitral y la posibilidad de articulación de esta garantía constitucional con la acción de nulidad.

LA NOCIÓN DE DEBIDO PROCESO ARBITRAL

La dimensión procesal del arbitraje,⁵⁷⁸ connatural a su carácter heterocompositivo, exige la observancia de garantías mínimas como premisa indispensable para que el Estado reconozca la fuerza obligatoria del laudo.⁵⁷⁹ Adicionalmente, desde la dimensión contractual del arbitraje, los contratantes que intervienen en la formación del convenio arbitral tienen la legítima expectativa de que el proceso para solucionar un eventual con-

578 Silvia Barona Vilar, "La sustanciación de las actuaciones arbitrales", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1124 (estableciendo dos características esenciales de todo proceso que evidentemente también tienen lugar en el arbitraje: resolver un conflicto planteado por la confrontación de posiciones y tutelar los derechos de las partes y criticando aquellas posiciones que menoscaban el carácter procesal del arbitraje).

579 Rojas, "El control de constitucionalidad en el arbitraje", 153-4: "con una visión finalista, el arbitraje implica el desarrollo del debido proceso legal a través del cual se obtiene un pronunciamiento que puede erigirse en cosa juzgada para las partes, ergo su carácter jurisdiccional debe estar representado por estos aspectos centrales".

flicto se desenvuelva con sujeción a un mínimo de garantías procesales,⁵⁸⁰ sin importar cuánta celeridad pretendan imprimir al arbitraje.⁵⁸¹

En los contextos jurídicos que admiten el carácter jurisdiccional de las funciones que desempeñan los árbitros, los derechos y garantías procesales que deben observarse en este mecanismo de solución de conflictos se configuran como una manifestación del debido proceso constitucional.⁵⁸²

580 Clay, *El árbitro*, 53.

581 En efecto, en los últimos años ha cobrado fuerza la figura del arbitraje expedito (fast track arbitration), caracterizado por establecer términos procesales cortos, por acelerar las etapas procesales (por ejemplo, limitando el número de audiencias o el número de escritos admisibles) y por buscar agilidad para la comunicación de las actuaciones procesales. En este sentido, constituyen referentes, entre otras normas internacionales relevantes, las Reglas de Arbitraje de la CCI así como las Reglas para Arbitraje y Mediación Comercial de la AAA, las cuales contienen un segmento específico para arbitrajes expeditos. En todo caso, los arbitrajes expeditos requieren del respeto al debido proceso. Ver por ejemplo Welser y Klaussegger, "Fast Track Arbitration: Just Fast or Something Different?", 267, <http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Beitrag_Welser_2009.pdf>, consulta: 18 de marzo de 2015: "Aunque las limitaciones procesales son características de los arbitrajes acelerados, esas limitaciones no deben socavar el tratamiento igual entre las partes. En particular, los arbitrajes expeditos no deben privar a cada parte del derecho a presentar su caso al tribunal arbitral y los medios para presentar su caso apropiadamente". En el mismo sentido ver Rodrigo Jijón Letort y Juan Manuel Marchán, "Breves reflexiones sobre el 'arbitraje fast-track'", 503.

582 Ver por ejemplo las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: Sentencia 330/00, 22 de marzo de 2000: "El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material" y sentencia C-305/13, 22 de mayo de 2013: "la Corporación ha precisado que, pese a ser decidido por particulares, el arbitramento es un auténtico proceso, por lo cual 'está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso', cuyas garantías son aplicables a toda actuación judicial, 'pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales'. Tal como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, la vigencia de las garantías incorporadas en el debido proceso hace parte de los contenidos constitucionales que deben ser observado al regular el arbitraje, así como los derechos de acceso a la administración de justicia y de defensa, la primacía del derecho sustancial sobre las formas y ciertos principios y fines del Estado, tales como la justicia y la igualdad, entre otros, de manera que, con ceñimiento a esos postulados superiores y dado que los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral". Ver también Cremades, "El arbitraje en la doctrina constitucional española": 186: "Los efectos jurisdiccionales del arbitraje exigen unas garantías y responsabilidades para el árbitro, de proteger el derecho fundamental al proceso debido, consagrado constitucionalmente"; César Coronel Jones, "Arbitraje y procedimiento en Ecuador", num. 21, <<http://www.latinarbitrationlaw.com/arbitraje-y-procedimiento-en-ecuador/>>, consulta: 10 de enero de 2015: "Al lado de las normas que establecen la amplia flexibilidad procesal, derivada del origen contractualista del arbitraje, y en claro reconocimiento de los contenidos y trascendencia procesales del instituto, las legislaciones determinan, frecuentemente con rango constitucional, las normas del debido proceso que deben ser respetadas en el arbitraje, al igual que en todo proceso y en todas las etapas del procedimiento"; César Landa Arroyo, "El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Mario Castillo

Bajo esta línea de razonamiento, al constituir el arbitraje en Ecuador uno de los cauces jurisdiccionales constitucionalmente reconocidos, está sujeto a las garantías del debido proceso en aplicación de la cláusula general del art. 76, CE.⁵⁸³ A pesar de que esta misma norma omite la referencia a los árbitros y menciona únicamente a las autoridades administrativas y judiciales como destinatarias de la obligación de “garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes” (art. 76, num. 1), tal omisión no constituye razón suficiente para considerar que el arbitraje pueda desarrollarse al margen de las garantías constitucionales del debido proceso. Si las autoridades administrativas están obligadas a respetar tales garantías, con mayor razón lo están los árbitros, investidos de facultades jurisdiccionales. En este sentido, la CC ha sostenido que

el derecho al debido proceso, entonces, constituye uno de los medios más importantes previstos en el Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo propósito principal es dotar a las personas, pueblos, colectivos y comunidades que las acciones, procesos y procedimientos se desarrollen a la luz de estándares de protección efectiva de sus derechos ante los tribunales de justicia, entidades administrativas o de cualquier otra índole en donde se decidan y resuelvan controversias.⁵⁸⁴

Más aún, con mayor precisión, en relación específicamente a los procesos arbitrales, la CC ha destacado que “los derechos reconocidos por nuestra Constitución, principalmente el derecho constitucional del debido proceso y sus correspondientes garantías, deben obligatoriamente ser observados y aplicados por la autoridad arbitral bajo cuya competencia se sustancia un proceso de esta naturaleza”.⁵⁸⁵

Freyre, edit., *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje* (Lima: Palestra, 2009), 16, <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol8.pdf>>, consulta: 18 de marzo de 2015: “el arbitraje no puede desenvolverse al margen de la Constitución y del respeto de los derechos fundamentales de la persona, a riesgo de que sea declarado inconstitucional; puesto que no se trata de un fin en sí mismo sino de un medio para la solución pacífica de controversias que versen sobre materias de carácter disponible entre las partes”.

583 Art. 76, inc. 1, CRE: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”.

584 Sentencia 124-15-SEP-CC, 22 de abril de 2015, CC, ROS, No. 516, 5 de junio de 2015.

585 Sentencia 123-13-SEP-CC, 19 de diciembre de 2013, CC, ROS, No. 222, 9 de abril de 2014. Ver también sentencia 169-12-SEP-CC, 26 de abril 2012, CCPT, RO, No. 756, 30 de julio de 2012: “los convenios arbitrales, el proceso de arbitraje y su conclusión, están limitados y vinculados por las normas constitucionales, al igual que todas las relaciones jurídicas y actos públicos y privados, más allá de que su origen pueda considerarse convencional. Es por ello que no puede ser admisible la aplicación de un convenio que verse sobre renuncia de derechos constitucionales, o un proceso arbitral que vulnere el debido proceso constitucional, o un laudo arbitral que falle en franca contradicción con la Constitución” y sentencia 302-15-SEP-CC, 16 de septiembre de 2015, ROS, No. 725, 4 de abril de 2016.

Sin embargo, es necesario aclarar que el admitir que las garantías del debido proceso en arbitraje tienen sustento constitucional, no significa equiparar, sin más, el sistema de garantías procesales que rige en la justicia estatal con el sistema de garantías procesales que rige en arbitraje. En este último escenario, las garantías procesales constitucionales cobran un matiz particular,⁵⁸⁶ en línea con lo dispuesto por el art. 190, CRE.⁵⁸⁷ Esta norma destaca el carácter alternativo del arbitraje y consiguientemente, su sometimiento a un ordenamiento jurídico particular; adicionalmente, subraya que la aplicación del arbitraje debe realizarse con sujeción a *la ley*, es decir, con sujeción a la LAM, la cual debe establecer el núcleo de garantías procesales que tienen que observarse en arbitraje, como una proyección de las garantías del debido proceso constitucional adaptadas a las necesidades del proceso arbitral. La necesidad de armonizar la noción de debido proceso con las características especiales del arbitraje (respetando la vocación de flexibilidad y celeridad de este mecanismo de solución de conflictos), fundamentan la noción de *debido proceso arbitral*.⁵⁸⁸ Esta forma de entender el debido proceso en arbitraje se opone a la visión de quienes homologan irrestrictamente las garantías procesales aplicables al arbitraje con aquellas requeridas en el seno de la administración de justicia estatal,⁵⁸⁹ asunto sobre el que se abundará al tratar la acción de nulidad en este capítulo.

586 Exp. 7289-2005-AA/TC, 3 de mayo de 2006, Tribunal Constitucional, Perú, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07289-2005-AA.html>>, consulta: 10 de enero de 2015: “En definitiva, que el debido proceso tenga una vocación expansiva más allá del terreno exclusivamente judicial, no quiere decir que todos los derechos que lo conforman puedan ser susceptibles de ser titularizados, sin más, en cada uno de esos ámbitos ajenos al estrictamente judicial”, fundamento considerado en la sentencia expedientes acumulados 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC, 11 de noviembre de 2006, Tribunal Constitucional, Perú, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006AA%2006662-2006-AA.html>>, consulta: 7 de febrero de 2015.

587 Art. 190, CRE: “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”.

588 Raud, “The Culture of American Arbitration and Lessons from the ADR”: 4. Ver también Jorge Santistevan de Noriega: “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: Apuntes sobre el debido proceso en sede arbitral”, *Ius et Veritas*, No. 37 (2008): 44, <<http://www.ius360.com/revistas/ius-et-veritas-37.pdf>>, consulta: 6 de enero de 2014: “El arbitraje, de por sí, exige un contenido propio del debido proceso que responda a una de sus características esenciales, el ejercicio de la libre voluntad de las partes, desde el inicio y hasta la conclusión del proceso arbitral, lo que incluye la efectividad de las decisiones que adopte el tribunal arbitral, que se traduce al final del día en laudos ejecutables nacional e internacionalmente” y Landa Arroyo, “El arbitraje en la Constitución de 1993”, 41: “Siendo el debido proceso un derecho fundamental de contenido amplio, será posible que algunas de sus manifestaciones no sean susceptibles de ser invocadas en sede arbitral, dadas las particulares características que reviste esta jurisdicción de excepción”.

589 En este sentido, algunos tratadistas se refieren al riesgo de *hiperconstitucionalización* del arbitraje. Ver por ejemplo De Jesús, “La autonomía del arbitraje”, 9; Kundmüller Caminiti, “Es urgente ‘arbitralizar’ el arbitraje peruano”, 58, <<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s>>

Por otro lado, aun en ordenamientos jurídicos que desconocen el carácter jurisdiccional del arbitraje, la teoría de la aplicación horizontal de los derechos constitucionales abre un espacio de exigibilidad a los árbitros de respeto a las garantías del debido proceso constitucional, bajo el supuesto de que aun si no tuviesen facultades jurisdiccionales, los árbitros son particulares cuyas actuaciones pueden afectar los derechos de otros que se encuentran bajo su subordinación.⁵⁹⁰ De no aplicarse tal teoría, en aquellos contextos en los que no se admite el carácter jurisdiccional del arbitraje, el debido proceso en este mecanismo de solución de conflictos se entiende como resultado de la aplicación de las normas legales sobre la materia,⁵⁹¹ mas no de las normas constitucionales.

Se admita o no el carácter jurisdiccional del arbitraje, cada vez existe mayor preocupación por establecer cuáles son estos mínimos procesales observables obligatoriamente en arbitraje, es decir, qué debe entenderse por debido proceso arbitral. La Ley de Arbitraje española, por ejemplo, ha cifrado el debido proceso arbitral en la observancia de los principios de igualdad, audiencia y contradicción.⁵⁹² Otros aportes han buscado precisar las garantías procesales aplicables enlistando las garantías constitucionales y reflexionando sobre su aplicación al proceso arbitral.⁵⁹³ Coincidiendo con

&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Farbitrajepucp%2Farticle%2Fdownload%2F9358%2F9775&ei=DA67VOXtGsWgNoq5g9gK&usq=AFQjCNFBb2xTKgZbWrgRBkX02uYrkAlbIA>, consulta: 17 de enero de 2015.

590 Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 352.

591 Sentencia 9/2005, 17 de enero de 2005, Tribunal Constitucional, Primera Sala, España: “la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas –con el carácter de derechos fundamentales– del art. 24, CE, cuyas exigencias solo rigen, [...] para el proceso –actuaciones jurisdiccionales– en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve”. Esta sentencia es criticada por Cruz Villalón, “Arbitraje y Constitución en España”, 435 (sosteniendo que no se puede pretender que los árbitros no están en capacidad de vulnerar derechos constitucionales, crítica con la que coincide). Ver también opinión de Albán Gómez y Zavala Egas, en nota 199.

592 Art. 24, num. 1, Ley de Arbitraje, España: “Principios de igualdad, audiencia y contradicción. 1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”. Ver también Lorca Navarrete, *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje?*, 82-3 (explicando el origen de la citada norma y comentando que los principios de igualdad, audiencia y contradicción como elementos esenciales del debido proceso en el arbitraje español fue postulada en origen por el ponente Ripol Olazábal, bajo la vigencia de la Ley española de Arbitraje de 1988, a propósito del arbitraje de consumo, lo que posteriormente se adoptó para todo el sistema arbitral).

593 Ver por ejemplo Landa Arroyo, “El arbitraje en la Constitución de 1993”, 42-7 (refiriéndose a los siguientes derechos como componentes esenciales del debido proceso arbitral: derecho de acceso a la jurisdicción arbitral, derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o un tribunal imparcial, derecho a la igualdad sustancial en el proceso, derecho de defensa, derecho a probar; derecho a una adecuada motivación de las resoluciones arbitrales y derecho a la ejecución de los laudos arbitrales). Ver también González de Cossío, *Arbitraje*, 444 (advirtiendo la variedad de criterios para definir el “debido proceso” en sede arbitral y exponiendo que

Santistevan de Noriega, cabe precisar que entre uno y otro enfoque para definir el contenido del debido proceso en arbitraje, –el segundo con un énfasis más constitucionalista–, no existe una diferencia de fondo,⁵⁹⁴ pues el catálogo de garantías de componen el debido proceso pueden reconducirse a los principios generales de igualdad, audiencia y contradicción.

Sin embargo, dado que los límites admisibles en materia de garantías procesales en el arbitraje entrañan una dimensión de orden público que admite control estatal,⁵⁹⁵ es relevante entender cómo las garantías constitucionales del debido proceso adquieren matices específicos en los procesos arbitrales y determinar cómo tales garantías se articulan con las causales de nulidad del laudo arbitral. Desde ya, es necesario advertir el carácter conflictivo que ha tenido en el país la determinación del alcance de las garantías de algunos contenidos del debido proceso constitucional en sede arbitral.

LOS ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL

El derecho a ser juzgado por árbitros independientes e imparciales

El sometimiento a arbitraje no infringe el derecho al juez natural

El derecho a un juzgador imparcial e independiente es uno de los componentes del derecho al juez natural y se encuentra ampliamente re-

para muchos implica lo siguiente: “a) En la misma medida que no se haya cerrado la etapa de instrucción o sea contrario a la organización que el tribunal haya establecido, el tribunal siempre tendrá que recibir de todas las partes los escritos donde hacen valer sus pretensiones, b) El tribunal debe permitir a todas las partes presentar pruebas y demás medios de defensa dándoles la oportunidad de desahogar las mismas antes de emitir el laudo, siempre que respeten la organización establecida por el tribunal, c) Es indispensable que el tribunal escuche los alegatos de las partes permitiéndoles exponer sus respectivas pretensiones y defensas, d) El tribunal debe cerciorarse que ambas partes tengan acceso a toda la información presentada por ambas partes al tribunal, e) No debe limitarse al derecho para probar ni para alegar, excepto cuando se trate de peticiones inconducentes que únicamente tiendan a retrasar el procedimiento”.

594 Jorge Santistevan de Noriega: “Tribunal Constitucional y arbitraje: Improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral ‘in toto’”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 4 (2007): 29-30 (exponiendo que el derecho de acceso al arbitraje queda subsumido en el principio de audiencia; que el derecho a probar, a obtener resoluciones debidamente motivadas y el derecho de defensa resultan consustanciales al principio de contradicción; y el derecho a la igualdad es insustituible desde ambas perspectivas; y considerando como una novedad la formulación del derecho a la ejecución de los laudos).

595 Lorca Navarrete, *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje?*, 83 y Vicente Guzmán Fluja, “Libertad y flexibilidad: Señas de identidad del proceso arbitral”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1165.

conocido por instrumentos internacionales de derechos humanos.⁵⁹⁶ Por su parte, el art. 76, num. 7, lit. k), CRE consagra el derecho a “ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente”, postulado que se complementa con la prohibición de juzgamiento por tribunales de excepción o por comisiones especiales. Por su parte, la CC ha enfatizado en el derecho de los justiciables consistente en “el acceso a unos mismos jueces, eliminando toda suerte de privilegios o discriminaciones”,⁵⁹⁷ y “el derecho a acceder a la jurisdicción ordinaria y en los casos autorizados por la Constitución, a las jurisdicciones especiales”⁵⁹⁸ como elementos del derecho al juez natural. Adicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia internacional destacan dentro del derecho al juez natural la necesidad de que la competencia del juzgador se encuentre predeterminada por la ley y de que tales juzgadores sean imparciales.⁵⁹⁹

596 Ver por ejemplo art. 8, num. 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”; art. 14, num. 1, Pacto de los Derechos Civiles y Políticos: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

597 Ver las siguientes sentencias de la CCPT: 026-12-SEP-CC, 8 de marzo de 2012, ROS, No. 735, 29 de junio de 2012 y 098-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, ROS, No. 728, 20 de junio de 2012.

598 Sentencia 101-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, CCPT, ROS, II, No. 695, 3 de mayo de 2012.

599 Exp. 1937-2006-HC/TC, 30 de marzo de 2007, Tribunal Constitucional, Perú: “[el derecho al juez natural] exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional. Se garantiza, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación [...] En segundo lugar, exige que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley”. Ver también Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 97 (sistematizando los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español sobre el contenido del derecho al juez natural u ordinario y sintetizando este contenido de la siguiente manera: “a) Que el órgano judicial haya sido creado previamente, respetando la reserva de Ley en la materia; b) Que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial; c) Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de un Juez Ad-Hoc o excepcional; y d) Que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros”; Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 362 (sistematizando varias sentencias de la Corte Constitucional colombiana sobre el principio del juez natural, que en lo esencial destacan los elementos de los cuales ya nos hemos ocupado); Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, 240: “[La] garantía del juez natural exige que el tribunal se halle establecido por ley, y que, en virtud de esa prelación normativa, el juez tenga competencia porque está nominado con anterioridad a los hechos que originan su jurisdicción”.

Siendo el propio ordenamiento jurídico el que garantiza la posibilidad de someterse a arbitraje al tratarse de conflictos que versan sobre materia disponible y el que reconoce las facultades jurisdiccionales de los árbitros, no existe vulneración alguna del derecho al juez natural en el desplazamiento de la jurisdicción estatal que se produce como efecto del sometimiento a arbitraje.⁶⁰⁰ A continuación se definen los matices que el derecho a ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente adopta en el caso del sistema arbitral, considerando sus principios y normas características.

Las nociones de “independencia” e “imparcialidad” en arbitraje

El art. 76, num. 7, lit. k), CRE recoge la clásica distinción entre *independencia* e *imparcialidad*. El alcance de estos términos no siempre es fácil de establecer⁶⁰¹ y esta tarea resulta aún más compleja al tratarse del sistema arbitral. La acepción tradicional de independencia, desarrollada con relación a la justicia estatal, se refiere a la necesidad de evitar “que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”.⁶⁰² El riesgo de interferencia política en las decisiones judiciales se vincula fundamentalmente con el poder que las entidades nominadoras pueden ejercer en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Evidentemente, la mencionada acepción de independencia resulta extraña al arbitraje, pues los árbitros no son parte de estructuras jerárquicas ni se encuentran sometidos a nominaciones o decisiones relativas a su promoción por parte de entes estatales. La relación que mayor preo-

600 Roque Caivano, “El arbitraje: Nociones introductorias”, 2, <<http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>>, consulta: 12 de enero de 2015. Ver también Lorca Navarrete, *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje?*, 4 (concluyendo que “cuando existe resolución heterocompositiva justificada en la autonomía de la voluntad, no se infringe el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley”).

601 Sobre la dificultad de delimitar las nociones de independencia e imparcialidad ver por ejemplo Juan Montero Aroca, “La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, 777, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/33.pdf>>, consulta: 27 de enero de 2015; Noah Rubbins y Bernhard Lauterburg, “Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration” en Christina Knahr, Chirstian Koller, Walter Rechberger y August Reinisch, edit., *Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences* (Holanda: Eleven International Publishing, 2010), 153, <http://www.prager-dreifuss.com/system/document_ens/57/original/Independence_Impartiality_and_Duty_of_Disclosure_in_Investment_Arbitration.pdf?1273064482>, consulta: 28 de enero de 2014.

602 Sentencia de caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, 5 de agosto de 2008, CIDH, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>, consulta: 17 de abril de 2015. Ver también Gimeno Sendra, *Introducción al derecho procesal*, 86-8.

cupación genera en arbitraje es la que se establece entre árbitros y partes en el contexto de casos concretos y en ella se ha concentrado la noción de independencia arbitral para la mayor parte de la doctrina especializada. En este sentido, la independencia resulta de la ausencia de vínculos objetivamente demostrables entre árbitros y partes,⁶⁰³ por ejemplo, de carácter económico, social o personal, e inclusive, de la revelación de estos vínculos por parte de los árbitros y de su oportuno conocimiento por las partes. Esta noción de independencia en arbitraje se aproxima a la que la CIDH identifica como *imparcialidad objetiva*, siguiendo en esta materia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).⁶⁰⁴ Desde esta perspectiva, el elemento común entre independencia judicial e independencia arbitral es que en ambos casos debe ejercerse frente a los nominadores: en el primer caso, frente a entidades estatales y en el segundo, frente a los justiciables que acuerdan someterse a arbitraje.⁶⁰⁵

603 Ver la decisión sobre la propuesta de descalificación de un miembro del tribunal arbitral, de 22 de octubre de 2007, caso ICSID ARB/03/17, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., y Vivendi Universal S. A. vs. la República de Argentina, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0824.pdf>>, consulta: 28 de enero de 2015: “29. Los conceptos de independencia e imparcialidad, aunque relacionados, son vistos frecuentemente como distintos, aunque la naturaleza precisa de esta distinción no siempre es fácil de entender. Generalmente hablando, la independencia se relaciona con la ausencia de relaciones con una parte que pueden influenciar la decisión del árbitro. Imparcialidad, por el otro lado, se refiere a la ausencia de una inclinación o predisposición hacia una de las partes. Así, el Webster’s Unabridged Dictionary define ‘imparcialidad’ como “libre de favoritismos, no inclinado en favor de una parte más que de otra. Así, es posible que en ciertas situaciones para un juez o árbitro ser independiente de las partes pero no imparcial”. Ver también Scott Donahey, “The Independence and Neutrality of the Arbitrators”, *Journal of International Arbitration* 9, No. 4 (Génova: 1992): 31, <<http://www.scottdonahey.com/Publications/Independence%26NeutralityOfArbitrators.pdf>>, consulta: 28 de enero de 2015: “El test de independencia fue probablemente mejor descrito por el Profesor Pierre Lalive en el VI Simposio sobre Arbitraje Internacional llevado a cabo en París, en octubre de 1988: ‘Independencia implica simplemente el coraje para no gustar, la ausencia de cualquier deseo, especialmente del árbitro designado por una de las partes, de ser designado después como árbitro’”.

604 Para revisar la correspondencia entre sentencias de la CIDH y del TEDH en lo relativo a imparcialidad objetiva y subjetiva ver Renata Bregaglio Lazarte, “La imparcialidad del juez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Giovanni Priori Posada, coord., *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso: Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución* (Lima: Palestra, 2013), 85-6. Ver también sentencia 4A_234/2010, 29 de octubre de 2010, Tribunal Federal, Primera División de Derecho Civil, Suiza: “3.2.1. La imparcialidad objetiva busca en particular evitar que el mismo magistrado participe en el mismo caso bajo diferentes títulos así como garantizar al juez independencia hacia todas las partes [...] 3.3.1. Para decidir si un tribunal arbitral presenta tal garantía o no [garantía de independencia e imparcialidad], la casuística se refiere realmente a los principios constitucionales desarrollados con relación a las cortes estatales [...] En esta tarea, no se delinea una estricta distinción entre los conceptos de imparcialidad e independencia, en la medida que los dos serían posibles plenamente en arbitraje y el primer concepto aparece estar incluido en el segundo, el cual es mayor, en forma de imparcialidad objetiva como opuesta a la imparcialidad subjetiva”.

605 Clay, *El árbitro*, 64.

Por otra parte, la *imparcialidad* implica la necesidad de que quien juzga no sea parte,⁶⁰⁶ premisa inherente a cualquier mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos. En arbitraje, se asocia frecuentemente a la imparcialidad con el estado mental del árbitro consistente en la ausencia de preferencia o de riesgo de preferencia hacia una de las partes.⁶⁰⁷ Esta acepción se aproxima a la de *imparcialidad subjetiva*, que para la CIDH equivale, en términos generales, a la carencia de prejuicios contra una de las partes.⁶⁰⁸

La gran mayoría de cuerpos normativos sobre arbitraje mantienen la distinción entre independencia e imparcialidad,⁶⁰⁹ entendiéndolos como

606 Montero Aroca, “Motivos de abstención y recusación”, 853-4.

607 Clay, *El árbitro*, 55; Francisco González de Cossío, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad en los árbitros”, 460, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf>>, consulta: 27 de enero de 2015.

608 Sentencia de caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, 5 de agosto de 2008, CIDH: “56. En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario”. Ver también sentencia 4A_234/2010, 29 de octubre de 2010, Tribunal Federal, Primera División de Derecho Civil, Suiza, <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/29%20octubre%202010%204A%20234%202010.pdf>>, consulta: 3 de febrero de 2015: “Imparcialidad subjetiva, la cual es presumida hasta que se demuestre lo contrario, garantiza que un caso sea adjudicado sin consideraciones personales”. En contra ver Montero Aroca, “La imparcialidad judicial”, 797 (definiendo la imparcialidad como “la ausencia de designio o de prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes” y rechazando la noción de *imparcialidad objetiva* establecida por el TEDH bajo el argumento de que la noción de imparcialidad siempre es subjetiva). Sin embargo, la noción de imparcialidad subjetiva es frecuentemente utilizada tanto en el ámbito de la justicia ordinaria como de la justicia arbitral.

609 Ver por ejemplo: art. 11, num. 1, Reglamento de Arbitraje, CCI: “Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje”; art. 12, num. 2, Ley Modelo: “Motivos de recusación: 2) Un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”; art. 22, Reglamento de Arbitraje, AAA: “Los árbitros que actúen bajo este Reglamento serán imparciales e independientes”; art. 5.3, Reglas de Arbitraje, Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA): “Los árbitros deben ser y permanecer todo el tiempo imparciales e independientes de las partes”; art. 1, Directrices sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional, Inter-American Bar Association (IBA): “Principio general: Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios”. A nivel nacional, ver: art. 110 y 112, Reglamento para el Funcionamiento del CAM-AMCHAM: art. 110: “Principio de neutralidad o imparcialidad.- Los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos deberán en todo momento mantener una posición neutral y de imparcialidad frente las partes del caso en que intervengan en tales calidades. En consecuencia, no podrán adoptar posturas que manifiesten un interés personal en el caso asignado o cualquier interés frente al asunto que es materia del conflicto.”; art. 112: “Principio de independencia.- Los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos son independientes de las partes, y de terceras personas ajenas al conflicto. Por lo tanto, no aceptarán

términos complementarios que configuran una sola realidad técnica. Para algunos, el vínculo entre estas dos nociones es de causa y efecto, y en esta línea, la independencia debe entenderse como un presupuesto para la existencia de imparcialidad.⁶¹⁰ Para otros, la distinción entre independencia e imparcialidad en arbitraje poco aporta a la solución del problema central,⁶¹¹ consistente en determinar los criterios bajo los cuales el árbitro lesiona o puede generar la apariencia de lesión de la relación de equidistancia que le corresponde mantener frente a los litigantes. En este sentido, las leyes de arbitraje inglesa⁶¹² y sueca,⁶¹³ por ejemplo, han considerado irrelevante referirse a independencia en arbitraje, posición que ha sido asumida en Ecuador por el Reglamento de Funcionamiento del CAM-CCQ.⁶¹⁴ En este acápite se distinguirá entre independencia e imparcialidad, en consideración a la amplia aceptación de estas categorías por la mayor parte de la doctrina y de leyes especializadas y se entenderán estos términos en el siguiente sentido: la independencia, como autonomía de cualquier influencia externa al estudio del caso que haga el tribunal arbitral y la imparcialidad, como la ausencia de interés del árbitro en la causa.⁶¹⁵

Las obligaciones de los árbitros vinculadas con el resguardo de su independencia e imparcialidad

El derecho de los justiciables a ser juzgados por un tercero imparcial e independiente exige de los árbitros el cumplimiento de dos obligaciones fundamentales: una obligación de hacer, consistente en revelar a las partes los hechos que pueden generar dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad, y adicionalmente, una obligación de no hacer, consisten-

ninguna influencia externa en la resolución de los conflictos, basándose en su conciencia y en la autonomía de sus actuaciones”.

610 Clay, *El árbitro*, 55 (explicando que la concepción de la independencia como presupuesto para la imparcialidad es la noción tradicional).

611 *Ibíd.*, 57. Ver también Montero Aroca, “Motivos de abstención y recusación”, 860 (basándose en la distinción de que la independencia es absoluta, es decir, no toma en consideración un proceso determinado, mientras que la imparcialidad es relativa, es decir, con relación a un determinado proceso, con objeto y partes bien determinados, considera que en arbitraje no cabe hablar de independencia).

612 Sección 33, num. 1, lit. a), Ley de Arbitraje, Inglaterra: “33. Deberes generales del tribunal. 1. El tribunal debe: a) actuar justa e imparcialmente entre las partes, dando a cada parte una oportunidad razonable de exponer su caso y responder a su oponente”.

613 Art. 8, Ley de Arbitraje, Suecia: “El árbitro debe ser imparcial”

614 Art. 75, lit. a), Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del CAM-CCQ: “Son deberes y obligaciones del árbitro, además de las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación, y el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, las siguientes: a) Actuar con absoluta imparcialidad y neutralidad”.

615 Ver art. 110 y 112, Reglamento para el Funcionamiento del CAM-AMCHAM.

te en no actuar como abogado o representante de ninguna de las partes, especialmente cuando cada una de las partes designa un árbitro. Resulta evidente que estas obligaciones nacen de un contexto particular, diferente al que se presenta en la administración de justicia estatal. En efecto, en arbitraje el ejercicio transitorio de funciones jurisdiccionales está a cargo de particulares que no se encuentran dedicados exclusivamente a su tarea como árbitros, y por lo tanto, las situaciones que pueden comprometer la imparcialidad de estos últimos se multiplican. A continuación se analizan cada una de las obligaciones anotadas:

- *La obligación de revelación*

En el derecho comparado, esta obligación se concreta en declaraciones exigidas en forma previa a la posesión de los árbitros,⁶¹⁶ así como a lo largo del proceso, de existir situaciones supervinientes.⁶¹⁷ Al conocer tal revelación, las partes deben evaluar la amenaza que las circunstancias puestas en su conocimiento pueden entrañar para la independencia e imparcialidad de los árbitros y de estimarlo necesario, pueden llegar a solicitar su remoción.

Siendo el descrito un procedimiento generalmente admitido en la mayoría de normativa sobre arbitraje, el debate ha girado en torno a lo que debe revelarse. La Ley Modelo (art. 12), así como el Reglamento de Arbitraje CCI (art. 11) y el Reglamento de Arbitraje Internacional AAA (art. 7, num. 1), por citar algunas fuentes internacionales influyentes, ordenan a los árbitros revelar toda “circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”. A su vez, lo que debe entenderse por *duda justificada* ha sido explicado en las Directrices de la IBA

616 Art. 11, num. 2, Reglamento de Arbitraje, CCI: “Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que estas realicen sus comentarios”.

617 Art. 11, num. 3, Reglamento de Arbitraje, CCI: “El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquéllos referidos en el Artículo 11(2) relativas a su imparcialidad o independencia que pudieren surgir durante el arbitraje”; art. 2, Directrices sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional, IBA: “(2) Conflictos de intereses (a) El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro. (b) Rige el mismo principio si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General (4).”

sobre conflictos de interés en arbitraje internacional, las cuales consagran el *test del tercero razonable*. Este test implica que una duda es justificada si un tercero, quien tiene conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes, podría concluir razonablemente que ante tales hechos existe la posibilidad de que el árbitro sea influenciado por factores ajenos a los méritos del caso que sean presentados por las partes (directriz 2, lit. b y c).⁶¹⁸

Dado el carácter indeterminado de este tipo de normas, en la práctica se suscitan muchas dudas para distinguir las situaciones que ameritan revelación de aquéllas que no. Ante este problema, las directrices de la Inter-American Bar Association (IBA) sobre los conflictos de intereses en arbitraje internacional,⁶¹⁹ generalmente bien recibidas por la teoría y la práctica arbitral,⁶²⁰ ejemplifican las situaciones más frecuentes en las cuales se requiere

618 Sentencia de caso Jung Science Information Technology Co. Ltd. vs. Zte. Corporation, 22 de julio de 2008, Alta Corte-Corte de Primera Instancia, Hong Kong, Región Especial Administrativa de China, en CNUDMI, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, 66 (sosteniendo que el test de la duda razonable implica evaluar si considerando las circunstancias invocadas por la parte que recusa al árbitro, incluyendo las tradiciones legales y culturales relevantes, existe una real posibilidad de que el tribunal arbitral esté parcializado. El test no consiste en determinar si el litigante piensa o siente que el árbitro ha sido o puede ser parcializado. Lo que en realidad importa es el punto de vista de un tercero justo bien informado, quien considere no si otro árbitro podría ser mejor para decidir el asunto, sino si el árbitro recusado aportaría una visión imparcial y libre de prejuicios a la resolución de la disputa).

619 Estas directrices, adoptadas en 2004, son el resultado de un grupo de trabajo formado por expertos en arbitraje internacional designados por el Comité de Arbitraje y MASC de la IBA, a fin de generar estándares para el proceso de toma de decisiones de árbitros, partes y jueces; establecer parámetros para construir leyes nacionales y reglas sobre arbitraje, relativas a independencia e imparcialidad de los árbitros, especialmente en arbitrajes internacionales. La última revisión de las directrices data de octubre de 2014. Sobre el proceso de formación de estas directrices ver por ejemplo Ramón Mullerat, "Arbitrators' Conflicts of Interest Revisited: A Contribution to the Revision of the Excellent IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration", 1, <https://law.pace.edu/lawschool/files/iicl/odr/Mullerat_notes.pdf>, consulta: 26 de enero de 2015.

620 The IBA Conflict of Interest Subcommittee, "The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004-2009", en *Dispute Resolution International* 4, <http://www.lalive.ch/data/publications/The_IBA_guidelines_on_conflicts_of_interest_in_international_arbitration.pdf>, consulta: 03.02.2015 (recogiendo los resultados de una encuesta dirigida a los principales centros de arbitraje internacional así como de una investigación sobre las decisiones de las cortes. En general, se observa un impacto importante de las directrices, sobre todo a nivel de árbitros y partes, y cierto impacto en las cortes estatales. Adicionalmente, destacando una serie de casos de conflicto de intereses faltantes en las directrices de 2004, algunos de los cuales se han incluido en la versión 2014). Ver también la sentencia de caso DTF 4A.506/2007, 20 de marzo de 2008, Tribunal Federal, Primera División de Derecho Civil, Suiza, <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/20%20Mars%202008%204A%20506%202007.pdf>>, consulta: 28 de enero de 2015: "En orden de verificar la independencia de los árbitros, las partes pueden referirse a los lineamientos de la Directrices de la IBA para los conflictos de intereses en arbitraje internacional. Tales directrices no tienen carácter legal, sin embargo, constituyen un precioso instrumento, capaz de contribuir a la armonización y unificación de los estándares aplicables al campo de los arbitrajes internacionales y tal instrumento no debe dejar de influenciar a las instituciones arbitrales y a los tribunales arbitrales".

revelación (detalladas en los listados *rojo* y *naranja*) y aquéllas en las cuales se estima que la revelación no es necesaria (listado *verde*), y dentro de los listados rojo y naranja distinguen aquéllas situaciones que ineludiblemente deben conducir a la remoción del tribunal (listado *rojo no renunciabile*) de aquéllas que permiten a las partes recusar al árbitro dentro de un lapso de tiempo posterior a su conocimiento (listado *rojo renunciabile* y listado *naranja*).⁶²¹ Esta metodología parte de la premisa de que es necesario generar parámetros para que la obligación de revelar no sea el vehículo para la multiplicación de recusaciones frívolas con el solo propósito de demorar el arbitraje por las partes que son reticentes al mismo.⁶²²

Otras propuestas han partido de la obligación de los árbitros de revelar absolutamente todos los nexos anteriores con las partes, sus asesores legales y co-árbitros.⁶²³ Bajo este enfoque, los árbitros no tienen la potestad

621 Estas directrices están compuestas de dos partes: la primera, contentiva de normas generales y la segunda, que ejemplifica situaciones frecuentes de conflictos de intereses, divididas en categorías según su gravedad. Estas categorías son: 1. *Listado rojo*: contentivo de conductas tales que una persona prudente cualquiera y con conocimiento de los hechos principales, va a considerar que existe un conflicto de intereses. A su vez, este listado comprende dos subcategorías: *Un listado rojo no renunciabile*, que incluye las situaciones más graves, en la que debe regir el principio de que nadie puede ser juez y parte a la vez. Por consiguiente, el revelar los hechos o circunstancias del caso no evitará el conflicto de intereses y el árbitro debe necesariamente abstenerse de aceptar su designación o renunciar a la misma y *un listado rojo renunciabile*, que comprende situaciones serias, mas no tan graves de tal forma que una vez expuestas, las partes pueden renunciar a su derecho a recusar al árbitro, si así lo manifiestan explícitamente. 2. *Listado naranja*: comprende situaciones que pueden crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro y que corresponde al árbitro darlas a conocer. En todos estos casos se entiende que las partes aceptan al árbitro si, habiendo este revelado los hechos o circunstancias que corresponda, las partes no hacen uso de su derecho de objetar al árbitro dentro del plazo establecido para tal efecto. 3. *Listado verde*, el mismo que se refiere a situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear un conflicto de intereses. Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones que abarca este último listado.

622 Ver Directrices de la IBA sobre conflicto de intereses en arbitraje internacional, aprobada por resolución del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014, 1, <<http://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/conflictos/conflicts%20of%20interest%202014.pdf>>, consulta: 30 de enero de 2014: "Hay una tensión entre por un lado, el derecho de las partes a la revelación de circunstancias que puedan poner en duda la independencia e imparcialidad de los árbitros en orden a proteger el derecho de las partes a un juicio justo, y en por el otro lado, la necesidad de evitar desafíos innecesarios contra los árbitros a fin de proteger la capacidad de las partes para escoger a los árbitros".

623 Clay, *El árbitro*, 67. En el contexto jurídico ecuatoriano este enfoque ha sido parcialmente adoptado por el art. 15, Reglamento de Arbitraje, CAC-CCG: "Al momento de aceptar el encargo, los árbitros suscribirán el correspondiente formulario de Declaración de Aceptación e Independencia del Árbitro, que les será remitido para el efecto por el Director del Centro y deberán revelar cuestiones que, si bien a su juicio no comprometen su independencia e imparcialidad, consideran que deben ser conocidas por las partes a efectos de que el Centro evalúe si deben o no intervenir en el arbitraje". Curiosamente, este caso se permite que sea el CAC-CCG y no las partes, el que evalúe en qué medida se compromete la independencia de los

de discernir qué revelan y qué no, pues es atribución de las partes y no de los árbitros el evaluar si un determinado vínculo es de tal índole que despierta dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad del árbitro.⁶²⁴ El problema con este enfoque es que puede promover recusaciones con el mero afán de retrasar el arbitraje, riesgo que en ocasiones se ha administrado mediante la imposición de multas a las partes que abusan del mecanismo de recusación.⁶²⁵

Si bien las directrices de la IBA pueden presentar vacíos, es saludable buscar estándares que homologuen criterios sobre la gravedad de los vínculos que pueden presentarse entre árbitros y partes, a fin de dotar al arbitraje de mayor seguridad jurídica. En caso de duda, las mismas directrices establecen que debe optarse por la revelación (estándar 3, b).

En el contexto jurídico ecuatoriano, la LAM consagra la obligación del árbitro que conociere que está incurso en alguna inhabilidad para ejercer su cargo, de notificar inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo (art. 19, 3er inc). Sin embargo, esta disposición legal resulta poco efectiva: no establece con precisión cuál es la oportunidad con la que el árbitro debería cumplir esta obligación ni un procedimiento claro para hacerlo, y principalmente, no determina las consecuencias jurídicas de la falta de revelación. Aunque algunos reglamentos institucionales han buscado llenar los vacíos relativos a la oportunidad y al procedimiento,⁶²⁶ la determinación de los efectos es un ámbito que debe ser regulado por la LAM. La ausencia de una regulación clara en materia de recusación, impacta negativamente la vigencia del derecho a un árbitro independiente e imparcial.

- *La obligación del árbitro de evitar considerarse a sí mismo como abogado o agente de la parte que lo nombró*

En arbitraje doméstico, y especialmente en arbitraje internacional, la figura de los árbitros designados por cada una de las partes es ampliamente

árbitros con base en la información proporcionada. Lo más lógico, parece ser que habiéndose adoptado esta posición más estricta con relación a la obligación de revelación de los árbitros, las partes sean las que se pronuncien una vez conocidos los hechos revelados.

⁶²⁴ Clay, *El árbitro*, 78.

⁶²⁵ La imposición de multas sería posible en el contexto nacional al amparo del art. 33, LAM: “No podrán aceptarse en el curso del proceso incidentes que promuevan las partes, para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en tal sentido se presentaren serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros”.

⁶²⁶ Ver por ejemplo, art. 15, Reglamento de Arbitraje, CAC-CCG (estableciendo que al momento de aceptar la designación como árbitros, estos tienen la obligación de revelar situaciones que a su criterio no afectan su independencia o imparcialidad, pero que consideran deben ser conocidas para que el Centro o las partes evalúen si deben intervenir o no en el arbitraje).

utilizada.⁶²⁷ A nivel jurisprudencial y doctrinario, se debate arduamente cuál es el estándar de independencia e imparcialidad previsto para los árbitros designados por cada una de las partes.⁶²⁸ Desde una posición pragmática, que ha primado en la práctica del arbitraje doméstico de EUA, el árbitro designado por una de las partes puede dejar de ser neutral, y consiguientemente, no le son exigibles los mismos estándares de independencia e imparcialidad que al árbitro único o que al presidente del tribunal.⁶²⁹ Más

627 La fórmula generalmente utilizada es que cada parte designe un árbitro, y entre los dos árbitros seleccionados de esta manera, designen al presidente del tribunal.

628 Una acertada síntesis de este debate se encuentra en la sentencia 4A_234/2010, 19 de octubre de 2010, Tribunal Federal, Primera División de Derecho Civil, Suiza: “Algunos tratadistas, quienes pueden ser llamados realistas o pragmáticos, sostienen que sería una ilusión demandar de un árbitro de parte el mismo nivel de independencia e imparcialidad que se exige al presidente del tribunal o a un árbitro único, particularmente en arbitrajes internacionales [...] Otros tratadistas consideran que este es un asunto de credibilidad del arbitraje y sostienen, desde el lado contrario, que las garantías de independencia imparcialidad deben ser las mismas para un árbitro designado por las partes así como para el presidente del tribunal o para el árbitro único [...] De acuerdo con el último tratadista citado (Clay, *L'arbitre*, 2001), la última concepción, que él denomina independencia monolítica como opuesta a la independencia variable, sería “el punto de vista mayoritario, siendo casi universal”.

629 William Schurtman Alston & Bird LLP, “Trends in International Arbitration and Mediation”, en Anita Alibekova y Robert Carrow, edit., *International Arbitration and Mediation: From a Professional Perspective* (Yorkhill Law Publishing, 2007), 31 (explicando que en EUA, los árbitros de parte han asumido con naturalidad el rol de co-asesores legales de la parte que lo nombró, lo que contrasta con la expectativa de que al analizar la evidencia el árbitro actúe a favor de la justicia, votando inclusive contra la parte que lo designó). Ver también Murray Smith, “Impartiality of the party-appointed arbitrator”, *Arbitration International* 6, No. 4, LCIA (1990): 321, <<http://arbitration.oxfordjournals.org/content/arbint/6/4/320.full.pdf>>, consulta: 5 de febrero de 2015. Ver regla 18, lit. a) y b), Reglas de Arbitraje Comercial y Procedimientos de Mediación (Incluyendo procedimientos para largas y complejas disputas comerciales), AAA (estableciendo que si bien todo árbitro debe ser independiente e imparcial, las partes pueden acordar por escrito que los árbitros directamente designados por una parte sean no neutrales, caso en el cual tales árbitros no necesitan ser imparciales o independientes y no serán sujetos a descalificación por parcialidad o falta de independencia). Por su parte, el Canon X del Código de Ética para Árbitros Comerciales promovido por la AAA y la American Bar Association (ABA), cuya última revisión tuvo lugar en el 2003, establece que: “los árbitros designados por parte pueden tener predisposición hacia la parte que los designó pero en todos los demás aspectos están obligados a actuar de buena fe y con integridad y justicia. Por ejemplo, no pueden involucrarse en tácticas dilatorias o en acoso a una de las partes o testigos y no pueden hacer conscientemente falsas declaraciones a los otros árbitros”. Las notas introductorias de este código explican que las entidades que lo promovieron creen que es preferible que todos los árbitros, inclusive aquéllos designados por las partes, sean “neutrales, esto es, independientes e imparciales”, y cumplan con los mismos estándares éticos y que esta expectativa es fundamental en arbitrajes que de alguna forma envuelven aspectos internacionales. Sin embargo, sostienen que en arbitrajes domésticos en Estados Unidos las partes pueden preferir árbitros no neutrales, gobernados por consideraciones éticas especiales. Concretamente, a los árbitros designados por las partes no le son exigibles obligaciones como el abstenerse de entablar relaciones profesionales o comerciales con la parte que lo designó; tampoco están obligados a retirarse ante reclamos de ausencia de imparcialidad por la parte que no lo nombró; y en ciertos casos puede comunicarse con las partes que les designaron, sin tener que notificar a los co-árbitros ni a la contraparte.

aún, en aquel país se admite frecuentemente que el árbitro designado por una de las partes cumpla funciones de abogado del litigante que lo designó,⁶³⁰ visión que a veces se ha manifestado en Ecuador inclusive para el caso de arbitrajes internacionales.⁶³¹

Por otro lado, la posición que actualmente tiene mayor aceptación, es la que defiende que a todo árbitro, sea o no designado por las partes, le son exigibles iguales estándares de independencia e imparcialidad,⁶³² aproximación expresamente recogida en la región por la normativa peruana sobre arbitraje (art. 18).⁶³³ En el caso ecuatoriano, no existen normas

630 Hans Smit, “The Pernicious Institute of the Party-appointed Arbitrator” en *Columbia FDI Perspectives*, No. 33 (14 de diciembre de 2010): 1, en http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_33.pdf, consulta: 5 de febrero de 2015 (explicando la diferencia de enfoque entre el arbitraje doméstico estadounidense, en el cual el árbitro designado por una de las partes cumple las funciones de un abogado ante el resto de árbitros y el enfoque de arbitraje internacional, contexto en el cual se espera que el árbitro designado por las partes actúe objetiva e imparcialmente) y Lina Marcela Escobar Martínez, “La independencia, imparcialidad y conflicto de intereses del árbitro”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 15 (2009): 181-214, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-81562009000200007&script=sci_arttext, consulta: 7 de febrero de 2015. (citando varios casos resueltos por cortes estadounidenses en los que se defiende la visión del árbitro como un abogado de parte).

631 Rodrigo Jijón, “La independencia e imparcialidad de los árbitros”, <http://www.latinarbitrationlaw.com/la-independencia-e-imparcialidad-de-los-arbitros/>, consulta: 14 de enero de 2015 (refiriéndose al caso UNCITRAL No. UN 3467, Occidental vs. República del Ecuador, y haciendo notar que cuando se expidió el laudo contra Ecuador, el árbitro designado por el país fue fuertemente criticado por el gobierno y por un sector de la prensa nacional por no haber ‘defendido adecuadamente’ los intereses de la parte que lo designó).

632 Entre las Reglas de Arbitraje internacional que consignan esta posición se encuentra por ejemplo el art. 5.3, Reglas de Arbitraje, LCIA: “Los árbitros deben ser y permanecer todo el tiempo imparciales e independientes de las partes; y ninguno debe actuar en el arbitraje como abogado o representante de una de las partes. Ningún árbitro debe aconsejar a ninguno de los litigantes sobre los resultados del arbitraje”. A nivel internacional, ver también auto 41/1993, 29 de enero de 1993, Tribunal Constitucional de España: “La obligada paridad procesal de las partes no se ve en absoluto descompensada por la circunstancia de que uno de los árbitros se haya abstenido de pronunciarse sobre la cuestión debatida, pues los árbitros no defienden los intereses de cada parte, sino que, designados por estas, solo buscan la solución que –en Derecho o en equidad– mejor proceda al asunto litigioso, todo ello, claro está, desde la obligada imparcialidad que de todo sujeto dirimente ha de predicarse y con la que entraría inevitablemente en pugna la concepción que del arbitraje se defiende en la demanda como una institución más próxima a la negociación de intereses encontrados que a la solución dirimente de conflictos”.

633 Art. 18, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú: “Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción”. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú, ha sido menos categórico sobre la exigencia de imparcialidad del árbitro nombrado por una de las partes y se ha concentrado más bien en la necesaria imparcialidad del tercer árbitro: Ver sentencia de 11 de noviembre de 2006, expedientes acumulados 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC, Tribunal Constitucional, Perú: “60 [...] lo cierto del caso es que una de las partes no podrá considerar violado su derecho al juez imparcial por el hecho de que su contraparte efectúe el nombramiento de uno de los árbitros, y viceversa. Bajo la teoría de la apariencia, ha de exigirse que el tercer árbitro nombrado se encuentre en una relación lo razonablemente equidistante de ambas partes, de

específicas sobre el nivel de independencia e imparcialidad exigible a los árbitros designados por cada una de las partes. Si bien la ausencia de un tratamiento diferenciado para este caso puede ser interpretado como la exigencia del mismo estándar de independencia e imparcialidad que para todos los árbitros, sería un acierto que la LAM defina expresamente este tema en el mismo sentido en que lo ha hecho la ley sobre arbitraje de Perú, bajo la premisa de que independientemente de quien designe al árbitro, este asume las funciones de un tercero dirimente entre posiciones contrapuestas, y por lo tanto, debe ser imparcial en los mismos términos que los árbitros cuya fuente de designación es diferente.

Habiendo establecido las obligaciones que los árbitros deben cumplir a fin de preservar su independencia e imparcialidad, el siguiente acápite se concentra en la recusación de los árbitros, especialmente en la evaluación de su tratamiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a fin de determinar si las previsiones vigentes sobre recusación le permiten cumplir el rol de garantía del derecho a un árbitro independiente e imparcial.

- *La recusación como garantía del derecho a un árbitro independiente e imparcial*

La recusación es el mecanismo legal que permite a los justiciables hacer efectivo el derecho a un juzgador imparcial mediante la separación del caso del juez sospechoso de parcialidad,⁶³⁴ mientras que la excusa está prevista como un resguardo de la imparcialidad en tanto elemento estructural del ejercicio de las funciones jurisdiccionales.⁶³⁵

La LAM asimila expresamente las causales de excusa⁶³⁶ y recusación⁶³⁷ de árbitros a las de los jueces estatales, posición muy difundida en países

manera que el arbitraje cumpla mínimamente con las exigencias derivadas del derecho a un juez arbitral imparcial”.

634 Rosario Serra Cristóbal, *La libertad ideológica del juez* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 201.

635 *Ibid.* (refiriéndose a la imparcialidad como elemento del sistema constitucional del poder judicial). Más que del poder judicial, la imparcialidad puede ser visto como un elemento de la estructura de la actividad jurisdiccional.

636 Art. 19, inc. 2, LAM: “Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces”.

637 Art. 21, 1er. inc, LAM: “Son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces”. Las causales de excusa y recusación previstas en el art. 856, CPC se configuran, en términos generales, cuando el juzgador tiene relaciones de parentesco con las partes o sus representantes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o es cónyuge de una de las partes; es acreedor o deudor de las partes; tienen él o sus parientes cercanos juicio con las partes; tiene interés personal en la causa por tratarse de sus negocios, de su cónyuge, o de sus parientes cercanos; tiene la calidad de socio, donatario, empleador de alguna de las partes; conoció el mismo caso en otra instancia; intervino en el juicio como parte, representante legal, apoderado, defensor, agente del ministerio público, perito o testigo; fue

del derecho continental, que puede encontrarse en normas tan antiguas como las Siete Partidas.⁶³⁸ Quienes justifican esta identificación de causales argumentan que tanto los jueces como los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales; que unos y otros deben enfrentar situaciones prácticas similares⁶³⁹ y adicionalmente, que es necesario un sistema legalmente limitado de excusa y recusación a fin de evitar un ambiente de inseguridad jurídica.⁶⁴⁰ Desde una perspectiva diferente, otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia internacional considera inadecuada la equiparación de causales de recusación para árbitros y jueces, aunque en este segundo grupo es necesario distinguir diferentes concepciones sobre el estándar de independencia e imparcialidad deseable en arbitraje, las mismas que se analizan inmediatamente.

Para un grupo de especialistas, las causales de excusa y de recusación de jueces y árbitros deben diferenciarse entre sí, pues el arbitraje requiere de estándares más flexibles de independencia e imparcialidad, a fin de no interferir con el derecho de las partes a escoger los árbitros y de no reducir más allá de lo deseable el número de expertos que puedan actuar en arbitraje.⁶⁴¹ En este sentido, la relevancia de la experticia de los árbitros ha fundamentado la relajación de estándares sobre independencia e imparcialidad en arbitraje.⁶⁴²

Otro grupo de opiniones critica la equiparación de causales de excusa y recusación entre jueces y árbitros, bajo el presupuesto de que en arbitraje se requieren estándares de independencia e imparcialidad más rigurosos. Así lo sostuvo, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de EUA en la

multado o sancionado en esa causa, por otro tribunal; emití opinión o consejo escrito sobre el juicio y no sustancié el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley. En el COGEP, en esencia, se mantienen las mismas causales, con ligeras variaciones y con la incorporación de unas pocas causales adicionales, que pueden resultar de difícil determinación, tales como “tener con alguna de las partes o sus defensores amistad íntima o enemistad manifiesta”.

638 Romero Seguel, “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”: 520-1.

639 Clay, *El árbitro*, 42.

640 Montero Aroca, “Motivos de abstención y recusación”, 867 (sosteniendo que el sistema de excusa y recusación establecido en la Ley de Arbitraje española de 2003, basado en una cláusula general, resulta extraño a la tradición jurídica española, implica un retroceso y propicia que la inseguridad jurídica al dar paso a que cada judicatura que conozca de la acción de nulidad haga su propia interpretación sobre la existencia o no de imparcialidad de los árbitros) y Cordon Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 139 (defendiendo que la independencia e imparcialidad son consustanciales a la idea de decidir, y por lo tanto, no se puede imaginar un contenido diferente en sede judicial y arbitral, por lo que es adecuado el uso de parámetros semejantes con relación a la excusa y recusación).

641 Guillermo Aguilar Álvarez, “La recusación de árbitros”, en *Arbitraje comercial internacional*, 62.

642 Ver sentencia 82-2885, 12 de julio de 1983, Merit Insurance Company vs. Leatherby Insurance Company a/k/a Western Employers Insurance Company, Corte de Apelaciones, Séptimo Circuito, EUA, <<http://openjurist.org/714/f2d/673>>, consulta: 12 de febrero de 2015.

sentencia *Commonwealth Coating Corp vs. Continental Casualty Co*, la cual fundamentó tal conclusión en la sensible reducción de medios impugnatorios que el arbitraje conlleva.⁶⁴³

También es posible encontrar evidencias de la admisión de esta posición en el arbitraje doméstico. En efecto, en el proceso instaurado a raíz de la sentencia de la CIDH en el caso *Chaparro vs. Ecuador*, el tribunal sostuvo abiertamente que el arbitraje requiere de estándares más exigentes de independencia e imparcialidad. En este caso, el árbitro designado por el Sr. Chaparro, parte actora en el arbitraje independiente, fue recusado por el Estado en virtud de que el hermano de tal árbitro había iniciado un proceso contra el Estado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Evidentemente, la causal invocada no se ajustaba a lo dispuesto en el art. 856, num. 3 del CPC –vigente a la época del mencionado arbitraje independiente–, es decir, tener el juzgador, su cónyuge o parientes cercanos juicios con alguna de las partes o haberlo tenido previamente dentro de los dos años previos, de tratarse de juicios civiles, o de los cinco años previos, de tratarse de juicios penales,⁶⁴⁴ pues la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no tiene facultades jurisdiccionales. Sin embargo, los árbitros no recusados, llegaron a la conclusión de que debían dar paso a la recusación, aplicando normas de *soft law*, particularmente las Directrices de la IBA para evitar conflictos de intereses en arbitrajes internacionales, y se refirieron explícitamente a la necesidad de un mayor estándar de imparcialidad exigible a los árbitros debido a la reducción de medios de impugnación disponibles en arbitraje:

- 4.6. La imparcialidad e independencia como principios rectores de la actividad jurisdiccional han sido ampliamente tratados por la doctrina y la jurisprudencia, llevando a varias interpretaciones acerca de su alcance y

643 Sentencia de 18 de noviembre de 1968, Corte Suprema de Justicia, EUA [393 U.S. 145 (89 S.Ct. 337, 21 L.Ed.2d 301)]: “Nosotros no tenemos duda de que si un litigante puede demostrar que un miembro de un jurado o un juez tuvo, siendo esto desconocido para el litigante, cualquier relación comercial [con la otra parte], la sentencia sería impugnada [...] Dado que en los casos de las cortes es un principio constitucional [la independencia de los juzgadores] nosotros no podemos encontrar bases para considerar que no existe el mismo concepto en el lenguaje legal que gobierna los procedimientos arbitrales y ordenan que el laudo pueda ser anulado sobre la base de ‘parcialidad evidente’ o el uso de ‘medios indebidos’. [...] Es verdad que los árbitros no pueden cortar todas sus ataduras con el mundo de los negocios, ya que ellos no obtienen todo sus ingresos del trabajo de decidir casos, pero nosotros podemos, si es posible, ser más escrupulosos a la hora de salvaguardar la imparcialidad de árbitros que de jueces, desde que los primeros tienen riendas sueltas para decidir el derecho como los hechos y no están sujetos a apelación. Nosotros no podemos percibir que se pueda mermar la eficacia del proceso arbitral por el simple requerimiento de que los árbitros revelen a las partes cualquier situación que pueda crear una impresión de posible parcialidad”.

644 Prevista en el art. 22, num. 8, COGEP.

aplicabilidad a los casos concretos. En este sentido, la institución arbitral ha desarrollado estándares propios aplicables a los árbitros, y que en general, imponen la obligación de tener un mayor nivel de imparcialidad e independencia a los árbitros que aquel al cual se ve sometido el juez ordinario, y esto conlleva una lógica abrumadora, al analizar los principios rectores del sistema arbitral. El sistema arbitral y la designación de los árbitros se basa esencialmente en la confianza que las partes litigantes depositan en ellos; y sumado a lo anterior, debido a que sus decisiones finales –laudos– son de única instancia e inapelables, es claro que los árbitros deben estar sometidos a un mayor estándar de imparcialidad e independencia que los jueces ordinarios, [...] En el presente caso, el hecho que el hermano de un árbitro nominado por la parte actora –quien es la persona que denuncia una violación de derechos humanos por parte del Ecuador– mantenga un proceso ante la Comisión, con el fin de buscar la reparación económica por parte del Estado ecuatoriano, las particularidades de los casos y la actuación similar del Estado en los dos procesos, a juicio del presente Tribunal da origen a que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto, consideraría que existen dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia, en el sentido de que este tercero pueda llegar a la conclusión de que probablemente, la decisión del árbitro recusado podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes.⁶⁴⁵

Esta misma providencia enfatiza en la insuficiencia de la equiparación entre causales de excusa y recusación para jueces y árbitros,⁶⁴⁶ posición con la que concuerdo plenamente. Como efecto de tal equiparación dejan de contemplarse una serie de situaciones que pueden comprometer la independencia e imparcialidad de los árbitros, quienes al no dedicarse exclusivamente a las funciones de juzgadores, tienen mayor probabilidad de incurrir en conflictos de intereses. De hecho, el prestigio de los árbitros, tan importante para que las partes depositen en ellos su confianza, se basa en gran medida en el conocimiento que los justiciables tengan de sus credenciales profesionales y académicas. Bajo estas consideraciones, la Ley Modelo, desde su versión de 1985, propuso que para la recusación y excusa de los árbitros se contemple un presupuesto abierto y general, consistente en la existencia de dudas justificadas sobre su imparcialidad,⁶⁴⁷ en

645 Providencia de 9 de agosto de 2011, Tribunal arbitral independiente, caso Chaparro vs. Ecuador, en *Gaceta Arbitral*, No. 1 (Quito: Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana y Universidad San Francisco de Quito): 340.

646 *Ibíd.*, 345: “Este Tribunal considera la insuficiencia que representa las causales del Código de Procedimiento Civil, en orden a garantizar la plena vigencia del derecho al debido proceso, en particular la garantía de un juez imparcial e independiente; esto producto de que nuestra norma procesal adjetiva responde a una época distinta y prueba evidente de aquello, es que el mismo 856 numeral tercero limita la causal a juicios civiles y penales”.

647 Art. 12, num. 2, Ley Modelo: “2) Un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no

lugar de una enumeración taxativa de causales, aproximación que ha sido incorporada en varias leyes nacionales.⁶⁴⁸

Adicionalmente, esta visión más amplia sobre las situaciones que permiten la excusa y la recusación de los árbitros es más coherente con la obligación de revelación de posibles conflictos de interés, pues los justiciables quedarían habilitados para plantear la recusación con fundamento en los hechos revelados por los árbitros, de considerar que los mismos pueden lesionar severamente la percepción de independencia e imparcialidad. Por estas razones, cabe concluir que la previsión de una cláusula general en el sentido contemplado en la Ley Modelo constituye la opción más adecuada para que la excusa y recusación sean garantías adecuadas para preservar la independencia e imparcialidad de los árbitros y debería ser adoptada por la LAM, pero siempre utilizando mecanismos para evitar la proliferación de recusaciones sin fundamento, como una multa por recusar injustificadamente a los árbitros.⁶⁴⁹

Hasta que se produzca esta reforma legislativa, es necesario cuanto menos que las causales de excusa y recusación previstas en las normas procesales generales sean interpretadas flexiblemente al aplicarse en el sistema arbitral. Frente a la doctrina procesal que ha establecido el carácter *numerus clausus* de las causales de excusa y recusación,⁶⁵⁰ así como una interpretación restrictiva de las mismas, con la finalidad de reducir el nivel de incertidumbre de justiciables y juzgadores, han emergido posiciones más modernas que reclaman, inclusive para el ámbito de actuación de los jueces ordinarios, una interpretación más flexible a fin de no limitar la ga-

posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación”.

648 Ver por ejemplo: art. 1428, Código de Comercio, México; art. 12, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, Chile; art. 104, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú; art. 17, num. 3, Ley de Arbitraje, España (en esta última, la Exposición de Motivos enfatizó en la eliminación del reenvío a las causales de abstención y recusación de los jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuadas en arbitraje, ni cubren todos los supuestos que pueden presentarse, haciéndose preferible una cláusula general). Ver al respecto, Córdón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 138 y José María Alonso, “Transparencia en la designación de árbitros y la prevención de conflictos de intereses”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 29 (enero de 2013): 5 (considerando un acierto la eliminación de una lista cerrada de supuestos para recusar a los árbitros).

649 Serra Cristóbal, *La libertad ideológica del juez*, 210 (proponiendo la introducción de un motivo abierto de abstención y recusación para jueces estatales, pero recogiendo la crítica de quienes advierten que tal modelo llevaría a una utilización masiva de la recusación como una estrategia de dilación procesal).

650 Jordi Nieva Fenoll, “El sesgo ideológico como causal de recusación”, *Ius et Praxis*, año 18, No. 2 (Talca: 2012): 299, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200010>, consulta: 8 de febrero de 2015.

rantía de imparcialidad que la institución de la excusa y recusación debe brindar.⁶⁵¹ Si esta flexibilidad se invoca para la justicia ordinaria con mayor razón debe tener lugar en arbitraje, en consideración a la mayor probabilidad de conflicto de intereses a la que hemos hecho referencia. En el caso concreto de las excusas, es evidente que una interpretación muy rígida de las causales vigentes, puede llevar a la situación poco deseable de que los árbitros sean obligados a continuar conociendo un caso aun cuando consideren que existen razones que objetivamente comprometen su independencia e imparcialidad.⁶⁵²

En la práctica, mientras estuvo vigente el CPC, se admitió frecuentemente en el arbitraje doméstico una interpretación flexible de la causal de recusación prevista en el art. 856, num. 10,⁶⁵³ relativa al tiempo máximo admisible para el despacho de providencias, aunque la reflexión sobre el alcance de las otras causales en arbitraje ha sido muy escasa. Adicionalmente, y aunque este análisis se refiere fundamentalmente a la recusación, resulta interesante hacer un paréntesis y destacar un caso de expansión de las causales de excusa consignado en el Reglamento del CAC-CCG (art. 80),⁶⁵⁴ el cual ha incorporado la posibilidad de que los árbitros se absten-

651 Carlos Faustino Natarén Nandayapa, "Imparcialidad objetiva y creación de causas de recusación no expresamente mencionadas en la ley: A propósito de la sentencia 162/1999 de 27 de septiembre del Tribunal Constitucional español", <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/239/art/art5.pdf>, consulta: 8 de febrero de 2015 y Serra Cristóbal, *La libertad ideológica del juez*, 208 (planteando la necesidad de una interpretación más dúctil de las causales de recusación); Cordón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 140 (defendiendo que cuando predomina un ambiente de interpretación flexible de las causales de excusa y recusación –como considera ha existido en España– no es necesario establecer un sistema de cláusula abierta).

652 Romero Seguel, "La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral": 521: "El sistema de causa legal y taxativa, implementado para inhabilitar a los árbitros, restringió considerablemente la libertad que tenían las partes en el derecho histórico para manifestar su desconfianza frente a la imparcialidad del juez. Desde el punto de vista de la inhabilidad del árbitro, esta opción técnica conlleva para el compromisario la obligación de fallar el asunto una vez aceptado el encargo, salvo que se inhabilite por una causa legal que le impida seguir conociendo el juicio. El incumplimiento de este deber podría configurar un ilícito que determine el pago de una indemnización por parte del árbitro, o, en su caso, por la entidad que administra el arbitraje institucional."

653 Art. 856, num. 10, CPC: "Un juez, sea de tribunal o de juzgado, puede ser recusado por cualquiera de las partes, y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los motivos siguientes: 10.- No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley". Aunque no existen estadísticas al respecto, probablemente esta es la causal de recusación que se ha invocado con mayor frecuencia en arbitraje. Generalmente, esta causal ha sido rechazada con el argumento de que los términos generales del procedimiento civil no son aplicables a arbitraje.

654 Art. 28, Reglamento de Arbitraje, CAC-CCG: "Además de las causas previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces, será causa de excusa, mas no de recusación, la objeción razonada de conciencia del árbitro para conocer la controversia, debiendo ponerla en conocimiento del Presidente del Tribunal y del Director del Centro, según corresponda, para su admisión, quedando constancia de ello en el proceso".

gan de conocer una causa por objeción razonada de conciencia (derecho reconocido en el art. 66, num. 12, CRE),⁶⁵⁵ a más de las causales previstas para los jueces estatales. La aplicación de la objeción de conciencia para administradores de justicia ha sido severamente cuestionada, dado que el ámbito natural para invocar este derecho se produce cuando el ciudadano, no un administrador de justicia con potestades jurisdiccionales, necesita dejar de aplicar normas del ordenamiento jurídico por convicciones morales o ideológicas.⁶⁵⁶ Sin embargo, desde otra perspectiva, podría sostenerse que la inclusión de una causal de excusa en este sentido permite una mejor convivencia entre el principio de imparcialidad y el derecho del juzgador a manifestar sus opiniones y convicciones, razonamiento que resulta absolutamente debatible. De todas maneras, la inclusión de esta causal de excusa en el mencionado reglamento, revela la adhesión a la línea de pensamiento que considera que las causales de excusa establecidas en las normas procesales generales no son las únicas aplicables a los procedimientos arbitrales.

⁶⁵⁵ Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 282 y s. (explicando que la objeción de conciencia “supone una infracción de normas jurídicas que se consideran inaceptables desde el punto de vista de la propia moralidad y no entraña un recurso a la violencia” y que se trata de una categoría diferente a la de la desobediencia civil, pues esta última tiene una finalidad política, cuyo objeto es el cambio de una norma o de una política gubernamental; mientras que la objeción de conciencia se agota en rehusar el cumplimiento de un deber jurídico que se considera injusto); María de Lourdes Morales Reynoso, *La objeción de conciencia como derecho fundamental* (CDMX: Porrúa, 2013), 88 (extrayendo los siguientes elementos relevantes de las definiciones que la doctrina ha hecho de la objeción de conciencia: “La objeción de conciencia se ha perfilado doctrinalmente de diversas formas, [...] siendo constantes a todas las definiciones la negativa a realizar un deber jurídico contenido en una norma o producto de un mandato de autoridad competente y la contradicción entre la ejecución del deber y un imperativo de la conciencia personal como motivo para dicha negativa”); Daniel Capodiferro Cubero, *La objeción de conciencia: Estructura y pautas de ponderación* (Barcelona: J. M. Bosch, 2013), 49-50 (sintetizando la definición predominante en la doctrina española sobre objeción de conciencia: “la desobediencia al derecho por razones ideológicas” –p. 49–, y explicando cómo en algunos casos las constituciones se han referido solo al caso más clásico, que es la objeción de conciencia frente al servicio militar, aunque de manera amplia este derecho implica la oposición al cumplimiento de un deber jurídico –p. 50–).

⁶⁵⁶ Sentencia T-388/09, 28 de mayo de 2009, Corte Constitucional, Colombia: “Cuando se acepta voluntariamente ostentar la calidad de autoridad judicial e, incluso, cuando en calidad de particulares se asumen compromisos que implican el ejercicio de la actividad jurisdiccional, una de las consecuencias, si no la más importante, es el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente [...] Aquí cabe, por consiguiente, afirmar que las autoridades judiciales deben dejar de lado sus consideraciones de conciencia para que, en desarrollo del Estado de derecho, se garantice el derecho que tienen las personas a acceder a la justicia y por esa vía, asegurar que sus derechos constitucionales fundamentales sean debidamente respetados y protegidos. No se pueden convertir las razones particulares de conciencia de un funcionario o de una funcionaria judicial en obstáculo que impida a las personas obtener pronta y debida justicia”.

Retomando el tema de la recusación, cabe destacar que en el medio ecuatoriano, con limitadas excepciones,⁶⁵⁷ no pesa sobre los árbitros prohibición alguna de desempeñarse como abogados de parte en juicios que se tramitan en los mismos centros en los que prestan sus servicios como árbitros, situación que ya ha despertado fuertes cuestionamientos sobre las garantías de independencia e imparcialidad en arbitraje.⁶⁵⁸

De lo dicho hasta el momento, debe concluirse que en el caso ecuatoriano la garantía del derecho a árbitro imparcial que proporciona la institución de la recusación es limitada, considerando los casos que quedan fuera de las causales establecidas en las normas procesales generales, a las cuales la LAM se remite expresamente. Mucho más razonable sería establecer la posibilidad de excusa o recusación en términos generales, como se ha hecho en la Ley Modelo y articular la recusación con la obligación de los árbitros de revelar circunstancias que pueda perjudicar su independencia e imparcialidad. A fin de dotar de mayor seguridad a justiciables y árbitros, las directrices de la IBA para evitar conflictos de intereses en arbitraje internacional, aportan elementos relevantes para distinguir las situaciones que afectan la imparcialidad de los árbitros, y por lo tanto, pueden servir como un referente para evaluar los casos que ameritan ser revelados.

El derecho a ser juzgado por árbitros competentes

La configuración de la competencia en arbitraje tiene características especiales. En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción estatal, en arbitraje se confunden las nociones de jurisdicción y competencia.⁶⁵⁹ Consiguientemente, el sentido estricto del término competencia, es

657 Ver el Reglamento de Arbitraje, CAC-CCG, el cual ha establecido una prohibición expresa para que los integrantes de la lista de árbitros patrocinen directamente causas que se conocen en este mismo Centro (art. innumerado a continuación del art. 88, aprobado por las reformas de 10 de mayo de 1999). Aunque esta medida admite cierta discusión desde la perspectiva del derecho al trabajo a los árbitros, resulta ser positiva para asegurar su independencia e imparcialidad.

658 Alejandro Ponce Villacís, “¿Arbitraje?, no gracias”, en *Vaya Derecho*, 8 de octubre de 2014, <<http://alejandropncev.blogspot.com/2014/10/arbitraje-no-gracias.html>>, consulta: 12 de febrero de 2014 (cuestionando la imparcialidad de los árbitros en el sistema ecuatoriano en los siguientes términos: “En nuestro medio, no necesariamente por la naturaleza del arbitraje, la intervención de ciertas personas como árbitros no garantiza su imparcialidad. Así, hoy es un secreto a voces que se han constituido verdaderos ‘clubes’ de árbitros y abogados que participan en los procesos arbitrales, en los cuales entre unos y otros alternan las condiciones de jueces en unos casos y de abogados litigantes en otros. Por ello, es común oír que se pagan favores entre unos y otros. Bajo tales condiciones, resulta altamente cuestionable la existencia de garantías de independencia e imparcialidad de los juzgadores. Claramente, esto no es muy distinto de la corrupción de la cual se acusa al sistema judicial ordinario”).

659 Jan Kleinheisterkamp, “Medidas cautelares en el arbitraje: Una perspectiva comparatista”, en Dunia Martínez, edit., *Derecho económico internacional* (Quito: UASB-E / CEN, 2006), 153.

decir, como distribución de la jurisdicción bajo los parámetros de territorio, materia, personas o grados, resulta inaplicable en arbitraje, razón por la cual, la competencia en arbitraje debe entenderse en un sentido amplio.⁶⁶⁰ La competencia que ejercen los árbitros nace de la voluntad de los justiciables, quienes deciden someter a decisión de los árbitros sus conflictos que versan sobre materia disponible.⁶⁶¹ Finalmente, en la determinación de la competencia del tribunal arbitral debe considerarse necesariamente el principio *competence-competence*, aspecto que se analiza a continuación.

La incidencia del principio competence-competence en el derecho a árbitros competentes

El principio *competence-competence* fue desarrollado junto con el principio de separabilidad –analizado en el capítulo 2– con el fin de dotar a las cláusulas arbitrales de mayor eficacia, así como de promover la independencia del sistema arbitral frente a la administración de justicia estatal,⁶⁶² y ha sido recogido casi universalmente por las legislaciones modernas sobre arbitraje.⁶⁶³ En el análisis de la incidencia de este principio en la vigencia del derecho a árbitros competentes es necesario considerar tanto el efecto positivo como el negativo del *competence-competence*:

- ***La incidencia del efecto positivo del competence-competence***

El efecto positivo del *competence-competence*, si bien admite variaciones, implica en lo esencial que solo el tribunal arbitral puede decidir si-

660 Vicente Guzmán Fluja, “De la competencia de los árbitros”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1008.

661 Sentencia 113-15-SEP-CC, 8 de abril de 2015, ROS, No. 510, 28 de mayo de 2015: “el límite a la competencia arbitral, con relación a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico, es que el objeto del litigio, en primer lugar, sea determinado por mutuo acuerdo de las partes y en segundo lugar, sea susceptible de transacción”.

662 Phillip Landolt, “The Inconvenience of Principle: Separability and *Competence-competence*”, *Journal of International Arbitration* 30, No. 5 (Wolters Kluwer Law & Business: 2013): 512, <http://www.landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2013/10/JOIA-30-5_Phillip-Landolt.pdf>, consulta: 11 de enero de 2015.

663 Para una revisión de la inclusión de este principio en varios cuerpos normativos sobre arbitraje ver por ejemplo Roger Rubio Guerrero, “El principio *competence-competence* en la nueva ley peruana de arbitraje”, *Lima Arbitration*, No. 4 (Lima: CPA), (2010/2011): 102-4, <http://www.limaarbitration.net/LAR4/Roger_Rubio_Guerrero.pdf>, consulta: 18 de febrero de 2015. Adicionalmente, para estudiar la consagración de este principio en las legislaciones latinoamericanas ver por ejemplo Alejandro Follonier-Ayala, “Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional* 2, No. 2 (2014): 513-48, <http://derecho.posgrado.unam.mx/latam/revistas/v2n2_2014/esp/7.%20Follonier%20_%20Spanish%20_%20Final.pdf>, consulta: 17 de febrero de 2015.

bre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral.⁶⁶⁴ Este principio ha experimentado una importante evolución. En su formulación inicial, de origen alemán,⁶⁶⁵ implicaba una facultad absoluta de los árbitros para decidir sobre su competencia, cuando esta era desafiada por una de las partes, a fin de evitar que disquisiciones judiciales posterguen la resolución sobre el fondo del conflicto. En su formulación más moderna, el *competence-competence* se traduce en una prioridad temporal que los árbitros ostentan para decidir sobre su propia competencia, sin perjuicio de que posteriormente, las cortes puedan revisar esta decisión.⁶⁶⁶ En esta visión subyace el argumento de que “los árbitros no pueden tener la última palabra sobre su competencia, puesto que esta excluye la competencia judicial”,⁶⁶⁷ el mismo que se impuso en la redacción de la Ley Modelo sobre las fundadas preocupaciones por las dilaciones procesales que podrían tener lugar al admitir la intervención de las cortes estatales con relación a la declaratoria de competencia. Esta última perspectiva del principio *competence-competence* reconoce intrínsecamente que pueden expedirse resoluciones arbitrarias sobre la competencia y que se requiere de una instancia que revise tales resoluciones a petición de los justiciables.

Admitiéndose generalmente este alcance más moderado, la discusión se ha centrado en la oportunidad con la cual las cortes estatales pueden

664 Landolt, “The Inconvenience of Principle”: 511. Ver también art. 16, Ley Modelo: “Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. 1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”.

665 El principio *competence-competence* fue formulado en 1955 por un Tribunal Superior de la República Federal Alemana, recogiendo aportes doctrinarios previos. Los trabajos de la CNUDMI, incluyendo la Ley Modelo, han contribuido a difundir este principio. Sin embargo, este suele enfrentar importantes desafíos para su vigencia. Ver por ejemplo Leonel Perezniño Castro y James Graham, “El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana”, *Lima Arbitration*, No. 2 (Lima: CPA), (2007): 248 <http://www.limaarbitration.net/LAR2/leonel_perezniño_castro_james_a_graham.pdf>, consulta: 12 de enero de 2015 (comentando la poca vitalidad del principio *competence-competence* en la jurisprudencia mexicana).

666 Sobre esta materia, resulta muy clara la sentencia SAU 174/2007, 14 de marzo de 2007, Corte Constitucional, Colombia: “el principio *competence-competence* permite, así, que los árbitros sean los primeros jueces de su propia competencia, con anterioridad a cualquier instancia judicial activada por las partes”. Ver también Caivano, *Arbitraje*, 364 (sosteniendo que en el derecho comparado “[...] es admitido, casi universalmente, que la determinación de los árbitros acerca de su propia competencia está sujeta a control judicial”); Eduardo Silva Romero, “Breves observaciones sobre el principio *competence-competence*”, 580; Guzmán Fluja, “De la competencia de los árbitros”, 1012.

667 Ver Bañuelos Rizo, *Arbitraje comercial internacional*, 226.

pronunciarse sobre la competencia de los tribunales arbitrales.⁶⁶⁸ En algunos casos, como lo hace la Ley Modelo,⁶⁶⁹ se consigna la posibilidad de impugnar la declaratoria de competencia en la etapa inicial del procedimiento, inmediatamente después de la declaratoria de competencia, fundamentalmente con el fin de evitar un inútil consumo de recursos por las partes y árbitros. Sin embargo, es evidente que la revisión inmediata de la competencia puede servir como estrategia dilatoria, razón por la cual las legislaciones que admiten una impugnación inmediata de la declaratoria de competencia contemplan la no suspensión del proceso arbitral.⁶⁷⁰ En otras ocasiones, la falta de competencia se consigna como una de las causales para que proceda la anulación del laudo arbitral, como sucede por ejemplo en la Ley de Arbitraje de Perú (art. 41)⁶⁷¹ o en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia (art. 41),⁶⁷² el cual establece adicionalmente la posibilidad de plantear recurso de reposición del auto por el cual el tribunal resuelve sobre su propia competencia.⁶⁷³

668 *Ibíd.*, 227.

669 Art. 6 y 16 (3), Ley Modelo. Art. 6: “Las funciones a que se refieren los art. 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y 34 2) serán ejercidas por [Cada Estado especificará, en este espacio, al promulgar la Ley Modelo, el tribunal, los tribunales o, cuando en aquélla se la mencione, otra autoridad con competencia para el ejercicio de estas funciones]”. Art. 16 (3): “El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al art. 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”.

670 Roque Caivano, *Control judicial en el arbitraje* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011), 185.

671 Art. 41, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, Perú: “Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral: 4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo. 5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.” Ver también Rubio Guerrero, “El principio competence-competence en la nueva Ley peruana de Arbitraje”: 111.

672 Art. 41, num. 2, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia: “Son causales del recurso de anulación: 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”.

673 Art. 30, inc. 1, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia: “Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en el cual resolverá sobre su propia competencia para decidir el fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición”.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia ha sido reconocida en el art. 22 LAM,⁶⁷⁴ sin que la ley haya establecido procedimiento alguno para impugnar tal decisión. Aunque esta falta de mecanismos impugnatorios podría favorecer la conclusión de que el principio *competence-competence* goza de particular fuerza en el país, la realidad revela que en algunos casos la vigencia de este principio es abiertamente desconocida mediante mecanismos extraños al procedimiento arbitral. Tal es el caso de los juicios de competencia que se han planteado desde la justicia estatal hacia tribunales arbitrales, situación a la que es necesario referirse brevemente a continuación.

Planteados tales juicios de competencia, algunas cortes provinciales del país han dirimido la competencia a favor de los jueces ordinarios provocantes.⁶⁷⁵ Estos pronunciamientos judiciales desconocen el principio *competence-competence*. Como explica Caivano, en los juicios de compe-

674 Art. 22, inc. 1, LAM: “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.” Ver al respecto sentencia de 4 de diciembre de 2003, CSJQ, acción de nulidad del laudo 031-02, CAM-CCQ: “De conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación, es de competencia privativa del propio Tribunal de Arbitraje el resolver, en la audiencia de sustanciación, sobre su propia competencia. En tal audiencia, pues, el Tribunal tiene que establecer necesaria y específicamente las cuestiones sobre las cuales va a dictar el laudo, por estar sometidas a su competencia, en razón de la cláusula compromisoria o cualquiera que las otras circunstancias, que según la Ley, originan la jurisdicción convencional o arbitral”.

675 Ver por ejemplo sentencia de 31 de agosto de 2011, juicio 2010-0110, CPJP, Primera Sala de lo Civil y Mercantil (reconociendo la competencia del tribunal arbitral para pronunciarse en el caso, excepto con relación a uno de los demandados, quien inició el juicio de competencia). Ver también sentencia de 16 de mayo de 2013, juicio 363-2012, CPJG, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales (confirmando la competencia a favor del Juez Tercero de lo Civil de Guayaquil y dejando sin efecto todas las actuaciones procesales practicadas en el juicio arbitral. Para llegar a esta resolución, la CPJG analizó la cláusula compromisoria en la cual el tribunal arbitral había fundamentado previamente su declaratoria de competencia. Tal cláusula en su parte esencial estableció lo siguiente: “*De no llegarse a un acuerdo amistoso, las partes renuncian domicilio y se someten ante los jueces competentes de la ciudad X. Sin embargo, podrán alternativamente también someter el conflicto a conocimiento y resolución en el marco de Ley de Mediación y Arbitraje del Ecuador*”. En sede arbitral, se estimó que esta cláusula cumplía con la función de exteriorizar la voluntad de las partes para someter sus conflictos contractuales a arbitraje y que, consecuentemente, otorgaba competencia a los árbitros para conocer este caso. Sin embargo, para la CPJG, la cláusula así redactada no resultaba suficiente para inferir la voluntad de los contratantes de someterse a arbitraje).

Por otra parte, existen pronunciamientos de jueces ordinarios que rechazan la procedencia de juicios de competencia frente a tribunales arbitrales, ya sea argumentando ausencia de facultades legales de los jueces para conocer un juicio de competencia contra tribunales arbitrales (auto de 20 de marzo de 2012, Juicio de competencia 2012-0191, Juzgado Séptimo de lo Civil de Pichincha) o destacando la facultad de los árbitros para decidir su propia competencia y la violación de trámite que se produciría de aceptar al plantear un juicio de competencia a tribunales arbitrales (auto de 4 de marzo de 2005, Juicio de competencia 2005-0100, Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Pichincha).

tencia entre justicia estatal y arbitral, generalmente existe una discrepancia sobre la validez, existencia o alcance del convenio arbitral, y la atribución para pronunciarse sobre esta materia corresponde a los árbitros, en virtud del mencionado principio.⁶⁷⁶ Adicionalmente, los jueces estatales asumen funciones no autorizadas por la ley, pues los juicios de competencia están previstos exclusivamente para dilucidar conflictos entre órganos que integran la Función Judicial (art. 208, num. 5 COFJ),⁶⁷⁷ y los árbitros –aunque ejercen jurisdicción–, no son parte de la Función Judicial,⁶⁷⁸ y por lo tanto, no están sujetos, mucho menos en una relación de jerarquía, a lo que puedan establecer los órganos de la justicia estatal en casos no previstos expresamente por la LAM.

Finalmente, cabe destacar que los tribunales arbitrales han reaccionado de forma diferente ante el anuncio de competencia de los jueces estatales. Algunos tribunales arbitrales se han opuesto abiertamente, negándose a suspender la tramitación de la causa –con la consiguiente inseguridad ju-

676 Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 133-4 (comentando varios casos argentinos relativos a solicitudes de inhibitoria de competencia, en su mayoría, desde la justicia estatal a la arbitral, y excepcionalmente, desde la justicia arbitral a la estatal y concluyendo que estos procedimientos están reservados para resolver cuestiones de competencia entre órganos del poder judicial y no entre estos y árbitros). En el mismo sentido ver también Jorge Pallares Bossa, *Arbitraje, conciliación y resolución alternativa de conflictos: Teoría, técnicas y legislación* (Bogotá: Leyer, 2003), 200. En contra, ver Ponce Martínez, “Notas sobre la cláusula compromisoria”, 437, nota 17: “No puede desconocerse que el arbitraje está sujeto a control jurisdiccional y que una forma de control es la de recurrir a los jueces competentes para que decidan, previamente, si una persona que alega no haberse sometido a arbitraje, debe ser parte o no en un proceso arbitral. Esa es la contrapartida a la obligación de los jueces de inhibirse en los casos en los cuales hay una cláusula compromisoria, [...] Esta posibilidad no viola el principio de que los árbitros deciden sobre su competencia, puesto que los jueces, en el caso propuesto se limitan a excluir a una persona de la jurisdiccional convencional según los principios constitucionales de que ‘corresponde a la autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes’ y de que ‘nadie podrá ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto’”.

677 Art. 208, num. 5, COFJ: Competencia de las Salas de las Cortes Provinciales: A las salas de las cortes provinciales les corresponde: 5. 5. Dirimir la competencia que surja entre juezas o jueces de territorio y entre estos y judicaturas especiales del mismo; y la de cualquiera de los anteriormente nombrados con las juezas y jueces o con las judicaturas especiales de otro territorio. En este último caso, el conocimiento corresponde a la Corte Provincial a cuya provincia pertenece el tribunal o juzgador provocante”. Para la definición de judicaturas especiales debe acudirse al art. 246 del mismo COFJ: “Creación de judicaturas especiales.- En cualquier tiempo, atendiendo al mandato constitucional, el Consejo de la Judicatura podrá establecer judicaturas especiales de primer nivel, para que conozcan de las reclamaciones por violación de los derechos de la naturaleza, cuestiones relativas a adjudicación de tierras, reclamaciones del derecho a las aguas, reclamaciones relativas a la soberanía alimentaria, violaciones a los derechos de los consumidores, deportación de extranjeros, garantías de los inmigrantes. El Consejo de la Judicatura distribuirá la competencia en razón del territorio y la materia, salvo que la ley expresamente contenga previsiones al respecto”.

678 Ver art. 38, COFJ (enlistando los órganos que son parte de la función judicial).

rídica para el justiciable⁶⁷⁹ mientras que otros, se han allanado a las normas que regulan el juicio de competencia, y por lo tanto, han suspendido la tramitación del juicio arbitral hasta que se pronuncie la Corte Provincial respectiva –sometiéndose a un órgano incompetente, con la consiguiente demora en la solución del litigio–.⁶⁸⁰ Consiguientemente, ante la diferencia de interpretaciones que han surgido en esta materia en el seno de jueces y tribunales arbitrales, a fin de generar mayor seguridad para los justiciables, la LAM debería incluir una norma que prohíba expresamente los juicios de competencia entre jueces y árbitros, con fundamento en los argumentos expuestos previamente.

Pese a la irregularidad que representan los juicios de competencia que involucran a jueces ordinarios y tribunales arbitrales, es necesario reconocer que, en parte, tales juicios se suscitan ante la ausencia de un remedio legal acorde con las características propias del procedimiento arbitral que permita a los justiciables reaccionar frente a la afección al derecho al juez competente, que se produce ante declaratorias o declinaciones injustificadas de competencia por parte de un tribunal arbitral,⁶⁸¹ siempre que se haya planteado la excepción de incompetencia por la parte que considera abusiva

679 Por ejemplo, ante el anuncio de competencia a un tribunal arbitral del CAM-AMCHAM, tal tribunal defendió su competencia con sustento en los siguientes argumentos: el carácter especial del procedimiento arbitral; la no procedencia de juicios de competencia frente a tribunales arbitrales; el carácter indelegable e irrenunciable de la jurisdicción arbitral y el principio *competence-competence* y continuó conociendo el caso. Finalmente, planteado el juicio de competencia, la mencionada sentencia de 16 de junio de 2013, juicio de competencia No. 363-2012 Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, CPJG, desestimó la demanda contra la parte que interpuso el juicio de competencia. Si no hubiese sido este el resultado del laudo arbitral, la situación hubiere resultado caótica, considerando la sentencia de la CPJP que declaraba la incompetencia del tribunal arbitral.

680 Ver por ejemplo laudo 036-08, 12 de enero de 2012, CAC-CCG: “el tribunal Arbitral recibió el oficio [...] de fecha [...], suscrito por [...], Juez Provisional del Juzgado Séptimo de lo Civil de Guayaquil, mediante la [sic] cual dicho juez anunció al Tribunal Arbitral la competencia del proceso No. 036-08, a efecto de que estos cedan la facultad de conocer y resolver dicho proceso, con arreglo a lo dispuesto en el art. 868 del Código de Procedimiento Civil y en virtud de la demanda planteada por el señor [...], quien alegó incompetencia del Tribunal Arbitral. Dicha acción de competencia suspendió la tramitación de la presente causa arbitral, conforme lo preceptuado en el art. 164 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, hasta cuando la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil que resolvió a favor del ejercicio de la competencia por parte de este Tribunal, quedó en firme, luego de desechados los recursos interpuestos”. Si bien la posición adoptada por este tribunal arbitral, con sede en Guayaquil, genera un resultado menos caótico, pues no da lugar a laudos sobre los cuales posteriormente la respectiva corte provincial objete la competencia del tribunal, es evidente que merma el principio *competence-competence*, pues permite pronunciarse sobre la competencia del tribunal arbitral a un órgano estatal no autorizado para el efecto.

681 Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 183-4 (explicando que la mayoría de legislaciones en el derecho comparado admiten un recurso contra la justicia estatal cuando los árbitros se han declarado competentes y sostiene desde su perspectiva, que no encuentra objeción para que este

tal declaración, vacío legal que es necesario corregir en la legislación nacional. Para solucionar el problema planteado, cabe plantear dos alternativas:

1. Considerar como referencia la posición adoptada por la Ley Modelo, que permite que el justiciable que se sienta perjudicado acceda inmediatamente a un recurso judicial que resuelva definitivamente sobre la competencia, sin que el proceso arbitral tenga que interrumpirse. Este mecanismo, siempre que cuente con un procedimiento sumarísimo para la resolución judicial, sería más efectivo –en términos de economía procesal–, que esperar a la expedición de la anulación del laudo para cuestionar una declaratoria de competencia.⁶⁸² En tal procedimiento, los jueces se deberían limitar a escuchar los argumentos de las partes sobre la competencia del tribunal, y sobre la resolución, y no debería existir posibilidad de recurso ordinario o extraordinario alguno. En este escenario, la falta de competencia podría configurar una causal de nulidad del laudo pero únicamente en aquellos casos excepcionales en los cuales los árbitros postergaron el tratamiento de la competencia hasta el momento de la expedición del laudo, como se permite en el Reglamento de Arbitraje del CAC- CCG.⁶⁸³ Para los casos en los cuales, habiéndose ejercido oportunamente el recurso ante la jurisdicción ordinaria, por cualquier razón, esta no emitió su pronunciamiento y el tribunal arbitral llegó a emitir su laudo, la vigencia de esta resolución continuaría condicionada a que la justicia ordinaria confirme o no la compe-

recurso se encuentre disponible también para los casos en los cuales los árbitros se declararon incompetentes, opinión que nosotros compartimos, por considerar que en ambos supuestos se puede lesionar el derecho al juez competente).

682 *Ibíd.*, 186 (sosteniendo que la anulación del laudo puede resultar un remedio ineficaz y tardío para quien tenía razones para cuestionar la decisión sobre competencia).

683 Se ha discutido en el país si los árbitros pueden declararse incompetentes en el laudo arbitral. Para autores como Ponce Martínez, “Notas sobre la cláusula compromisoria”, 444: “No puede el tribunal reservarse el decidir sobre esta materia [competencia] para una ulterior resolución, salvo que las partes consientan expresamente en que así se lo haga de forma expresa y unánime, pues únicamente aquéllas tienen la capacidad de alterar el procedimiento y convenir en uno distinto de aquél convenido en la LAM.” De forma novedosa, el art. 20 del Reglamento de Arbitraje, CAC-CCG ha regulado este tema de la siguiente forma: “El tribunal arbitral decidirá, en la audiencia de sustanciación, sobre su competencia, pudiendo fundarse en la inexistencia o invalidez del convenio arbitral./Si el Tribunal Arbitral, para pronunciarse sobre su competencia, considera que son necesarios ciertos actos o pruebas, podrá suspender la audiencia de sustanciación y ordenar que estos se practiquen previa la reanudación de la misma./El pronunciamiento que efectúe el tribunal sobre su competencia o incompetencia, tendrá carácter definitivo y en consecuencia, no podrá ser revocado./ Cuando el Tribunal considere que la decisión sobre la competencia está estrechamente ligada con el fondo de la controversia, podrá resolver que el pronunciamiento sobre la competencia sea efectuado al expedir el laudo”. En conclusión, sea por decisión de las partes, sea por la necesidad de contar con mayores elementos para tomar una decisión, podrían existir situaciones que justifiquen que el pronunciamiento sobre la competencia tenga lugar en el laudo, y en tal caso convendría contar con una causal de nulidad por falta de competencia.

tencia del tribunal arbitral, razón por la cual se haría necesario determinar con claridad el tiempo en el cual la jurisdicción ordinaria puede pronunciarse sobre la materia sometida a su conocimiento.

2. Permitir que en cualquier caso la falta de competencia se establezca como causal de nulidad, sin que la resolución del tribunal sobre su propia competencia en la audiencia de sustanciación pueda ser impugnada inmediatamente, salvo en el caso de declinatorias abusivas de competencia, situación ante la cual el justiciable afectado debería poder recurrir inmediatamente ante la misma instancia que conoce la acción de nulidad –la Presidencia de las Cortes Provinciales de Justicia–. Si bien esta solución puede resultar menos eficiente desde la perspectiva de la economía procesal, pues eventualmente se tramitaría un proceso en el cual los juzgadores son incompetentes, garantiza un proceso arbitral más fluido. En la situación actual del país, en la que el arbitraje enfrenta vientos poco favorables, esta segunda opción parece ser la más adecuada.

▪ *La incidencia del efecto negativo del competence-competence*

Al suscribir un convenio arbitral, las partes adquieren una obligación de no hacer, consistente en no someter el conflicto a la jurisdicción ordinaria.⁶⁸⁴ Para la justicia ordinaria, se genera la obligación de abstenerse de conocer el fondo de un caso en el cual existe convenio arbitral, efecto negativo del principio *competence-competence*, expresamente reconocido en los art. 7 y 8 LAM.

El alcance del efecto negativo del principio *competence-competence* promovido por la Ley Modelo (art. 8),⁶⁸⁵ resulta también más flexible que el que finalmente se adoptó en el caso ecuatoriano, pues contempla la posibilidad de que la justicia ordinaria asuma la competencia desde el inicio cuando el convenio arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. La LAM, además de no contemplar esta alternativa, consagra en el mismo art. 7 el principio *favor arbitralis*, disponiendo que, en caso de duda, el órgano judicial se incline porque la controversia sea resuelta en sede arbitral, en

684 Morales, “Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional”, 697.

685 Art. 8, Ley Modelo: “Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal. 1. El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”. Esta norma guarda correspondencia con el alcance del efecto negativo del *competence-competence* previsto en el art. II.3 de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

una muestra más de la voluntad del legislador de la época de expedición de la LAM por evitar que la justicia ordinaria perturbe de alguna forma el proceso arbitral.

Adicionalmente, en el caso ecuatoriano es relevante considerar la variación de criterios de las altas cortes con relación al efecto negativo del *competence-competence*. Inicialmente, la CSJ resolvió que la inobservancia por parte de la judicatura del mandato de abstenerse de tramitar la causa en la cual la parte demandada se excepciona con la existencia de convenio arbitral no generaba nulidad del trámite capaz de incidir en la decisión de la causa.⁶⁸⁶ Este criterio, que atacaba directamente la eficacia de la cláusula arbitral y desconocía abiertamente el efecto negativo del principio *competence-competence* fue modificado por la CC para el período de transición, la que contundentemente declaró que el hecho de continuar con un procedimiento ante la justicia ordinaria pese a la existencia probada de un convenio arbitral, genera una violación del derecho del accionante al debido proceso,⁶⁸⁷ concretamente de la garantía del juez competente, criterio que comparto en su totalidad.

En conclusión, sintetizando el análisis previo, cabe destacar que en el caso ecuatoriano es necesario:

1. Consignar una visión moderada del principio *competence-competence*, y consiguientemente, establecer en la LAM que, ante declaratorias abusivas de competencia por parte de los árbitros, los justiciables pueden acudir a la judicatura estatal⁶⁸⁸ a fin de invocar la falta de competencia como causal de nulidad del laudo arbitral; o pueden plantear un recurso de impugnación de la decisión de los árbitros, en caso de declinatorias abusivas de competencia.

686 Res. 261-2003, 3 de octubre de 2003, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, CSJ, RO, No. 262, 29 de enero de 2004: "Es indudable que en este caso se ha producido por lo mismo una violación del trámite que acarrearía la nulidad del proceso que podría declararse aun de oficio, de acuerdo al art. 1067 del Código de Procedimiento Civil (por no haberse observado el mencionado Art. 8, LAM); pero como este mismo artículo señala, la declaración de nulidad procede cuando la violación del trámite hubiere influido o podido influir en la decisión de la causa, lo cual no aparece en este caso".

687 Sentencia 0006-10-SEP-CC, 14 de febrero de 2010, CCPT, ROS, No. 159, 26 de marzo de 2010: "Una vez que, [...] se configuró un convenio arbitral con todos sus efectos, la justicia ordinaria estaba impedida, por no tener jurisdicción ni competencia para este caso, de conocerlo y resolverlo. Pues bien, como a pesar de este impedimento, tanto el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, la Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha, hoy Corte Provincial de Justicia, y la Segunda Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, fallaron en el caso en mención, atribuyéndose una competencia que no la tenían, vulneraron claramente el derecho del accionante al debido proceso en lo que respecta a ser juzgado por un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento".

688 Podrían ser los presidentes de las cortes provinciales que han tenido cercanía con materia arbitral, al haberseles encargado el conocimiento de las acciones de nulidad de laudos arbitrales.

2. Asegurar que los jueces ordinarios respeten los efectos negativos del *competence-competence*, y por lo tanto, se abstengan de conocer causas en las cuales se invoque justificadamente la existencia de un convenio arbitral. En este ámbito ha sido importante la actuación de la CC para el período de transición, al haber confirmado que el respeto del efecto negativo del *competence-competence* puede ser exigido inclusive mediante la acción extraordinaria de protección (AEP), a fin de proteger el derecho al juez competente.

El derecho de defensa en arbitraje

La CRE consagra este derecho con mucha amplitud, como un continente de una serie de garantías procesales⁶⁸⁹ que incluyen el derecho a ser escuchado, el derecho a la publicidad de los procesos, el derecho a un abogado, el derecho a contradecir, el derecho a presentar pruebas, el *non bis in idem*, la obligación de peritos y testigos de comparecer ante los jueces, el derecho a juez imparcial y competente, el derecho a resoluciones motivadas y el derecho a recurrir (art. 76, num. 7). Por su parte, la CC ha destacado la relevancia del derecho de defensa en los siguientes términos:

Un pilar fundamental del debido proceso se encuentra configurado por el derecho a la defensa: una de las principales garantías del debido proceso es precisamente el derecho a la defensa entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga.⁶⁹⁰

Según la CC, el derecho a la defensa constituye un principio fundamental del debido proceso mediante el cual se faculta a una persona a formar parte de un proceso para presentar y contradecir los alegatos y pruebas que se presenten.⁶⁹¹ Adicionalmente, acogiendo los aportes de la doctrina, la CC ha destacado que:

689 Sentencia 057-12-SAN-CC, 27 de marzo de 2012, CCPT, ROS, No. 735, 29 de junio de 2012: “De esta manera, el debido proceso está integrado por varios sub-principios o sub-derechos que lo hacen efectivo. Algunos de ellos son el derecho a la defensa, el cual a su vez tiene varias garantías básicas como la motivación de las resoluciones de los poderes públicos”.

690 Sentencia 008-13-SCN-CC, 14 de marzo de 2013, ROS, No. 915, 19 de marzo de 2013. Ver también sentencias de la CCPT: 109-12-SEP-CC, 8 de marzo de 2012, ROS, No. 718, 6 de junio de 2012 y 157-12-SEP-CC, 17 de abril de 2012, ROS, No. 743, 14 de junio de 2012.

691 Ver también Res. 1331-06-RA, 22 de marzo de 2007, Tercera Sala, TC, ROS, No. 58, 5 de abril de 2007: “[el derecho de defensa] se manifiesta de diferentes formas tales como: ser oído, acceder al expediente, formular alegatos, presentar pruebas, entre otras”.

el pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en última instancia el resultado del mismo. Así, el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: notificar al acusado y al abogado defensor con la suficiente antelación, y no excluirlos indebidamente del proceso, puesto que de otro modo no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa.⁶⁹²

La variedad de elementos del debido proceso pueden agruparse en dos contenidos fundamentales: el derecho a la igualdad de armas y el derecho de contradicción,⁶⁹³ cuya vigencia en sede arbitral se analiza a continuación, dedicando adicionalmente un acápite específico al derecho a probar.

El derecho a la igualdad de armas procesales

El derecho a la igualdad de armas constituye una proyección en el ámbito procesal del derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, consagrado en el art. 66, num. 4 CRE. Considerando el origen generalmente convencional del arbitraje, la igualdad de armas procesales adquiere matices propios en este ámbito. Como explica Gimeno Sendra, en el proceso contemporáneo el derecho a la igualdad de armas procesales, implica que todas las partes “tengan idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”,⁶⁹⁴ a fin de evitar una situación de privilegio de una de ellas.⁶⁹⁵ La CC se ha referido a la igualdad de armas como principio a observarse en procesos jurisdiccionales en los siguientes términos:

En el mismo sentido, el principio de igualdad en los procesos jurisdiccionales, o principio de igualdad de armas, reconoce el mandato según el cual cada parte del proceso debe poder presentar su caso bajo condiciones que no representen una posición sustancialmente desventajosa frente a la otra parte. A este principio se le denomina igualdad de armas. En ese sentido, el derecho al debido proceso debe interpretarse a la luz de los principios de juicio justo y de igualdad de armas, frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso y que no coinciden estrictamente con los supuestos establecidos en las cláusulas del debido proceso de la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos [...] A partir de ello, el principio de contradicción e intermediación debe garantizarse, de tal manera que se permita, en el desarrollo del proceso, tomar medidas para equiparar [sic] en el mayor grado que se pueda. Con ello se proyecta la satisfacción del

692 Sentencia 006-12-SEP-CC, 15 de febrero de 2012, CC para el período de transición, ROS, No. 718, 6 de junio de 2012 (recogiendo los aportes de Omar Huertas, Francisco Javier Trujillo Londoño y otros, *El derecho al debido proceso y a las garantías judiciales en la dimensión internacional de los derechos humanos* (Bogotá: Ibáñez, 2007), 144-5.

693 Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*, 273.

694 *Ibid.*, 276.

695 Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 132.

principio de igualdad de medios o igualdad de armas, cuyo desarrollo implica una ampliación, tanto de las garantías para preparar una defensa material y técnica estratégica, como de la carga de sustentar las pruebas y la acusación.⁶⁹⁶

En el arbitraje rige con fuerza el principio de la igualdad de armas.⁶⁹⁷ Por ejemplo, el art. 18 de la Ley Modelo, proclama que “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad para hacer valer sus derechos”.⁶⁹⁸ Aunque la LAM no contiene una norma similar, la igualdad de armas es inherente al carácter heterónimo del arbitraje.

El principio de igualdad de armas genera obligaciones para las partes y para los árbitros. Para las primeras, impone un límite para el diseño del procedimiento, de tal forma que cuando han pactado reglas procesales que por cualquier razón establecen cargas o ventajas para uno solo de los justiciables, el tribunal debe desconocer tal pacto,⁶⁹⁹ como por ejemplo, en caso de que una sola de las partes tenga facultad para designar todo el tribunal arbitral⁷⁰⁰ –aspecto al que se hizo referencia en el capítulo 2–. Para los árbitros, implica la obligación de garantizar el equilibrio entre las partes en la conducción del procedimiento, en la fijación del calendario de pruebas, en el traslado de las comunicaciones y actuaciones de la contraparte y las del propio tribunal.⁷⁰¹

El derecho de contradicción

El derecho de contradicción consiste en el derecho del emplazado en un proceso a acudir al administrador de justicia en busca de tutela.⁷⁰² Este derecho se traduce fundamentalmente en el principio de audiencia, el cual se encuentra estrechamente ligado con el orden democrático e implica en lo esencial, que nadie puede ser juzgado sin ser oído.⁷⁰³ El principio de

696 Sentencia 024-10-SCN-CC, 24 de agosto de 2010, CCPT, ROS, No. 294, 6 de octubre de 2010.

697 Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje*, 78 y Barona Vilar, “De la sustanciación de las actuaciones arbitrales”, 1142.

698 Ver Bañuelos Rizo, *Arbitraje comercial internacional*, 249 (comentando que este artículo junto con el 19 de la Ley Modelo son caracterizados como la “Carta Magna del proceso arbitral” y destacando que es tal la relevancia del principio de igualdad que en el proceso de redacción de la Ley Modelo se estimó necesario tratarlo en una norma independiente).

699 *Ibid.*

700 Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje*, 77.

701 Bañuelos Rizo, *Arbitraje comercial internacional*, 250 (refiriéndose al siguiente comentario de la Secretaría de la CNUDMI al proyecto de Ley Modelo: “Naturalmente, el tribunal arbitral debe guiarse por este principio [de igualdad], y más aún, ceñirse a él, al determinar la manera apropiada de sustanciar las actuaciones; por ejemplo, al fijar plazos para la presentación de declaraciones o pruebas, o al establecer los procedimientos a que se deben ajustar las audiencias. Por ejemplo, no debe exigir a una parte más de lo que legítimamente cabe esperar en las circunstancias que se trate”).

702 Juan Morales Godo, “El derecho a la contradicción como expresión de la tutela jurisdiccional efectiva”, en Giovanni Priori Posada, edit., *Proceso y Constitución* (Lima: PUCP, 2011), 206.

703 *Ibid.*, 207.

audiencia comprende en primer lugar la posibilidad del demandado de acceder al proceso a fin de oponer excepciones y medios de defensa. Unas y otros pueden ser fundados o no, y por lo tanto, acogidos o no en la sentencia o laudo; lo que realmente importa es que quien es llamado a juicio tenga la oportunidad de hacer valer las razones de las que se cree asistido.⁷⁰⁴

A más de su dimensión como derecho de los justiciables, el principio de contradicción implica un mandato para quien esté a cargo de la definición de garantías mínimas de los procesos arbitrales, ya sea el legislador o entidades privadas que se encuentran en capacidad de reglamentar las actuaciones procesales en arbitraje, para que se garantice en todo momento la posibilidad real de los justiciables de ser oídos, así como su conocimiento efectivo de todo cuanto conste en el expediente y pueda influir en la decisión de la controversia. Al respecto, la doctrina identifica tres elementos esenciales que deben ser considerados para la protección del derecho de contradicción en arbitraje: a) existencia de normas sobre actos de comunicación, a fin de que garantizar que los mismos sean conocidos por las partes; b) disponibilidad de medios que permitan declarar la nulidad de lo actuado ante la falta de notificaciones, especialmente al mediar la mala fe de una de las partes; y c) delimitación de las posibles situaciones de rebeldía y falta de comparecencia, distinguiendo los supuestos en los que el demandado no tuvo conocimiento alguno del proceso, de aquéllos en los que teniendo conocimiento, no compareció a defenderse.⁷⁰⁵

A continuación, se abordan brevemente cada uno de estos elementos en la normativa vigente sobre arbitraje:

El derecho de contradicción permite rebatir los argumentos y las pruebas de la parte contraria.⁷⁰⁶ Los actos de comunicación, citaciones y notificaciones, son esenciales a fin de garantizar este derecho.⁷⁰⁷ La doctrina

704 Eduardo Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, t. I., 3a. ed. (Buenos Aires: Depalma, 1998), 46.

705 Ver por ejemplo Barona Vilar, "La sustanciación de las actuaciones arbitrales", 1132.

706 Ver por ejemplo Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 102.

707 Barona Vilar, "La sustanciación de las actuaciones arbitrales", 1133. En este sentido ver la sentencia de 23 de febrero de 2003, Audiencia Provincial, Madrid: "Pues bien, de la anterior revisión fáctica derivada de lo que obra en el expediente se deriva con claridad la procedencia del recurso formulado dada la clara violación de los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes a que se refiere el art. 21.1. de la Ley de Arbitraje y que han de informar el procedimiento arbitral. Efectivamente, la interpretación del precepto exige, necesariamente, a partir de las condiciones generales y constitucionales establecidas para todo proceso judicial y en particular, el respeto a tales principios y al de defensa. Pues bien, el sustrato se encuentra en el principio de que nadie puede ser condenado en juicio o en procedimiento arbitral sin ser oído, proposición donde se cobijan una serie de exigencias y entre ellas, la garantía de un proceso contradictorio con igualdad de armas para todas las partes. Tal esquema, que considera la doctrina del TC, sirve al propósito de prevenir el riesgo de indefensión. No caben, por tanto, procesos ni laudos arbitrales clandestinos (art. 24.2, CE), porque el juicio

señala algunos principios que los actos de comunicación deben observar en arbitraje:⁷⁰⁸ *regularidad*, es decir la sujeción a las condiciones de lugar, modo, tiempo, entre otras, bajo las cuales las providencias se entenderán legalmente notificadas; *temporalidad*, que implica que las notificaciones sean recibidas con un tiempo razonable a fin de que las partes hagan valer sus derechos; *efectividad*, en el sentido de que el acto de comunicación debe promover el conocimiento real de lo que acontece en el proceso; y *eficiencia*, es decir, que permitan buscar los máximos resultados con los menores costos posibles. A fin de procurar eficiencia en la comunicación de lo que acontece en el proceso arbitral, son particularmente relevantes las comunicaciones mediante medios electrónicos, las cuales se están promoviendo recientemente para la justicia ordinaria en el país, pero se usan activamente en el arbitraje doméstico desde hace años.

En el plano normativo, la LAM ha previsto disposiciones relativas a la citación del demandado, en lo concerniente a modo y plazos (art. 11⁷⁰⁹ y

en audiencia pública es una garantía inmanente a la potestad de juzgar. Cobra así todo su valor el papel de los actos del órgano arbitral encaminado a la válida constitución de la relación jurídica procesal en sus distintos aspectos, tanto los de comunicación, citaciones y emplazamientos, para hacer saber la existencia de un litigio o procedimiento arbitral, o de sus distintas fases o actuaciones a quienes pueda afectarles, como aquellos otros que tienen por objeto otorgar la condición de parte en el procedimiento en cuestión a quien ha alcanzado aquel conocimiento y ha comparecido en tiempo y forma. En la medida en que unos y otros hacen posible la comparecencia y el ejercicio del derecho de defensa son una exigencia ineludible para que el curso normal de un proceso contradictorio quede asegurado y en consecuencia, su defectuosa práctica o su pura omisión puede dejar indefenso al afectado./Y es evidente que en el presente caso se ha producido una clara indefensión desde el momento en el que en la notificación de iniciación del proceso arbitral se manifiesta al demandado que el plazo para formular sus alegaciones es de siete días pero no desde que ello se le notifica, sino desde que se remite la notificación, circunstancia esta que de suyo produce efectiva indefensión puesto que difícilmente puede correr un plazo cuya existencia se desconoce, hasta que la misma sea conocida”.

708 Guzmán Fluja, “Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos”, 231-2.

709 Vale comentar que actualmente, en función de la disposición final segunda del COGEP, está vigente el mecanismo de citación a personas cuya individualidad, domicilio o residencia sea imposible determinar establecido en el art. 56 del COGEP. En esencia, esta norma persigue evitar que se infrinja el derecho de contradicción del demandado con la sola argumentación por parte del actor de que es imposible determinar la individualidad, domicilio o residencia del primero. Para el efecto, el COGEP refuerza notablemente los requisitos para citar al demandado en tal situación, estableciendo además de la posibilidad de publicaciones en periódicos (que ha sido la forma tradicional de citar a demandados en estos casos), la difusión de mensajes radiales, cuando se entienda que la radio es el principal medio de comunicación del lugar. Adicionalmente, se ha ampliado el término para contestar la demanda, estableciendo que transcurridos veinte días desde la última publicación por la prensa o transmisión del mensaje radial, empezará a decurrir el término para contestar la demanda. Como la LAM (art. 11) prevé una forma especial de citación para personas cuya residencia sea imposible determinar (dos publicaciones por la prensa en el lugar donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado), lo que debe aplicarse en arbitraje, por así preverse en la LAM, son

12) y adicionalmente, los reglamentos de los principales centros de arbitraje en el país han previsto normas sobre la forma en la cual deben practicarse las citaciones y notificaciones.⁷¹⁰

Finalmente, cabe anotar que el derecho de contradicción como componente del derecho de defensa se reconoce con fuerza en el arbitraje y su vigencia requiere ser controlada por el Estado.⁷¹¹ En el arbitraje doméstico ecuatoriano, la violación del derecho de defensa configura tres de las cinco causales de nulidad de laudo arbitral previstas en la LAM (las recogidas en los literales a), b) y c) del art. 31, LAM).⁷¹² La causal de nulidad prevista en el literal a) del art. 31, LAM distingue con claridad el caso de falta de citación, en el cual procede la nulidad, de aquéllos supuestos de rebeldía en los cuales la no comparecencia se debe a descuido o deslealtad procesal del demandado, y por lo tanto, no cabe que se anule el laudo.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que el derecho de contradicción en sede arbitral se encuentra suficientemente garantizado en el ordenamiento jurídico nacional.

las normas generales sobre la justificación de la imposibilidad de determinación del domicilio. Para tal efecto, debe considerarse lo previsto en los incisos 3ero a 5nto, art. 56, COGEP: "La declaración de que es imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia de la o del demandado y que se han efectuado todas las diligencias necesarias, para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, como acudir a los registros de público acceso, la hará la o el solicitante bajo juramento que se presentará ante la o el juzgador del proceso o mediante deprecatorio a la o al juzgador del domicilio o residencia de la o del actor./Para el caso anterior se adjuntará además la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. Si se verifica que es así, se citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado./ La o el juzgador no admitirá la solicitud sin el cumplimiento de esta condición. De admitirla, deberá motivar su decisión".

710 Por ejemplo: Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del CAM-CCQ, art. 52-54; Reglamento para el Funcionamiento del CAM-AMCHAM; art. 45; Reglamento de Arbitraje del CAC-CCG: art. 8-10. En este último reglamento se incluye una disposición interesante sobre debido proceso y derecho de defensa: "art. 3.- Garantía de defensa: Sea que el procedimiento fuere el establecido por las partes o por el tribunal, deberá garantizar los principios fundamentales del debido proceso que son inderogables, incluso para las partes./ En todo caso, el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso".

711 Cremades, "El arbitraje en la doctrina constitucional española": 188.

712 Literales a), b) y c), art. 31, LAM: "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".

El derecho a probar

El derecho a probar exige que se admitan todas las pruebas que resulten lícitas y pertinentes y que las mismas se practiquen.⁷¹³ En este sentido, la negativa de practicar una prueba inicialmente ordenada puede considerarse como una denegación del derecho a probar.⁷¹⁴ Como garantía del derecho de defensa, el derecho a la prueba impide que se consideren en sentencia hechos no probados, que se tomen en cuenta pruebas ilícitamente actuadas o aquellas que la contraparte no tuvo oportunidad de contradecir.⁷¹⁵ La LAM considera que la lesión del derecho a probar puede causar la nulidad del laudo “cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse” (art. 31, lit. c).

No es mi intención referirme en este acápite a aspectos vinculados con la teoría de la prueba, ampliamente tratados en la literatura procesal, sino a las particularidades del derecho a probar en arbitraje, escenario en el cual las oportunidades de probar y de contradecir la prueba de la contraparte han sido más amplias que en el caso de la justicia estatal, y creo, han marcado una diferencia en la forma de litigar.

En primer lugar, dada la flexibilidad de diseño procesal que existe, los árbitros y las partes tienen la capacidad de definir de consumo el término y calendario para la práctica de las pruebas más acorde con la naturaleza del caso, si no se ha determinado previamente tal término en el convenio arbitral. La prueba se adjunta, en caso de ser documental o pericial (la que también puede practicarse durante el proceso) y se anuncia, en caso de ser otro tipo de pruebas, desde la demanda y la contestación (art. 10 y 11, LAM), lo que promueve la transparencia en el proceso, evitando la práctica perniciosa de introducir pruebas hacia el fin del término probatorio con la finalidad de sorprender a la contraparte y evitar su contradicción, aspecto que recientemente ha sido incorporado en el COGEP (art. 143, num. 5).

Adicionalmente, la LAM permite que en cualquier momento antes de expedir el laudo, los árbitros ordenen la práctica de nuevas pruebas ya sea por iniciativa propia o de las partes (art. 23, LAM), atribución que se ha tendido a racionalizar en la práctica promoviendo que las pruebas que se soliciten por las partes en uso de este mecanismo sean aquellas con las que no contaba al plantear la demanda o la contestación. La CC., acertadamente, ha manifestado que la práctica de pruebas solicitadas al amparo del art.

713 Gozáni, *Derecho procesal constitucional*, 399.

714 Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 143.

715 Gozáni, *Derecho procesal constitucional*, 400.

23, LAM queda a discreción de los árbitros, sin que por lo tanto, el rechazo de una prueba que se solicitó practicar después de presentar la demanda o de contestarla, constituya violación del derecho de defensa.⁷¹⁶ Finalmente, aunque las diligencias probatorias ordenadas por el tribunal arbitral no son evidentemente expresión del derecho a la prueba, de practicarse, se debe garantizar a las partes el derecho a contradecir tal evidencia.⁷¹⁷

Tradicionalmente, en el arbitraje ha existido mayor intermediación en la práctica de pruebas, pues los árbitros no han dejado de estar presentes en las diligencias probatorias, las que en los principales centros de arbitraje son grabadas,⁷¹⁸ lo que muchas veces no ocurría en las judicaturas estatales, considerando la gran cantidad de procesos que cada una debe conocer.⁷¹⁹

Adicionalmente, las pruebas se practican generalmente con más flexibilidad que la permitida por las normas procesales generales, dando posibilidad a los árbitros de conocer más elementos sobre el caso: por ejem-

716 Sentencia 063-12-SEP-CC, 27 de marzo de 2012, CCPT, RO, No. 735, 29 de junio de 2012: “d) El art. 23 de la citada Ley señala: “Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora”, lo cual de ninguna manera constituye una norma imperativa; por tanto, el Tribunal Arbitral no estaba legalmente obligado a aceptar las pruebas que, con posterioridad a la demanda y contestación a ella, hayan sido solicitadas por las partes [...] sin embargo, la compañía [...] no fue impedida de presentar o solicitar la práctica de pruebas en el proceso arbitral, pues lo hizo al presentar su escrito de contestación a la demanda arbitral; otra cosa es que pretenda nuevas pruebas no pedidas oportunamente, pues el ejercicio de este derecho está supeditado al cumplimiento de la ley respectiva”.

717 Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 145.

718 Sin embargo la falta de grabación no vicia la prueba realizada ni da lugar a la nulidad del laudo arbitral, como bien ha decidido la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha al resolver una acción de nulidad. Ver sentencia de 4 de agosto de 2010, PCPJP, acción de nulidad de laudo 027-04 del CAM-CCQ: “cualquier error técnico de la grabación de la confesión no le quita a esta validez ni eficacia probatoria, tanto más que el proceso arbitral es eminente oral, de conformidad con el Art. 55 del Reglamento para el Funcionamiento Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito; de ahí que las grabaciones y transcripciones son solo un soporte documental de lo actuado, en aplicación del principio de intermediación, que operó efectivamente en la causa arbitral que nos ocupa. En virtud de lo expuesto, no se ha verificado lo señalado por el accionante de que en la confesión judicial del demandado ‘no se preguntaron en su totalidad las preguntas y las respuestas transcritas no corresponden a las preguntas realizadas [...] existe una parte de la confesión pero no la totalidad de la misma’ ya que como se ha señalado, al revisar procesalmente esta diligencia, se ha podido evidenciar que en efecto se realizaron todas las preguntas constantes en el pliego de posiciones y que cada pregunta tiene respuesta”.

719 Cabe destacar que con la expedición y posterior aplicación del COGEP, existe la expectativa de que esta situación cambie en las judicaturas estatales. Ver art. 6, inc. 1 y 3, COGEP: “Principio de intermediación: La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso./Las audiencias que no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas”.

plo, al tratarse de confesiones, desde hace tiempo existía la tendencia en arbitraje local de permitir al abogado del confesante que también le haga preguntas, y de admitir que las preguntas y repreguntas a los testigos se formulen oralmente,⁷²⁰ prácticas que han sido asumidas en el procedimiento por audiencias y la figura de declaración de parte que consagra el COGEP. Finalmente, con mucha anterioridad a la norma de la Constitución de 2008 que obliga a testigos y peritos a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo (art. 76, num. 7, lit. j), esta era una práctica usual en algunos centros de arbitraje local. En este sentido, el sistema arbitral se ha adelantado en varios aspectos a las reformas procesales que se han introducido en los últimos años ya sea mediante la CRE o el COGEP.

El derecho a un laudo motivado

La motivación debe consistir en “la justificación del procedimiento lógico hasta llegar al pronunciamiento o pronunciamientos contenidos en el laudo”.⁷²¹ Actualmente la mayoría de la normativa especializada sobre arbitraje ha previsto la obligación de los árbitros de motivar los laudos. Así lo hacen por ejemplo los Reglamentos de la LCIA,⁷²² de la CCI⁷²³ y del CIADI.⁷²⁴ Así lo exige también la Ley Modelo,⁷²⁵ la cual prevé exclusivamente dos excepciones: cuando el laudo se expide en los términos determinados por las partes y cuando las partes han pactado que el laudo no requiere ser motivado. Generalmente, las legislaciones inspiradas en la

720 Coronel Jones, “Arbitraje y procedimiento en Ecuador”: “27. Algunas de las medidas que han venido adoptando últimamente los tribunales de arbitraje en Guayaquil, hacen lucir los procesos arbitrales más ágiles, simples y directos que los procesos judiciales. Así por ejemplo, se ha hecho uso de la facultad de disponer pruebas por propia iniciativa del tribunal, ordenando inclusive declaraciones de testigos –lo que es prohibido en el procedimiento civil ordinario–; se admiten preguntas y repreguntas a los testigos o confesantes no solo por escrito, sino oralmente en la misma audiencia, al estilo de la ‘cross examination’ del *common law*; se celebran reuniones preliminares para acordar calendarios de actuaciones; se hace uso del Internet para coordinar actividades, sin perjuicio de enviar notificaciones escritas. En definitiva, paulatinamente, se empieza a hacer uso de las ventajas de contar con un procedimiento flexible”.

721 Barona Vilar, “Plazo, forma, contenido y notificación del laudo”, 1488.

722 Art. 26, num. 2, Reglamento, LCIA: “El Tribunal Arbitral debe expedir sus laudos por escrito, y a menos que las partes acuerden por escrito otra cosa, deben especificar las razones en las cuales el laudo se fundamenta”.

723 Art. 25, num. 2, Reglamento de Arbitraje, CCI: “El laudo deberá ser motivado”.

724 Art. 48, num. 3, Reglamento CIADI: “El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado”.

725 Art. 31, num. 2, Ley Modelo: “El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al art. 30”.

Ley Modelo prevén la obligación de motivación de los laudos así como las anotadas excepciones, aunque existen variaciones.⁷²⁶

Desde otra perspectiva, la jurisprudencia de los EUA ha establecido que los árbitros no requieren motivar su decisión, ni siquiera escribir su opinión,⁷²⁷ posición que se ha justificado en la voluntad de no exponer al laudo a eventuales revisiones de fondo⁷²⁸ y que recuerda la vieja tradición inglesa de no motivar los laudos, actualmente superada.⁷²⁹ En esta línea, las Reglas de Arbitraje de la AAA consignan expresamente la inexistencia de obligación de motivar los laudos por parte de los árbitros, salvo que las partes dispongan lo contrario o que el árbitro lo estime necesario.⁷³⁰

La LAM dispone que cuando el laudo debe expedirse *fundado en equidad*, “los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica” y que cuando debe expedirse *fundado en derecho*, “los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina” (art. 3). Por su parte, los

726 Para una amplia revisión de la consignación de la obligación de motivar los laudos en diferentes legislaciones ver Anne-Véronique Schlaepfer y Anne-Carole Cremades, “La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión”, en Carlos Alberto Soto Coaguila y Delia Revored Marsano de Mur, coord., *Arbitraje Internacional. Pasado, presente y futuro: Libro en Homenaje a Bernardo Cremades e Ives Derayns* (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013): 1415. Del análisis comparativo que presentan estas autoras, se observa que la principal diferencia entre la normativa especializada gira en torno a la admisión o no de la voluntad de las partes como eximente de la obligación de motivación de los laudos. Por ejemplo, el art. 56 de la Ley de Arbitraje de Perú contempla las dos excepciones previstas por la Ley Modelo para la obligación de motivar. Al respecto ver Alfredo Bullard González, “Contenido del laudo”, 613-4 (sosteniendo que la posibilidad de que por acuerdo entre las partes los laudos carezcan de motivación, es una clara manifestación de que la falta de motivación no constituye una violación del derecho de defensa en arbitraje y reconociendo que difícilmente las partes van a acordar que el laudo no sea motivado). En cambio, la Ley de Arbitraje española, a partir de las reformas de 2011, ha eliminado la posibilidad de que por acuerdo de las partes el laudo carezca de motivación. Sobre este particular ver Barona Vilar, “Plazo, forma, contenido y notificación del laudo”, 1487 (defendiendo que la supresión de la excepción de motivación por acuerdo entre las partes es un acierto, bajo el argumento de que la voluntad de las partes no debe estar por encima de una de las garantías procesales y de que debe exigirse justificación a los terceros que en ejercicio de la función heterocompositiva imponen su decisión a las partes).

727 González de Cossío, *Arbitraje*, 713; Santiago Talero Rueda, “Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales”, *Lima Arbitration*, No. 3 (Lima: CPA), (2008-2009): 217-8, <<http://limaarbitration.net/LAR3-4/Santiago-Talero-Rueda.pdf>>, consulta: 25 de febrero de 2015.

728 Ignacio Gómez Palacio, “El laudo no motivado, vía de solución poco explorada en México”, 289-92, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/16.pdf>>, consulta: 25 de febrero de 2015 (mencionando la frecuente expedición de laudos no motivados en EUA y destacando los problemas que pueden presentarse con los laudos motivados: la invitación a que se continúe con el litigio, el hecho de que el interés de la motivación le pertenece más al abogado que a la parte y de que a la parte le interesa la solución más rápida posible).

729 Sobre la evolución de la motivación de los laudos en el derecho inglés ver Schlaepfer y Cremades, “La motivación de los laudos”, 1412-14.

730 Regla 46-b, Reglas de Arbitraje, AAA.

Reglamentos de los principales centros de arbitraje ecuatorianos han establecido expresamente la obligación de motivar los laudos,⁷³¹ siguiendo la tendencia internacional sobre este punto.

La CRE (art. 76, num. 7, lit. l) exige la motivación de “las resoluciones de los poderes públicos”, bajo pena de nulidad. Ante esta norma, cabe preguntarse si las disposiciones constitucionales relativas a la motivación como componente del derecho de defensa resultan aplicables a la justicia arbitral. La respuesta a esta pregunta amerita un ejercicio interpretativo. Desde una interpretación literal, podría sostenerse que los árbitros no ejercen *poder público* al no pertenecer a la estructura de administración de justicia estatal, y por lo tanto, no tienen obligación constitucional de motivar sus laudos. Sin embargo, la conclusión es diversa, si la expresión *poder público* se interpreta en el sentido de la *función pública* que los árbitros desempeñan transitoriamente al administrar justicia y al expedir laudos a los que el Estado reconoce fuerza de cosa juzgada. Es más, como se analizó en el capítulo 1, el ordenamiento jurídico ecuatoriano admite expresamente que el arbitraje implica el ejercicio de una función de carácter jurisdiccional y de una forma de prestación del servicio público de administración de justicia según los art. 7 y 17 del COFJ. Con estos antecedentes, considero que la segunda interpretación, es decir, la que estima que la citada norma constitucional es también aplicable al arbitraje, es la que se ajusta de mejor forma al andamiaje jurídico construido para este sistema de solución de conflictos en el país.

La obligación de los árbitros de motivar sus laudos también se sustenta en la conexión intrínseca que existe entre función jurisdiccional y motivación, a fin de prevenir la arbitrariedad.⁷³² En este sentido, la motivación constituye un mecanismo para salvaguardar la independencia e imparcialidad de los juzgadores.⁷³³ Adicionalmente, resulta oportuno recordar

731 Ver por ejemplo, art. 65, num. 4, Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del CAM-CCQ: “El texto del laudo arbitral al menos contendrá: 4. la formulación de la decisión y los motivos de ella”. Texto idéntico se ha consignado en el art. 25, num. 4 del Reglamento de Arbitraje del CAC-CCG y con un ligero cambio en art. 60, num. 4 del Reglamento para el Funcionamiento del CAM-AMCHAM, en el que se establece como contenido obligatorio del laudo: “4. La formulación y argumentación de la decisión especificando claramente los motivos de ella”.

732 Res. 289-2000, 6 de julio de 2000, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 140, 14 de agosto de 2000 (La CSJ, citando a Fernando de la Rúa sostiene que “la garantía de motivación consiste en que mientras por un lado se deja al Juez libertad de apreciación psicológica, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, demostrando su conclusión, para prevenir la arbitrariedad”).

733 Jorge Santiestevan de Noriega, “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: Apuntes sobre el debido proceso en sede arbitral”, *Ius et Veritas*, No. 37, 55, <http://www.ius360.com/revistas/ius-et-veritas-37.pdf>, consulta: 6 de enero de 2014.

que la CSJ, recogiendo los aportes de Sergi Guash, ha distinguido entre una función *endoprocesal* y otra *extraprocesal* de la motivación. La primera le confiere a la motivación su dimensión de garantía del derecho de defensa, pues permite al justiciable conocer las razones del pronunciamiento del juzgador y convencerle de la corrección del mismo, y conociendo estas razones, utilizar todos los recursos que la ley admite. La función extraprocesal implica una garantía de publicidad consistente fundamentalmente en exponer las razones de los jueces ante la opinión pública.⁷³⁴

En sede arbitral se modulan las funciones endoprocesal y extraprocesal de la motivación. A nivel intraprocesal, la motivación en arbitraje cumple la importante función de explicar a los justiciables las consideraciones que hizo el tribunal para adoptar su resolución, pero se relativiza el rol que de la motivación para la interposición de recursos, porque la LAM no contempla actualmente la posibilidad de apelar los laudos, aspecto que este mismo capítulo tratará detenidamente. Por otra parte, el rol extraprocesal de la motivación en arbitraje ha sido considerablemente disminuido en la práctica nacional, dado el hermetismo con el que se han tratado los procesos y laudos arbitrales, inclusive aquéllos en los cuales no se ha pactado confidencialidad, con algunas excepciones que merecen destacarse.⁷³⁵ En este estudio abogamos por la publicación de los laudos resguardando la identidad de las partes. No puede desconocerse la importancia de que la comunidad conozca la calidad de los laudos que se están generando y los avances o retrocesos jurídicos que se presentan en sede arbitral.⁷³⁶

En principio, los lineamientos generales determinados por la CRE, la doctrina y la jurisprudencia para la motivación de sentencias judiciales resultan aplicables a los laudos arbitrales, aunque requieren adaptarse a sus circunstancias. Por ejemplo, el precepto constitucional que dispone que “no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”, solo es aplicable en los arbitrajes cuyos laudos deben expedirse en derecho, pues en los arbitrajes cuyos laudos deben expedirse en equidad, el elemento de legitimación es el leal

734 Res. 253-2000, 13 de junio de 2000, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Comercial, RO, No. 133, 2 de agosto de 2000.

735 Es relevante el esfuerzo del CAM-AMCHAM y CAC-CCG, por publicitar los laudos expedidos por tribunales arbitrales pertenecientes a estos centros, lo que permite a la comunidad jurídica conocer la calidad de resoluciones adoptadas en arbitraje.

736 Para algunos, la confidencialidad impide que cualquier contenido del laudo se haga público. Sin embargo, considero que el dar a conocer las reflexiones sobre un punto de derecho, sin explicitar la identidad de las partes, no violenta de ninguna manera la confidencialidad, si esta se ha pactado.

saber y entender de los árbitros.⁷³⁷ Finalmente, cabe recordar que en ningún caso se requiere de decisiones complejas, cuya argumentación sea exhaustiva y pormenorizada, sino que basta que se resuelvan racionalmente los problemas planteados, de tal forma que la tutela efectiva se “anude con los extremos sometidos a debate por las partes”,⁷³⁸ apreciación que es plenamente aplicable a los laudos arbitrales.

En conclusión, el alcance jurisdiccional de las funciones que los árbitros desempeñan, impone la obligación de motivar los laudos, es decir, explicar su decisión. Sin embargo, como se verá en este mismo capítulo al tratar lo relativo a la acción de nulidad, la ausencia de una causal de nulidad relativa específicamente a la falta de motivación ha generado respuestas contradictorias de los órganos de administración de justicia sobre la posibilidad de invocar la nulidad del laudo ante ausencia o errores de motivación.

El derecho a recurrir del laudo

La configuración del derecho a recurrir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La CRE consagra el derecho a “recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (art. 76, num. 7, lit. m). Como es evidente, según el texto constitucional, el derecho a recurrir es exigible independientemente de la materia sobre la que versa el conflicto, posición que difiere del alcance conferido a tal derecho por algunos instrumentos internacionales en los cuales está reservado a materia penal.⁷³⁹ Desde esta perspectiva amplia, la CC ha explicado el contenido de este derecho en los siguientes términos:

737 Ver sentencia de 17 de mayo de 2010, PCPJP, acción de nulidad de laudo 64-08, CAM-CCQ: “al ser un arbitraje en equidad los árbitros están obligados a fundamentar su decisión, pero dicha fundamentación no debe ser en derecho por lo que mal puede, por esta vía y en esta forma, pretenderse, a pretexto de la ‘acción’ de nulidad, que se pueda entrar a realizar una nueva valoración del acervo probatorio distinta a la efectuada por el Tribunal Arbitral”. Ver también sentencia de 14 de agosto de 2014, PCPJP, juicio especial No. 17100-2014-0043: “al ser un arbitraje en equidad los árbitros están obligados a fundamentar su decisión, pero dicha fundamentación no debe ser en derecho”.

738 Ver Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 61; Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”: 203.

739 Por ejemplo, art. 14, num. 5, Pacto internacional de derechos civiles y políticos: “5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”; art. 37, lit. d), Convención sobre los Derechos del Niño: “d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”. Esta perspectiva

Se entiende el derecho a recurrir como la garantía de los ciudadanos para acceder a un administrador de justicia diferente del primero, que pueda revisar una decisión judicial que ha sido contraria a sus pretensiones; en este sentido, un tribunal de alzada analiza nuevamente la decisión del juez de primer nivel, que por los errores del que es susceptible de cometer, o por vicios en que haya incurrido, emita una decisión que lesione los intereses o derechos de una de las partes.⁷⁴⁰

El derecho al recurso implica una limitación al poder de los juzgadores⁷⁴¹ y provee un mecanismo de control jerárquico de la sentencia a fin de garantizar la certidumbre sobre el derecho, alcanzar un fallo definitivo que ponga fin a las instancias ordinarias⁷⁴² y disminuir la posibilidad de que la sentencia contenga vicios de hecho o de derecho.⁷⁴³ En cada instancia, el órgano a cargo de la revisión del proceso requiere oír a las partes, sin que pueda justificarse una resolución *inaudita partes*.⁷⁴⁴

Finalmente, el derecho a recurrir de las decisiones del inferior no tiene carácter absoluto y su configuración le corresponde al legislador, como bien se ha destacado mayoritariamente en la jurisprudencia nacional –al menos durante los últimos años–,⁷⁴⁵ en armonía con la opinión que predomina en

restringida del derecho a recurrir también se encuentra presente en algunos ordenamientos nacionales. Ver por ejemplo Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, 464 (sosteniendo que en la realidad argentina “no se considera que la doble instancia sea una exigencia del debido proceso, al menos en los procesos civiles, porque mientras se conserve inalterable el derecho a alegar, debatir, probar, obtener una sentencia motivada razonable, la posibilidad de recurrir puede limitarse sin menoscabar la constitucionalización del proceso”). Finalmente, sobre una perspectiva amplia del alcance de la garantía de doble instancia ver por también Diego Palomo Vélez, “Apelación, doble instancia y proceso civil oral: A propósito de la reforma en trámite”, *Estudios Constitucionales* 8, No. 2 (2010), <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200014&script=sci_arttext>, consulta: 1 de marzo de 2015.

740 Sentencia 071-13-SEP-CC, 4 de septiembre de 2013, CC, ROS, III, No. 93, 2 de octubre de 2013. Ver también sentencia 064-13-SEP-CC, 14 de agosto de 2013, CC, ROS, I, No. 93, 2 de octubre de 2013.

741 Sentencia 008-11-SCN-CC, 16 de septiembre de 2011, CCPT, ROS, No. 595, 13 de diciembre de 2011. La CC, recoge los aportes de Arturo Hoyos en el sentido de que “este derecho a recurrir las resoluciones judiciales es un elemento que se ha incorporado dentro de los textos constitucionales para limitar el poder que asume el juez dentro de una determinada causa, puesto que aquel es susceptible de cometer errores, ante lo cual la tutela judicial debe estar garantizada por un juez o tribunal superior que determine si la actuación del juez de primera instancia está acorde con la Constitución y las leyes”. Ver también Juan Carlos Muñoz Torres, *Recursos Jurisdiccionales* (Santiago: Juritec / Ediciones Jurídicas y Técnicas, 2004), 5.

742 Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, 459.

743 *Ibid.*, 460.

744 Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 81 (sintetizando un conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional español que decidió en este sentido).

745 Ver por ejemplo las siguientes sentencias: 017-10-SCN-CC, 5 de agosto de 2010, CCPT, ROS, No. 272, 6 de septiembre de 2010: “En la especie, esta Corte Constitucional se ha pronunciado respecto al derecho a la interposición de recursos como garantía del debido proceso, en sentencia No. 003-10-SCN-CC, de 25 de febrero de 2010, en la cual se estableció claramente que el derecho a la interposición de recursos es relativo respecto a determinados procesos, es decir,

la doctrina.⁷⁴⁶ En la definición de los recursos disponibles, la voluntad del legislador toma en cuenta ordinariamente la celeridad que desea imprimir a un determinado proceso, es decir, privilegia la tutela urgente que un derecho pueda requerir, según su naturaleza, sobre el derecho a recurrir.

¿Debe existir una instancia de apelación en sede arbitral?

La LAM, como la mayoría de legislaciones sobre arbitraje,⁷⁴⁷ impide impugnar los laudos arbitrales mediante un recurso de apelación.⁷⁴⁸ La búsqueda de celeridad, la confianza en los árbitros y la ausencia de una estructura jerárquica en arbitraje⁷⁴⁹ son las razones que se invocan frecuentemente como justificativos para tal restricción de los mecanismos de

se determinó que no constituye vulneración a derechos constitucionales el hecho que no en todos los casos se aplique el derecho a recurrir de las resoluciones judiciales, atendiendo la naturaleza excepcional de ciertos procesos en los cuales prima una tramitación sumaria y por tanto, no cabe la prosecución de otras instancias"; 071-13-SEP-CC, de 4 de septiembre de 2013, CC, ROS, III, No. 93, 2 de octubre de 2013: "La regla es la concesión de recursos o que el proceso tenga dos instancias y la excepción tiene que ser expresamente determinada en la ley; de esta manera se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y sobre todo se asegura la confianza en la administración de justicia"; 124-15-SEP-CC, 22 de abril de 2015, ROS, No. 516, 5 de junio de 2015: "la Corte Constitucional debe aclarar que no todo tipo de restricción a instancias o etapas procesales superiores (mediante recursos de apelación, casación o revisión) constituye per se una afectación al derecho al debido proceso en la garantía de defensa; la vulneración se produce cuando existiendo la posibilidad de acceder a una etapa o instancia superior a través de un recurso previsto en el ordenamiento jurídico, la autoridad judicial impide conceder a alguna de las partes procesales dicha impugnación por decisiones injustificadas o irrazonables". Ver Res. 72-2013, 18 de abril de 2013, CNJ, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia: "Segundo: Este Tribunal reitera que el principio procesal de la doble instancia no es absoluto, pues, como se ve, caben excepciones que deben estar y están taxativamente establecidas en la ley para su validez, como acontece con la previsión taxativa que hace el art. 208.6 del Código Orgánico de la Función Judicial". En contra ver Res. 327-2009, 1 de septiembre de 2009, CNJ, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia: "Quinto.- La Constitución Ecuatoriana, en el art. 76 numeral sexto, literal m) establece la doble instancia como una garantía básica al debido proceso, lo cual no puede soslayarse en ningún proceso judicial. Esta norma determina que no puede existir un proceso judicial en el cual no se permita apelar o recurrir de un fallo, es decir, que todo juicio debe tener al menos dos instancias judiciales".

746 Ver por ejemplo Gimeno Sendra, *Introducción al derecho procesal*, 80.

747 Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 284: "En suma, el recurso de apelación ante el Poder Judicial, que autoriza una revisión sobre el fondo de las cuestiones resueltas por los árbitros, ha pasado a ser una *rara avis*. Son absoluta mayoría las leyes de arbitraje que establecen la inapelabilidad de los laudos, sin admitir otro recurso judicial que el de nulidad, por las causales previstas en la ley".

748 Art. 30, inc. 1, LAM: "Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables". Al respecto, la CC ha sostenido lo siguiente: "Una de las características principales del proceso arbitral, es la establecida en el art. 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual señala que los laudos arbitrales son inapelables; por lo que, las partes, al aceptar someterse a un proceso arbitral, implícitamente aceptan la inapelabilidad de los laudos arbitrales y de esta manera aceptan someterse a la decisión en estos adoptada". Ver sentencia 007-16-SCN-CC, 28 de septiembre de 2016, ROS, No. 798, 14 de diciembre de 2016.

749 Marco Gerardo Monroy Cabra, "Recursos contra el laudo arbitral", en *El contrato de arbitraje*, 671.

impugnación. La CC se ha referido a la situación del derecho a recurrir en materia arbitral en los siguientes términos:

el recurrir a dicho método [el arbitraje] implica el someterse por voluntad propia a la interpretación del derecho que hagan los tribunales arbitrales, está limitando de manera legítima el ejercicio del derecho a la doble instancia, lo que no implica una renuncia al mismo, sino una declaración previa de conformidad con el resultado obtenido, en uso de la libertad de contratación, expresada por medio de la suscripción del convenio arbitral.⁷⁵⁰

Sin embargo, para otro sector de la doctrina –hasta ahora minoritario–, la carencia de un recurso que permita corregir errores de derecho constituye un aspecto problemático del arbitraje. El argumento central de esta posición es que resulta imprescindible un control de calidad del fondo de los laudos en derecho,⁷⁵¹ pues en este caso, cuando las partes acordaron que su conflicto se resuelva en sede arbitral, tuvieron la legítima expectativa de que el laudo se someta al ordenamiento jurídico.⁷⁵² Se trata, en mi criterio, de un argumento válido, pues los laudos en derecho pueden eventualmente contener infracciones en contra del ordenamiento jurídico. Consiguientemente, aunque la amenaza de ser acusados del delito de prevaricato consagrado en el Código Orgánico Integral Penal –COIP– (art. 268)⁷⁵³ así como de ser condenados al pago de daños y perjuicios puede resultar muy disuasiva para los árbitros, lo más natural parece ser que exista algún mecanismo

750 Ver sentencias 169-12-SEP-CC, 26 de abril de 2012, CCPT, RO, No. 756, 30 de julio de 2012 y 081-13-SEP-CC, 23 de octubre de 2013, CC, ROS, No. 154, 3 de enero de 2014. Ver también Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 104 (sosteniendo que la inapelabilidad de los laudos no vulnera ninguna garantía constitucional, pues el control judicial suficiente depende de las circunstancias del caso y de la naturaleza del tribunal que hubiese intervenido).

751 Manuel Albaladejo García, “La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo en derecho que infringe las normas debidas aplicar”, *Revista de Derecho Privado*, año 74, mes 3 (1990): 178. Ver también Timothy M. O’Shea, “Arbitration Appeal: The Grounds Have Narrowed”, *Bench and Bar of Minnesota Review* (2009): 31-3 (comentando la jurisprudencia norteamericana que tiende a negar la revisión del fondo de los laudos y concluyendo que por tal razón, es necesario reevaluar la conveniencia de pactar arbitraje en casos muy sensibles) y Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador* (Quito: Andrade & Asociados / UASB-E, 2005), 106-7 (sosteniendo que la falta de un mecanismo para revisar los laudos arbitrales en derecho es un problema que se presenta con visos de gravedad y sugiriendo la procedencia del recurso de casación directamente contra laudos arbitrales en derecho).

752 Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 107 (sosteniendo que en el caso de los laudos en derecho “puede perfectamente revisarse su resolución y corregirse cuando aparezca contraria a derecho”, y distinguiendo esta situación de los laudos en equidad).

753 Art. 268, COIP: “Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; que procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

procesal para corregir errores de derecho. Sin embargo, no puede dejarse de considerar que la multiplicación de instancias de revisión de los laudos neutralizaría las principales ventajas de la institución arbitral.

A fin de conciliar estas necesidades, es decir, por un lado, remediar el desconocimiento del ordenamiento jurídico, y por otro, evitar la multiplicación de instancias revisoras del laudo, una propuesta que se ha planteado en el país ha sido permitir la procedencia del recurso de casación directamente contra laudos arbitrales.⁷⁵⁴ Santiago Andrade, quien ha defendido esta posición, ha subrayado las ventajas de contar con un mecanismo para uniformar la interpretación de la normativa que tiene lugar en los arbitrajes cuyo laudo se expide en derecho. Además, ha evidenciado que por mucho tiempo los justiciables acudieron a casación después de interponer la acción de nulidad, con el fin último de que la CNJ conozca la violación al ordenamiento jurídico que se produjo en el laudo, lo que conllevó la utilización innecesaria de una cadena de recursos más larga y un remedio procesal incorrecto porque la acción de nulidad está diseñada exclusivamente para conocer errores *in procedendo*.⁷⁵⁵ Finalmente, este autor ha sostenido que el contra-argumento de que las partes no quisieron someterse a la justicia estatal, resulta muy limitado, porque la vigilancia que el Estado debe realizar sobre quienes ejercen potestades jurisdiccionales a fin de que no transgredan el ordenamiento jurídico, constituye una cuestión de orden público, que va más allá de la voluntad de las partes.⁷⁵⁶

Sin embargo, el argumento de que las partes quisieron excluir su conflicto de la justicia estatal es relevante, y desde esta perspectiva, resulta más coherente con la naturaleza del arbitraje la posibilidad de una apelación ante otro tribunal arbitral y únicamente en caso de que la voluntad de las partes permita esta segunda instancia (recurso que algunos autores han denominado *arbitraje de apelación*).⁷⁵⁷ Si la autonomía de la voluntad pue-

754 Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 107 (recordando que esta opción no es nueva en el país y refiriéndose al proyecto elaborado por la CSJ, que se estructuró a fin de reemplazar el recurso de tercera instancia por el recurso de casación. En este proyecto se permitía la casación de laudos arbitrales en derecho, cuando las partes hubieran renunciado a la apelación –num. 4 del art. sustitutivo del 340 CPJC–). En contra, ver por ejemplo Córdón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 43 (refiriéndose al debate que tuvo lugar en España debido a la supresión del recurso de casación sobre laudos arbitrales, y sosteniendo que la misma representa un paso adelante en la desvinculación del arbitraje de la jurisdicción estatal, bajo el argumento que “los tribunales de justicia no pueden controlar la correcta interpretación y aplicación de la ley material que los árbitros de derecho deben aplicar para resolver el conflicto”).

755 Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 107.

756 *Ibid.*

757 Luis Muñoz Sabaté, “El arbitraje de apelación”, en *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: J. M. Bosch, 2012).

de habilitar la competencia de los árbitros a fin de que decidan en derecho un conflicto en lugar de jueces estatales, también puede permitir que la corrección de una eventual infracción al ordenamiento jurídico se realice en sede arbitral. A esta segunda instancia podría accederse mediante el planteamiento de un recurso de apelación y en ella cabría corregir errores que transgredan el ordenamiento jurídico, por lo que su escenario natural serían los arbitrajes en derecho.

Esta segunda instancia debería tener lugar ante un tribunal independiente del que conoció el caso inicialmente y solo en el evento de que las partes así lo hubieran pactado, ya sea al someterse a arbitraje o en cualquier momento antes de la expedición del laudo. Siendo de acceso voluntario, las partes podrían convenir también en los requisitos y condiciones para acceder al recurso, tales como el depósito previo de una caución que asegure el pago de daños y perjuicios ante demoras causadas por recursos interpuestos sin fundamento; plazos y forma de interposición del recurso, u otros que estimaren convenientes.⁷⁵⁸ Este nuevo tribunal, siempre que así se haya previsto en el convenio arbitral, se limitaría a analizar los argumentos de las partes, a permitirles una audiencia para la exposición de los mismos y a emitir su resolución, sin necesidad de un nuevo período de prueba, por lo que los costos del arbitraje y términos para expedir el laudo deberían ser siempre sensiblemente inferiores a los de primera instancia (dos meses como máximo), debiendo estar las partes en capacidad de reducir este término. Frente a la resolución de esta segunda instancia solo tendría que ser posible la acción de nulidad ante causales no subsanadas en el laudo de apelación. En principio, quienes conformen los tribunales de apelación deberían ser aquéllos árbitros con más experiencia, que han conocido un mínimo razonable de casos.

Evidentemente, la existencia de un recurso de apelación en arbitraje dilataría el proceso de solución de conflictos, pero brindaría a los justiciables un mecanismo para impugnar el laudo por el fondo, de haber existido una manifiesta violación del ordenamiento jurídico, y bajo el planteamiento propuesto, sería admisible únicamente cuando las partes así lo hayan previsto expresamente. Una propuesta en este sentido, no es nueva. Como lo comenta Muñoz Sabaté, iniciativas en esta línea pueden rastrearse desde los años cincuenta,⁷⁵⁹ aunque sin mayor acogida hasta los últimos años. Actualmente, alguna normativa especializada en arbitraje

758 Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 193.

759 Muñoz Sabaté, "El arbitraje de apelación", 571-2 (explicando que en el Congreso Internacional para la reforma del arbitraje celebrado en 1954, en Italia, ya se lanzó la propuesta de

ya ha planteado esta posibilidad, pero con diferentes matices. En Perú, por ejemplo, la ley contempla para los laudos en derecho un recurso de apelación ya sea ante el poder judicial o ante una segunda instancia arbitral, por acuerdo de las partes o porque así lo establezcan los reglamentos de arbitraje.⁷⁶⁰ Otros ejemplos están dados por el Reglamento de la Corte Española de Arbitraje,⁷⁶¹ el Reglamento de Arbitraje del Tribunal Arbitral de Valencia,⁷⁶² y las Reglas de Apelación para Laudos de la AAA (Optional Appellate Rules), vigentes desde octubre de 2013.⁷⁶³

Después de haber analizado el contenido de los principales elementos que configuran el debido proceso arbitral, me referiré a continuación a la acción de nulidad, como mecanismos para garantizar este conjunto de garantías procesales.

la conveniencia de regular el arbitraje de apelación, pero que la misma no se discutió en profundidad).

- 760 Art. 60, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú: “Recurso de apelación.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación”.
- 761 Art. 39, Reglamento de la Corte Española de Arbitraje: “En relación con el convenio arbitral suscrito a favor de la Corte Española de Arbitraje y en el seno del arbitraje administrado por dicha Corte, según su Reglamento y Estatuto, si las partes se otorgaron en tal convenio o en acuerdo posterior el derecho de apelar el laudo o laudos que se dicten ante un tribunal arbitral de segunda instancia, con carácter previo a la eventual incoación de la acción de anulación, sin perjuicio de la aplicación del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje”.
- 762 Art. 1, num. 6, Reglamento de Arbitraje, Tribunal arbitral, Valencia: “6. Si todas las partes lo hubieran pactado expresamente, ya en el propio compromiso arbitral, ya en cualquier momento anterior a dictarse el laudo, la decisión arbitral será susceptible de recurso mediante una segunda instancia”. Para una breve explicación de la inclusión de esta opción ver Manuel de Lorenzo, “La segunda instancia arbitral: posible apelación contra el laudo dictado”, 7 de noviembre de 2011, <<http://www.diariojuridico.com/la-segunda-instancia-arbitral-posible-apelacion-contra-el-laudo-dictado/>>, consulta: 3 de marzo de 2015.
- 763 Ver estas reglas en <[http://images.go.adr.org/Web/AmericanArbitration Association/%7B9e172798-c60f-4de0-9ebc438e54e78af8%7D_AAA_ICDR_Optional_Appellate_Arbitration_Rules.pdf](http://images.go.adr.org/Web/AmericanArbitrationAssociation/%7B9e172798-c60f-4de0-9ebc438e54e78af8%7D_AAA_ICDR_Optional_Appellate_Arbitration_Rules.pdf)>, consulta: 9 de marzo de 2015 (estableciendo en los antecedentes que, aunque tradicionalmente los arbitrajes han carecido de apelación, es posible que las partes deseen contar con un mecanismo amplio de revisión del laudo arbitral dentro del mismo sistema; que de hecho, tal posibilidad ya se estaba contemplando en la guía de esta institución para el diseño de cláusulas arbitrales; y que los justiciables ya venían usando esta opción e inclusive diseñando el procedimiento más idóneo para el efecto).

LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL

El propósito de este acápite es determinar los problemas que el diseño actual de la acción de nulidad plantea para garantizar el debido proceso arbitral y proponer posibles soluciones. Para el efecto, analiza en primer lugar las características de la acción de nulidad, fundamentalmente a la luz de la doctrina y de los pronunciamientos emitidos por la justicia ordinaria nacional,⁷⁶⁴ y posteriormente, las deficiencias de ese mecanismo de control judicial, tanto a nivel sustantivo (en lo relativo a la definición de causales de nulidad), como a nivel procesal. Cabe advertir que si bien son pocos los casos en los cuales se declara nulo un laudo en Ecuador,⁷⁶⁵ el estudio de la acción de nulidad es relevante por su vocación garantista y por los problemas que presenta.

La caracterización de la acción de nulidad del laudo arbitral

El arbitraje, como mecanismo autorizado por el Estado en cuyo seno se deciden derechos con carácter de cosa juzgada, requiere contar con un sistema de control⁷⁶⁶ tanto sobre el proceso arbitral como sobre el laudo, control que se despliega mediante la acción de nulidad de los laudos arbitrales. Algunas sentencias de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha la han definido como “una acción extraordinaria y limitada por decisión del legislador que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial al procedimiento arbitral, mas no como una vía para acce-

764 Analizaré principalmente las sentencias de nulidad de laudos arbitrales expedidas por la PCJP compiladas en parte por el CAM-CCQ, y otras a las que accedí directamente en los archivos de la PCJP.

765 Por ejemplo, Diego Romero en su ponencia titulada “Las causales de nulidad del laudo previstas en la legislación ecuatoriana y sus posibles reformas”, en el IV Seminario Internacional de Arbitraje organizado por la PGE, 5 de octubre de 2011, presentó la siguiente información: el total aproximado de arbitrajes en Quito en el período 2008-octubre de 2011 fue de 600 casos. De estos, se han planteado aproximadamente 54 acciones de nulidad, habiéndose admitido la nulidad en apenas un 1%. En el año 2013 se notó un incremento temporal de sentencias de nulidad de laudos arbitrales, como se manifiesta en este estudio.

766 Michael Reisman, “The Breakdown of Control Mechanisms in ICSID Arbitration”, *Duke Law Journal* 4 (1989): 740, <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/874>, consulta: 28 de febrero de 2015: “El arbitraje es un poder delegado y restringido para tomar ciertos tipos de decisiones en ciertas formas determinadas. Cualquier delegación de poder debe tener algún sistema de control”. Ver también Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 106: “No es lógico exigir al Estado que comprometa la cooperación y el auxilio de los tribunales judiciales para ejecutar forzadamente los laudos arbitrales –que ponga su *imperium* al servicio de los árbitros– sin reservarse la atribución de revisar que lo decidido por aquéllos reúna las condiciones mínimas indispensables para merecer esa protección legal”.

der a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo".⁷⁶⁷ Adicionalmente, en el medio jurídico nacional, en armonía con lo que la doctrina y jurisprudencia internacional han establecido,⁷⁶⁸ se ha definido que al garantizar el cumplimiento de garantías procesales mínimas, la acción de nulidad tiene carácter irrenunciable.⁷⁶⁹

La LAM ha enfatizado en que frente al laudo arbitral cabe una acción impugnativa autónoma⁷⁷⁰ y no un recurso.⁷⁷¹ En efecto, las reformas de la

⁷⁶⁷ Ver las siguientes sentencias de PCJP: de 14 de agosto de 2014, juicio 17100-2014-0043; de 17 de noviembre de 2014, juicio 17100-2014-0038; de 17 de diciembre de 2014, juicio 17100-2013-000081.

⁷⁶⁸ Ver Cordón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 94-5 (exponiendo una opinión que concuerda con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español, citados por el mismo autor, que llegan a la conclusión de que la acción de nulidad es irrenunciable, bajo el argumento de que el principio dispositivo no puede contrariar el orden público y concretamente, el derecho de tutela judicial efectiva, que para la visión española se ejerce exclusivamente mediante la acción de nulidad). Ver también Alejandro Bonet Navarro, "El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral (Sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre)", *Derecho Privado y Constitución*, No. 6 (mayo/agosto de 1995): 187, <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=380&IDA=9961>>, consulta: 3 de abril de 2015: (exponiendo que si las partes desearon evitar el sistema judicial, la absoluta prohibición convencional de control del laudo no resulta descabellada, pero reconociendo que esta no es la tesis acogida en el contexto europeo) y Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 286-90 (comentando que en el derecho comparado, generalmente se ha considerado que la impugnación por nulidad de laudo arbitral tiene carácter irrenunciable, y citando, entre otros, como ejemplos de legislaciones que han acogido expresamente esta posición el Código de Procedimiento Civil italiano y la Ley de Arbitraje portuguesa, mientras que en algunos países, como Suiza, Bélgica, Perú, Suecia y Túnez, se admite la renuncia al recurso de nulidad en arbitrajes internacionales, no así en arbitrajes domésticos), y 512 (explicando que, la trascendencia que las leyes confieren al recurso de nulidad en arbitrajes domésticos –configurándole generalmente como irrenunciable– radica en que las defensas fundadas en la legalidad del laudo no son admitidas en la etapa de ejecución forzada y en que, consecuentemente, de no preverse algún medio que permita revisar el laudo, el agraviado se vería privado de *control judicial suficiente*, situación que difiere de lo que ocurre en arbitraje internacional, en el cual existe generalmente un mecanismo de control en el país en que se dictó y en el país en que se ejecutará el laudo, pues normalmente los efectos del laudo no se harán valer en el país en que se dictó, por lo que cabe renuncia al recurso de anulación del laudo).

⁷⁶⁹ Res. 327-2009, 1 de septiembre de 2009, CNJ, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia: "Segundo: [...] Esta instancia de revisión judicial [acción de nulidad] es irrenunciable, otorgando a los jueces de la justicia ordinaria la potestad de verificar que el proceso arbitral –sustanciado y decidido por árbitros– haya observado las normas fundamentales que garanticen el debido proceso y el derecho a la defensa, mismas que son de orden público y por tanto deben ser respetadas bajo pena de nulidad de laudo, que deberá ser declarada en la instancia jurisdiccional ordinaria".

⁷⁷⁰ Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín, "Los medios de impugnación: Teoría general (a la luz de la experiencia española)", en *Derecho procesal contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, 1263 (explicando que la doctrina procesal distingue entre recursos y acciones impugnativas autónomas. Los primeros, se interponen contra una resolución que no ha producido el efecto de cosa juzgada formal, y por tal razón, el proceso continúa mediante el recurso, mientras que las segundas, implican "la apertura de un nuevo proceso cuyo objeto es la rescisión de una resolución que ha adquirido el valor de cosa juzgada").

⁷⁷¹ Ver Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 284-5. "En la gran mayoría de las legislaciones comparadas, la impugnación de la validez de un laudo es, técnicamente, un recurso". Como

LAM que tuvieron lugar en 2005⁷⁷² buscaron aclarar que la nulidad de los laudos arbitrales se persigue mediante una *acción*,⁷⁷³ aunque las modificaciones se incluyeron de manera poco técnica pues subsisten disposiciones en la LAM que continúan refiriéndose al *recurso* de nulidad.⁷⁷⁴ Esta distinción se justifica bajo el argumento de que el mecanismo de impugnación de los laudos arbitrales no se contempla como un instrumento de control jerárquico entre diferentes instancias de administración de justicia,⁷⁷⁵ y a diferencia de lo que ocurre con la apelación, no se procura modificar un laudo que se considere válido pero equívoco, sino invalidar el pronunciamiento arbitral por no respetar los mínimos impuestos por la legislación relativos fundamentalmente al debido proceso.⁷⁷⁶

Consecuentemente, las causales vigentes para que proceda el control judicial que tiene lugar mediante la acción de nulidad se orientan a corregir errores *in procedendo*, “a diferencia de los recursos de apelación y de casación que tienen por finalidad enmendar errores ‘in iudicando’ en los que podían haber caído órganos jurisdiccionales de instancias inferiores”.⁷⁷⁷ Por lo tanto, estas causales son “restringidas en comparación con las cuestiones que podrían ser planteadas en un recurso de apelación o cualquier otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia”.⁷⁷⁸ En esta

excepción a la regla, Caivano se refiere a la Ley de Arbitraje española, que al igual que la ecuatoriana, tratan a la nulidad de laudo como una acción.

772 Ley 2005-48, RO, No. 532, 25 de febrero de 2005.

773 Res. 242-2007, 11 de julio de 2007, CSJ, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, ROS, No. 542, 6 de marzo de 2009: “Con dicha reforma [Ley reformativa a la Ley de Arbitraje y Mediación, RO, No. 532, 25 de febrero de 2005] quedó claro que la nulidad del laudo arbitral se persigue por medio de una acción y no de un recurso”.

774 Art. 34, LAM: “Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el *recurso* de nulidad u otro *recurso* al que las partes se hayan sometido”.

775 Bonet Navarro, “El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral”: 187: “Si no se admite que este [el llamado recurso de anulación en la Ley de Arbitraje española] sea un recurso, es debido a que, para que se pueda construir un régimen de recursos, en general, es preciso que el órgano a quo y el órgano ad quem pertenezcan a un mismo orden orgánico y ejerzan la función del mismo modo; lo que no quiere decir que sea la misma función. Aquí radica la diferencia; los árbitros –jueces privados– no se hallan dentro del mismo orden orgánico que los jueces estatales. No ejercen jurisdicción oficial sino arbitral y por eso la Audiencia Provincial no puede intervenir revisando la actuación del árbitro more recurso. Faltando además la subordinación o coordinación jerárquica entre árbitros y Audiencia Provincial es impensable la renovación del juicio ante el juez estatal”.

776 Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 196.

777 Sentencia de 18 de mayo de 2007, PCPJ, nulidad de laudo 003-05, CAM-CCQ. Ver también sentencia de 14 de mayo de 2001, CSJQ, Quinta Sala, nulidad de laudo 007-98, CAM-CCQ.

778 Ver las siguientes sentencias de la PCPJ: de 25 de agosto de 2008, nulidad de laudo 073-06, CAM-CCQ; de 14 de agosto de 2014, juicio 17100-2014-0043; de 17 de diciembre de 2014, juicio 17100-2013-000081; de 17 de noviembre de 2014, juicio 17100-2014-0038.

línea, quien conoce la acción de nulidad “no tiene competencia para reexaminar y revalorar la prueba actuada por las partes en el litigio arbitral”.⁷⁷⁹

Adicionalmente, se ha determinado que “los poderes del juez de anulación están limitados por el llamado ‘*principio dispositivo*’, según el cual [...] el proceso solo puede iniciarse a instancia de quien pretende la tutela de un derecho y no puede desarrollarse sino mediante el impulso de las partes”.⁷⁸⁰

Los problemas que plantea la actual definición de causales de nulidad para garantizar el debido proceso arbitral

La acción de nulidad tiene vocación garantista y procede ante causales tasadas,⁷⁸¹ las mismas que son indisponibles “porque constituyen garantías de interés público”.⁷⁸² Consiguientemente, los justiciables no pueden determinar libremente las causales de nulidad de los laudos arbitrales, pese a la relevancia que tiene la autonomía de la voluntad en el diseño de la institución arbitral.

Las legislaciones modernas de arbitraje, a la luz del principio de la intervención judicial mínima,⁷⁸³ permiten el control de las cortes estatales mediante el mecanismo de anulación de laudos en las siguientes situaciones: para determinar si el acuerdo arbitral es válido y ejecutable, y adicio-

779 Ver las siguientes sentencias de PCSJQ: 7 de mayo de 2007, nulidad de laudo 018-04, CAM-CCQ; 22 de mayo de 2007, nulidad de laudo 043-04 CAM-CCQ; 1 de noviembre de 2007, nulidad de laudo 068-05, CAM-CCQ.

780 Sentencia de 30 de agosto de 2010, juicio 06-2010, PCPJP. Ver también Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 198: “un tribunal judicial no tiene la posibilidad de declarar la nulidad de un laudo de oficio: el recurso debe ser interpuesto y las causales deben ser invocadas por el interesado”.

781 Talero Rueda, “Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales”, 216. Ver también Cordón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 6 (sosteniendo que la acción de nulidad constituye “una verdadera pretensión de tutela jurídica que el legislador ha considerado oportuno reconocer para dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva en los concretos casos delimitados por los motivos previstos en la ley, que son tasados”). Sobre el carácter tasado o taxativo de las causales de nulidad, generalmente admitido por las sentencias nacionales, ver por ejemplo las siguientes sentencias: de 7 de mayo de 2007, PCSJQ, nulidad de laudo 017-04 CAM-CCQ; de 21 de febrero de 2008, PCPJP, nulidad de laudo 008-06 CAM-CCQ; de 13 de abril de 2009, PCPJP, nulidad de laudo 007-06, CAM-CCQ; de 8 de junio de 2009, causa 2009-0049, CPJP, Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales.

782 Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 112.

783 Bajo el principio de intervención judicial mínima, la Ley Modelo prevé la intervención de cortes estatales a fin de controlar las actuaciones arbitrales exclusivamente en tres supuestos: un recurso contra la decisión preliminar de los árbitros relativa a su competencia (art. 16); el recurso de anulación del laudo final (art. 34) y el control previo al reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros (art. 35 y 36). Ver Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 153.

nalmente, para precautelar el debido proceso o evitar que se violente de alguna manera el orden público.⁷⁸⁴ Esta tendencia es claramente apreciable en la definición de las causales de nulidad previstas en la influyente Ley Modelo (art. 34),⁷⁸⁵ la que a su vez tomó como referencia las causales establecidas de la Convención de Nueva York de 1958 para denegar el reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros.

En el caso ecuatoriano, la LAM no contempla actualmente el primer grupo de causales de nulidad, es decir, las relativas a la validez del convenio arbitral, lo que constituye una falencia que debe remediarse, pues la ausencia de capacidad y la falta de consentimiento para someterse a arbitraje, así como la inexistencia de objeto arbitrable afectan a la esencia de la voluntad necesaria para abstraer un conflicto del conocimiento de jueces estatales. La ausencia de previsión de una causal en este sentido impacta negativamente la vigencia del derecho al juez natural de los justiciables y su derecho de acceso a la justicia. Por lo tanto, es necesario que ya sea mediante una nueva Ley de Arbitraje o mediante la reforma a la LAM se establezca una causal de nulidad relativa a la existencia y validez del convenio arbitral.⁷⁸⁶ Adicionalmente, las causales de nulidad contempladas en la LAM presentan vacíos para proteger eficientemente el debido proceso,⁷⁸⁷ como se explicará en detalle.

784 Curtina, "Judicial Review of Arbitration Awards": 57.

785 Art. 34, num 2, Ley Modelo: "El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el art. 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el art. 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado".

786 En tal sentido, parece adecuada la propuesta incluida al respecto por el proyecto de ley preparado por César Coronel Jones, en lo relativo a la inclusión de la siguiente causal de nulidad: "a) Que una de las partes en el convenio arbitral [...] estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley ecuatoriana".

787 César Coronel Jones, "Presente y futuro del arbitraje en el Ecuador: Hacia una nueva ley", <<http://www.latinarbitrationlaw.com/presente-y-futuro-del-arbitraje-comercial-en-el-ecuador-hacia>

En forma previa al análisis de las deficiencias del régimen actual de causales de nulidad para precautelar los elementos del debido proceso arbitral, cabe considerar que en los pronunciamientos de las cortes estatales ecuatorianas se detectan algunos criterios disímiles sobre el alcance de las causales de nulidad de los laudos arbitrales e inclusive sobre el carácter taxativo de las mismas. Por ejemplo, la CNJ, defendiendo implícitamente el principio de intervención judicial mínima, ha promovido una interpretación restrictiva de las normas que regulan la acción de nulidad.⁷⁸⁸ Este criterio se complementa con el de taxatividad de las causales de nulidad del laudo, que como ha quedado anotado, está muy presente en la incipiente jurisprudencia sobre nulidad del laudo arbitral.

Sin embargo, excepcionalmente, algunas sentencias expedidas por la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, a la luz de un ejercicio interpretativo denominado *sistematización de las causales de nulidad*, definieron una línea de interpretación extensiva de las causales de nulidad. En este sentido, sostuvieron que los literales del art. 31 de la LAM “no se leen aislados sino desde el contexto normativo aplicable, de tal manera que para especificar el género contenido en las causales del art. 31 de la LAM se puede recurrir al marco constitucional y legal aplicable para determinar todo su alcance”.⁷⁸⁹ Bajo esta línea de razonamiento en ciertas sentencias se redimensionó el contenido de las causales de nulidad del laudo arbitral contempladas en la LAM, de tal forma que cualquier infracción procesal podía enmarcarse en las mencionadas causales, como se aprecia en el siguiente cuadro:

una-nueva-ley/>, consulta: 4 de abril de 2015 (sosteniendo con relación a la acción de nulidad que “las causales son insuficientes y están redactadas con ambigüedad”).

788 Res. 154-2010, 2 de marzo de 2010, CNJ, Sala de Conjuces Permanentes de lo Civil, Mercantil y Familia: “los casos en que el arbitraje deriva en la Función Judicial son de excepción y deben estar expresamente establecidos en la ley especial de la materia; y justamente, uno de esos casos de excepción es la acción de nulidad de laudo arbitral. Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que la interpretación de las normas que regulan dicha acción debe ser de tipo restrictiva, sin dar paso a la aplicación supletoria de normas ni analogías y teniendo siempre como horizonte uno de los principales objetivos del arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, que es la celeridad en la solución de los conflictos”.

789 Ver las siguientes sentencias expedidas por la PCJP: de 30 de abril de 2013, juicio 87-2012; de 2 de mayo de 2013, juicio 14-2008-BL; de 26 de junio de 2013, juicio 84-2012.

CAUSALES PREVISTAS EN EL ART. 31, LAM	ALCANCE CONFERIDO POR ALGUNAS SENTENCIAS PCPJ⁷⁹⁰
<p>“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.”</p>	<p>“Acarrea la conculcación de”:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La garantía del debido proceso que proscribe la indefensión y asegura la defensa en toda etapa del procedimiento (art. 75 y 76, num. 7, lit. a CRE); - La finalidad garantista que debe orientar la aplicación de normas procesales (art. 29, COF) y; - La solemnidad sustancial de la citación del demandado con la legitimidad de personería acreditada, cuya omisión genera la nulidad del proceso (Art. 344 y 346, num. 3 y 4, CPC).
<p>“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.”</p>	
<p>“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.”</p>	<p>“Deviene en el irrespeto de”:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El principio constitucional de seguridad jurídica (art. 82, CRE) también previsto legalmente (art. 25, COFJ) y; - La solemnidad sustancial de notificación del período probatorio y la sentencia cuya omisión origina nulidad de la causa (art. 344 y 346 num. 5 y 6, CPC).
<p>“d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.”</p>	<p>“Deriva en la violación de”:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La garantía constitucional del debido proceso de la motivación jurídica (art. 76, num. 7, lit. l de la CRE); - El principio constitucional de la intermediación (art. 169, CRE); - La exigencia constitucional de materia transigible para el arbitraje (art. 190, CRE) y; - Del principio dispositivo establecido legalmente (art. 19, COFJ), “configurándose la nulidad pues no se argumenta los principios y normas jurídicas pertinentes a los antecedentes de hecho no existiría la motivación” (art. 76, num. 7, lit. l de la CRE).”
<p>“e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.”</p>	<p>“Ocasiona la vulneración de”:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La garantía constitucional del proceso de juez natural y observancia del trámite propio de cada procedimiento (art. 76, num. 3, art. 76, num. 7, lit. k, CRE); - El principio de juridicidad en cuanto al sometimiento del juzgador a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley (art. 172, CRE); - El principio de configuración legal de la competencia jurisdiccional (art. 178, CRE); - El principio de estricta legalidad (art. 226, CRE) y; - art. 7, 8, 15, 150 y 157 del COFJ, art. 1, 5, 18, 19, 344 y 346 CPC, “con lo cual se configura que la jurisdicción, competencia y la adecuada integración del tribunal arbitral son solemnidades sustanciales cuya omisión produce la nulidad del proceso.”

Bajo este razonamiento, la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha admitió en varios casos la nulidad de laudos arbitrales al margen de las causales establecidas en la LAM y adicionalmente, pretendió sustentar la legalidad de la revisión de asuntos de fondo ya resueltos por los tribunales arbitrales, argumentando, por ejemplo, que el tribunal arbitral concluyó erróneamente que existió voluntad de las partes de someterse a arbitraje y que debió aplicar la figura del silencio administrativo;⁷⁹¹ que existieron falencias en el razonamiento del tribunal arbitral para valorar la mala fe de uno de los litigantes y la consiguiente condena en costas así como en su decisión sobre la excepción de ilegitimidad de personería;⁷⁹² que el tribunal incurrió en un error al haberse apartado del criterio de la perito designada y al obviar ordenar la aclaración de un informe pericial.⁷⁹³ Aunque en sentencias posteriores de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha ha sido posible observar ordinariamente un retorno a una interpretación restrictiva de las causales de nulidad de los laudos arbitrales –con ciertas excepciones en 2017–⁷⁹⁴ la CC ha llamado la atención sobre el tema, al sostener que “la temática relacionada a la nulidad no se agota únicamente en una determinada disposición legal sino mediante la labor interpretativa teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico se incluyen y vinculan otras”.⁷⁹⁵

La especificidad de las normas que gobiernan el proceso arbitral exige que las circunstancias que pueden provocar la nulidad en los juicios ordinarios no se trasladen automáticamente al régimen de nulidad de los laudos.⁷⁹⁶

791 Sentencia de 2 de mayo de 2013, PCPJP, juicio de nulidad de laudo arbitral 14-2008-BL (enmarcando estas “faltas” en los literales e) y d), art. 31, LAM).

792 Sentencia de 30 de abril de 2013, PCPJP, juicio de nulidad de laudo arbitral 87-2012 (decidiendo que el laudo incurrió en el lit. d), art. 31, LAM al no haber existido mala fe de una parte condenada en costas así como que existió la omisión de la solemnidad sustancial prevista en el num. 3 del art. 346 del CPJC, al no haberse acogido en el laudo la excepción de ilegitimidad de personería, y adicionalmente, que cuando los árbitros fallan sobre materia no transigible incurrir también en el lit. d), art. 31, LAM). En este sentido, ver también sentencia de 23 de enero de 2014, PCPJ Santo Domingo de los Tsáchilas, juicio 23100-2014-0001b (invocando el art. 346, CPC a fin de declarar la nulidad de un laudo arbitral).

793 Sentencia de 26 de junio de 2013, PCPJP, juicio 84-2012 (concluyendo que el laudo incurrió en la causal d), art. 31, LAM).

794 Sentencia de 29 de agosto de 2017, PCPJP, juicio de nulidad de laudo arbitral 17100-2017-000005 (declarando la nulidad del laudo por considerar que el tribunal no trató la existencia de un posible caso de fuerza mayor ni “la cláusula de asumir el riesgo” aludida en audiencia por la defensa de la demandada, estimándose por el PCPJP que existió una violación del lit. d) del art. 31, LAM, lo que en mi criterio implica un inadmisibles cuestionamiento sobre el fondo de la resolución arbitral) y sentencia de 1 de septiembre de 2017, PCPJP, juicio No. 17100-2017-00008 (declarando nulidad del laudo por una negativa de práctica de prueba, que el PCPJQ encontró violatoria de la garantía de motivación, a pesar de haber sostenido el tribunal que la prueba era improcedente e impertinente).

795 Sentencia 302-15-SEP-CC, 16 de septiembre de 2015, ROS, No. 725, 4 de abril de 2016.

796 Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 219.

En este sentido –y a fin de evitar giros jurisprudenciales tan notables, que provocan un ambiente de inseguridad jurídica–, la LAM debería explicitar el carácter taxativo de las causales de nulidad del laudo arbitral, como lo ha hecho por ejemplo la Ley de Arbitraje española,⁷⁹⁷ e incluir otras causales de nulidad, a fin de eliminar la distancia que al momento se percibe entre CRE y LAM, idea en la que es imprescindible abundar posteriormente.

A continuación, se analiza la suficiencia de las causales de la acción de nulidad para proteger los elementos del debido proceso que quedaron definidos en la primera parte de este capítulo.

La acción de nulidad como garantía del derecho a ser juzgado por árbitros independientes e imparciales

La posibilidad de que la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros sea considerada como causal suficiente para interponer una acción de nulidad del laudo arbitral no aparece claramente delineada ni en el derecho local ni el derecho comparado. Para algunos, la falta de cumplimiento de la obligación de revelar posibles conflictos de interés por parte de los árbitros así como la falta de aceptación de la recusación, permitiría a la parte interesada plantear una acción de nulidad del laudo.⁷⁹⁸ Dado que la mayoría de legislaciones no prevén explícitamente como causal de anulación la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros, quienes promueven la posibilidad de la nulidad del laudo en este supuesto lo hacen a la luz de una interpretación amplia de las otras causales de nulidad.⁷⁹⁹

797 Art. 41, num. 1, Ley de Arbitraje, España: “1. El laudo *solo podrá ser anulado* cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe”. Ver también Cerdón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 95 (explicando cómo esta redacción está encaminada a evitar posibles interpretaciones analógicas).

798 Ver por ejemplo Cerdón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 144 (explicando que la Ley española dispone la posibilidad de que en caso de no prosperar la recusación, la parte la parte recusante puede “hacer valer la recusación al impugnar el laudo” (art. 18, num. 3), es decir, mediante la acción de nulidad; comentando adicionalmente, cómo este mecanismo difiere del establecido en el art. 13 de la Ley Modelo, que prevé la posibilidad de acudir directamente a los tribunales frente a la decisión desestimatoria de la recusación y concluyendo que la intención del legislador español ha sido sacrificar la certidumbre en la definición de imparcialidad a fin de evitar el uso con fines dilatorios de la posibilidad de acudir ante los jueces).

799 *Ibid.*, 145 (sosteniendo que la acción de nulidad del laudo arbitral por falta de imparcialidad de los árbitros puede ampararse ya sea en la causal relativa a que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral, no se ajusten al convenio entre las partes –art. 41, num. 1, lit. d, Ley de Arbitraje, España–, o en la relativa a violación del orden público –art. 41, num. 1, lit. f–); Alonso, “Transparencia en la designación de árbitros y la prevención de conflictos de intereses”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 29 (enero de 2013): 13; Silvia Barona Vilar, “De la anulación y de la revisión del laudo”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1743-8 (analizando jurisprudencia española en la cual la violación del orden público está vinculada con la vulneración de garantías fundamentales establecidas en el texto constitucional, entre ellas la falta de independencia e imparcialidad).

De hecho, como se ha evidenciado previamente, algunas sentencias de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, han enmarcado la violación del derecho a la independencia e imparcialidad de los juzgadores en la causal del art. 31, lit e), LAM (violación de procedimientos legales o contractuales para designar a los árbitros o constituir el tribunal arbitral).⁸⁰⁰ Por otro lado, se encuentra la apreciación de las causales de nulidad como *numerus clausus*, necesario para preservar la seguridad jurídica en torno a los laudos arbitrales y evitar que los mismos sean desconocidos arbitrariamente, razonamiento que lleva a sostener que bajo la definición de causales de nulidad en la legislación vigente, la falta de independencia o imparcialidad no es razón para anular el laudo.

La independencia e imparcialidad de los árbitros debe garantizarse, en un primer momento mediante la obligación de revelar eventuales conflictos de interés por parte de los árbitros. De detectarse el incumplimiento de la obligación de revelación y de haberse referido tal omisión a un hecho que razonablemente induzca a cuestionar la independencia e imparcialidad de los árbitros, debe entenderse que existe motivo suficiente para la recusación, y únicamente en el caso de que el proceso de recusación haya resultado infructuoso, debería poder plantearse la acción de nulidad.⁸⁰¹ Este mecanismo, tiene por objeto articular la recusación, como la garantía por excelencia de la independencia e imparcialidad de los árbitros y la acción de nulidad, como garantía subsidiaria para proteger este derecho. A este fin, es necesario insistir en la conveniencia de que la LAM acoja un sistema de cláusula abierta para excusas y recusaciones de los árbitros y de que, paralelamente, se incluya una causal en la LAM que explicita la configuración de una causal de nulidad únicamente en casos de recusaciones que a pesar de haberse planteado oportunamente fueron rechazadas.

La acción de nulidad como garantía del derecho a ser juzgado por árbitros competentes

- *El debate sobre la aplicación del art. 31, lit. e)⁸⁰² LAM a fin de precautar el derecho a ser juzgado por árbitros competentes*

En el contexto jurídico nacional la posibilidad de que la acción de nulidad del laudo arbitral se fundamente en la falta de competencia del tribunal

800 Ver nota 789.

801 Coincido en este punto con Córdón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 145. Ver también Alonso, "Transparencia en la designación de árbitros", 13.

802 Causal relativa a la violación de "los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral".

arbitral también ha admitido interpretaciones contradictorias por parte de la justicia estatal. Como se explicó, en la mayoría de casos, las judicaturas ordinarias han tendido hacia una interpretación restrictiva de las causales de nulidad previstas en el art. 31, LAM, y consecuentemente, a negar que la falta de competencia sea una causal para anular el laudo por no encontrarse expresamente prevista en el mencionado artículo.⁸⁰³ Sin embargo, excepcionalmente, algunas sentencias han arribado a la conclusión contraria,⁸⁰⁴ principalmente aquéllas que bajo el ejercicio de *sistematización de las causales de nulidad*, mencionado anteriormente, sostuvieron que la causal e) del art. 31 ocasionaría la violación de la garantía del debido proceso al juez natural –uno de cuyos componentes es el derecho al juez competente– y de la observancia del trámite propio de cada procedimiento (art. 76, num. 3, parte final y art. 76, num. 7, lit. k), CRE.⁸⁰⁵ Adicionalmente, como se mencionó, la CC ha sostenido que los jueces que conocen la acción de nulidad, no deben restringirse a las causales previstas en el art. 31 LAM, sino que podrían evaluar también la falta de competencia del tribunal arbitral.⁸⁰⁶ A

803 Ver por ejemplo: Sentencia de 17 de febrero de 2014, juicio de nulidad de laudo 21-02, CAM-CCQ, CPJP: “Quinta Sala: Sin claridad, la recurrente o accionante pretende alegar que el Tribunal Arbitraje actuó sin competencia. No le corresponde a esta Sala el decidir sobre esta materia. De conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación (art. 22) la resolución sobre la competencia del Tribunal es exclusiva y única de tal Tribunal, en la audiencia de sustanciación. En tal instante procesal le corresponde al Tribunal de Arbitraje analizar detenida y motivadamente sobre su propia competencia y declararse competente para conocer sobre el litigio. En tal resolución es obligatorio para el Tribunal expresar los asuntos sobre los cuales va a decidir y excluir aquéllos sobre los cuales se considere incompetente. La resolución que toma el Tribunal surte efectos irrevocables y por lo mismo no puede ser discutida ni analizada posteriormente, ni aun en el laudo. Por consiguiente decidida por el Tribunal su competencia y determinados, en esa resolución, los asuntos sobre los cuales va a conocer, tales son las materias o cuestiones sobre las que debe decidir, sin que pueda hacerlo sobre otras, pues ello sería decidir sobre asuntos no sujetos al arbitraje”; y sentencia de 24 de junio de 2010, juicio 2009-02903, CPJP, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales, nulidad de laudo 15-05 CAM-CCQ: “Esta declaración de competencia corresponde exclusivamente a los árbitros por el principio de *Kompetez-Kompetez*, [...] en el Ecuador no se le puede plantear [la acción de nulidad] alegando incompetencia de los árbitros, pues tal incompetencia no está prevista en la Ley de Arbitraje como una de las cinco causales de nulidad del laudo que en ella se contempla, las que son taxativas y excluyen a las causales de nulidad previstas en el Código de Procedimiento Civil, entre las que se encuentran la de competencia del juez o Tribunal, en el juicio que se ventila”.

804 Sentencia de 2 de mayo de 2013, juicio 14-2008-BL, PCJP (aceptando la nulidad del laudo arbitral 16-2006 CAM-AMCHAM con fundamento en los lit. d) y e), art. 31, LAM).

805 Ver las siguientes sentencias de PCJP: de 30 de abril de 2013, juicio 87-2012; de 2 de mayo de 2013, juicio 14-2008-BL; de 26 de junio de 2013, juicio 84-2012.

806 Sentencia 302-15-SEP-CC, 16 de septiembre de 2015, ROS, No. 725, 4 de abril de 2016: “los jueces ordinarios estaban obligados a verificar la supuesta jurisdicción y competencia de los árbitros a la luz del art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, toda vez que, esta fue una de las cuestiones controvertidas durante el proceso arbitral y nulidad”.

nivel doctrinario, Alejandro Ponce Martínez defiende también la posibilidad de impugnar la falta de competencia mediante acción de nulidad.⁸⁰⁷

Sin embargo, a fin de garantizar la vigencia del principio de intervención judicial mínima, necesario para el desarrollo fluido de los procesos arbitrales, debe mantenerse el criterio de que las causales previstas actualmente en el art. 31, LAM tienen carácter tasado y de interpretación restrictiva, lo que me lleva a concluir que la falta de competencia no está prevista actualmente como una causal para interponer la acción de nulidad. Lo que hace falta, es reformular el catálogo de causales de nulidad de laudos arbitrales consagrado en la LAM, e incorporar una relativa a la falta de competencia.

- *¿Cabe invocar la nulidad de un laudo expedido extemporáneamente por falta de competencia del tribunal arbitral?*

Como un asunto directamente vinculado con la temporalidad de la jurisdicción arbitral, cabe cuestionarse si es conveniente que se especifique como causal de nulidad la expedición de un laudo fuera del término fijado por la LAM o por convenio entre las partes. Bajo la normativa vigente, la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha ha sostenido que “no es atribución de esta Autoridad revisar el fondo del pronunciamiento emitido por el Tribunal, ni el tiempo en que se lo ha hecho, puesto que dentro de las causales de nulidad contempladas en el art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación no consta ninguna que se refiera a la falta de competencia o al tiempo de emisión del laudo”.⁸⁰⁸

Para un sector de la doctrina, el fenecimiento del término legal o convencional para la expedición del laudo ocasiona la pérdida de jurisdicción de los árbitros⁸⁰⁹ y consiguientemente, justifica la nulidad del laudo, como se ha contemplado, por ejemplo, en las actuales legislaciones de Perú⁸¹⁰ o

807 Ponce Martínez, “Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana”, 454: “Si el tribunal arbitral se equivocó en cuanto a su propia 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”.

808 Sentencia de 17 de noviembre de 2014, PCPJP, juicio 17100-2014-00038.

809 Ver por ejemplo María Fernanda Vásquez Palma, “Revisión de la competencia del árbitro con relación al tiempo y a la materia”, *Ius et Praxis* 16, No. 2 (Talca: 2010): 443-60, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200016>, consulta: 15 de abril de 2015 (citando sentencias chilenas que conceden la nulidad del laudo arbitral por haberse expedido fuera del término legal o convencional).

810 Art. 63, lit. g), Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú: “El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: g. Que la controversia ha

Colombia,⁸¹¹ o como se ha sugerido en el proyecto de nueva Ley de Arbitraje ecuatoriana elaborado por César Coronel Jones,⁸¹² sometido a discusión en el foro local. En este sentido, la sanción de nulidad de los laudos arbitrales se configura no solo como un remedio frente al incumplimiento de una garantía procesal, sino como un mecanismo de presión sobre los árbitros para que estos procedan con mayor diligencia y cuidado y controlen las tácticas dilatorias que las partes pueden estar tentadas a utilizar.

Sin embargo, otras posiciones han promovido la eliminación de la causal de nulidad relativa a la extemporaneidad el laudo, como puede apreciarse en la Ley Modelo. En la búsqueda de economía procesal, se han creado mecanismos más flexibles de prórroga del plazo para dictar laudos, ya sea por la entidad que administra el proceso, por las partes –de forma expresa o tácita–, e inclusive por los propios árbitros.⁸¹³ Bajo esta última perspectiva, la nulidad del laudo arbitral resulta el remedio legal más ineficiente ante el vencimiento del término legal o convencional para la expedición del laudo, pues obliga a la constitución de otro tribunal arbitral y al desperdicio de recursos importantes. Al respecto, si bien es necesario buscar fórmulas más flexibles a fin de evitar que el fin esencial del proceso arbitral –que es la solución del conflicto entre los justiciables– se vea frustrado, desde un punto de vista lógico, no puede desconocerse que una vez expirado el término para dictar el laudo, los árbitros carecen de competencia.⁸¹⁴

Bajo esta consideración, la expedición del laudo fuera de término (inicial o prorrogado de acuerdo al art. 25, LAM)⁸¹⁵ debería ser considerada como una causal para solicitar la nulidad del laudo, pero tal causal no po-

sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral”.

811 Art. 41, num. 6, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia: “Son causales del recurso de anulación: 6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral”.

812 Art. 63, lit. g), Proyecto de Ley de Arbitraje, planteado por César Coronel Jones, que en esta parte transcribe lo dispuesto en el citado art. 63, lit. g) de la Ley de Arbitraje de Perú.

813 Caivano, *El control judicial en el arbitraje*, 204-5 (haciendo un análisis de derecho comparado, manifiesta que la extensión del término para laudar por parte de las entidades que administran el arbitraje es un recurso frecuentemente utilizado, mientras que la posibilidad de que los árbitros sean quienes prorroguen el término despierta resistencia). Ver también Vásquez Palma, “Revisión de la competencia del árbitro con relación al tiempo y a la materia”, s. p. (explicando que en el contexto chileno, se ha entendido que puede tener lugar una prórroga tácita del término para expedir el laudo, cuando ambas partes realizan actuaciones y diligencias sin reclamar el vencimiento).

814 En este sentido ver Elías Campo Villegas, “¿Hacia el arbitraje de plazo indefinido?”, Tribunal Arbitral de Barcelona, edit., *Anuario de justicia alternativa*, No. 11 (Barcelona: J. M. Bosch, 2011), 36-7.

815 Art. 25, inc. 2, LAM: “El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio”.

dría invocarse en el supuesto de que las partes, de forma expresa o tácita –por ejemplo, por haber presentado escritos reconociendo la competencia del tribunal– hayan admitido una prórroga de la competencia, incluso más allá del término legal o convencional. Más allá de la potestad de los árbitros para prorrogar por una sola vez su competencia admitida en el art. 25, LAM, no es conveniente que una vez vencido el nuevo término para expedir el laudo, los árbitros deban tener nuevas facultades para prorrogar su competencia, pues la práctica ha demostrado que muchos tribunales extienden los términos para pronunciarse sobre lo principal de la causa más allá de lo necesario, con la consiguiente afección al derecho a la tutela efectiva de los justiciables.

Sintetizando lo dicho hasta el momento, cabe reiterar que es necesario contemplar expresamente la posibilidad de nulidad del laudo arbitral por falta de competencia.

La acción de nulidad como garantía de los derechos de contradicción y de igualdad de armas

- *La aplicación de los literales a), b) y c) del art. 31, LAM⁸¹⁶ para garantizar los derechos de contradicción y de igualdad de armas*

Como he anotado, los derechos de contradicción y de igualdad de armas, como elementos del derecho de defensa, se garantizan ampliamente en el art. 31 de la LAM, especialmente mediante las causales incorporadas en los literales a) b) y c).

Algunos pronunciamientos judiciales han establecido lineamientos importantes para la aplicación de estas causales. En primer lugar, no se trata de sancionar con nulidad cualquier infracción procesal que lesione los derechos de contradicción e igualdad de armas. Las faltas deben ser de tal relevancia que realmente coloquen a una de las partes en situación de indefensión.⁸¹⁷ En el caso de falta de citación con la demanda, la omi-

816 Relativas a: a) falta de citación que haya impedido que el demandado deduzca excepciones o haga valer sus derechos; b) falta de notificación a las partes con las providencias del tribunal, de tal forma que se impida o limite el derecho de defensa; c) falta de convocatoria o falta de práctica de pruebas convocadas, a pesar de existir hechos que deben probarse. Entre estas tres causales, la establecida en el lit. c) suele ser la que se invoca con mayor frecuencia.

817 Ver sentencia de 6 de octubre de 2009, CPJP, Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, acción de nulidad de laudo 049-02 CAM-CCQ: “se debe tomar en cuenta que la Corte Suprema ha sostenido, a través de fallos de triple reiteración, que para que exista nulidad la omisión debe ser trascendente, es decir afectar a la resolución del proceso y producir la indefensión de una de las partes. [...] En este caso la falta de la audiencia de estrados no afecta a la decisión del proceso y tampoco se puede sostener que el no haberse escuchado la intervención con alegaciones orales de las que no queda constancia en el proceso

sión debió provocar que el demandado no haya comparecido al juicio, y de llegar a comparecer al proceso arbitral, el demandado debió reclamar por tal falta. Las causales previstas en los literales b) y c) del art. 31, LAM no exigen a la parte perjudicada que haya reclamado en el curso del proceso,⁸¹⁸ aunque algunos pronunciamientos de la justicia ordinaria sí han destacado la necesidad de que la parte que invoca la nulidad no la haya provocado.⁸¹⁹ La posición más acorde con la transparencia y lealtad procesal, que debería ser incorporada al ordenamiento jurídico nacional, es que, la nulidad del laudo por falta de notificación de providencias que hayan impedido el derecho de defensa o por falta de convocatoria a pruebas o de práctica de las mismas, puede ser planteada exclusivamente por los justiciables que reclamaron durante el proceso por tales omisiones del tribunal arbitral. Sin haber existido tal reclamo, resulta lógico presumir que las faltas no fueron relevantes para el ejercicio del derecho de defensa de la parte afectada, o que esta última, prefirió construir un argumento para la posterior nulidad del laudo, antes que litigar lealmente. La nulidad, en este caso, también debe ser apreciada a la luz del principio de trascendencia, es decir de la posibilidad que la omisión de la notificación tenga para incidir en la resolución de la causa.

Adicionalmente, es necesario recordar que la justicia estatal ha destacado acertadamente que el derecho de las partes a probar no se limita de manera alguna por el rechazo de prueba impertinente, cuya calificación le corresponde al tribunal arbitral⁸²⁰ y que, ordinariamente, se ha negado a

produzca indefensión". En contra, ver la sentencia de 1 de septiembre de 2017, PCPJP, juicio No. 17100-2017-00008.

818 En contraste, ver art. 6, Ley de Arbitraje, España: "Si una parte conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello, o en su defecto, tan pronto como sea posible, se considera que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley". Para una revisión de las dificultades que plantea esta norma en la práctica arbitral española, ver Barona Vilar "De la anulación y de la revisión del laudo", 1667-8.

819 Ver sentencia de 17 de diciembre de 2014, PCPJP, juicio 17100-2013-000081. En este caso se reclamaba la nulidad del laudo arbitral por no haberse practicado un peritaje médico después de haber sido ordenado, debido a la falta de respuesta del perito designado. La PCPJP resolvió lo siguiente: "en este caso concreto la parte interesada tenía la obligación de insistir y proveer al Tribunal Arbitral el nombre de otro profesional médico para la realización del peritaje médico, tanto más si este era considerado de gran importancia para las pretensiones de la parte interesada, y más bien, ha sido el propio Tribunal Arbitral el que ha insistido, ha impulsado para su evacuación, y finalmente, no se la llevó a cabo".

820 Ver las siguientes sentencias de la PCPJP: de 10 de diciembre de 2008, nulidad de laudo 016-06, CAM-CCQ: "La calificación de la pertinencia y procedencia de la prueba pedida por las partes, constituye una obligación de Jueces y Tribunales y no se puede, bajo ninguna circunstancia, calificarse como omisión". Ver también sentencias de 3 de septiembre de 2010, CPJP, nulidad de laudo 07-07, CAM-CCQ: "El juez no está obligado a practicar todas las

revalorar la prueba analizada en arbitraje.⁸²¹ Excepcionalmente, en limitadas ocasiones, la justicia ordinaria sí ha revalorado la prueba inicialmente conocida por los tribunales arbitrales,⁸²² asumiendo sin fundamento el rol de un órgano jerárquicamente superior.

En conclusión, si bien podría establecerse que para la procedencia de las causales previstas en los literales b) y c) del art. 31, LAM, el justiciable debió haber reclamado oportunamente las omisiones procesales a las que las mencionadas causales se refieren, el ejercicio del derecho de defensa, en sus facetas de derecho a la contradicción y derecho a la igualdad de armas, se encuentra debidamente garantizado por las causales previstas de la acción de nulidad y regularmente, los pronunciamientos de la justicia estatal han respetado la facultad de los árbitros para calificar y valorar la prueba, con excepción de algunos casos en los que, desnaturalizando la acción de nulidad, se ha procedido a la revalorización de la prueba.

- *La aplicación del literal d) del art. 31, LAM para garantizar el derecho de contradicción*

La causal prevista en el lit. d) del art. 31 –la más frecuentemente invocada por los justiciables que persiguen la nulidad del laudo arbitral–, permite

pruebas que le sean solicitadas por las partes” y de 31 de marzo de 2010, causa 173-2006.-B.L, PCPJP, nulidad de laudo 060-04, CAM-CCQ: “cuando el Tribunal de Arbitraje no consideró necesaria la declaración del testigo Yoav Adar [...], nos encontramos frente al ejercicio de una de las facultades establecidas en la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación a favor del Tribunal de Arbitramento y por ello, su actuar se adecua con lo prescrito en la Ley, por lo que concluye que no se ha violentado el derecho del demandado en el juicio arbitral de solicitar y practicar pruebas, aunque haya existido una limitación a la práctica de las llamadas diligencias para mejor proveer”.

821 Ver las siguientes sentencias de la PCSJQ, de 14 de mayo de 2007, nulidad de laudo 14-04 CAM-CCQ y de 23 de enero de 2008, nulidad de laudo 11-06 CAM-CCQ: “es necesario aclarar que el juez jerárquico superior al Tribunal Arbitral, no es el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, quien es únicamente Juez de la acción de nulidad de los laudos arbitrales, y carece de potestad legal para reexaminar y revalorar la actuación probatoria de las partes ante el Tribunal Arbitral”.

822 Sentencia de 27 de abril de 2007, CSJQ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, nulidad de laudo 046-02 CAM-CCQ: “[los árbitros] no repararon ni tomaron en cuenta que la falta de firma y rúbrica de responsabilidad en el informe pericial del perito designado [...] carece de valor legal y por consiguiente lo convierte en inexistente, máxime si este informe se basaba en fotocopias simples que adolecen de todo valor probatorio. En concreto, si el presente laudo es fundado en derecho y se ha pretendido justificar los hechos con diligencia probatorias que carecen de eficacia es obligación, tanto de los árbitros como de los juzgadores el fijar taxativamente los medios de pruebas, establecer las reglas lógicas impuestas por la Ley, la doctrina y la jurisprudencia, determinando las normas para su admisión y aplicación como también lo establece el art. 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación que dice: “En todo lo que no esté previsto en esta ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio, siempre que se trate de arbitraje en derecho”.

la anulación de la decisión de los árbitros que incurre en los vicios de ultra y *extra petita*.⁸²³ Estos son vicios de incongruencia del laudo arbitral que pueden entrañar una violación del principio de contradicción, y por ende, del derecho de defensa, al generar una resolución ajena al debate entre las partes.⁸²⁴ Los laudos afectados por estos vicios entrañan también un exceso de los árbitros con relación a su competencia.⁸²⁵

En función del principio *iura novit curia*, no incurre en esta causal de nulidad el laudo que, limitándose a resolver sobre las pretensiones y excepciones de las partes, no se atiene a los fundamentos jurídicos invocados por ellas.⁸²⁶ Adicionalmente, la causal prevista en el mencionado lit. d) del art. 31, LAM debe suponer una modificación sustancial del objeto procesal y no una simple diferencia entre la literalidad de lo pretendido y de lo concedido, como acertadamente ha sostenido la PCPJP.⁸²⁷

Con el objetivo de salvaguardar la economía procesal, lo más razonable es que si el laudo está afectado por un vicio ultra o *extra petita*, exista un mecanismo que permita acudir ante el tribunal arbitral que lo dictó, a fin de que este pueda corregir estos vicios en un tiempo prudencial, tal como se ha previsto en la legislación peruana,⁸²⁸ e inclusive permitir que durante

823 Sentencia en GJ, Año CVIII, S. XVIII, No. 3, 884: "Tercero: [...] Constituye *ultra petita* cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre los puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de *extra petita* [...] estos vicios implican in consonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas. Por lo tanto, para determinar si existe uno de estos vicios, el tribunal, deberá realizar la comparación entre el *petitum* de la demanda, las excepciones y reconvenções presentadas y lo resuelto en la sentencia".

824 Fernández Segado, "Derecho a la jurisdicción": 78-9.

825 Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 206: "Desde que la jurisdicción arbitral implica una renuncia de las partes a ser juzgadas por los jueces estatales, al fallar ultra o *extra petita* los árbitros estarían asumiendo una jurisdicción de la que carecen, porque no les ha sido delegada para resolver esos puntos sino otros".

826 Fernández Segado, "Derecho a la jurisdicción": 78.

827 Sentencia de 6 de marzo de 2009, PCPJP, nulidad de laudo 023-06, CAM-CCQ: "el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador solo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercidas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatidas en el proceso, más aun cuando se trata de arbitraje en equidad".

828 Art. 58, lit. d), Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú: "d) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje".

el tiempo en el cual las partes pueden solicitar esta corrección del laudo, los propios árbitros, oyendo previamente a las partes, puedan realizar los correctivos necesarios. En el caso ecuatoriano, únicamente es posible solicitar la ampliación o la aclaración de extremos oscuros del laudo, pero no es posible solicitar que se excluya del laudo un pronunciamiento que resulte contrario a la litis sometida a conocimiento del tribunal. De implementarse este mecanismo en la propia sede arbitral, debería ser factible interponer la acción de nulidad únicamente en el caso de que el tribunal que expidió el laudo no enmendare tal vicio de incongruencia, a pesar de así haberse solicitado por la parte afectada. Adicionalmente, la justicia ordinaria debería, siempre que sea posible, declarar exclusivamente la nulidad *parcial* del laudo, que afecte exclusivamente a las decisiones que vicien la resolución del tribunal.⁸²⁹

En cuanto a la incongruencia omisiva del laudo, que se presenta cuando este deja de resolver uno o varios puntos sometidos a decisión de los árbitros –vicio *infra petita* o *citra petita*–, tal irregularidad no constituye en la LAM una causal de anulación del laudo, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones.⁸³⁰ El mecanismo procesal previsto en la legislación nacional para corregir estos problemas es la solicitud de ampliación del laudo. Únicamente, de no corregirse la incongruencia del laudo en sede arbitral, la ley debería permitir que la parte afectada persiga la nulidad del laudo, y para tal efecto, debería contemplar expresamente el vicio *infra petita* en el catálogo de causales. Si bien en algunos contextos se ha establecido que la causal relativa a los vicios *ultra* y *extra petita* contempla implícitamente el vicio *infra petita*,⁸³¹ considero que a fin de precautelar el principio de in-

829 Ver por ejemplo, Marianella Ledesma Narváez, *Jurisdicción y arbitraje*, 2a. ed. (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú -PUCP-, 2009), 184.

830 En Colombia, por ejemplo, el art. 41, num. 9, del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, permite la interposición del recurso extraordinario de anulación del laudo por “no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”. Sobre la situación en México ver Leonel Pereznieta Castro y James Graham, *Tratado de arbitraje internacional mexicano* (CDMX: Limusa, 2013), 315 (comentando que en el derecho mexicano, tanto el vicio *ultra petita* como el *infra petita* pueden sustentar la anulación del laudo). Por otro lado, Perú no contempla el vicio *infra petita* como causal de anulación del laudo el vicio *infra petita*. Esta legislación solo contempla como causal de nulidad de laudo el vicio *extra petita* (art. 63, num. 1, lit. d), y únicamente cuando se reclamó por el vicio al tribunal, siendo tal reclamo desestimado (art. 63, num. 2).

831 En Argentina ver Diego Alonso, “Proceso arbitral: El recurso de nulidad frente a las disposiciones de los reglamentos de arbitraje”, en <<http://www.latinarbitrationlaw.com/proceso-arbitral-el-recurso-de-nulidad-frente-a-las-disposiciones-de-los-reglamentos-de-arbitraje/>>, consulta: 6 de febrero de 2016, num. 24 (explicando que si bien en la legislación argentina, no se prevé al vicio *infra petita* como causal de anulación del laudo arbitral, la jurisprudencia y la doctrina de ese país han interpretado las causales existentes en el sentido de que también comprenden el vicio *infra petita*).

tervención judicial mínima, tal vicio debiera estar expresamente previsto para constituir una causal de nulidad del laudo.

En conclusión, la causal prevista actualmente en el lit. d) del art. 31, LAM, particularmente la referente al vicio *extra petita*, está orientada también a garantizar el derecho de defensa de las partes, al evitar que el laudo se pronuncie sobre un asunto que no fue debatido en el proceso. Sin embargo, es necesario que la ley permita que los vicios de incongruencia del laudo sean corregidos primero en sede arbitral y que, únicamente cuando esto no suceda, la parte que se considere perjudicada interponga la acción de nulidad, acreditando previamente que solicitó oportunamente la corrección de tales vicios. El mismo mecanismo debería ser observado también para vicios *infra petita*.

La acción de nulidad: ¿garantía idónea para resguardar el derecho a la motivación de los laudos arbitrales?

- *El debate sobre la aplicación del lit. d) del art. 31, LAM a fin de precautelar el derecho a la motivación de los laudos arbitrales*

En los contextos en los cuales se ha reconocido el deber de los árbitros de motivar sus laudos y el consecuente derecho de los justiciables a tal motivación, se han consignado diversas soluciones ante el incumplimiento de esta obligación. En algunos casos, como en Brasil⁸³² o Francia,⁸³³ junto con la obligación de motivar los laudos se ha previsto expresamente una causal de nulidad consistente en la ausencia de motivación. En otros, como en España, se ha admitido que la ausencia de motivación de un laudo arbitral puede justificar su anulación por violación del orden público procesal.⁸³⁴

832 Art. 26, num. II y 32, num. III, Ley 9307, 26 de septiembre de 1996, Disposiciones sobre arbitraje, Brasil: art. 26, num. II: "Son requisitos obligatorios del laudo arbitral: II. Los fundamentos de la decisión, donde serán analizadas las cuestiones de hecho y de derecho, mencionándose expresamente si la decisión es basada en equidad" y art. 32, num. III. "Será nulo el laudo o sentencia arbitral si: III. no contuviera los requisitos del art. 26 de la presente Ley".

833 Art. 1471 y 1480, Código de Procedimiento Civil, Francia: art. 1471: "El laudo arbitral deberá expresar sucintamente las pretensiones respectivas de las partes y sus fundamentos./ La resolución habrá de estar motivada" y art. 1480: "La infracción de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1471, [...] llevará aparejada la nulidad del laudo".

834 Barona Vilar, "Plazo, forma, contenido y notificación del laudo", 1499: "El tratamiento jurídico que en el ordenamiento se otorga a la motivación de la resolución, tanto desde el punto de vista legal como constitucional, pone de relieve que la insuficiencia o la inexistencia de motivación del laudo se convierte en un posible fundamento de atentado al orden público procesal, de manera que es posible denunciar este vicio por medio de la acción de anulación a que se refiere el legislador arbitral, y más concretamente fundándolo en el art. 41.1.f) de la LA/2003". Ver también Cordón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 95-6 (explicando que la generalidad de algunos supuestos de nulidad en la legislación española han permitido cobijar en su seno situaciones

En Inglaterra, la falta de motivación no acarrea la nulidad del laudo, y se permite a los jueces reenviar el laudo a los árbitros para que enuncien los fundamentos de su decisión.⁸³⁵ En otros países, como en Perú, aunque se ha previsto la obligación de motivar el laudo salvo disposición contraria de las partes, no se ha contemplado una causal de nulidad relativa a la falta de motivación, lo que ha originado un debate acerca de si la obligación de motivar los laudos puede invocarse a fin de que se declare la nulidad del laudo arbitral, con fundamento en la Constitución.⁸³⁶

En Ecuador, la LAM no contempla expresamente a la falta de motivación como una causal de la acción de nulidad del laudo arbitral. Consecuentemente, a la luz de la tesis del carácter taxativo de las causales, algunos podrían concluir que, en estricto derecho, la falta de motivación no puede entenderse como razón para la anulación de los laudos arbitrales.⁸³⁷ Sin embargo, como se ha mencionado, ciertas sentencias de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al aplicar el mencionado ejercicio de *sistematización de las causales de nulidad*, han sostenido a la luz de un ejercicio de interpretación extensiva del literal d) del art. 31, LAM, que la falta de motivación del laudo abre las puertas a su nulidad.

Desde mi perspectiva, cabe admitir que la falta de motivación de un laudo arbitral acarrea su nulidad, no por la interpretación extensiva de una de las causales actualmente previstas en la LAM, sino porque la nulidad de la resolución es la sanción explícitamente impuesta por la CRE (art. 76, num. 7, lit. I) ante la falta de motivación. Así lo ha sostenido la CC.⁸³⁸ Es evidente, por lo tanto, que en esta materia, la LAM debe adaptarse a la CE.

que no están expresamente previstas en la Ley, lo están en otros preceptos de su articulado, o se deducen de ellos, como es el caso de la motivación del laudo arbitral).

835 Art. 70, num. 4, Ley de Arbitraje, Inglaterra: "(4) Si en la interposición de la apelación o en la apelación la corte considera que el laudo (a) no contiene las razones del tribunal, o (b) no explica las razones del tribunal en detalle suficiente para permitir a la corte considerar propiamente la aplicación o la apelación, la corte puede ordenar al tribunal declarar las razones para su laudo en detalle suficiente para tal propósito".

836 Julio César Guzmán Galindo, "La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la Ley de Arbitraje peruana", *Revista de Arbitraje*, año III, No. 3, PUCP (septiembre de 2013): 35-40, <<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rc=t&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Farbitraje-pucp%2Farticle%2Fdownload%2F9385%2F9800&ei=AwTpVOSoA4aYgwTOgYOACQ&usq=AFQjCNGoVg60sF3Gyxsn2UdQctbjtV8fA>>, consulta: 21 de febrero de 2015; Enrique Palacios Pareja, "La motivación de los laudos y el recurso de anulación", *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 4 (2007): 327-42, <http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_4_2007.pdf>, consulta: 8 de enero de 2015; Bullard González, "Contenido del laudo", 611-32.

837 Schlaepfer y Cremades, "La motivación de los laudos", 1422.

838 Sentencia 302-15-SEP-CC, 16 de septiembre de 2015, ROS, No. 725, 4 de abril de 2016: "la falta de motivación en cualquier acto jurisdiccional, constituye causal de nulidad aunque no se

▪ *¿Debe ser la motivación defectuosa causal de nulidad del laudo arbitral?*

En el ámbito judicial, se ha admitido que vicios de la motivación, concretamente la contradicción o la incompatibilidad de argumentos esgrimidos en la sentencia, producen los mismos efectos que la ausencia de motivación.⁸³⁹ Con este antecedente, conviene analizar si el mismo razonamiento es aplicable con relación a los laudos arbitrales, es decir, si la motivación contradictoria o incompatible puede ser considerada como falta de motivación, y por lo tanto, como una causal para anular el laudo arbitral. Como un elemento relevante para el debate, debe considerarse la necesidad de evitar que la obligación de motivar los laudos devenga en un elemento desnaturalizador del sistema arbitral al abrir las puertas a la justicia estatal para la revisión indiscriminada de los méritos del laudo. En este sentido, algunos tratadistas⁸⁴⁰ y cierta jurisprudencia internacional,⁸⁴¹ postulan que el requisito de la motivación debe ser entendido con particular flexibilidad en el caso de los laudos arbitrales, posición a la que me adhiero plenamente.

Para algunos, la flexibilidad con la que debe apreciarse la motivación de los laudos arbitrales se justifica por la ausencia de un recurso de apelación,⁸⁴² que como se mencionó, es un rasgo constante en la mayoría de

encuentre expresamente contemplada en el art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; pero se halla prevista en el art. 76 numeral 7 literal 1 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 art. 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".

839 Ver sentencia en GJ, año C, S. XVII, No. 2, 363: "La Sala comparte el criterio de Sergi Guash Fernández (El hecho y el derecho en la casación civil, J. M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 444 y s.) quien, mediante el análisis de la importancia de la motivación nos conduce a concluir que la correcta interpretación de la causal quinta [del art. 3 de la Ley de Casación] impone analizar la resolución con su motivación, y de encontrarse que hay contradicción o incompatibilidad, se deberá anular el fallo recurrido y dictar el que corresponda".

840 Ver Barona Vilar, "Plazo, forma, contenido y notificación del laudo", 1500.

841 Ver por ejemplo Res. 336/2010, 7 de julio de 2010, Audiencia Provincial, Sevilla: "La jurisprudencia que interpreta el requisito de la motivación debe además ser aplicada con especial flexibilidad en el caso de los laudos arbitrales, puesto que si se hiciera una interpretación excesivamente amplia o rigurosa de la exigencia de motivación, equivaldría a permitir a los tribunales determinar si la motivación es correcta y ajustada a derecho, lo que abriría una vía que excedería de la competencia atribuida a los tribunales en orden a la anulación de los laudos, la cual se limita a examinar si concurre alguna de las causas de nulidad reguladas en el art. 41.1 de la Ley de Arbitraje, y de este modo la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo".

842 Ver Guillermo Lohmann Luca de Tena, "Interferencia judicial en los arbitrajes", *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 1 (Lima: 2005): 273: "en materia arbitral cuando el laudo no sea apelable, el deber de motivación no puede ser exigido con tanta severidad como en las resoluciones

legislaciones sobre arbitraje, incluyendo la ecuatoriana. Bajo esta premisa, los vicios de la motivación no tienen un remedio legal al optarse por el procedimiento arbitral.⁸⁴³ Este es un argumento relevante: cuando las partes escogen someterse al sistema arbitral, bajo las normas vigentes, lo hacen a sabiendas de que existen menos posibilidades de impugnación, inclusive ante eventuales deficiencias en la motivación, y justamente la ausencia de estos mecanismos de impugnación son los que prometen mayor celeridad en la solución del conflicto. Bajo esta óptica es que, por ejemplo, ante el vicio de contradicción en la parte considerativa de los laudos, “la mayoría de los derechos consideran que la contradicción de fundamentos no es, en sí, un motivo de anulación”.⁸⁴⁴ Ahora bien, de admitirse recurso de apelación contra los laudos arbitrales, cuya pertinencia he defendido bajo ciertas condiciones, tal recurso sería el remedio procesal para corregir los vicios en la motivación que podrían presentarse en el laudo y únicamente la ausencia total de motivación –no por motivación insuficiente o contradictoria– podría discutirse como causal de nulidad.

Para otro sector de la doctrina, los defectos severos en la motivación, como la contradicción de argumentos utilizados en el laudo, equivalen a la ausencia de motivación, y por lo tanto, pueden conducir a la anulación del laudo.⁸⁴⁵ Adicionalmente, en algunos contextos, se ha abierto paso la tesis de la posibilidad de anular excepcionalmente los laudos ante errores sustanciales de derecho, posición que en EUA se ha cobijado bajo la teoría de *manifest disregard of law*,⁸⁴⁶ que implica una valoración de los fundamen-

judiciales, fundamentalmente porque no hay doble instancia sobre el fondo”. Ver también Bullard, “Contenido del laudo”, 623.

843 Bullard, “Contenido del laudo”, 631: “no existe remedio para el laudo defectuosamente motivado [...] Se podrá decir que ello afecta el derecho de defensa porque no hay forma de revisar las motivaciones. Pero nótese que ello ocurre en cualquier procedimiento, incluso en el judicial. Si la última instancia en pronunciarse en el poder judicial, efectúa una motivación defectuosa, no hay vía para revisar su decisión, precisamente porque será la última instancia”; y González de Cossío, *Arbitraje*, 713.

844 Schlaepfer y Cremades, “La motivación de los laudos”, 1424. En contra, ver sentencia de 29 de agosto de 2017, PCPJP, juicio de nulidad de laudo arbitral 17100-2017-000005.

845 Ver González de Cossío, *Arbitraje*, 713, nota 54 (citando jurisprudencia francesa en este sentido). En contra, ver sentencia de 29 de agosto de 2017, PCPJP, juicio de nulidad de laudo arbitral 17100-2017-000005.

846 Michael Scodro, “Deterrence and Implied Limits on Arbitral Power”, *Duke Law Journal* 55, No. 3 (diciembre de 2005): 569-70 (enfaticando en la dificultad para definir el estándar de *manifest disregard of law*, y acudiendo para el efecto a la opinión del Segundo Circuito en 1986, dentro del caso *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. vs. Bobke*: “El evidente desconocimiento de la ley (*manifest disregard of the law*) por parte de los árbitros es una base judicialmente creada para anular el laudo arbitral, la cual fue introducida por la Suprema Corte en *Wilko* [...]. No se encuentra contemplada en la Ley Federal de Arbitraje [...]. Aunque los fundamentos de esta teoría no han sido nunca definidos, claramente significa más que un error o un malentendido

tos de los laudos. Buscando una salida intermedia, algunos proponen que la anulación del laudo por falta de motivación sea de tal naturaleza que no se permita a una revisión del fondo del laudo, sino “la estructura de la motivación, los argumentos en su conexión lógica y su coherencia con la decisión o fallo arbitral,”⁸⁴⁷ solución que, de todas maneras, lleva a una evaluación de los justificativos del laudo.

En el contexto jurídico nacional, los problemas atinentes a la calidad de la motivación de los laudos no deben ser fundamento para anularlo por parte de la justicia ordinaria, pues aunque excepcionalmente se corrigieran laudos con deficiencias serias en la motivación, se abriría paso a una revisión indiscriminada sobre el fondo, lo que amenazaría la existencia misma del sistema arbitral –riesgo de hecho presente mediante la interposición de acciones extraordinarias de protección (AEP), que no debe profundizarse–. No sugiero con esta reflexión que la calidad de la motivación de los laudos resulte irrelevante, pues en buena medida determina la confianza de los justiciables en el sistema arbitral. Como he sostenido, la apelación podría constituir un mecanismo procesal para revisar vicios inherentes a la calidad de la motivación, de así llegarse a permitir por la LAM. Adicionalmente, un mecanismo extraprocesal que desincentivaría laudos deficientemente motivados, en el cual debo insistir, es la publicación de los mismos, resguardando la identidad de las partes en los casos en los cuales se pactó confidencialidad, a fin de que los usuarios del sistema arbitral puedan evaluar la calidad argumentativa de los laudos. Como se ve, existen mecanismos extraprocesales para promover la motivación de los laudos y para que los justiciables puedan conocer la calidad argumentativa de tales providencias, sin que sea necesario recurrir a la acción de nulidad para casos de motivación deficiente.

con relación a la ley. El error debe haber sido obvio y capaz de ser percibido por una persona promedio calificada para servir como árbitro. Más aún, el término ‘desconocimiento’ implica que el árbitro aprecia claramente la existencia de un principio legal pero decide ignorarlo o no poner atención sobre el mismo [...] La ley que se alega ha sido ignorada por el árbitro debe estar bien definida, explícita, y ser claramente aplicable. Nosotros [la función judicial] no estamos en libertad de anular un laudo arbitral en función de una diferencia discutible relacionada con el significado o aplicación de las leyes”. Ver también Curtina, “Judicial Review of Arbitration Awards”: 60 (explicando que la excepción del evidente desconocimiento de la ley ha sido raramente empleada y que las cortes han adoptado una posición conservadora frente a la misma para arbitrajes domésticos).

847 Guzmán Galindo, “La falta de motivación del laudo”: 60.

Los problemas que plantea el actual procedimiento de la acción de nulidad para garantizar el debido proceso arbitral

Aspectos introductorios

La tutela efectiva de los derechos de los justiciables que acuden a arbitraje exige que la acción de nulidad cuente con un procedimiento claramente definido y que, también en sede judicial, se resguarde la celeridad procesal, a fin de evitar que se desvirtúen los propósitos que las partes persiguieron al someter su conflicto a arbitraje. Sin embargo, en la realidad nacional, el procedimiento de nulidad de los laudos arbitrales establecido en la LAM ha sido por muchos años ambiguo y ha abierto espacio a interpretaciones judiciales abiertamente contradictorias.

• *La ausencia de reglas sobre la legitimación pasiva.* La LAM prevé que cualquiera de las partes del proceso arbitral podrá intentar la acción de nulidad, con lo cual queda claramente establecida la legitimación activa.⁸⁴⁸ No ocurre lo mismo con la legitimación pasiva, lo que ha generado confusión entre practicantes, jueces y árbitros.

En efecto, en algunos casos, las autoridades judiciales han admitido como legitimados pasivos a los árbitros que dictaron el laudo cuya nulidad se reclama, estableciendo inclusive la posibilidad de condenarlos en costas si así lo solicitare la parte demandante.⁸⁴⁹ Por el contrario, en otros casos, los jueces han aceptado la excepción de falta de legítimo contradictor por haberse interpuesto la acción de nulidad contra los árbitros.⁸⁵⁰ Dado que

848 En el contexto español, se ha sostenido que están legitimados activamente también las partes del convenio arbitral que no hayan participado en el proceso, e inclusive terceros que manifesten su interés legítimo en perseguir la anulación del laudo, al amparo del derecho a la tutela efectiva. Ver al respecto Miguel Lacruz Mantecón, *La impugnación en el arbitraje* (Madrid: Reus, 2011), 59-60 (refiriéndose a varios autores españoles que sustentan esta tesis).

849 Sentencia de 4 de diciembre de 2003, CSJQ, Quinta Sala, nulidad de laudo 031-02, CAM-CCQ.

850 Sentencia de 29 de abril de 2008, CSJQ, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, nulidad de laudo 018-01 CAM-CCQ: "En la especie la acción de nulidad se propuso contra los árbitros que nada tienen que ver en el proceso y no son titulares del derecho de contradicción, razón por la cual existe falta de legitimación en causa o falta de legítimo contradictor, es decir, se ha omitido un requisito para la sentencia de fondo. La Sala, en varios fallos, ha sostenido que la falta de legitimación en causa no es un presupuesto procesal sino material, que puede ser considerada de oficio y que impide que se pronuncie una sentencia de mérito o de fondo". Ver también sentencia de 8 de febrero de 2010, Presidenta Subrogante, CPJP, nulidad de laudo 042-07, CAM-CCQ: "las acciones de nulidad deben dirigirse contra todas las personas a quienes afectaría la declaratoria en caso de producirse. En la especie no se ha propuesto la demanda contra el inquilino, que tuvo la calidad de demandado en el proceso arbitral y que, por tanto, es titular del derecho procesal de contradecir esta acción, lo que ha ocasionado la falta de legítimo contradictor que impide a esta Presidencia emitir una resolución de fondo o mérito" y sentencia de 12 de diciembre de 2016, PCJP, juicio de nulidad de laudo 171000-2016-00004: "consta que los señores miembros del Tribunal arbitral y personero del Centro de Arbitraje y

los intereses que pueden resultar directamente afectados con la declaratoria de nulidad de un laudo son los de una de la partes procesales del arbitraje, lo lógico es que tal parte sea la considerada como legitimada pasiva y tenga derecho de comparecer y oponer las excepciones que considere convenientes dentro del proceso en el cual se discute la nulidad del laudo.⁸⁵¹ Los árbitros al ser ajenos a la relación procesal subjetiva que se estableció entre las partes del proceso arbitral, no podrían asumir la calidad de partes durante el proceso que conoce la anulación del laudo.⁸⁵² El sustento de sus acciones se encontrará en sus providencias. Evidentemente, la legitimación pasiva en los procesos de nulidad de laudos arbitrales es un aspecto básico que debe ser aclarado.

• *La ambigüedad sobre el trámite a observarse.* Adicionalmente, otras cuestiones procesales problemáticas que han concentrado la atención de practicantes y académicos nacionales han sido las siguientes: el tipo de trámite que debe observarse y los recursos admisibles frente a la sentencia que resuelve la demanda de nulidad de laudo arbitral.⁸⁵³

La definición del tipo de trámite a observarse en el juicio de nulidad de laudo arbitral, fue materia de controversia por mucho tiempo. Dado que la LAM no establece un trámite específico para procesar la acción de nulidad ante la justicia ordinaria, por varios años se debatió si tal trámite debía ser ordinario,⁸⁵⁴ con sujeción al derogado art. 59, CPC,⁸⁵⁵ o uno espe-

Mediación de la Cámara de Comercio de Quito también han sido demandados. Frente a ello se advierte que los laudos arbitrales son resoluciones de fondo emitida por jueces que ejercen jurisdicción convencional (art. 3 del Código de Procedimiento Civil), en donde la demanda debe dirigirse contra los sujetos procesales que deben ejercer su derecho a la contradicción, así como a la defensa de los intereses de los que se crean asistidos”.

851 Miguel Lacruz Mantecón, *La impugnación en el arbitraje*, 64.

852 Barona Vilar, “De la anulación y de la revisión del laudo”, 1784.

853 Juan Manuel Marchán, “La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3 (Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje –IEA– / Librería Jurídica Cevallos), (2012): 18.

854 Ver resolución de recurso de hecho, 20 de agosto de 2007, juicio 107-07, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil: “Esta falta de determinación del trámite que debe darse al proceso que se origina en la acción de nulidad del laudo arbitral es suplida por el art. 59 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil”. Este pronunciamiento de la CSJ fue el colofón de una serie de sentencias de las presidencias de las Cortes Superiores de Justicia en este mismo sentido, por ejemplo: de 7 de mayo de 2007, PCSJQ, nulidad de laudo 018-04 CAM-CCQ: “Como en la indicada Ley no se ha establecido el trámite al que debe someterse la acción de nulidad de laudo arbitral, se debe aplicar el precepto del art. 59 del Codificado Código de Procedimiento Civil, publicado en el ROS, No. 58 de 12 de julio de 2005, esto es, seguirse en la vía ordinaria”. Ver también las siguientes sentencias de la PCSJQ: de 18 de mayo de 2007, nulidad de laudo 003-05 CAM-CCQ; de 22 de mayo de 2007, nulidad de laudo 043-04 CAM-CCQ.

855 Art. 59, CPC: “Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario”.

cial. Posteriormente, después de más de una década de la expedición de la LAM, la CC para el período de transición, reconoció el carácter especial del procedimiento que debe seguirse en la tramitación de la acción de nulidad del laudo arbitral, al resolver la solicitud de inaplicabilidad del art. 59 del CPC planteada por el Presidente de la entonces Corte Superior de Justicia de Quito,⁸⁵⁶ resolución cuyos efectos fueron positivos tanto por esclarecer este asunto como por evitar que se aplique un procedimiento extraño al conocimiento de las nulidades de los laudos arbitrales.

Recientemente, con la entrada en vigencia del COGEP, la Corte Nacional de Justicia mediante una resolución obligatoria ha delineado el proceso de sustanciación de la acción de nulidad acorde con este nuevo marco regulatorio en materia procesal. En este sentido, la resolución con fuerza de ley 08-2017 de la CNJ⁸⁵⁷ ha definido aspectos importantes, tales como: la posibilidad de que sea el Presidente de la Corte Provincial de Justicia respectivo el que determine la oportunidad o extemporaneidad en la cual la acción fue interpuesta; la obligación de que el Presidente de la Corte Provincial respectiva convoque a una sola audiencia, en la que inclusive se puedan practicar pruebas, y en la que se sigan las pautas del art. 79, COGEP así como las normas del art. 87 de este mismo cuerpo legal relativas a la falta de comparecencia de las partes a audiencias; y la obligación del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de pronunciar su decisión de forma oral, notificando su sentencia por escrito, según los art. 93 y 94, COGEP.

Están por verse los resultados de estas reglas, que oportunamente deberían plasmarse en el texto legal específico. En todo caso, resulta interesante a fin de evitar un consumo innecesario de recursos, la previsión de la Ley de Arbitraje peruana, que contempla la posibilidad de que la autoridad judicial en conocimiento de la acción de nulidad pueda suspender el trámite y remitir el expediente al tribunal arbitral, a fin de que reanude las actuaciones arbitrales o de que tome las medidas necesarias para evitar la nulidad del laudo.⁸⁵⁸

856 Res. 0008-2008-DI, 26 de mayo de 2009, CCPT, ROS, No. 605, 4 de junio de 2009: "La ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, 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 art. 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".

857 RO, No. 983, 12 de abril de 2017.

858 Art. 64, num. 4, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú.

El segundo problema planteado, relativo a la posibilidad de impugnar la sentencia del presidente de la Corte Provincial de Justicia representó por mucho tiempo una grave amenaza para la efectividad del sistema arbitral, como inmediatamente se analiza.

El sistema de recursos admisibles sobre la sentencia que resuelve la acción de nulidad

Como se establece claramente en la LAM, la acción de nulidad debe conocerse por quien presida la corte provincial de justicia competente, según el lugar de expedición del laudo (art. 31, LAM). Ahora bien, la LAM no hace mención alguna a la admisibilidad de recursos sobre la sentencia que resuelve la acción de nulidad. Ante este silencio, se generaron interpretaciones abiertamente contradictorias, muchas veces incoherentes con la celeridad que el arbitraje persigue.

- *¿Caben los recursos de apelación y casación sobre la sentencia que dicta la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia?: Relevancia de la Resolución obligatoria 08-2017 de la CNJ*

El primer conflicto que se ha planteado tiene que ver con la posibilidad de apelar de la sentencia expedida por el respectivo Presidente de la Corte Provincial de Justicia al conocer la acción de nulidad. Al respecto, es importante mencionar los siguientes pronunciamientos:

1. Por un lado, la CNJ sostuvo que en el proceso correspondiente a la acción de nulidad debe existir apelación, en cumplimiento de la garantía de doble instancia consagrada en instrumentos internacionales de derechos humanos y en la CRE. Para el efecto, se remitió a la disposición de la LOFJ, que establecía claramente la posibilidad de apelar las sentencias que dictaban los presidentes de las cortes provinciales (art. 24, LOFJ, derogado por el COFJ).⁸⁵⁹

⁸⁵⁹ Res. 327-2009, 1 de diciembre de 2009, CNJ, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia: “Tercero: El art. 24 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, norma procesal vigente a la época de interposición del recurso, dispone: ‘Cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, la segunda instancia será de competencia de la Sala a la que no pertenece el Presidente, o a la que le corresponda por sorteo, si existe más de dos Salas, sin tomar en cuenta la del Presidente. Si existiere una sola Sala para la segunda instancia intervendrá el conjuer correspondiente’. Consecuentemente, la acción de nulidad de laudo arbitral debe ser conocida en dos instancias, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia como juez de primera instancia y por vía del recurso de apelación, ante una de las Salas de la respectiva Corte. Cuarto: [...] el recurso de casación solo puede provenir respecto de sentencias o autos definitivos expedidos por las cortes superiores o tribunales de lo contencioso administrativo y fiscal, es decir de una de las salas de aquellos tribunales, pero no cuando tal recurso se lo haya interpuesto respecto de la resolución de los presidentes de tales cortes o tribunales, pues aquellos no son la Corte. Además, solo procede

2. Más tarde, en una sentencia expedida por la Sala de Conjuces de lo Civil, Mercantil y Familia de la misma CNJ, se sostuvo que no cabía apelación de la sentencia expedida por el presidente de una corte provincial de justicia, pues tal recurso no estaba previsto en la LAM, sino que el recurso de casación permitía que se cumpla la garantía de doble instancia en juicios de nulidad de laudos arbitrales y en otros juicios de instancia única.⁸⁶⁰ El argumento de esta sentencia resulta en el fondo contradictorio,

el recurso extraordinario de casación una vez que se hubiesen agotado los recursos ordinarios, como es el de apelación, siempre que se los haya interpuesto dentro de los términos legales; de no ser así, no se puede interponer per saltum el mismo; tanto más si consideramos que en estos casos (nulidad del laudo arbitral) el fallo del Presidente de la Corte Provincial es de primera instancia, por tanto, no es ni final ni definitivo. Quinto.- La Constitución Ecuatoriana, en el art. 76 numeral sexto, literal m) establece la doble instancia como una garantía básica al debido proceso, lo cual no puede soslayarse en ningún proceso judicial. Conforme recoge el art. 11 numerales 3 y 7 de la Constitución, el Estado ecuatoriano reconoce los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos por tanto, según consagra el pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969, entre las 'Garantías Judiciales' en su Art.8, numeral 2, literal h) se establece: '2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior'. Esta norma determina que no puede existir un proceso judicial en el cual no se permita apelar o recurrir de un fallo, es decir, que todo juicio debe tener al menos dos instancias judiciales; como ocurre en el presente caso, cuando de la sentencia emitida por el Presidente de la Corte, Provincial, se puede y debe intentar el recurso de apelación".

⁸⁶⁰ Res. 154-2010, 2 de marzo de 2010, Exp. 214-2008, CNJ, Sala de Conjuces: "Cuarto: El art. 24 de la antigua Ley Orgánica de la Función Judicial, vigente a la fecha de interposición de este recurso de casación, parte del supuesto de que la norma procesal hubiere asignado expresamente el conocimiento de la 'primera instancia' al Presidente de la Corte Provincial. Lo primero que debemos respondernos en este punto es, si el proceso de nulidad de laudo arbitral, regulado en la ley de la materia, cuando reglamenta la competencia del Presidente de la Corte Provincial respecto de la acción de nulidad arbitral, establece una primera instancia o una única instancia. De la lectura de los art. 30 y 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación no existe señal alguna de que se establezca la posibilidad de que se pueda interponer recurso de apelación respecto de la sentencia que dicte el Presidente de la Corte Provincial. Este criterio está reforzado por el hecho de que revisando la historia legislativa de la Ley de Arbitraje y Mediación tampoco se percibe que la posibilidad de que se interponga recurso de apelación hubiese sido cierta. [...] Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que la interpretación de las normas que regulan dicha acción debe ser de tipo restrictiva, sin dar paso a la aplicación supletoria de normas ni analogías y teniendo siempre como horizonte uno de los principales objetivos del arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, que es la celeridad en la solución de los conflictos. [...] Es por las razones antes esgrimidas que consideramos que no es aplicable a este caso particular -acción de nulidad de laudo arbitral- el art. 321 del Código de Procedimiento Civil, pues la aplicación de esta regla violaría los principios constitucionales antes mencionados. Por lo tanto, esta Sala de Conjuces considera que el proceso de nulidad de laudo arbitral es uno de los procesos de conocimiento, de única instancia, establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. [...] En definitiva, la cuestión que ahora debe resolver esta Sala [...] es si en los procesos de instancia única dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano (nulidad de laudo arbitral, contencioso administrativo, contencioso tributario, etc.), se cumple esta garantía de la doble instancia, tomando en cuenta que el único recurso que cabe frente a la sentencia de la única instancia, es el recurso de casación. Esta Sala de Conjuces considera, que en razón de los particulares alcances que ha asumido el recurso de casación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en este recurso si se verifican las

al defender en un primer momento que no procede el recurso de apelación por no haberse contemplado en la LAM, y posteriormente, olvidar este argumento para llegar a la conclusión de que sí cabía la casación en este tipo de procedimientos, pese a que tampoco ha sido previsto en el texto actual de la LAM ni en sus versiones previas. Adicionalmente, al sostener que la casación cumple en el fondo la garantía de doble instancia, desconoció la naturaleza de aquel recurso, que en lo esencial, no abre las puertas a una nueva discusión de la controversia, sino a un examen riguroso de la sentencia bajo causales taxativamente establecidas.⁸⁶¹

3. La CC afirmó, sin mayor fundamento, que el no dar paso a la apelación de la sentencia que dicta el presidente de la CPJ constituye una violación al derecho a la tutela efectiva.⁸⁶²

Las sentencias que quedan anotadas en este acápite parten de una premisa errónea: asumir que todo proceso debe contemplar una doble instancia, cuando este derecho es de configuración legal, como expresamente lo ha reconocido la CC en las sentencias previamente mencionadas. Adicionalmente, no es posible presumir que exista una segunda instancia no prevista legalmente, como lo hizo la CC. Actualmente, no existe norma alguna que establezca una instancia de apelación de las sentencias expedidas por los presidentes de las cortes provinciales de justicia, y consiguientemente, no se otorga competencia a ningún órgano judicial para tal fin. En conclusión, mal podría sostenerse, como lo ha hecho la CC, que los justiciables tienen la “posibilidad procesal de acceder a los órganos y estamentos orgánicamente superiores”.

4. Finalmente, en la resolución obligatoria 08-2017, la Corte Nacional de Justicia ha dicho con toda claridad que “de una sentencia que dicte la o el Presidente de la Corte Provincial, no habrá recurso alguno, salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación” (art. 4), de lo que se desprende que la CNJ está cerrando las puertas a apelación y casación de la sentencia que dicte el Presidente de la Corte Provincial de Justicia. De así aplicarse esta resolución, se habrá dado un paso muy importante en la efectividad y vigencia del arbitraje.

exigencias establecidas por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) para considerar que se cumple la garantía de la doble instancia”.

861 En detalle sobre este tema, ver Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 41.

862 Sentencia 325-15-SEP-CC, 30 de septiembre de 2015, CC, ROS, No. 643, 7 de diciembre de 2015: “esta Corte advierte una vulneración a la tutela judicial efectiva y el debido proceso en la garantía de recurrir de un fallo, cuando se afirma que siendo el laudo arbitral una decisión inimpugnable, de acuerdo a dichos jueces, las decisiones expedidas por todo juez ordinario en ejercicio del control judicial de los laudos arbitrales, constituirían decisiones de única y definitiva instancia, como si aquellas tuvieran la misma naturaleza que los laudos arbitrales cuyo control se persigue.”

El segundo asunto a discernir ha sido si, dentro de la cadena admisible de recursos frente a la sentencia del presidente de la corte provincial de justicia, cabe casación. En este sentido, se ha discutido desde hace años si los juicios en los cuales se conocen las acciones de nulidad de los laudos arbitrales son procesos de conocimiento, a fin de evaluar la procedencia de tal recurso.⁸⁶³

Los juicios de conocimiento son definidos como “aquéllos cuyo objeto es declarar la existencia de un derecho que se halla en disputa entre las partes”.⁸⁶⁴ Algunos fallos de casación han sostenido que el juicio en que se conoce la acción de nulidad es un juicio de conocimiento,⁸⁶⁵ por tratarse de juicios en los cuales se pone fin al litigio y se declara si el laudo arbitral es nulo.⁸⁶⁶ Esta posición, a la cual me adhiero, también ha sido defendida por la CC.⁸⁶⁷ Por otro lado, algunas providencias de la actualmente deno-

863 Tanto el derogado art. 2, Ley de Casación, como el art. 266, inc. 1, COGEP establecen que el recurso de casación procede frente a sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las actualmente denominadas CPJ y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

864 Res. 134-2003, 14 de mayo de 2003, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 128, 18 de julio de 2003. Adicionalmente, en esta misma sentencia se realiza la siguiente explicación que contribuye a entender el alcance del juicio de conocimiento: “Segundo.- La Sala coincide con el criterio expuesto por Alfonso Pineda Rodríguez e Hildebrando Leal Pérez, quienes señalan al respecto: ‘Tradicionalmente se ha conocido una división de los procesos en declaratoria de conocimiento y procesos de ejecución. Obviamente se trata de una clasificación relacionada con las distintas funciones que tiene el proceso. Dentro de los primeros se mencionan los procesos de condena, declarativos puros y de declaración constitutivos, los cuales tienen como objeto declarar un derecho o una responsabilidad, o bien constituir una relación jurídica. En este tipo de proceso subsiste la controversia, la discusión y la participación del aparato jurisdiccional; consiste, precisamente, en dirimir esa lucha de intereses, tomando como base las pruebas aportadas y las argumentaciones aducidas. El Juez concede el derecho frente a los hechos debatidos. El opuesto a proceso declarativo u ordinario o de conocimiento es el proceso ejecutivo. En los procesos de ejecución no existe discusión alguna acerca de la pretensión. El Juez no declara cuál de las partes tiene razón, pues se trata de una pretensión nítida, clara, bien determinada, originada en un documento, o un título. El derecho está allí inserto, plasmado y reconocido por el deudor, pero se encuentra insatisfecho, impagado, no cubierto, pues el deudor no lo ha cumplido, no ha cancelado su valor. Así las cosas, la diferencia es palpable. En los procesos ordinarios necesario se hace una sentencia judicial que reconozca el derecho, mientras que en los procesos ejecutivos el derecho ya se encuentra reconocido y solo se plantea su ejecución a fin de satisfacer el crédito u obligación’ (El título ejecutivo y los procesos ejecutivos (Bogotá: Leyes, 2001), 140)”.

865 Ver por ejemplo Res. 154-2010, 2 de marzo de 2010, CNJ, Sala de Conjuces: “esta Sala de Conjuces considera que el proceso de nulidad de laudo arbitral es uno de los procesos de conocimiento, de única instancia, establecidos en nuestro ordenamiento jurídico”.

866 Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 106.

867 Sentencia 325-15-SEP-CC, 30 de septiembre de 2015, ROS, No. 643, 7 de diciembre de 2015: “el 1 de febrero de 2013, la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, expide el auto objeto de la presente impugnación, mediante el cual decide no admitir el recurso de casación señalando, entre otros fundamentos, que “la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento en atención a lo prescrito en el inciso final del art. 31 de la ley

minada Corte Nacional de Justicia han sostenido que el juicio de nulidad de laudo arbitral no es un procedimiento de conocimiento.⁸⁶⁸

Sin embargo, el hecho de admitir que los procesos en los cuales se conoce la nulidad de un laudo arbitral son juicios de conocimiento no implica automáticamente que procede la casación bajo el régimen legal vigente. Es necesario reiterar que, bajo la normativa actual ni la apelación de la sentencia del presidente de la Corte Provincial de Justicia, ni la casación proceden porque son recursos que no se están previstos en la ley que regula lo relacionado al sistema arbitral, y aunque se podría argumentar que el pronunciamiento en los procesos que conocen la acción de nulidad escapa al ámbito de la LAM por desarrollarse en el seno de la justicia ordinaria, esta visión implicaría fraccionar al sistema arbitral y aplicarle reglas que originalmente no fueron previstas para él.

En forma anterior a la expedición de la mencionada resolución obligatoria 08-2017 de la CNJ, la CC defendió, sin explicitar algún argumento de fondo, que cabe casación de la providencia que conozca en segunda instancia la resolución del presidente de la corte provincial de justicia sobre la nulidad del laudo arbitral, y que el no admitir la procedencia de tal recurso, violenta el derecho a la defensa de los justiciables.⁸⁶⁹ Bajo este razonamiento,

de Mediación y Arbitraje. De ahí que el art. 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje estatuye la inalienabilidad del laudo arbitral, por lo que la decisión arbitral se torna irrevocable y podrá obtener su ejecución forzada, del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio". Concomitantemente en el referido auto, las autoridades jurisdiccionales referidas señalan que carecen de competencia para conocer la acción de nulidad del laudo arbitral. De lo anotado se puede advertir que los citados argumentos no demuestran con suficiente claridad su falta de competencia para conocer una impugnación a una resolución de nulidad que constituye un proceso de conocimiento".

868 Ver por ejemplo Res. 401-2001, 10 de octubre de 2001, CSJ, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 562, 24 de abril de 2002: "Tercero: [...] esta Sala ha emitido criterio respecto a que la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el art. 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión, y cuya existencia impide a la función judicial conocer de las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje. Así, la disposición del art. 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje estatuye la inapelabilidad del laudo arbitral, por lo que la decisión arbitral se toma irrevocable y podrá obtenerse su última instancia, siguiendo la vía de apremio". Más recientemente, ver también auto, 4 de diciembre de 2012, Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil, CNJ: "Esta Sala considera que la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el inciso final del art. 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje".

869 Sentencia 124-15-SEP-CC, 22 de abril de 2015, ROS, No. 516, 5 de junio de 2015: "Las constancias procesales demuestran que el recurso de casación fue planteado en contra de la sentencia dictada en segunda instancia por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y materias residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que a su vez resolvió el recurso de apelación planteado en contra de la sentencia expedida en primera instancia

resultaba que un justiciable que decidía acudir a arbitraje tenía que enfrentar en el proceso de impugnación del laudo una etapa adicional a las que tenían cabida en caso de un proceso judicial, pues mientras la impugnación de una sentencia ante la justicia estatal podía comprender apelación, casación y eventualmente acción extraordinaria de protección, la impugnación de un laudo arbitral admitía –según la CC– la acción de nulidad, apelación, casación y eventualmente acción extraordinaria de protección.

Si en el arbitraje la búsqueda de celeridad es tal que justifica el sacrificio de la posibilidad de apelación a fin de obtener un pronunciamiento definitivo, es incomprensible que se prolongue su discusión en sede judicial más allá de lo necesario. El proceso en el cual se conoce la nulidad del laudo arbitral debe ser de única instancia, sin posibilidad de interponer ningún otro recurso de carácter ordinario o extraordinario. En este sentido debe entenderse el art. 4 de la resolución obligatoria de la Corte Nacional de Justicia 08-2017 que dispone de la sentencia que dicte el Presidente de la Corte Provincial no habrá recurso alguno.

LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN (AEP): ¿GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL?

Rasgos esenciales de la AEP

No es objetivo de este capítulo realizar un estudio pormenorizado de la AEP, tema que rebasa el espíritu de la presente investigación, sino delinear

por la presidenta de dicha Corte Provincial de Justicia. [...] Los autos expedidos el [...], [...] y [...] de 2011, han denegado injustificadamente los recursos de casación solicitados por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la Procuraduría General del Estado, más aún cuando las partes intentaron activar el recurso de hecho o recurso de queja para que tal petitorio sea atendido; de allí que como consecuencia ha quedado evidenciado que los jueces impidieron que las entidades accionantes [sic] con la garantía de acceder al órgano jurisdiccional de casación para que este efectúe el correspondiente control de legalidad de la sentencia dictada en segunda instancia”. Una posición similar, en el sentido de que se admitió, sin ningún razonamiento, que cabe casación en la cadena de impugnación de la resolución de la acción de nulidad, pudo apreciarse en la sentencia 081-13-SEP-CC, 23 de octubre de 2013, CC, ROS, No. 154, 3 de enero de 2014: “En consecuencia, se advierte que el derecho al debido proceso, respecto de la garantía de poder recurrir el fallo, alegado por el legitimado activo, no ha sido vulnerado, pues como se puede evidenciar, este ha podido plantear recuso de nulidad del laudo arbitral impugnado y además plantear recurso extraordinario de casación, los mismos que le resultaron adversos a sus intereses; es decir, en ningún momento se lo ha dejado en indefensión”. En contra ver sentencia 302-15-SEP-CC, 16 de septiembre de 2015, ROS, No. 725, 4 de abril de 2016 (estableciendo que la inadmisión a casación de una sentencia que resuelve la nulidad de un laudo arbitral, por no ser un juicio de conocimiento, al estar motivada, no violenta el derecho a la tutela efectiva) y sentencia 018-16-SEP-CC, 13 de enero de 2016, ROS, No. 712, 15 de marzo de 2016.

los rasgos más importantes de esta garantía jurisdiccional,⁸⁷⁰ como una necesaria introducción al tema que interesa tratar, que es la procedencia de la AEP a fin de garantizar el debido proceso en juicios arbitrales y en juicios estatales que conocen de la nulidad de laudos arbitrales.

La AEP está concebida como una garantía frente a sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia que desconocen derechos constitucionales (art. 94 y 437, CRE)⁸⁷¹ y su incorporación fue una de las novedades relevantes de la CRE de 2008.⁸⁷² Los grandes objetivos de la AEP reconocidos por la CC son: 1. proteger los derechos de las personas que por acción u omisión pueden ser vulnerados en las mencionadas decisiones y 2. unificar la jurisprudencia con relación al contenido esencial de los derechos constitucionales.⁸⁷³

870 Claudia Storini, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008", en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (Quito: CEN, 2009), 289 (explicando el sentido de las garantías constitucionales *jurisdiccionales o procesales específicas*, a las que define como "mecanismos que se ofrecen al ciudadano para que, en cada caso singular en el que este último considere que se haya producido una vulneración a un derecho, pueda acudir a ellos y obtener su restablecimiento o preservación").

871 Art. 94, CRE: "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" y art. 437, CRE: "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 otros derechos reconocidos en la Constitución".

872 Agustín Grijalva Jiménez, "La acción extraordinaria de protección", en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 655-6 (destacando que la posibilidad de reclamar por violaciones de derechos constitucionales plasmadas en sentencias estaba expresamente prohibida en los art. 95 y 276 de la CRE de 1998, prohibiciones que fueron ampliamente interpretadas por la CSJ y por el TC, y contrastando esta realidad con lo que acontecía en varios países como Perú, Colombia, Chile y Bolivia, en Latinoamérica, y Alemania y España, en Europa, en los cuales se admite el amparo contra decisiones judiciales). Ver también Diego Mogrovejo, *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección: El control del rol del juez en el neoconstitucionalismo garantista* (Quito: CEN / UASB-E, 2014), 50-7.

873 Sentencia 024-09-SEP-CC, 29 de septiembre de 2009, CCPT, RO, No. 47, 15 de octubre de 2009: "En sí, el recurso extraordinario contra sentencias y autos arbitrarios justifica su existencia frente a atropellos de los jueces o posibilidades de error judicial, precisamente por las siguientes razones: a) porque los procesos judiciales son el escenario adecuado para el amparo de derechos constitucionales, pues en ellos el juez debe tener en cuenta a la Constitución y las partes cuentan con los recursos que logren respeto de sus derechos y para impugnar decisiones erróneas; y b), nada asegura la infalibilidad de los jueces, quienes se pueden equivocar. Además, posee la finalidad de unificar la jurisprudencia en la materia y constituye un instrumento esencial para que

Con relación a los derechos vulnerados cuya protección puede invocarse mediante la AEP, la CRE se adscribe a una *tesis permisiva amplia o fuerte*,⁸⁷⁴ y en esta línea, admite que mediante la AEP se tutelen el debido proceso u otros derechos constitucionales (art. 437, num. 2, CRE),⁸⁷⁵ aunque en la mayoría de casos esta garantía jurisdiccional se invoca para tutelar el debido proceso y la tutela efectiva.⁸⁷⁶ Cómo la AEP tutela derechos constitucionales distintos al debido proceso y a la tutela efectiva, sin volver a revisar el fondo del asunto, todavía no está definido en nuestro sistema. Para Agustín Grijalva, la violación de derechos constitucionales diferentes al debido proceso y a la tutela efectiva puede producirse, por ejemplo, mediante el desconocimiento del contenido esencial que la CC defina para los derechos constitucionales,⁸⁷⁷ y con base en esas definiciones, deben tutelarse los derechos invocados. Sin embargo, el asunto dista de ser claro. Pese a que la CC ha negado que la AEP sea un mecanismo para conocer el fondo de la providencia recurrida,⁸⁷⁸ la argumentación relativa a violación

la Constitución no sea letra muerta, ya que obliga a los jueces a aplicar los derechos constitucionales en las decisiones de las controversias". Ver también Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, No. 5 (Quito: Corte Constitucional para el período de transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional), 236, https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/constitucionalismo_en_ecuador.pdf, consulta: 24 de marzo de 2015.

874 Sebastián López, "La acción extraordinaria de protección", en *Perspectivas Constitucionales* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones –CEP–, 2011), 13 (distinguiendo entre *tesis permisivas moderadas o débiles*, cuando la procedencia de la acción constitucional es admitida únicamente con relación a derechos fundamentales de índole procesal y *tesis permisivas amplias o fuertes*, cuando la acción constitucional es admitida contra resoluciones judiciales que afecten cualquier derecho fundamental).

875 Este amplio alcance de la AEP difiere del que se había previsto en el Proyecto de Nueva Constitución Política del Ecuador preparado por la Comisión de Juristas del Consejo Nacional de Educación Superior (art. 194, num. 7), que se refería, en términos más claros, a la posibilidad de amparo extraordinario frente a *autos definitivos o sentencias judiciales finales* exclusivamente en casos de violación del debido proceso.

876 Mogrovejo, *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección*, 66 (concluyendo, después de realizar un análisis por muestreo, que en el caso ecuatoriano los derechos cuya protección se invoca con mayor frecuencia son los derechos de protección, los mismos que tienen índole procesal). En la presente investigación, se ha podido constatar que también se invoca frecuentemente el derecho a la seguridad jurídica al interponer AEP, y excepcionalmente, se ha encontrado referencia a otros derechos, como derechos laborales y derecho de propiedad.

877 Grijalva, "La acción extraordinaria de protección", 663.

878 Sentencia 023-14-SEP-CC, 29 de enero de 2014, CC, ROS, No. 230, 22 de abril de 2014: "Su carácter [de la AEP] de acción constitucional extraordinaria determina que esta no debe ser entendida como acceso a una posterior instancia a efectos de realizar una nueva revisión de pruebas y además actuaciones procesales ordinarias, por el contrario, la actuación de la Corte Constitucional se remite únicamente a resolver específicamente asuntos en los que se encuentren involucradas vulneraciones a los derechos constitucionales y se deba ordenar su reparación integral". Los requisitos para la demanda de AEP así como los criterios de admisibilidad de la misma, contemplados en los art. 61 y 62, LOGJCC, más severos que los que establece la propia CRE, están en inicio orientados a evitar el abuso de la AEP.

de derechos constitucionales distintos al debido proceso y tutela efectiva abre la puerta a una revisión de fondo de la providencia que se impugna mediante esta garantía jurisdiccional,⁸⁷⁹ consecuencia particularmente grave con relación al sistema arbitral.

Considerando que las finalidades que persigue la AEP conjugan intereses públicos (vigilancia de la vigencia de la Constitución) y privados (protección de derechos vulnerados),⁸⁸⁰ la AEP representa para algunos una necesaria fórmula de cierre en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que garantiza la plena vigencia de los derechos en los pronunciamientos judiciales.⁸⁸¹ Sin embargo, es necesario considerar las inquietudes que la introducción de la AEP en el panorama jurídico nacional generó, tales como el temor de que devenga en una especie de nueva instancia que prologue más allá de lo deseable la solución de los conflictos⁸⁸² y que menoscabe la seguridad jurídica al relativizar los efectos de la institución de la cosa juzgada.⁸⁸³ Estas inquietudes se acentúan en el caso de laudos arbitrales

879 Sentencia 093-14-SEP-CC, 4 de junio de 2014, CC, ROS, No. 289, 15 de junio de 2014, mediante la invocación de una presunta violación del derecho al trabajo, el accionante logró que mediante AEP la CC se pronuncie sobre el asunto de fondo discutido ante la justicia ordinaria (presunta existencia de una relación laboral) en forma distinta al pronunciamiento de los jueces ordinarios: “Por lo expuesto, en consideración al caso en concreto, la Corte Constitucional, como máximo garante de la Constitución, evidencia que los jueces tanto de primera instancia como de segunda, desconocieron el reconocimiento expreso efectuado por los demandados, que el trabajador realizaba trabajos esporádicos, lo cual por sí solo establecía la presencia de una relación laboral, la misma que si bien era informal, debía ser garantizada por los jueces considerando que en la Constitución de la República, conforme lo dicho, se reconocen todas las modalidades de trabajo, y la misma no requería de mayores exigencias formales para ser demostrada, puesto que el proceso laboral tiene como característica principal la oralidad. Por ello, el fundamento de los jueces que la existencia de un proceso civil entre las partes procesales evidencia que el accionante por represalia presentó la demanda laboral, deviene en vulneración y precarización del derecho al trabajo del accionante”.

880 López, “La acción extraordinaria de protección”, 19.

881 *Ibid.*, 16.

882 Hernán Salgado Pesantes, “La nueva Corte Constitucional del Ecuador”, en Víctor Bazán, coord., *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. I (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010), 541-2; Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, 310.

883 Sentencia 055-12-SEP-CC, 27 de marzo de 2012, CCPT, ROS, No. 735, 29 de junio de 2012: “Es indudable que la incorporación de la acción tratada ha causado más de una opinión encontrada, teniendo en consideración que la cosa juzgada, que deviene de una sentencia ejecutoriada, es parte del sistema jurídico ya que dicha sentencia ‘[...] surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho’, como dice la primera parte del art. 297 del Código de Procedimiento Civil, o como sostienen varios tratadistas, que la cosa juzgada significa en general la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia, cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla. A pesar de lo expuesto, no cabe debate en cuanto a que el fundamento de la incorporación de esta acción al ordenamiento jurídico del país, con la que se supera a muchas Constituciones de América, viene dado por lo dispuesto en el art. 424 de la Constitución, esto es, el principio de la supremacía de la norma

o de sentencias sobre nulidad de laudos, debido a que la celeridad en el sistema arbitral resulta tan relevante que justifica el sacrificio de medios de impugnación.

Adicionalmente, cabe destacar como un elemento importante para este análisis el carácter residual de la AEP, que obliga al agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios como requisito de procedibilidad de la mencionada acción constitucional,⁸⁸⁴ establecido en los art. 94, CE⁸⁸⁵ y 61 de la LOGJCC.⁸⁸⁶ Este carácter residual –al que en ocasiones la CC ha identificado con el carácter *subsidiario* de la AEP–⁸⁸⁷ se justifica en la noción de que son los jueces ordinarios los que en primer término están llamados a garantizar la vigencia de la CRE, y solo cuando su actuación es insuficiente, deben tener cabida las garantías jurisdiccionales extraordinarias o constitucionales, como la AEP.⁸⁸⁸

constitucional, cuyo contenido establece que no existe precepto, de la naturaleza que sea, por encima de este mandato, incluidas las sentencias”.

884 Sentencia 123-13-SEP-CC, 19 de diciembre de 2013, CC, ROS, No. 222, 9 de abril de 2014: “el segundo elemento que debe mantener armonía con lo dicho radica en la determinación de los recursos ordinarios y extraordinarios cuyo agotamiento condiciona la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección o, dicho en otras palabras, su residualidad”.

885 Art. 94, 2o. inc, CRE: “El recurso [la AEP] 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”.

886 Art. 61, num. 3, LOGJCC: “Requisitos.- La demanda [de la AEP] deberá contener: 3.- Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado”.

887 Sentencia 049-10-SEP-CC, 21 de octubre de 2010, CCPT, ROS, No. 331, 30 de noviembre de 2010: “Así, los requisitos enunciados en el art. 94 de la Constitución de la República respecto al agotamiento de la vía judicial, confirma la naturaleza subsidiaria de esta acción. Para activar esta garantía ante la Corte Constitucional, el accionante debe someterse al procedimiento judicial ordinario”. Ver también Grijalva, “La acción extraordinaria de protección”, 66-7 (explicando que el requisito del carácter final o definitivo de las decisiones que pueden impugnarse mediante AEP marca el carácter subsidiario de esta última, pues se busca que primero se agoten los recursos ante la justicia ordinaria, y solo cuando esto no es posible, entra en juego la justicia constitucional). En otros contextos, como el colombiano, se le ha atribuido un alcance más exacto a la subsidiariedad como característica de las acciones constitucionales: Ver por ejemplo T-598/09, 28 de agosto de 2009, Corte Constitucional, Colombia: “la acción de tutela es un mecanismo judicial de defensa de carácter subsidiario, que actúa en ausencia de otros mecanismos judiciales o en presencia de ellos, cuando la protección ofrecida por estos no sea igualmente efectiva”.

888 Grijalva, “La acción extraordinaria de protección”, 658.

La procedencia de la AEP contra los laudos arbitrales

Antecedentes relevantes sobre el control constitucional de laudos arbitrales

La procedencia de acciones constitucionales frente a laudos arbitrales ha sido muy debatida en los sistemas en los cuales se contempla la posibilidad de amparos constitucionales frente a sentencias judiciales. En esta discusión, tiene un rol protagónico la perspectiva que cada Estado asume sobre la naturaleza del arbitraje. En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha negado la procedencia del amparo constitucional frente a laudos arbitrales bajo dos argumentos centrales: que en el sistema arbitral, concebido como un *equivalente jurisdiccional*, rigen derechos también *equivalentes* a aquéllos que configuran el debido proceso constitucional, pero de ninguna manera investidos con el carácter fundamental de estos últimos⁸⁸⁹ y que al no tratarse los laudos arbitrales de manifestaciones de poder público, el control constitucional sobre los mismos es improcedente.⁸⁹⁰ Esta posición no resulta suficientemente convincente para autores que parten de la premisa de que los árbitros en su labor de adjudicación, también es-

889 Cruz Villalón, "Arbitraje y Constitución en España", 434 (refiriéndose a la sentencia 9/2005, de 17 de febrero de 2005, del Tribunal constitucional español, que dada su relevancia, es conveniente reproducir en mayor extensión a la citada por el mencionado autor: "Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que 'este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2, LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo' (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2) [...] El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CRE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea 'imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles' dichas garantías, pero trasladar estas 'con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo [...] es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción' (STC13/1997, de 27 de enero, FJ 2)".

890 Sentencia 176/1996, 11 de noviembre de 1996, Tribunal Constitucional, España: "el Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún poder público, resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo. Solo en la medida, bien escasa como veremos, en que las supuestas vulneraciones alegadas sean atribuibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció el recurso de nulidad frente al laudo [...], estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial, o la prestación de dicha tutela por órgano judicial no legalmente predeterminado. Aquello que por voluntad expresa de las partes se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esta misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional".

tán en la posición de vulnerar derechos que deberían ser resguardados,⁸⁹¹ particularmente el debido proceso.⁸⁹²

En México, país en el que tradicionalmente han tenido gran aceptación las teorías contractualistas del arbitraje, los órganos judiciales y la doctrina nacional negaron por años la procedencia del amparo contra laudos arbitrales, bajo el argumento de que solo los actos *de autoridad* pueden ser sometidos a amparo y que el laudo arbitral no pertenece a tal categoría.⁸⁹³ Sin embargo, el texto de la Ley de Amparo de 2013, abrió expresamente la posibilidad de que los particulares puedan asumir la calidad de *autoridad responsable* bajo ciertas circunstancias,⁸⁹⁴ y consiguientemente, propició un debate sobre la posibilidad de que los laudos arbitrales sean sometidos a amparo constitucional, discusión todavía en curso que se manifiesta en la existencia de decisiones judiciales contradictorias.⁸⁹⁵

891 Cruz Villalón, “Arbitraje y Constitución en España”, 435: “Los árbitros son particulares pero están en una posición de vulnerar un derecho fundamental de forma mucho más característica a cualquier particular [...] Da la sensación que esto el Tribunal Constitucional no lo ha explicado. Desde luego esta doctrina constitucional es coherente con la intención que preside toda la institución del arbitraje: la obtención de una solución definitiva de la controversia de manera relativamente ágil. Pero en términos de principio no acaba de convencer”.

892 Chocrón Giráldez, “El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos”, 234, <<http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/AnaChocron.pdf>>, consulta: 28 de diciembre de 2012 (exponiendo que, si el arbitraje se entiende como un equivalente jurisdiccional y si es un proceso regido por los principios de igualdad, audiencia y contradicción, habría que concluir que ante la infracción de derechos fundamentales, faculta para solicitar el amparo constitucional. En esta línea, la tutela sobre las sentencias de la justicia ordinaria que conocen de la nulidad del laudo, busca superar el problema que se plantea al exigirse que las infracciones de derechos provengan del poder público).

893 De Silva Nava, “El arbitraje y el amparo”, 164. Ver también Carlos De Silva Nava, “El árbitro de derecho privado no es autoridad para efectos del juicio de amparo”, 6, <http://camex.com.mx/envios_cam/2013/reporte_en_linea/reporte_60/articulo_arbitro_no_es_autoridad_csn.pdf>, consulta: 26 de marzo de 2015 (estableciendo que uno de los principales elementos del acto de autoridad es su coercitividad, característica ausente en los laudos arbitrales, los cuales únicamente pueden ejecutarse por parte de la justicia ordinaria) y Francisco González de Cossío, “El árbitro no es una autoridad para fines de amparo”, 2, <<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO%20NO%20ES%20AUTORIDAD.pdf>>, acceso: 26 de marzo de 2015 (explicando que los árbitros son entes privados y que dar una visión publicista a su labor terminaría por desnaturalizarla).

894 Art. 5, num. II, Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 2 de abril de 2013: “II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas. Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general”.

895 Francisco González de Cossío “Crónica de arbitraje en México”, 7, <<http://www.gdca.com.mx/PDF/cronica/Cronica%20de%20Arbitraje%20en%20Mexico%202014.pdf>>, consulta: 26 de marzo

En algunos países sudamericanos se ha admitido la pertinencia del control constitucional de los laudos arbitrales,⁸⁹⁶ aunque sin suficiente claridad sobre el tipo de violación que se requiere para que proceda la acción constitucional y sobre las actuaciones frente a las que cabe.⁸⁹⁷ En Perú, por ejemplo, en cuyo contexto jurídico subyace la concepción del arbitraje como una jurisdicción que debe ejercerse de acuerdo al marco impuesto por la Constitución, y por lo tanto, sometida a control constitucional,⁸⁹⁸ el Tribunal Constitucional determinó la procedencia de amparo frente a laudos arbitrales (denominado en este país *amparo arbitral*) así como las condiciones para su admisibilidad, solo después de recorrer un sinuoso camino en el que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre este punto pueden dividirse en etapas bien definidas:⁸⁹⁹

1. la primera etapa (1999-2006) se caracterizó por el reconocimiento del amparo arbitral, admitido primero jurisprudencialmente y luego legalmente, frente a laudos arbitrales expedidos en procesos irregulares, lesivos de los derechos al debido proceso y a la tutela efectiva;

2. la segunda etapa (2006-2008) comprendió la primera autolimitación del control constitucional sobre laudos arbitrales, fundamentalmente el reconocimiento de que para la procedencia de amparo contra laudos arbitrales, deben agotarse los recursos previstos en la Ley de Arbitraje, a fin de que el amparo no se convierta en una nueva instancia para discutir el laudo arbitral; y

3. La tercera etapa se caracterizó por la introducción de nuevas limitaciones (2008-2011). En esta fase se destaca la sentencia 00142-2011-PA, conocida como el caso *Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia*. En tal sentencia se reconoció al recurso de nulidad como un remedio legal

de 2015 (resumiendo actuaciones judiciales que evidencian la diferencia de opiniones: por un lado, sentencias que han admitido solicitudes de amparo de laudos arbitrales y por otro lado, sentencias que han declarado abiertamente que los árbitros carecen de autoridad o que han establecido la necesidad de interpretar este particular).

896 Alfredo Bullard y otros, "La era del arbitraje latinoamericano", 54 (estableciendo que Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú y Venezuela admiten control constitucional de laudos arbitrales).

897 Talero Rueda, "Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales": 228.

898 Evelyn Piqué Buitrón, "El proceso de amparo y el arbitraje", en Mario Castillo Freyre, edit., *Arbitraje y Constitución* (Lima: Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, 2012), 262, <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol21.pdf>>, consulta: 24 de marzo de 2015; Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, "Arbitraje y amparo", 458.

899 Álvaro Álvarez Miranda y Gonzalo Muñoz Hernández, "La jurisdicción arbitral en el Perú: El rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales", en Mario Castillo Freyre, edit., *Arbitraje y Constitución* (Lima: Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, 2012), 33-44, <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol21.pdf>>, consulta: 24 de marzo de 2015.

específico ante violaciones del debido proceso y tutela efectiva en arbitraje⁹⁰⁰ Con base en este último pronunciamiento constitucional, en Perú quedó claro que no procede el amparo frente a laudos arbitrales salvo contadas excepciones como la inobservancia de pronunciamientos obligatorios del Tribunal Constitucional y la afcción de derechos de terceros en el proceso arbitral.

En Colombia, también a la luz de una visión jurisdiccionalista del arbitraje, se admite la tutela frente a laudos arbitrales, pero como regla general, la Corte Constitucional colombiana ha enfatizado en el carácter excepcional de tal control, procedente únicamente en caso de una clara vía

900 Sentencia Exp. 00142-2011-PA/TC, 21 de noviembre de 2011, Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia vs. la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Tribunal Constitucional, Perú (estableciendo las siguientes reglas sobre la procedencia del amparo arbitral: A) *Improcedencia del amparo arbitral*: a) Las sentencias de los recursos de anulación o apelación constituyen “vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales”, salvo las excepciones establecidas en la sentencia del Tribunal Constitucional cuyo contenido estamos resumiendo; b) No procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando estos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva; c) No procede el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera; d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación; e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda; f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales solo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales. B) *Casos en los que no puede declararse la improcedencia del amparo arbitral*: a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose una contravención a la norma respectiva; c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del art. 14º del Decreto Legislativo No. 1071 [relativo a la legitimación de partes no signatarias]. En los casos de los literales a) y b), será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que este haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo). Ver Ricardo Beaumont Callirgos, “El nuevo proceso de amparo arbitral: Sobre su aplicación temporal”, en *Arbitraje y Constitución* (Lima: Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, 2012), 49, <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol21.pdf>>, consulta: 24 de marzo de 2015 (destacando que el cambio trascendental introducido mediante las reglas expedidas por el Tribunal Constitucional peruano en el mencionado caso *Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia*, fue considerar que el recurso de nulidad no es vía previa para el control constitucional mediante el amparo arbitral, sino que es la vía procesal específica para conocer violaciones a los derechos procesales).

de hecho que conlleve la vulneración de derechos fundamentales, aunque los supuestos de configuración de tal vía de hecho son mucho más amplios que los contemplados en el caso peruano para la procedencia del amparo arbitral.⁹⁰¹ Según esta Corte, la admisibilidad de tutela contra laudos arbitrales se justifica en dos razones fundamentales: la primera, es que los supuestos de control de los jueces estatales sobre las decisiones de los árbitros son excepcionales, a fin de respetar la voluntad de las partes y la segunda, consiste en que “la atribución transitoria de funciones públicas en cabeza de particulares no les otorga un poder extra o supraconstitucional, así sus decisiones se inspiren en la equidad y persigan la resolución de conflictos económicos”.⁹⁰² A diferencia de la tesis mexicana que ha servido por años para negar la procedencia de amparo en laudos arbitrales, en Colombia se considera que los árbitros están transitoriamente investidos de las funciones de *autoridad pública*.⁹⁰³ Finalmente, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que en forma previa a intentar una tutela frente a un laudo

901 Sentencia T-466/11 de 9 de junio de 2011, Corte Constitucional, Colombia: “3.2. [...] este Tribunal ha señalado que ‘la acción de tutela procede exclusivamente cuando se verifique la existencia de una clara vía de hecho, que implique la vulneración de derechos fundamentales’. Los supuestos en los cuales existen una vía de hecho en materia arbitral, son los siguientes: I. *Defecto sustantivo*: Se presenta cuando 1. los árbitros fundamentan su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, y en razón de ello desconocen de manera directa un derecho fundamental; 2. el laudo carece de motivación material o su motivación es manifiestamente irrazonable; 3. la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; 4. la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática y 5. la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada. II. *Defecto orgánico*: Ocurre cuando los árbitros carecen absolutamente de competencia para resolver el asunto puesto a su consideración, ya sea porque han obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes o en razón a que se han pronunciado sobre materias no arbitrables. III. *Defecto procedimental*: Se configura cuando los árbitros han dictado el laudo de manera completamente contraria al procedimiento establecido contractualmente o en la ley, y con ello se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción. Para que la mencionada irregularidad tenga la magnitud suficiente para constituir una vía de hecho, es necesario que aquella tenga una incidencia directa en el sentido de la decisión adoptada, de tal forma que si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una determinación diametralmente opuesta. IV. *Defecto fáctico*: Se presenta en aquellas hipótesis en las cuales los árbitros 1. han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; 2. han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o 3. han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable. Para este Tribunal, es necesario que el error en la valoración probatoria haya sido determinante respecto del sentido de la decisión finalmente definida en el laudo. En conclusión, la acción de tutela procede excepcionalmente contra laudos arbitrales cuando aquellos desconocen los derechos fundamentales de las partes”.

902 Sentencia SU 837/02, 9 de octubre de 2002, Corte Constitucional, Colombia.

903 Sentencia T-466/11, 9 de junio de 2011, Corte Constitucional, Colombia.

arbitral, se debieron agotar previamente los recursos que la legislación prevé para impugnar los laudos arbitrales.⁹⁰⁴

En conclusión, cabe insistir en que la visión que predomine en una sociedad sobre la naturaleza jurídica del arbitraje determina la procedencia de garantías jurisdiccionales constitucionales frente a los laudos arbitrales. Pero aun cuando se admite la procedencia de tales garantías, como ha ocurrido Perú y Colombia, la jurisprudencia constitucional ha limitado las circunstancias frente a las que proceden, considerando que, a más de su carácter jurisdiccional, el arbitraje entraña una dimensión contractual, que exige respetar de la voluntad de las partes de resolver su conflicto por un cauce específico, en el cual la intervención de la justicia estatal debe reservarse a las situaciones más graves. Entre los casos expuestos, desde mi criterio, la definición del Tribunal constitucional peruano es más consistente con este carácter excepcional.

Con esta noción en mente, a continuación analizo si frente a los laudos arbitrales en Ecuador cabe interponer la AEP. Para el efecto, es necesario entender si los laudos arbitrales en el contexto jurídico nacional pueden ser considerados como resoluciones con fuerza de sentencia, aspecto en el cual me concentro a continuación.

¿Son los laudos arbitrales resoluciones con fuerza de sentencia?

El art. 437, CRE establece que la AEP procede sobre *resoluciones con fuerza de sentencia*, expresión ambigua que no ha sido interpretada uniformemente ni por la misma CC. En algunas ocasiones, la CC ha entendido que la expresión *resoluciones con fuerza de sentencia* se refiere a los autos interlocutorios definitivos expedidos por los órganos judiciales,⁹⁰⁵ y en otras, que alude a resoluciones de carácter jurisdiccional emanadas de jueces no estatales. Los laudos expedidos por tribunales arbitrales se ubican en esta

904 *Ibíd.*: “la procedencia de la solicitud de amparo en estos casos [...] está subordinada al cumplimiento de los siguientes dos requisitos: 1. el agotamiento de los recursos previstos en la ley para atacar la decisión arbitral y 2. la configuración de una vía de hecho, al verificarse la existencia de un actuar manifiestamente caprichoso e irrazonable por parte de los árbitros, encauzado en cualquiera de los defectos desarrollados por la jurisprudencia constitucional anteriormente reseñados”.

905 Sentencia 006-09-SEP-CC, 19 de mayo de 2009, CCPT, ROS, No. 605, 4 de junio de 2009: “En general un auto es un acto procesal de juez o tribunal plasmado en una resolución judicial fundamentada expresamente, que decide el fondo sobre incidentes o cuestiones previas según lo fundamentado o alegado por las partes [...] Las principales clases de autos son: [...] auto interlocutorio definitivo. [...] Resolución judicial que tiene fuerza de sentencia, por cuanto excepcionalmente deciden o definen [sic] una situación jurídica determinada [...] El auto interlocutorio definitivo, que luego de haber sido apelado o excepcionalmente sin apelación, vulnera de forma evidente derechos constitucionales o debido proceso, puede ser motivo de Acción Extraordinaria de Protección).

última categoría, con fundamento en el efecto de sentencia ejecutoriada de última instancia y de cosa juzgada que la LAM (art. 32) les reconoce.⁹⁰⁶ También, según la CC, se encuentran en esta categoría los pronunciamientos de inspectores de trabajo en la ejecución de las resoluciones de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, regulados por el CT.⁹⁰⁷ Como expondré posteriormente, las características que el sistema jurídico ecuatoriano reconoce a los laudos arbitrales me lleva a coincidir con la CC en que los laudos arbitrales son resoluciones con fuerza de sentencia; no obstante, es necesario revisar en primer lugar los siguientes argumentos de quienes sostienen la improcedencia de la AEP frente a los laudos arbitrales:

- *El carácter alternativo del arbitraje.* Para algunos, el carácter alternativo del arbitraje comporta la sujeción a un régimen jurídico propio, el cual no prevé el control constitucional sobre laudos arbitrales.⁹⁰⁸ El argumento no es suficientemente claro porque implica que la AEP sería procedente únicamente cuando así lo estableciera el régimen propio del arbitraje –desarrollado fundamentalmente en la LAM–, pero la LAM se expidió con aproximadamente una década de anterioridad a la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional de la AEP como mecanismo de control constitucional sobre sentencias y resoluciones con fuerza de sentencia. Y aunque la LAM fuere posterior a la CRE de 2008, el principio de supremacía constitucional impediría sustentar en una ley la inaplicación de una norma constitucional.

906 Sentencia 169-12-SEP-CC, 26 de abril de 2012, CCPT, RO, No. 756, 30 de julio de 2012: “Si se ha señalado que las partes tienen la facultad constitucional y legal para llevar un conflicto jurídico, que podría ser resuelto por la jurisdicción ordinaria, a un tercero sobre cuya decisión prometen sometimiento, es claro que el arbitraje suplente el ejercicio de la jurisdicción ‘pública’; es más, la ley determina lo siguiente: ‘Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo’ (art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación). Entonces, los laudos arbitrales tienen la misma fuerza que una sentencia ejecutoriada, lo que determina que sí pueden ser impugnados por medio de la acción extraordinaria de protección”. Ver en el mismo sentido la sentencia 113-15-SEP-CC, 8 de abril de 2015, CC, ROS, No. 510, 28 de mayo de 2015.

907 Sentencia 023-09-SEP-CC, 24 de septiembre de 2009, CCPT, ROS, No. 43, 8 de octubre de 2009: “De conformidad con lo dispuesto en los arts. 94 y 437 de la Constitución de la República, el Pleno de 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. En el presente caso, sobre el auto de fecha [...] a las [...], expedido por el abogado [...], Inspector Provincial del Trabajo de Esmeraldas, dentro del trámite de ejecución de sentencia suscitado dentro del conflicto colectivo entre el Comité Especial de los Trabajadores en contra de su empleador, el Gobierno Provincial de Esmeraldas, que dispone el embargo por la cantidad de hasta [...] de los valores de la Cuenta [...] que mantiene en el Banco Central del Ecuador y en cualquier otra cuenta bancaria”.

908 Edgar Neira Orellana, “La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación”, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3 (Quito: IEA / Cevallos Editora Jurídica –CEJ–, 2011): 39.

• *Los laudos arbitrales no constituyen una resolución con fuerza de sentencia, en los términos previstos por la CRE.* Al respecto, se sostiene que los laudos arbitrales no han sido expresamente previstos como providencias frente a las que cabe AEP y que en derecho público no caben interpretaciones extensivas.⁹⁰⁹ Frente a esta tesis es necesario preguntarse si el entender que un laudo arbitral es una resolución con fuerza de sentencia realmente entraña una interpretación extensiva. Creo que no. Al constituir el arbitraje un proceso adjudicativo; al equipararse los efectos de los laudos arbitrales con los de las sentencias judiciales por parte del ordenamiento jurídico, bajo el presupuesto de que se observaron garantías mínimas en favor de los justiciables; y al ser posible la ejecución coercitiva del laudo arbitral sin necesidad de homologación previa ante la justicia estatal,⁹¹⁰ resulta sustentada la posición que categoriza al laudo arbitral como una resolución con fuerza de sentencia.⁹¹¹

• *La eliminación del control constitucional sobre laudos arbitrales en el proceso de formación del actual art. 190, CRE durante las discusiones de la Asamblea Constituyente.* Al respecto, cabe recordar que el informe de mayoría de la Mesa 8 propuso inicialmente el control constitucional de las *resoluciones que se dicten en procedimientos alternativos de solución de conflictos*, planteamiento que adolecía de una evidente falta de técnica legislativa, pues la

909 *Ibíd.*: “Sobre la base de que el art. 437 no incluye expresamente a los laudos arbitrales, ¿cabría aceptar que cuando la Constitución se refiere a las ‘resoluciones con fuerza de sentencia’ o ‘resoluciones firmes y ejecutoriadas’ quedaron tácitamente comprendidos los laudos arbitrales? La inconsistencia del art. 437 derivada de la utilización indistinta de expresiones ‘resoluciones con fuerza de sentencia’ por un lado y ‘resoluciones firmes y ejecutoriadas’ por otro, como si fueren equivalentes, vuelve discutible la tesis de que esa norma comprendería a los laudos arbitrales. En mi opinión, nada permite concluir que los laudos –a los que ni siquiera menciona la norma constitucional– sean susceptibles de la a.e.p. Un principio universalmente aceptado en el derecho público impide hacer interpretaciones extensivas de la norma de derecho para ampliar las potestades de un órgano del poder como la Corte Constitucional, en este caso, para concederle potestades revisoras de decisiones jurisdiccionales expedidas dentro de un método de solución de conflictos, al que la propia Constitución califica de ‘alternativo’”. Ver también Bonet Navarro, “El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral”: 184 (sosteniendo que aunque el laudo arbitral tenga la fuerza de una sentencia, no le son aplicables todos los efectos derivados de una sentencia).

910 Esta reflexión es válida para los laudos expedidos en procesos de arbitraje doméstico. Para el caso de laudos internacionales, el COGEP ha dispuesto la homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidas en el extranjero (art. 104, COGEP), aspecto sobre el que volveré en el capítulo 4.

911 Como opina Rojas, “El control de constitucionalidad en el arbitraje”, 163: “no puede más que concluirse que jurisdicción debe ser interpretada como decisión, pues importa una función que consiste en dirimir una controversia haciendo actuar la voluntad de la ley del ordenamiento legal que las propias partes han estimado correspondiente observar, y esa decisión a su vez revestirá el carácter de cosa juzgada, pues todos los ordenamientos procesales en general asimilan el laudo arbitral a la misma envergadura que tiene una sentencia”.

categoría procesal de *resoluciones* resulta ajena a los MASC autocompositivos. Posteriormente, acogiendo las observaciones de algunos asambleístas, la nueva versión de la norma constitucional sobre los MASC eliminó lo relativo al control constitucional, texto que hoy constituye el art. 190, CE.⁹¹² Sin embargo, a pesar de la supresión del control constitucional en el proyecto del actual art. 190, CRE, la Asamblea Constituyente incorporó posteriormente en el texto del actual art. 437, CRE la posibilidad de impugnar las *resoluciones con fuerza de sentencia* mediante la AEP, ya sea como una evidente falta de coordinación entre la Mesa 3⁹¹³ y Mesa 8⁹¹⁴ o como un mecanismo introducido intencionalmente para viabilizar el control constitucional sobre laudos arbitrales sin la necesaria discusión que el tema ameritaba.

912 Neira Orellana, “La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana”: 44-5 (refiriéndose a una de las versiones discutidas del actual art. 190 de la CRE, en la que se especificaba que las resoluciones de los procedimientos alternativos de solución de conflictos “están sujetas a control de constitucionalidad cuando sean vulnerados los derechos humanos”, texto que finalmente fue descartado).

Por otra parte, al revisar las actas de la Asamblea Constituyente, se ha encontrado lo siguiente: el acta 78, contentiva del informe de mayoría de la Mesa 8, explicó las reformas relativas a los MASC en los siguientes términos: “Con respecto a los medios alternativos de solución de conflictos, la redacción puntualizó las materias que pueden ser sometidas a esta clase de procedimientos, determinando que su naturaleza debe ser transigible; se estableció además el control de constitucionalidad de las resoluciones que vulneren derechos humanos”. En este sentido, el art. 1 propuesto en el mencionado informe rezaba: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán en materias en las que por su naturaleza se puedan [sic] transigir, y con sujeción a la ley. Dichas resoluciones estarán sujetas a control de constitucionalidad cuando sean vulnerados derechos humanos”. Durante la discusión de este informe, la asambleísta a cargo de su presentación (Gina Godoy) expuso que la inclusión del control de constitucionalidad sobre resoluciones de la justicia indígena y de medios alternativos de solución de conflictos correspondió a las exigencias de un Estado Constitucional como eje vertebrador de la administración de justicia (22-3). La inconveniencia de tal control fue anotada en algunas intervenciones, como la de los asambleístas Eduardo Maruri (25) y César Rohón (53-4). Posteriormente, en la votación definitiva de los artículos, contenida en el Acta 82, la misma asambleísta Godoy, como ponente de la Mesa 8, destacó que se ha acogido la sugerencia de la improcedencia de control constitucional para la mediación, pero nada dice con relación al arbitraje (23). De todas formas, en el texto votado por la mayoría de asambleístas constituyentes se eliminó todo lo relativo al control constitucional del arbitraje y quedó aprobado el texto que hoy integra el art. 190 CRE. Por otra parte, lo relativo a la AEP fue propuesto por la mencionada Mesa 8, la que sugirió un texto similar al art. 94 CRE, en el cual se hace referencia exclusivamente a sentencias y a autos definitivos, tal como se constata del acta 84, p. 139-40. El actual art. 437, que reitera lo que dice el 94 y aumenta la expresión *resoluciones con fuerza de sentencia*, fue incorporado para el segundo debate por la Mesa 3 (acta 87, p. 10), sin que haya sido posible identificar una discusión que aclare a qué se refería el constituyente con *resoluciones con fuerza de sentencia*.

913 Mesa de la Asamblea Constituyente sobre estructura e instituciones del Estado, de la cual provino el texto del actual art. 437, CE.

914 Mesa de la Asamblea Constituyente sobre justicia y lucha contra la corrupción, de la cual provino el actual art. 190, CE.

Pese a la obscuridad con la que la CC ha tratado el tema, el carácter obligatorio de un laudo arbitral, que genera efectos de cosa juzgada y que puede ejecutarse como sentencia de última instancia, lo configura como una resolución con fuerza de sentencia, y por lo tanto, abre las puertas a la AEP como mecanismo de control constitucional de los laudos. Evidentemente, la respuesta a la cual conduce el texto de la CRE, conlleva riesgos significativos para el proceso arbitral: atenta contra la celeridad que busca el arbitraje⁹¹⁵ y propicia el sometimiento del arbitraje a lógicas judicialistas, desvirtuando la búsqueda de flexibilidad en el proceso arbitral así como eventuales revisiones de fondo de los laudos arbitrales, todo lo cual ataca a la estabilidad misma del sistema arbitral.⁹¹⁶ Por otra parte, la norma constitucional presenta a la vez ciertas oportunidades para el sistema arbitral: los tribunales arbitrales pueden sentirse compelidos a resguardar con mayor celo los derechos de los justiciables, y lo que en mi criterio resulta más importante, la AEP puede representar un mecanismo para que los justiciables cuenten con una herramienta jurídica para salvaguardar los elementos del debido proceso que no están debidamente garantizados por la acción de nulidad bajo el régimen vigente, debido a la desarticulación entre CRE y LAM a la que se ha hecho previa referencia.

A fin de que los beneficios sean potenciados y los riesgos disminuidos, es necesaria una actuación equilibrada de la CC, que propenda a una adecuada articulación entre acción de nulidad y AEP, aspecto que se analiza a continuación.

915 Lo sucedido en el proceso arbitral planteado por Oceanadventures S. A. vs. Qasar Náutica Expeditions S. A., ilustra la situación dramática que puede presentarse mediante el uso sucesivo de acción de nulidad y AEP. La demanda arbitral fue presentada en el año 2007. El laudo arbitral fue expedido en el año 2009. La acción de nulidad planteada por la parte demandada en el proceso arbitral fue rechazada por la PCPJ en 2009, pero los interesados apelaron y la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la CPJP aceptó el recurso de apelación en el 2011, admitiendo la nulidad del laudo arbitral. El proceso retornó al CAM-CCQ en 2012 y el nuevo tribunal arbitral dictó nuevo laudo en el 2014. De este laudo, se presentó AEP, la misma que fue resuelta en 2015 mediante sentencia 113-15-SEP-CC, 8 de abril de 2015, CC, ROS, No. 510, 28 de mayo de 2015. Esta sentencia, como reparación integral del derecho vulnerado (violación del debido proceso por falta de competencia del tribunal arbitral y violación del derecho a la seguridad jurídica) ordenó “retrotraer el proceso arbitral hasta el momento en el cual se produjo la vulneración de los derechos constitucionales, esto es, la audiencia de sustanciación de la demanda [sic] del 19 de septiembre de 2011”. Se trata, por lo tanto, de un proceso que se encuentra en curso desde el año 2007.

916 Talero Rueda, “Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales”: 214: “En últimas, la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales plantea el interrogante acerca de la estabilidad del derecho arbitral y de la necesaria autonomía que requieren los tribunales arbitrales para desarrollar la misión que las partes les confieren mediante un pacto o convenio arbitral”.

La necesidad de articular acción de nulidad y AEP

Los pronunciamientos de la CC en las sentencias que han tratado la procedencia de la AEP sobre laudos arbitrales y sobre sentencias expedidas en acciones de nulidad han sido abiertamente contradictorios y adicionalmente, han dejado de resolver varias cuestiones sobre la necesaria articulación que debe existir entre acción de nulidad y AEP, como se demuestra a continuación:

1. Varios autos de la Sala de Admisión de la CC, han invocado el carácter residual de la AEP, y bajo este argumento, han exigido el agotamiento de la acción de nulidad como paso previo a la interposición de la AEP, generalmente sin análisis alguno del derecho cuya vulneración se invoca.⁹¹⁷

2. Por su parte, en la sentencia 169-12-SEP-CC, la CCPPT admitió la procedencia de la AEP directamente sobre los laudos arbitrales, sin necesidad de agotar la acción de nulidad, en los casos en los cuales tal acción se demuestre ineficaz para la resolución del problema planteado, en los siguientes términos:

la acción de nulidad puede considerarse un recurso, para efectos de la aplicación del art. 61 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y por tanto, debe ser agotada previo a la interposición de una acción extraordinaria de protección, *con la única excepción de que dicha acción se muestre inadecuada o ineficaz para la resolución del problema.*

En esta misma sentencia, la CCPPT, explicó que desde una perspectiva amplia sobre lo que implica el término *recurso*, la acción de nulidad debe entenderse como uno que necesariamente debe agotarse para efectos de la interposición de la AEP.⁹¹⁸

917 Ver por ejemplo los siguientes autos expedidos por la Sala de Admisión de la CCPPT y la CC: de 21 de marzo de 2011, causa 1585-10-EP, CCPT (en el que no se detallan los derechos supuestamente violentados); de 16 de enero de 2014, causa 1362-13-EP, CC (relativa a la supuesta violación del derecho al debido proceso, en su garantía de motivación y el derecho a la seguridad jurídica): “De la revisión de la demanda, y de los documentos que se acompañan a la misma, se encuentra que en el presente caso, el accionante presenta acción extraordinaria de protección contra el laudo arbitral sobre el cual se encontraba facultado legalmente para presentar la correspondiente acción de nulidad del laudo arbitral, tal como lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación. La falta de requerimiento del accionante, configura la causal tercera del art. 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional referente a la demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, además que no cumple con lo dispuesto en el art. 94 de la Constitución de la República, que dispone que la acción extraordinaria de protección procederá cuando se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles dentro del término legal para el efecto”. En el mismo sentido ver: auto de 30 de enero de 2014, causa 1275-13-EP (relativa a la supuesta vulneración del derecho al debido proceso, en su garantía de motivación y el derecho a la seguridad jurídica).

918 Sentencia 169-12-SEP-CC, 26 de abril de 2012, caso 1568-10-3P, CCPT: “esta Corte considera necesario hacer una interpretación amplia de la palabra recurso, a fin de entenderlo como

3. Finalmente, la CC ha establecido que la AEP cabe tanto frente a los laudos arbitrales, por tratarse de resoluciones con fuerza de sentencia, como frente a las sentencias que se expidan por el órgano jurisdiccional que conoce la acción de nulidad del laudo arbitral,⁹¹⁹ pero a diferencia de lo que han hecho el Tribunal Constitucional peruano o la Corte Constitucional colombiana, la CC no ha proporcionado parámetro alguno para articular acción de nulidad y AEP a fin de evitar multiplicar los espacios en los cuales la justicia ordinaria conoce del laudo y es más, se ha negado abiertamente a establecer cualquier tipo de límites para sus facultades.⁹²⁰

La posición de la CC en esta materia obscurece aún más el panorama del arbitraje nacional. El respeto a la voluntad de las partes, exige que la AEP se reserve exclusivamente para los casos en los cuales la acción de nulidad no ofrece un remedio legal para subsanar la violación de elementos del debido proceso, de manera que si se practica la necesaria reforma a la LAM y se incorporan las causales de nulidad faltantes a fin de proteger todos los elementos del debido proceso arbitral, no debería admitirse la AEP directamente sobre laudos arbitrales para proteger el debido proceso, pues el ordenamiento jurídico ofrecería otro mecanismo –uno *específico*, en términos del Tribunal Constitucional peruano– para su eficiente control por parte del sistema de administración de justicia estatal.

Adicionalmente, dado el amplio alcance de la AEP, es necesario reflexionar cómo esta garantía jurisdiccional tendría lugar frente a laudos arbitrales en caso de que se invoque la violación de derechos distintos a la tutela efectiva y el debido proceso. Evidentemente, la falta de definiciones

cualquier forma de solución de un vicio, sea este adjetivo o sustantivo, que afecte la providencia impugnada. Como toda solicitud de nulidad procesal, el efecto de la interposición de la acción es la retracción de los efectos de las actuaciones viciadas, hasta el momento que se produjo. Así, una sentencia que acepte la demanda de nulidad afecta directamente la existencia jurídica del laudo que se impugna”.

919 Sentencia 123-13-SEP-CC, 19 de diciembre de 2013, CC, ROS, No. 222, 9 de abril de 2014: “la sentencia que resuelve el recurso de nulidad del laudo arbitral en los términos del art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, es un acto jurisdiccional que constitucionalmente es impugnabile mediante acción extraordinaria de protección cuando ha existido vulneración de derechos reconocidos en la Constitución”.

920 Sentencia 124-15-SEP-CC, 22 de abril de 2015, ROS, No. 516, 5 de junio de 2015: “La Corte Constitucional debe recordar que si bien existe en la jurisdicción ordinaria la posibilidad de efectuar control judicial de los laudos arbitrales mediante acción de nulidad, a través de la sentencia No. 0123-13-SEP-CC, de 19 de diciembre de 2013, aclaró que ‘Desde la perspectiva de la supremacía de la Constitución y de la tutela de los derechos reconocidos en ella, la acción extraordinaria de protección no debería tener ningún límite al momento de verificar posibles vulneraciones a la Norma Suprema y a sus derechos cuando aquellas se producen como efecto de una resolución con fuerza de sentencia, que en este caso es el laudo arbitral, en el marco de lo previsto en el art. 94 de la Constitución de la República y del art. 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional’”.

de la CC para determinar cuándo procede la protección de tales derechos mediante la AEP incrementa el riesgo de que se utilice a esta última para promover revisiones de fondo de los laudos arbitrales y se desnaturalice el sistema arbitral. Por tal razón, es conveniente considerar en este punto el mencionado aporte del Tribunal Constitucional peruano, en el sentido de que debería proceder control constitucional exclusivamente cuando se invoque vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por la CC, sobre todo en cuanto a la definición de contenidos esenciales de los derechos constitucionales.

Finalmente, de acuerdo al alcance que los art. 94 y 437, CRE le han conferido a la AEP, subsistiría la posibilidad para que la AEP se interponga para proteger derechos constitucionales en las sentencias ejecutoriadas que conocen la nulidad del laudo arbitral.

Esta propuesta, es evidente, no elimina el riesgo de daño a la celeridad del proceso arbitral, riesgo del cual no se puede escapar mientras la CRE establezca la procedencia de la AEP frente a resoluciones con fuerza de sentencia sin excluir explícitamente a los laudos arbitrales, pero es un intento por racionalizar el uso de la AEP frente a los mismos bajo el régimen vigente, por evitar que esta garantía jurisdiccional se transforme en una instancia de revisión de fondo de los laudos y por llenar los vacíos que la actual definición de causales de la acción de nulidad presenta para la garantía de los elementos del debido proceso arbitral.

Reflexiones finales sobre este capítulo

Este capítulo ha destacado que es posible configurar un debido proceso arbitral, el cual implica la vigencia de las garantías procesales mínimas del debido proceso constitucional, pero adaptadas a las necesidades procesales del arbitraje. El debido proceso arbitral exige el respeto de las siguientes garantías mínimas: derecho a árbitros independientes e imparciales (entendiendo que en arbitraje deben observarse estándares más elevados de independencia e imparcialidad de los árbitros y que la garantía de este derecho de los justiciables exige la obligación de revelación y un régimen de excusa y recusación que contemple una cláusula general antes que la remisión a las causales previstas en la normativa procesal general); derecho a árbitros competentes (lo que exige un mecanismo claro para impugnar decisiones arbitrarias sobre competencia); derecho de contradicción y de igualdad de armas procesales, como elementos fundamentales del derecho de defensa, y derecho a la motivación de laudos. En la normativa vigente no se contempla el derecho a recurrir de laudos arbitrales, sin que se infrin-

ja por esta razón ningún mandato constitucional, dado que se trata de un derecho de configuración legal. Sin embargo, es conveniente incluir en el ordenamiento jurídico nacional la posibilidad de un mecanismo de apelación de configuración voluntaria, a fin de que exista una instancia en sede arbitral que pueda corregir eventuales errores de derecho.

A fin de garantizar debidamente los elementos del debido proceso arbitral, se ha defendido, en lo esencial, la necesidad de actualizar la definición de las causales de nulidad del laudo arbitral. La actualización implica incorporar causales relativas a la falta de competencia del tribunal arbitral, la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros cuando la recusación oportunamente planteada no fue atendida y la falta de motivación, cuando esta es inexistente en el laudo, sin que esta última causal pueda invocarse para cuestionar la calidad de motivación. Adicionalmente, la ley debería prever un grupo de causales relativas a la inexistencia o invalidez del convenio arbitral.

A nivel procesal, se requiere incorporar entre los legitimados activos a terceros cuyos derechos pueden ser lesionados por el laudo arbitral y esclarecer legalmente la legitimación pasiva en las acciones de nulidad, y la cadena de recursos que caben de la sentencia que determina si el laudo arbitral es nulo. La CC ha sostenido que sobre esta sentencia cabe apelación y posteriormente casación, situación que atenta contra el principio de celeridad en el arbitraje. Sin embargo, a través de una resolución generalmente obligatoria la CNJ ha establecido lo contrario, definiendo que de la sentencia que dicta el Presidente de la CPJ no procede recurso alguno. Es de esperar que esta última posición prevalezca y se consagre definitivamente en la normativa nacional sobre arbitraje.

Finalmente, este capítulo abordó la posibilidad de que se interponga AEP sobre el laudo arbitral o sobre la sentencia judicial que se expide dentro del proceso de nulidad del laudo arbitral invocando la necesidad de protección del debido proceso, de la tutela efectiva o de cualquier otro derecho. El laudo es, según la legislación vigente, una resolución con fuerza de sentencia, y por lo tanto, susceptible de control constitucional mediante la AEP. Sin embargo, es imperativo que se respete la dimensión contractual del arbitraje, que coexiste junto con su dimensión procesal, y por lo tanto, que se busque articular la acción de nulidad con la AEP, a fin de evitar que la multiplicación de espacios en los cuales la justicia estatal –ya sea ordinaria o constitucional– desvirtúe los fines básicos del arbitraje. Este esfuerzo exige que, la AEP proceda exclusivamente cuando la acción de nulidad resulta insuficiente para proteger los elementos del debido proceso arbitral, de tal forma que si se corrigen las deficiencias actuales en el catálogo de

causales de nulidad del laudo arbitral y se permite la legitimación activa de terceros perjudicados por el laudo, no habría razón para sostener que procede la AEP sobre laudos arbitrales a fin de proteger el debido proceso arbitral o la tutela efectiva sobre los laudos. Adicionalmente, es necesario que tal como ha ocurrido, por ejemplo, con el Tribunal Constitucional peruano, se limiten los supuestos en los cuales es procedente la AEP sobre laudos arbitrales a fin de proteger otros derechos constitucionales.

Capítulo 4

Ejecución de los laudos arbitrales

La ejecución expedita de los laudos es condición fundamental para que la tutela de derechos mediante el cauce arbitral sea realmente efectiva.⁹²¹ Pese a la relevancia que la etapa de ejecución del laudo tiene para la eficacia del sistema arbitral, en el caso de los arbitrajes domésticos concita una atención considerablemente menor a la que se dispensa a la etapa de conocimiento. Con este antecedente, el propósito de este capítulo es abordar aspectos específicos de la ejecución de laudos arbitrales que han sido poco estudiados a nivel nacional, sin analizar detalladamente el proceso judicial de ejecución, que ha merecido estudios previos.⁹²²

El análisis propuesto en este capítulo parte del entendimiento de los efectos de cosa juzgada que emanan del laudo arbitral así como de los contornos del derecho a la ejecución de laudos arbitrales, para luego estudiar los problemas que presenta la tutela cautelar como mecanismo para asegurar la eficacia del laudo y las posibles soluciones para los mismos. Posteriormente se debate el rol que los árbitros deben asumir en procesos de ejecución y se analizan los vacíos que la LAM presenta en materia de suspensión de ejecución de laudos arbitrales así como de la posibilidad de que exista control judicial previo a la ejecución de laudos arbitrales.

921 Gozáini, *Derecho Procesal Constitucional*, 603: “la sentencia que no consigue rápida obediencia desacredita al órgano que la expide, mortifica al justiciable y deja la peor imagen social que pueda tener el Poder Judicial como institución”. Esta reflexión es plenamente aplicable a los efectos nocivos que se proyectan sobre el sistema arbitral cuando se dificulta la ejecución de los laudos. Ver también Ignacio Ripol, *La ejecución del laudo y su anulación: Estudio del Art. 45 LA* (Barcelona: J. M. Bosch, 2013), 47 (refiriéndose a la legislación española, sostiene que “la verdadera debilidad del arbitraje se manifiesta en su fase ejecutiva”).

922 Sobre el proceso de ejecución en Ecuador es destacable el trabajo de Vanesa Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*, 292-372 (varias de cuyas sugerencias han sido acogidas en el COGEP). Cabe anotar que, en general, el procedimiento de ejecución de sentencias y laudos arbitrales ha sido abordado de mejor manera en el COGEP que en CPC. Las reformas más importantes tienen que ver con la distinción entre títulos de ejecución y títulos ejecutivos –a la que posteriormente hago referencia–; la incorporación de normativa sobre ejecución de obligaciones de no hacer; la implementación de una audiencia de ejecución en forma previa al remate de bienes embargados; y sobre todo, la modernización del obsoleto proceso de remate que estaba previsto en el CPC. Para estas últimas, la disposición final segunda del COGEP previó un proceso de implementación más temprano que para el resto de normas (180 días antes a partir de 22 de mayo de 2015, fecha de publicación del COGEP). Al respecto, ver nota 112.

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

El laudo arbitral y sus efectos de cosa juzgada

Pese a la ausencia de una definición legal de laudo arbitral,⁹²³ del contexto de la LAM cabe entenderlo como la resolución de los árbitros, fundamentada ya sea en derecho o en equidad, que pone fin al juicio arbitral⁹²⁴ al pronunciarse sobre las pretensiones y excepciones de las partes procesales. La emisión del laudo dentro del tiempo fijado por las partes y subsidiariamente por la ley, en términos que lo hagan plenamente ejecutable,⁹²⁵ constituye la obligación más relevante de los árbitros.

Como se destacó en el capítulo 3, la fuerza de cosa juzgada que la ley atribuye a los laudos arbitrales desde que estos se ejecutorian los convierte en resoluciones equiparables a las sentencias judiciales.⁹²⁶ Desde la legislación colonial el laudo arbitral fue concebido como una providencia con fuerza de cosa juzgada,⁹²⁷ tradición jurídica que se recoge en el art. 32, LAM en armonía con las legislaciones contemporáneas sobre la materia.⁹²⁸

923 En general, la normativa moderna sobre arbitraje no provee una definición de laudo. Ver al respecto Eduardo Zuleta, *El concepto de laudo arbitral* (Bogotá: UR, 2012), 15 y Felipe Cuberos, “Concepto y nacionalidad del laudo”, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 1 (Quito: IEA / CEJ), (2010): 58. Ver también Bañuelos Rizo, *Arbitraje comercial internacional*, 405 (explicando que el grupo de trabajo a cargo de la elaboración de la Ley Modelo consideró en principio conveniente definir al laudo arbitral a fin de aclarar sobre qué resoluciones cabía el recurso de nulidad –así denominado en la Ley Modelo–, sin embargo, desistió en el intento debido a falta de tiempo para discutir todas las implicaciones de esta definición. El texto que inicialmente propuso el grupo de trabajo fue el siguiente: “Por ‘laudo’ se entenderá el laudo final que decida todas las cuestiones sometidas al tribunal arbitral y cualquier otra decisión del tribunal arbitral que determine definitivamente cualquier otra cuestión sustantiva, la cuestión de su competencia, y cualquier otra cuestión de procedimiento si, en último caso, el tribunal arbitral califica su decisión como laudo”).

924 La expedición del laudo arbitral constituye apenas una de las formas de terminar el proceso arbitral. Otras formas son el desistimiento, el allanamiento, y la transacción (art. 28 LAM). Ver al respecto Barona Vilar, “Adopción de decisiones colegiadas”, 1395.

925 Sobre la obligación de los árbitros de expedir laudos que puedan ejecutarse resulta particularmente interesante el art. 35, Reglamento de Arbitraje, CCI: “la Corte y el tribunal arbitral se han de ajustar a lo indicado en este Reglamento y realizarán todos los esfuerzos para que el laudo sea susceptible de sanción legal”.

926 La Ley de Arbitraje Comercial de 1963, en su art. 17, inc. 2, disponía: “Las sentencias arbitrales dictadas por los Tribunales de las Cámaras de Comercio o por las Entidades Nacionales o Internacionales de arbitraje son inapelables y se ejecutarán desde que fueren notificadas las partes”. Para una parte de la doctrina el laudo arbitral “es una verdadera y propia sentencia [...] emitida por órganos que no pertenecen a la jurisdicción normal”. Rocco, *Derecho procesal civil*, 92. Ver también Aylwin, *El juicio arbitral*, 490.

927 Ver por ejemplo Ripol, *La ejecución del laudo y su anulación*, 114: “Desde el Fuero de Juzgo, la tradición jurídica equipara el laudo a la sentencia judicial. En él se recoge la tradición del Liber Iudiciorum y se considera el árbitro como una especie de juez y se reconoce que las sentencias arbitrales tienen fuerza ejecutiva y de cosa juzgada”.

928 Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 46.

El efecto de cosa juzgada reconocido en favor del laudo arbitral es expresión de su entendimiento como un acto de autoridad en razón de las facultades que el ordenamiento jurídico atribuye a los árbitros para dirimir conflictos.⁹²⁹ Así concebidos los laudos, su cumplimiento trasciende la esfera de interés de quienes consintieron en el pacto arbitral. El reconocimiento estatal del arbitraje como cauce de resolución de conflictos cuyos efectos se equiparan a las sentencias judiciales, conlleva un interés público en garantizar que los laudos se ejecuten en tiempos razonables, a fin de salvaguardar la confianza de la ciudadanía en una de las vías que el sistema jurídico contempla para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva. Desde esta lógica, al haber reconocido el Estado que los árbitros ejercen jurisdicción, el cumplimiento del laudo está vinculado con el necesario sometimiento de los justiciables al ordenamiento jurídico, y consiguientemente, con las bases mismas del Estado de derecho.⁹³⁰

El reconocimiento del efecto de cosa juzgada para los laudos arbitrales descansa en las mismas justificaciones que sustentan tal efecto en el caso de las sentencias judiciales, que bien pueden resumirse en dos máximas: es de interés público que se dé fin al litigio (*interest reipublicae ut sit finis litium*) y nadie debe ser juzgado dos veces por la misma causa (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*).⁹³¹ En los términos del Tribunal Constitucional peruano, el laudo firme da nacimiento al derecho constitucional “a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral”,⁹³²

929 *Ibid.*, 48.

930 Sentencia 107/1992, 1 de julio de 1992, Tribunal Constitucional, España: “La ejecución de sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no solo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 de la Constitución”. Esta reflexión es plenamente aplicable a los laudos arbitrales que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son claramente tratados como manifestaciones jurisdiccionales.

931 International Law Association, “Res Judicata’ and Arbitration”, Reporte Interino, Conferencia de Berlín, 2004, <www.ila-hq.org/>, consulta: 13 de julio de 2015.

932 Ver Exp. 01064-2013-PA/TC, 25 de septiembre de 2013, Tribunal Constitucional, Perú: “22. [...] una vez vencido el plazo para solicitar la anulación del laudo, [...] el laudo es firme. Es pues a partir de este momento que el laudo no solo ha resuelto definitivamente la controversia, sino que lo ha hecho firmemente, no pudiendo volver a plantearse el conflicto ni ante un juez ni ante otro árbitro. Por lo tanto, el laudo tiene efecto tanto de cosa juzgada formal (lo que garantiza la inatacabilidad judicial del laudo), como de cosa juzgada material (lo que garantiza que no podrá dictarse un nuevo laudo o sentencia sobre lo que ha sido objeto del arbitraje). En suma, el laudo tiene efecto de cosa juzgada porque lo decidido por el árbitro o tribunal arbitral vincula a los jueces y a las partes del arbitraje. Esto configura la existencia, en sede arbitral, del *derecho constitucional a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral*, derecho este que puede ser exigible ya sea en sede arbitral o en sede del Poder judicial. 23. En relación con este derecho, y haciendo un matiz para la jurisdicción arbitral,

derecho que se plasma en la facultad de exigir el respeto a los siguientes efectos de la *res iudicata*:

1. Una vez expedido el laudo, el ordenamiento jurídico impide “la reproducción del proceso de cognición”⁹³³ sobre la controversia resuelta mediante el laudo (efecto negativo o *ne bis in idem*). Este efecto se concreta en la procedencia de la excepción de cosa juzgada cuando concurre la identidad subjetiva, objetiva y de causa, entre un juicio arbitral que ha sido ya resuelto y otro que se pretende iniciar⁹³⁴ ya sea en sede judicial o arbitral.⁹³⁵ Desde la perspectiva de la vigencia del convenio arbitral, al haberse conocido un proceso entre las mismas partes, en el cual se decidió sobre las mismas pretensiones, los efectos del convenio arbitral se agotan en el primer juicio.⁹³⁶

Adicionalmente, el análisis de la excepción de cosa juzgada en el contexto arbitral puede ser necesario inclusive ante el mismo tribunal arbitral, cuando se analiza si lo decidido en laudos parciales⁹³⁷ debe mantenerse en

este Tribunal Constitucional considera que el *derecho constitucional a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral*, entre otros contenidos, ‘garantiza el derecho de toda parte arbitral, en primer lugar, a que los laudos que hayan puesto fin al proceso arbitral, y que no hayan sido impugnados oportunamente, no puedan ser recurridos posteriormente mediante medios impugnatorios o recursos, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlos; y en segundo lugar, a que el contenido de los laudos que hayan adquirido tales condiciones, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos árbitros que resolvieron el arbitraje en el que se dictó el laudo’.

933 Rocco, *Derecho procesal civil*, 413.

934 Esta es la aproximación a la teoría de la cosa juzgada típica del . Sobre las diferencias con la aproximación del *common law* a la teoría de la cosa juzgada ver por ejemplo International Law Association, “Reporte Interino: ‘Res Judicata’ and Arbitration,” 7 (explicando el alcance de las instituciones que encarnan la *res iudicata* en la mayoría de jurisdicciones del *common law*: la *cause of action estoppel* –evita que una parte invoque o niegue la existencia de hechos o circunstancias que fundamentan un derecho, cuya inexistencia o existencia ha sido determinada por una corte competente entre las mismas partes– y el *issue estoppel* –evita que una parte en procesos subsiguientes contradiga un asunto de hecho o de derecho que ha sido previamente discutido y decidido en un procedimiento anterior entre las mismas partes–).

935 *Ibid.*, 4 (aclarando que las situaciones en las cuales puede surgir la excepción de cosa juzgada entre tribunales arbitrales son varias. Por ejemplo, cuando con base en diferentes convenios arbitrales han surgido juicios diferentes relativos a la misma relación jurídica o a relaciones jurídicas íntimamente vinculadas Tal es el caso de contratos que frecuentemente se celebran juntos, como franquicia y licencia de marcas, cuando cada uno ha motivado un arbitraje independiente; o cuando se sostiene que el tribunal anterior se pronunció de forma incompleta sobre todos los asuntos de la litis; o en casos en los cuales se discuten las mismas situaciones fácticas ante tribunales arbitrales diferentes).

936 Lacruz Mantecón, *La impugnación del arbitraje*, 247.

937 Generalmente, el reconocimiento legislativo de la posibilidad de expedir laudos parciales busca dotar al proceso de mayor flexibilidad. Ver al respecto Ripol, *La ejecución del laudo y su anulación*, 59. Sin embargo, la ausencia de criterios unánimes para distinguir este tipo de laudos

el laudo final.⁹³⁸ En el caso ecuatoriano, aunque la LAM no reconoce expresamente la figura de laudos parciales, la justicia ordinaria ha atribuido excepcionalmente el efecto de cosa juzgada al pronunciamiento sobre la competencia del tribunal arbitral, reconociéndole efectos típicos de un laudo parcial.⁹³⁹ Atendiendo esta circunstancia, cabe preguntarse si el laudo puede contradecir la resolución adoptada por el tribunal arbitral sobre su propia competencia durante la audiencia de sustanciación que tiene lugar en la etapa temprana del juicio arbitral. Parece lógico que un pronunciamiento de competencia emitido por un tribunal arbitral resulte obligatorio para él mismo, con la sola excepción de que el curso de proceso sobrevenga evidencia desconocida durante la audiencia de sustanciación que justifique un cambio de opinión sobre la competencia. Lo contrario constituiría un atentado contra la economía procesal, al haberse sustanciado un juicio arbitral, con todo el esfuerzo que esto implica para árbitros y partes, para que finalmente el tribunal considere que no es competente a pesar de haber tenido desde el inicio la oportunidad y la obligación de pronunciarse motivadamente sobre su propia competencia.

2. Lo dispuesto en el laudo debe respetarse por los justiciables, por el propio tribunal arbitral, por otros tribunales arbitrales y por jueces estatales⁹⁴⁰(*efecto positivo*).

Cuando la LAM asimila los efectos jurídicos de los laudos a los de una sentencia ejecutoriada de última instancia, está reconociendo el carácter ejecutorio⁹⁴¹ de los primeros, es decir, su aptitud para ser ejecutados forzosamente debido a que el derecho ya ha sido determinado en un proceso previo. En este sentido, el COGEP (art. 363) reconoce expresamente a los

puede acarrear confusión sobre las providencias que generan el efecto de cosa juzgada, como sostiene Zuleta, *El concepto de laudo arbitral*, 16.

938 Anne-Catherine Hahn, "Res Iudicata as a Challenge for Arbitral Tribunals", en Christian Klaussegger y otros, edit., *Austrian Yearbook on International Arbitration* (Viena: Manz'sche Verlags / Universitätsbuchhandlung, 2014), 330-1, <<http://www.bakermckenzie.com/ARZurichArbitralTribunalsJan14/>>, consulta: 12 de julio de 2015. Ver también International Law Association, "Res judicata and Arbitration," 3-4.

939 Sentencia de 2 de mayo de 2013, juicio 14-2008-BL, PCPJP. Ver también Barona Vilar, "Plazo, forma, contenido y notificación del laudo", 1465 (comentando que el pronunciamiento sobre cuestiones previas o excepciones en el proceso arbitral, incluyendo la competencia de los árbitros o la validez o existencia del convenio arbitral, se consideran como laudo parcial). En contra, ver Lacruz Mantecón, *La impugnación del arbitraje*, 244-5 (cuestionando que la declaratoria de incompetencia genere efectos de cosa juzgada).

940 Hahn, "Res Iudicata as a Challenge for Arbitral Tribunals", 329 y Lacruz Mantecón, *La impugnación del arbitraje*, 242-3.

941 Ver Gozaini, *Derecho procesal constitucional*, 607 (distinguiendo entre títulos ejecutorios – sentencias, laudos –, que permiten su ejecución forzosa, y títulos ejecutivos, que permiten que se inicie el juicio ejecutivo), distinción que aparece con claridad en el COGEP.

laudos arbitrales como títulos *de ejecución*, junto con las sentencias judiciales, las actas de mediación, las actas transaccionales y otros.⁹⁴² En tal calidad, ante la falta de cumplimiento voluntario de la parte obligada, los laudos permiten que mediante el proceso de ejecución tenga lugar una actividad “sustitutiva de la conducta del destinatario de la condena”.⁹⁴³ En otras palabras, la ejecución del laudo implica la transformación de este acto jurídico en una realidad que satisfaga las prestaciones debidas al acreedor.⁹⁴⁴

Los contornos del derecho a la ejecución de los laudos arbitrales

El derecho a la ejecución de los laudos arbitrales encierra una dimensión constitucional y una procesal. La primera implica que este derecho es el corolario de los otros contenidos de la tutela efectiva,⁹⁴⁵ que como se ha sostenido previamente, también se ejerce mediante el cauce arbitral. La segunda, que deben existir herramientas procesales que permitan que lo declarado en el laudo adquiera eficacia sin dilaciones.⁹⁴⁶ En lo esencial, mediante el ejercicio de este derecho opera un cambio real en la relación existente entre las partes, más allá del cambio ideal que pudo haberse producido mediante la sentencia o el laudo.⁹⁴⁷

Únicamente los laudos de condena permiten el ejercicio del derecho materia de análisis,⁹⁴⁸ pues en el caso de laudos constitutivos o meramen-

942 Art. 363, num. 2, COGEP: “Son títulos de ejecución.- [...] 2.- Los laudos arbitrales.” Acertadamente, el COGEP separa estos títulos de ejecución de títulos ejecutivos, por ejemplo, letras de cambio, pagarés a la orden, copias o compulsas auténticas de escrituras públicas, entre otros (art. 347). Por su parte, el CPC, fue menos claro al respecto: en primer lugar, en el art. 413 se refería, como si se tratara de la misma cosa a los títulos que permiten su ejecución forzosa, como las sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, y los títulos que permiten iniciar juicios ejecutivos, como las letras de cambio, y en segundo lugar, omitía mencionar a los laudos arbitrales.

943 Víctor Manuel Moreno Catena, “Algunos problemas de la ejecución forzosa”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 5 (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2001): 189, <[https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(187-200\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(187-200).pdf)>, consulta: 20 de noviembre de 2015.

944 Ricardo Henríquez Larrazábal, “Jurisdicción y ejecución”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, No. 1 (Barcelona: 2014): 408-9 (“la ejecución (forzosa) de un fallo es un proceso de transformación de un acto jurídico (el fallo judicial), compuesto por un acto de conocimiento y un acto de voluntad, en una realidad física. Lo que en el fallo es pura determinación, se traduce en facticidad medible”). Ver también Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 358.

945 Gozaini, *Derecho procesal constitucional*, 599.

946 *Ibid.*, 629-630.

947 Jaime Guasp y Pedro Aragonese, *Derecho procesal civil*, t. III, 7a. ed. (Navarra: Aranzadi, 2006), 585.

948 Asimilando los laudos a las sentencias, es frecuente clasificar a los primeros en meramente declarativos, constitutivos y de condena. Sobre la distinción de estas categorías, ver Res. 236-2004, 14 de octubre de 2004, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, CSJ, RO, No. 40, 16 de junio de 2005: “Décimo.- Como lo ha dicho esta Sala en fallo citado parcialmente por el Tribunal ad

te declarativos, la tutela efectiva de los derechos se satisface con la mera declaración, y en ciertos casos con alguna formalidad como la inscripción en un registro público para darle publicidad a la decisión jurisdiccional,⁹⁴⁹ mientras que en el caso de laudos condenatorios, la tutela efectiva exige que lo ordenado por los árbitros se cumpla inclusive contra la voluntad de la parte obligada.⁹⁵⁰ Por tal razón, al tratarse de laudos de condena, su

quem, la ejecución de la sentencia se desarrolla y agota en diferentes formas, de acuerdo con la clase de fallo que se trate. Esta Sala, en sentencia de 31 de agosto de 1998 (publicada en el Registro Oficial 58, de 30 de octubre de 1998) sostuvo lo siguiente: ‘Según la clasificación de Couture, que acogemos para el caso, las sentencias son: de condena, declarativas o meramente declarativas y constitutivas. 1.- Sentencia de condena, es aquella que impone el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar o hacer), o ya sea en sentido negativo (no hacer). La sentencia de condena es insuficiente para restablecer el derecho, porque muchas veces el demandado no cumple voluntariamente la prestación que se le ha impuesto; es necesario, por tanto, que el órgano judicial disponga la ejecución forzada, mediante los medios ejecutivos previstos por la ley. No siempre puede lograrse la efectivización del bien mismo objeto de la prestación, como sucede en los casos de imposibilidad física para hacerlo, por destrucción del objeto o porque depende de un acto del obligado que no puede ser ejecutada la prestación por otra persona, por ejemplo la pintura de una obra de arte, o cuando se condena a no hacer algo y esto se realizó y no puede deshacerse lo hecho. En todos los casos en que la restitución en sí misma no es posible, la ejecución se traduce o transforma en reparación económica. 2.- Sentencia declarativa o meramente declarativa, es aquella que hace únicamente el puro pronunciamiento judicial sobre la existencia o inexistencia de una situación jurídica determinada. 3.- Sentencia constitutiva, es aquella que configura un estado o un derecho que no existía antes, sin establecer una condena para el cumplimiento de la prestación. Desde luego, como expresa Devis Echandía, las distintas figuras procesales no siempre se presentan puras y separadas en la práctica, sino que, por el contrario, lo general es que se produzca la forma mixta, o sea la combinación o simultaneidad de una y otra figura. Este autor, en la clasificación de las sentencias incluye a las de declaración-constitutiva, porque las normas materiales determinan tanto la constitución como la modificación de las relaciones jurídicas, estableciendo sus presupuestos. En el caso de aplicarse una de estas normas en el proceso opera no solo una declaración de certeza jurídica, sino además una modificación del estado jurídico preexistente’. En contra ver Rocco, *Derecho procesal civil*, 378 (negando la existencia de sentencias constitutivas, pues considera que solo el legislador puede constituir derechos y que el juez se limita a declararlos). Sobre los laudos de condena como los únicos que pueden ser ejecutados ver por ejemplo Moreno Catena, ‘Algunos problemas de la ejecución forzosa’, 188; Córdón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 207 y Ledesma Narváez, *Jurisdicción y arbitraje*, 196.

949 Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* (Montevideo: B d F, 2002), 359-60.

950 Res. 167-2008, 16 de julio de 2008, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, CSJ, ROS, No. 122, 3 de febrero de 2010: ‘El derecho de acceso a la justicia no comporta únicamente el derecho a obtener un pronunciamiento de parte del órgano judicial. Una afirmación tan simplista nos llevaría a concluir que la tutela judicial efectiva se obtiene con la sola declaración del órgano judicial. Empero /-y esto es una obviedad- de nada sirve obtener un pronunciamiento judicial favorable si no se puede llevarlo a la práctica; en definitiva, ejecutarlo. [...] En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva se verá satisfecho cuando se ejecuten las disposiciones de la sentencia [...] hay que señalar que las sentencias declarativas y constitutivas no requieren de despacho de ejecución, porque la tutela judicial se obtiene con su expedición. Pero no ocurre lo mismo con una sentencia de condena, en la que, para obtener ese cambio material en el estado de las cosas, es preciso que se dicten una serie de medidas por parte del Tribunal’.

efectividad adquiere tanta relevancia como el proceso arbitral en sí,⁹⁵¹ desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva de los justiciables. En el ejercicio del derecho a la ejecución de laudos arbitrales es necesario tener presentes los siguientes elementos:

- *El derecho a la ejecución de los laudos arbitrales nace a partir de que los laudos se ejecutorian.*⁹⁵² La ejecutoría del laudo, es decir el momento en el cual adquiere firmeza, comporta el cierre de la etapa de cognición.⁹⁵³ A partir de la ejecutoría del laudo nacen sus efectos de cosa juzgada; se fijan, extinguen o modifican las relaciones jurídicas sometidas a arbitraje y se imponen obligaciones de dar, hacer o no hacer.⁹⁵⁴ La obligación que tienen las partes de cumplir inmediatamente el laudo consagrada en el art. 32, LAM, no impide que, de acuerdo a las circunstancias del caso, los árbitros establezcan en el mismo laudo un plazo razonable para su cumplimiento y en tal supuesto, la ejecución tendrá lugar una vez vencido aquel plazo.⁹⁵⁵

La interposición de la acción de nulidad por una de las partes no detiene la ejecución del laudo, excepto cuando así se solicita expresamente por la parte que interpone la acción, quien debe rendir caución suficiente por los perjuicios que puedan derivarse de la demora en la ejecución del laudo (art. 31, LAM). La razón para este régimen es clara: el laudo es firme desde que, notificado a las partes, estas no solicitan su aclaración o ampliación dentro del término legal, o de haberlas pedido, han sido resueltas por el tribunal arbitral. Desde este momento, el laudo surte sus efectos de cosa juzgada y para desafiarlos, se requiere del pronunciamiento de la justicia estatal mediante la admisión de la acción de nulidad,⁹⁵⁶ o de la AEP. Se trata de una situación diferente a la ejecución provisional de sentencias

951 Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 313.

952 Res. 173-06, 2 de mayo de 2006, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, CSJ, *RO*, No. 1, 16 de enero de 2007: “El derecho a la ejecución de las sentencias [...] Es un derecho abstracto que tiene toda persona, y que nace en el mismo momento que la sentencia deviene firme y ejecutoriada (es decir, agotados los recursos que puedan revocarla, o vencidos los plazos para plantearlos)”.

953 Rocco, *Derecho procesal civil*, 413 (distinguiendo dos etapas para la tutela procesal de derechos: la de cognición y la de ejecución).

954 Ripol, *La ejecución del laudo y su anulación*, 127.

955 Caivano, *Arbitraje*, 273.

956 Ripol, *La ejecución del laudo y su anulación*, 85. Ver también Lacruz Mantecón, *La impugnación del arbitraje*, 250-1: “la cosa juzgada se produce desde que el laudo se dicta, lo que ocurre es que este efecto es inestable y no se consolida hasta que transcurren los plazos para la anulación [o esta se resuelve negativamente]”. Antes que un efecto *inestable* de cosa juzgada, la legislación ha previsto un mecanismo para desconocer la *res iudicata* inherente a los laudos arbitrales, en circunstancias excepcionales, que son las que configuran las causales de la acción de nulidad. Por otro lado, Caivano, considera que el recurso de nulidad impide que el laudo pase en autoridad de cosa juzgada, aunque no conlleva automáticamente la imposibilidad de ejecutarlo. Ver Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 233.

de primera instancia que algunos ordenamientos jurídicos permiten,⁹⁵⁷ sin que sea este el caso ecuatoriano. La diferencia radica en que al tratarse de ejecución provisional de sentencias, estas aún no adquieren los efectos de cosa juzgada, por existir todavía la posibilidad de que sean revisadas por órganos jerárquicamente superiores.⁹⁵⁸

• *El derecho a la ejecución exige una identidad entre condena y ejecución.* Los laudos deben ejecutarse en sus propios términos,⁹⁵⁹ derecho que ampara tanto al ejecutante como al ejecutado.⁹⁶⁰ En conexión con el derecho a la seguridad jurídica, mediante el derecho a la ejecución de los laudos en sus propios términos, se garantiza la inalterabilidad de estas resoluciones al margen de los cauces legalmente reconocidos.⁹⁶¹ En este sentido, al ser la ejecución un mecanismo que sustituye al cumplimiento voluntario, las facultades del ejecutor están limitadas a los actos que el deudor dejó de realizar, dependiendo del tipo de prestación ordenada mediante laudo.⁹⁶² Sin embargo, cuando la ejecución de lo ordenado en el laudo se ha hecho física o jurídicamente imposible,⁹⁶³ el derecho a la ejecución en los propios términos admite una indemnización equivalente.⁹⁶⁴

957 Ver por ejemplo Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, 614-6 (presentando un estudio comparado de la ejecución provisional de sentencias en las legislaciones de Francia, Italia, Alemania).

958 Virginia Pardo Iranzo, “De la ejecución forzosa del laudo”, 1871: “los artículos [...] relativos a la ejecución provisional de las resoluciones judiciales, a pesar de que podría pensarse otra cosa, no son válidos para los laudos; estos son en todo caso firmes –dicho de otro modo, son firmes desde que se dictan–, con lo que su ejecución es siempre definitiva, nunca provisional”.

959 Con relación a este derecho al tratarse de sentencias judiciales ver Res. 173-06, 2 de mayo de 2006, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, CSJ, RO, No. 1, 16 de enero de 2007. Ver también Virginia Pardo Iranzo, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 51-6 (destacando la variación de opiniones que ha existido en la doctrina española sobre si el derecho a la tutela judicial efectiva incluye la ejecución de la sentencia en sus propios términos).

960 Pardo Iranzo, *Ejecución de las sentencias por obligaciones de hacer y no hacer*, 55.

961 Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 69 (sintetizando varias sentencias del Tribunal Constitucional español en esta materia).

962 Ver art. 364, inc. 1, COGEP: “Facultades de la o del juzgador y de las partes. La ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución”. Ver también Pardo Iranzo, *Ejecución de sentencia por obligaciones de hacer y de no hacer*, 29; Fernández Segado, “Derecho a la jurisdicción”: 80; y Guasp y Aragoneses, *Derecho procesal civil*, t. II, 588 (clasificando a los procesos de ejecución ordinarios en ejecución *dineraria* o *expropiativa* –ejecución por obligaciones de dar cantidades de dinero, la más común–; la ejecución *satisfactiva* –ejecución por deberes de entregar cosas– y ejecución *transformativa* –ejecución por obligaciones de hacer y no hacer).

963 Moreno Catena, “Algunos problemas de la ejecución forzosa”, 197 (advirtiendo la necesidad de que la legislación no sea complaciente con la posibilidad de ejecución equivalente, a fin de lograr mayor eficacia de la sentencia en sus propios términos, para lo cual sugiere la utilización de mecanismos como apremios personales o multas pecuniarias).

964 Ver art. 366, inc. 2, 368, inc. 2, y 369, inc. 3, COGEP. Art. 366, inc. 2: “Si la especie o cuerpo cierto no puede ser entregado a la o el acreedor por imposibilidad legal o material, la o el juzgador, a pedido

• *La ejecución procede únicamente a instancia de parte.*⁹⁶⁵ Es necesaria una manifestación expresa de voluntad del justiciable que tiene interés en ejecutar el laudo, pues el beneficiario de un laudo puede renunciar a su cumplimiento forzoso.⁹⁶⁶

• *Limitación de las excepciones admisibles.* En razón de que la existencia del derecho que se consagra en el laudo cuya ejecución se pretende ya fue establecida como corolario de un procedimiento declarativo en el que tuvo plena vigencia el principio de contradicción, el derecho a oponer excepciones por parte del demandado durante la etapa de ejecución se atenúa importantemente.⁹⁶⁷ En esta línea, la LAM dispone que el juez de la ejecución no puede aceptar excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo (art. 32).

• *Responsabilidad del ejecutor.* El derecho a la ejecución de laudos y sentencias genera responsabilidad de los órganos a cargo de la ejecución cuando a pesar de haberse solicitado por el justiciable, no toma las medidas necesarias para una ejecución expedita.⁹⁶⁸ En esta línea, el ejecutor está obligado a remover todos los obstáculos que se presenten para la ejecución del laudo⁹⁶⁹ y a actuar diligentemente a fin de evitar que el proceso de ejecución se prolongue más allá de lo necesario.

Desde ninguna perspectiva resulta razonable que el tiempo de ejecución sea superior al que fue necesario para declarar el derecho.⁹⁷⁰ De hecho, la ce-

de la o del acreedor, ordenará que la o el deudor consigne el valor del mismo a precio de reposición, a la fecha en que se dicte esta orden". Art. 368, inc. 2: "Si por cualquier motivo no se obtiene la realización del hecho, la o el juzgador de la ejecución determinará en una audiencia convocada para tal efecto y sobre la base de las pruebas aportadas por las partes, el monto de indemnización que la o el deudor debe pagar por el incumplimiento y dispondrá el respectivo no es posible deshacer lo hecho, se ordenará que la o el demandado consigne la cantidad correspondiente al monto de la indemnización, la que se fijará en una audiencia, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior". Por su parte, el CPC, menos detallado en materia de ejecución, se limitaba a tratar la prestación por equivalencia en el caso de especie o cuerpo cierto: art. 440, inc. 2, CPC: "Si la especie o cuerpo cierto no pudiere ser entregado al acreedor, o no se obtuviere la realización del hecho, el juez determinará la indemnización que deba pagarse por el incumplimiento y dispondrá el respectivo cobro, por el procedimiento de apremio real".

965 Caivano, *Arbitraje*, 272.

966 Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, 602. Ver también Pardo Iranzo, *Ejecución de sentencia por obligaciones de hacer y de no hacer*, 24 (enfaticando en la inexistencia de unidad entre los procesos de declaración y de ejecución. En este sentido dice que cabe declaración sin ejecución, ejecución sin declaración –como en determinados títulos que no ameritan la declaración del derecho– y declaración más ejecución) y Guasp y Aragoneses, *Derecho procesal civil*, t. III, 585.

967 Moreno Catena, "Algunos problemas de la ejecución forzosa", 190. Ver también Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 370.

968 Res. 173-06, 2 de mayo de 2006, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, RO, No. 1, 16 de enero de 2007.

969 Pardo Iranzo, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, 48.

970 Ver Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, 601.

leridad en la ejecución es más crítica al tratarse de laudos arbitrales,⁹⁷¹ pues el sacrificio que realizan las partes del derecho a recurrir, bajo la legislación vigente, se justifica únicamente bajo la expectativa de un procedimiento más rápido. Pese a la necesidad de un procedimiento ágil y a las obligaciones que los jueces adquieren para lograr esta meta, la ejecución de los laudos arbitrales en Ecuador ha tenido que enfrentar frecuentemente dilaciones indebidas. En los procesos de ejecución de laudos arbitrales revisados⁹⁷² (sustanciados bajo el CPC) se encontraron casos en los cuales la sola citación a la contraparte demoró tres años a partir de la recepción del proceso en la judicatura,⁹⁷³ tiempo que también tardó en otro caso la expedición del mandamiento de ejecución.⁹⁷⁴ En otro de los casos analizados la sola constancia de no pago del ejecutado después de haberse expedido el mandamiento de ejecución demoró aproximadamente un año, a pesar de la insistencia del acreedor.⁹⁷⁵ Si bien la diligencia con que actúe la parte interesada incide importantemente en la duración del proceso de ejecución, en varios casos el retraso puede imputarse al ánimo de incidentar el proceso de la parte demandada y a la reacción poco enérgica de la judicatura ante tales intentos.

Entre los procesos de ejecución estudiados, los más dramáticos en términos de duración se presentaron cuando el ejecutado fue una entidad del Estado. En el primer caso, el proceso duró cinco años a partir del planteamiento de la demanda ante el juez de lo civil⁹⁷⁶ y terminó antes que por la ejecución del laudo, por mutuo acuerdo entre las partes, después de varias maniobras dilatorias por parte del ejecutado, que incluyeron un prolongado debate sobre la necesidad de notificación del peritaje inicial de liquidación de intereses.

En el segundo caso,⁹⁷⁷ el proceso de ejecución sufrió varios contratiempos. El primer obstáculo que se presentó fue la definición del juez competente. Dado que el art. 32, LAM dispone que cualquiera de las partes puede

971 Ripol, *La ejecución del laudo y su anulación*, 139.

972 La muestra consistió en los procesos sobre esta materia que pudieron ubicarse en tres juzgados de lo civil de Pichincha: juzgados tercero, quinto y noveno correspondientes a los años 2011 a 2013, más un proceso correspondiente al año 2009 que tuvo lugar ante el Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Pichincha. Esta muestra estuvo compuesta por los siguientes procesos de ejecución de laudos arbitrales: juicio 273-2009 (Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Pichincha) posteriormente identificado como juicio 1615-2010 (Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha); juicio 231-2012 (Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha); juicios 556-2013, 500-2011, 195-2010, 958-2012, 1467-2012 (Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha) y juicios 1118-2011, 1503-2011, 1298-2012, 195-2012, 1079-2011 (Juzgado Noveno de lo Civil de Pichincha).

973 Juicio 958-2012, Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha.

974 Juicio 500-2011, Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha.

975 Juicio 1118-2011, Juzgado Noveno de lo Civil de Pichincha.

976 Juicio identificado originalmente como 273-2009 (Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Pichincha) y posteriormente como 1615-2010 (Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha).

977 Juicio 1079-2011, Juzgado Noveno de lo Civil de Pichincha.

pedir la ejecución del laudo ante un juez ordinario, el conflicto consistió en determinar qué órgano judicial ostenta tal calidad al tratarse de sentencias contra el Estado, si el tribunal de lo contencioso administrativo o el juez de lo civil, lo que terminó siendo conocido en un fallo de casación de la CSJ que definió que los competentes eran los jueces de lo civil de primera instancia,⁹⁷⁸ criterio que ha variado con la expedición de la resolución obligatoria 06-2017 de la CNJ, según la cual “en aplicación de los principios previstos en el art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, y las reglas del art. 102 del Código Orgánico General de Procesos, las solicitudes para la ejecución de los títulos contemplados en los numerales 2. laudo arbitral, 3. acta de mediación y 6. actas transaccionales del art. 363 *ibidem*, serán conocidas por la o el juzgador de primera instancia de la materia del domicilio del ejecutado”.⁹⁷⁹ En el caso que se comenta, ya ante el juez de lo civil, la entidad demandada presentó varias excepciones, y adicionalmente, apeló y solicitó que se eleve el expediente en consulta al superior, por argumentar que se trataba de un laudo contra el Estado. Ninguno de los argumentos fue atendido por el juez, quien finalmente fue recusado.

Los mencionados casos evidencian la necesidad de que los ejecutores actúen a la luz del principio *pro actione*, según el cual, el juzgador debe interpretar las normas que favorezcan el acceso efectivo a la justicia, antes que enredarse en fórmulas ritualistas.⁹⁸⁰ Las reflexiones en torno a las posibilidades de mejora del proceso de ejecución serán expuestas a lo largo del capítulo.

Habiendo establecido en qué consiste el derecho a la ejecución del laudo arbitral, a continuación se expondrán los problemas que enfrenta la tutela cautelar en arbitraje, necesaria para salvaguardar el mencionado derecho.

LA TUTELA CAUTELAR EN ARBITRAJE

El presente acápite tiene por finalidad analizar los desafíos que la falta de desarrollo legislativo en materia de medidas cautelares genera para que

978 Res. 326-2003, 25 de septiembre de 2006, CSJ, Sala de lo Contencioso Administrativo, *RO*, No. 128, 17 de julio de 2007: “En el Ecuador también se ha dado un trato especial a lo contencioso administrativo. No viene al caso describir la evolución habida en este ámbito jurídico: es suficiente remitirnos a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que rige –con reformas– desde el 18 de marzo de 1968. Esta Ley, aparte de estructurar de modo particular a los juzgadores, establece un procedimiento específico para la materia, todo lo cual, en suma, demuestra que se trata de una Ley especial y que sus jueces no pueden estar comprendidos dentro de los jueces ordinarios, a los cuales se refiere la Ley de Arbitraje y Mediación en el inciso segundo del art. 32”.

979 Res. Obligatoria 06-2017, CNJ, *RO*, No. 983, 12 de abril de 2017.

980 Sentencia 057-12-SAN-CC, 27 de marzo de 2012, CCPT, *ROS*, No. 735, 29 de junio de 2012.

los justiciables logren, mediante el ejercicio de la tutela cautelar, proteger la eficacia del laudo arbitral y partiendo de tal diagnóstico, proponer soluciones ante los principales vacíos detectados.

Fundamentos de la tutela cautelar arbitral

La tutela cautelar constituye una manifestación del derecho a la tutela efectiva,⁹⁸¹ cuyos principales objetivos son proteger la situación de las partes mientras se resuelve el conflicto que han sometido a decisión de los árbitros y garantizar la ejecutabilidad de la decisión final.⁹⁸² En términos de Calamandrei, constituye una tutela mediata, que más que a *hacer justicia* –es decir a obtener una solución de fondo para el conflicto planteado–, está orientada a *garantizar su eficacia*.⁹⁸³

El derecho a la tutela cautelar se ejerce mediante las medidas cautelares,⁹⁸⁴ las cuales pueden ser definidas como “anticipaciones provisionales de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivarse del retardo de la misma”.⁹⁸⁵ La característica principal de estas medidas es su *instrumentalidad*, es decir, su condición de medios para garantizar los resultados del proceso principal.⁹⁸⁶ De esta característica se desprenden otras que ayudan a determinar la naturaleza de las medidas cautelares: son *provisionales*, pues pueden extinguirse porque durante el proceso se determina que ya no son necesarias o porque se dicta el pronunciamiento definitivo que resuelve el conflicto; *temporales*, pues tienen una duración limitada; *variables*, ya que admiten modificación o levantamiento según las necesidades de la causa principal, y deben ser *proporcionales*, a fin de no afectar a la contraparte en más de lo que es estrictamente necesario.⁹⁸⁷ Finalmente, cabe anotar que la tutela cautelar puede

981 Barona Vilar, “Potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares”, 1065.

982 José Carlos Fernández Rozas, “La justicia cautelar en el proceso arbitral”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje* XXII (2007): 24, <http://eprints.ucm.es/6579/1/ARBITRAJE_Y_JUSTICIA_CAUTELAR_RCEA_2007.pdf>, consulta: 20 de septiembre de 2015.

983 Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (Lima: Ara, 2005), 45.

984 Giovanni Priori Possada, “La oposición a las medidas cautelares”, *Advocatus* (Lima: Universidad de Lima, 2014), 416, <<http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/La-oposicion%C3%B3n-a-las-medidas-cautelares.-Giovanni-Priori.pdf>>, consulta: 25 de noviembre de 2015.

985 Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 45.

986 *Ibíd.*, 44: “nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva”. Ver también Barona Vilar, “Potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares”, 1072 (definiendo a la instrumentalidad como “la necesaria conexión que existe entre lo que se pide cautelarmente y lo que se solicita en el proceso principal”).

987 Para una visión panorámica de las características de las medidas cautelares ver por ejemplo Barona Vilar, “Potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares”, 1077-81.

ejercerse en el contexto jurídico nacional mediante una acción independiente que se presenta antes de introducir la demanda principal,⁹⁸⁸ ya sea judicial o arbitral, o mediante incidentes dentro del proceso principal.⁹⁸⁹

El alcance de las medidas cautelares en arbitraje varía importantemente entre los diferentes ordenamientos jurídicos. Desde una perspectiva amplia, asumida por la Ley Modelo⁹⁹⁰ y mayoritariamente aceptada en arbitraje internacional,⁹⁹¹ las medidas cautelares comprenden, en términos generales, medidas de conservación de situaciones y objetos, así como de aseguramiento de prueba.⁹⁹² Por otro lado, desde una perspectiva restringida, que es la que ha primado en el ordenamiento procesal doméstico⁹⁹³ y se refleja en la LAM,⁹⁹⁴ las medidas cautelares no incluyen aquéllas orientadas al aseguramiento de prueba, función que se cumple mediante las *diligencias preliminares* o *preparatorias*.

Existe, por otro lado, una diferencia importante en cuanto a la variedad de medidas cautelares que pueden adoptarse en sede arbitral frente a las que

988 Ver art. 124 y siguientes, COGEP y los derogados art. 897 y siguientes, CPC. Ver también Ernesto Salcedo Verduga, *Las medidas cautelares en el arbitraje* (Quito: CEP, 2006), 20 (explicando que si bien las providencias preventivas son procesalmente autónomas, “dependen para su vigencia y resultados, de la existencia de un juicio principal en donde se discute la validez, eficacia y procedencia del crédito o del derecho que se pretende proteger con la providencia preventiva”).

989 Ver art. 124 y 351, COGEP; y los derogados art. 421 y 897, CPC.

990 Ver art. 17, num. 2, Ley Modelo: “2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: /a) mantenga o restablezca el estatus quo en espera de que se dirima la controversia;/ b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;/ c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar algún laudo subsiguiente; o /d) preserve elementos de prueba que pudieren ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”).

991 Ver por ejemplo Núria Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje* (Barcelona: Ateller, 2010), 86.

992 Ogarrio, “El procedimiento arbitral”, 91 (identificando tres clases habituales de medidas cautelares en el proceso arbitral: “a) Las que se refieren a la conservación y entrega de pruebas que se refieren a la controversia, b) Las que se refieren a la conservación del objeto del litigio para evitar se afecten los derechos de las partes durante la tramitación del procedimiento y c) Las que tienen por objeto permitir la adecuada ejecución del laudo que se dicte en cuanto al fondo del asunto (medidas conservatorias)”. Ver también Enrique Falcón, “La bilateralidad y los sistemas cautelares”, *Revista de Derecho Procesal* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010): 14.

993 Así el COGEP, distingue entre *providencias preventivas* (art. 124-140) y *diligencias preparatorias* (art. 120-123) y entre las finalidades de estas últimas, está “anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse” (art. 120). El CPC también distinguía entre *providencias preventivas* (art. 898-937) y *actos preparatorios* o *diligencias preliminares* (art. 64 y 65), que se refieren propiamente al aseguramiento de la prueba. Ver también Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, 77 (explicando la distinción entre aseguramiento y anticipación de prueba, por un lado, y las medidas cautelares, por otro en el ordenamiento jurídico español).

994 Art. 9, LAM, 1er inc: “Los árbitros podrán dictar medidas cautelares [...] para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de este”.

pueden ordenarse en sede judicial. El art. 9, LAM reconoce a favor de los árbitros la facultad de dictar una amplia gama de medidas cautelares, que incluyen las previstas en la normativa procesal civil general⁹⁹⁵ (prohibición de enajenar bienes inmuebles, secuestro, retención, arraigo de extranjeros) “o las que se consideren necesarias para cada caso”, norma en la que se manifiesta el espíritu de flexibilidad que debe caracterizar a los procesos arbitrales. La posibilidad de no sujetarse a listados taxativos de medidas cautelares ha estado muy vigente en arbitrajes internacionales⁹⁹⁶ y al amparo de la LAM, ha sido aprovechada también en el ámbito del arbitraje doméstico.⁹⁹⁷

El régimen de medidas cautelares debe garantizar la igualdad de las partes en el proceso.⁹⁹⁸ La posibilidad misma de solicitar medidas cautelares constituye una garantía para el actor, pero considerando el daño que tales medidas pueden causar al demandado, la doctrina ha delineado dos presupuestos que deben ser constatados por el juzgador en forma previa a conceder medidas cautelares ya sea en sede judicial o arbitral,⁹⁹⁹ presupuestos que han sido explicitados en la Ley Modelo:¹⁰⁰⁰ el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, a los que me referiré brevemente a continuación:

- El *periculum in mora*, es decir, el riesgo de la ineficacia de la resolución que los árbitros adopten al final del proceso, derivado del retardo en la emisión de la providencia que resuelva definitivamente el conflicto.¹⁰⁰¹

995 El COGEP al igual que el derogado CPC ha establecido taxativamente las medidas cautelares cuya aplicación es posible, las que en muchos casos pueden resultar insuficientes para garantizar la eficacia de la decisión final.

996 Francisco González de Cossío, “Medidas urgentes y órdenes preliminares en arbitraje: Dos nuevas y efectivas herramientas procesales”, 4 y 5, <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Medidas%20Urgentes%20y%20Ordenes%20Preliminares%20Dos%20Nuevas%20y%20Efectivas%20Herramientas%20Procesales.pdf>, consulta: 8 de septiembre de 2015 (refiriéndose a la variedad de medidas cautelares dictadas en procesos de arbitraje internacional: órdenes para evitar propaganda hostil; depósito de acciones sobre las que versa el litigio con terceros; depósito de cantidades de dinero disputadas en cuentas bajo control conjunto de las partes; órdenes para la realización de pagos provisionales parciales; entre otros). Ver también Gabriel Hernández Villarreal, *Medidas cautelares en los procesos arbitrales: ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?* (Bogotá: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2007), 200.

997 Por ejemplo, en un juicio arbitral sobre una concesión de un local en un centro comercial que se ventiló ante el CAM-CCQ, el tribunal arbitral dispuso que como medida cautelar, la demandada se abstenga de realizar actos orientados hacia la desocupación y entrega de los locales, y que durante la tramitación del juicio, se sigan cumpliendo regularmente las obligaciones contractuales.

998 Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, 113.

999 Sobre la obligación de los árbitros de verificar estos requisitos ver Caivano, *Arbitraje*, 267.

1000 La labor del grupo de trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación de la CNUDMI, incluyó la regulación del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* en el art. 17A de la Ley Modelo, como parte de las reformas del art. 17 de la Ley Modelo que fueron aprobadas el 7 de julio de 2006, dentro del trigésimo noveno periodo de sesiones celebrado en tal año.

1001 Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 37.

Este riesgo justifica el eventual daño que puede producirse en la esfera jurídica del demandado como consecuencia de la ejecución de la medida cautelar. El riesgo inherente al tiempo de duración del proceso evidentemente existe en los procesos arbitrales, si bien más controlado que en el caso de los juicios a cargo de los jueces estatales, dada la existencia de términos máximos legales o convencionales dentro de los cuales los árbitros deben expedir sus laudos. En la normativa procesal general ecuatoriana no aparece claramente delineado este presupuesto. Sí se ha consagrado nítidamente el *suspectio debitoris*, como principio que impone acreditar “que los bienes del deudor se hallan en tan mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de ocultarlos” (art. 125, COGEP y derogado art. 899, CPC).

Por otra parte, el reformado art. 17 de la Ley Modelo, ha consignado con claridad el requisito de *periculum in mora*, al disponer que el solicitante de una medida cautelar debe convencer al tribunal arbitral que de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca un daño notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida si esta es otorgada, daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización (art. 17A, num. 1, lit. a). En todo caso, la evaluación de la existencia de este presupuesto exige un ejercicio de ponderación por parte de los árbitros, en el cual deben considerar si el daño que se evita mediante la medida cautelar es realmente superior a aquél que se infringe al demandado.¹⁰⁰²

• *El fumus boni iuris o apariencia de buen derecho*, opera como una garantía a favor del demandado¹⁰⁰³ que exige del juzgador que se abstenga de conceder medidas cautelares cuando la pretensión procesal carece evidentemente de sustento. Para la expedición de las medidas cautelares basta con que el derecho que se reclama “aparezca verosímil”,¹⁰⁰⁴ es decir, que puedan preverse, razonablemente, probabilidades de que la providencia principal declarará el derecho que animó la demanda. En esta línea, la legislación procesal ecuatoriana ha dispuesto como requisito para dictar medidas cautelares la necesidad de acreditar la existencia del crédito (art. 125, COGEP y derogado art. 899, CPC),¹⁰⁰⁵ requisito que vuelve inaccesible la tutela cautelar en casos en los cuales se debate la existencia misma

1002 Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, 132.

1003 *Ibid.*, 113.

1004 Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 77.

1005 Salcedo Verduga, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, 37 (explicando que debe acreditarse la existencia de una obligación de dar, hacer o no hacer –existencia objetiva del vínculo obligacional– y adicionalmente, que la relación jurídica se conformó entre el actor como acreedor y el demandado como deudor –existencia subjetiva del vínculo obligacional–).

del crédito. En este sentido, utilizando una fórmula más flexible, la Ley Modelo dispone que el solicitante de una medida cautelar debe convencer al tribunal que “existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere” y ha aclarado que la determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará de modo alguno toda la determinación subsiguiente a la que pueda llegar dicho tribunal” (art. 17 A, num. 1, lit.b).

La LAM no se refiere expresamente a los presupuestos procesales antes mencionados, y en la práctica arbitral local, los tribunales no necesariamente acogen la normativa procesal común. A fin de favorecer mayor armonía entre las decisiones de los diferentes tribunales arbitrales y sobre todo, de garantizar la observancia de estándares mínimos que impidan una intromisión indebida en el patrimonio de los demandados, es conveniente que la LAM recoja, como lo ha hecho la Ley Modelo, la obligatoriedad de los árbitros de evaluar el peligro de la demora y la apariencia de buen derecho como presupuestos indispensables para dictar medidas cautelares.

El debate sobre las atribuciones de los árbitros en la expedición y ejecución de medidas cautelares

La posición de la doctrina y de las legislaciones sobre las facultades de los árbitros para dictar y ejecutar medidas cautelares ha evolucionado importantemente. Tradicionalmente, se impuso la visión que reservaba a los jueces estatales la posibilidad de expedir medidas cautelares, al identificar plenamente la facultad de dictar tales medidas con el ejercicio de la potestad de *imperium*,¹⁰⁰⁶ es decir, el poder de constreñir al cumplimiento de lo decidido mediante el uso de la fuerza del Estado,¹⁰⁰⁷ a fin de desplazar cualquier obstáculo que se interponga entre lo declarado por quien ejerce jurisdicción y su realización material.¹⁰⁰⁸ Bajo esta perspectiva, las legislaciones sobre arbitraje solían omitir cualquier mención a medidas cautelares, como sucedió en la Ley de Arbitraje Comercial ecuatoriana de 1963, o negaban explícitamente la posibilidad de que los árbitros puedan dictar

1006 Kleinheisterkamp, “Medidas cautelares en el arbitraje”, 153. Ver también Hernández Villarreal, *Medidas cautelares en los procesos arbitrales*, 188-9.

1007 Trevor Cook y Alejandro García, *International Intellectual Property Arbitration* (Holanda (s. l.): Wolter Kluwers, 2010), 34 (definiendo al *imperium* como los poderes coercitivos para obligar a las partes a hacer o a abstenerse de hacer algo y explicando que las leyes de arbitraje prevén muchas veces algunos mecanismos para lograr que las partes renuentes obedezcan las órdenes de los tribunales –como en el caso de las Directrices de la IBA para recabar evidencias en arbitraje internacional, art. 9 (5) y 9 (6)–).

1008 Henríquez Larrazábal, “Jurisdicción y ejecución”: 408.

medidas cautelares, como sucedió en decisiones de las cortes españolas,¹⁰⁰⁹ argentinas¹⁰¹⁰ y uruguayas,¹⁰¹¹ por citar algunos ejemplos.

En cambio, durante las últimas décadas se ha fortalecido una visión favorable a la adopción de medidas cautelares por los árbitros.¹⁰¹² En esta línea de pensamiento subyacen dos ideas, con las que concuerdo plenamente: la primera, es que si los árbitros son quienes están llamados a resolver el conflicto principal, son los que mejor conocen la necesidad de medidas cautelares en el caso concreto¹⁰¹³ y la segunda, es que debe distinguirse entre la posibilidad de *dictar* y de *ejecutar* medidas cautelares,¹⁰¹⁴ diferenciación que Calamandrei estableció con claridad al separar las providencias cautelares de cognición (por ejemplo, el decreto que concede el secuestro) de las providencias cautelares de ejecución (por ejemplo, la ejecución del secuestro).¹⁰¹⁵ La opinión que mayoritariamente se ha impuesto es que los árbitros pueden dictar providencias cautelares de cognición pero no de ejecución, por carecer de *imperium*.¹⁰¹⁶

Admitida la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares, se distinguen dos grandes tendencias sobre la expresión de consentimiento de los justiciables que se exige para que los árbitros asuman esta atribución: a) la que requiere acuerdo de las partes para que los árbitros puedan ordenar medidas cautelares –posición recogida por ejemplo por la Ley de Arbitraje inglesa de 1996–,¹⁰¹⁷ y b) la que considera que el convenio arbitral

1009 Barona Vilar, “Potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares”, 1044-7.

1010 Kleinheisterkamp, “Medidas cautelares en el arbitraje”, 154. Ver también Caivano, *Arbitraje*, 235 (criticando la línea de pensamiento en el derecho argentino que interpretaba el art. 753 del Código Procesal Nacional argentino en el sentido de que los árbitros no podían dictar medidas cautelares por carecer de *imperium*).

1011 Kleinheisterkamp, “Medidas cautelares en el arbitraje”, 153.

1012 Roque Caivano, “Sistemas cautelares en el arbitraje”, *Revista de Derecho Procesal: Sistemas cautelares y procesos urgentes*, No. 2010-1, segunda parte (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni), (2010): 256. Ver también Fernández Rozas, “La justicia cautelar en el proceso arbitral”: 25.

1013 *Ibid.*, 258-9.

1014 Distinción sumamente clara en la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje española de 2003: “Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes”.

1015 Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 35.

1016 Caivano, “Sistemas cautelares en el arbitraje”: 260; Francisco Javier Carrión García de Parada, “La tutela cautelar de los derechos en arbitraje”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 29 (enero de 2013): 17.

1017 Sección 39, num. 1, Ley de Arbitraje, Inglaterra: “Las partes son libres de acordar que el tribunal debe tener el poder de ordenar provisionalmente cualquier remedio que el tribunal pueda ordenar en el laudo final” y sección 39, num. 4. “A menos que las partes acuerden conferir tal poder al tribunal, el tribunal no tiene tal poder”. Ver Kleinheisterkamp, “Medidas cautelares en el arbitraje”, 156 (denominando a esta posición como *moderada* y explicando que la misma

conlleva la autorización implícita de ordenar medidas cautelares, y que solo cuando existe un acuerdo en contrario, puede restringirse la potestad de los árbitros en esta materia. La Ley Modelo ha sido una importante difusora de esta última posición.¹⁰¹⁸

La LAM (art. 9) va más allá: no únicamente faculta a los árbitros a dictar medidas cautelares, sin necesidad de una manifestación expresa de la voluntad de las partes en este sentido, sino que de existir acuerdo entre las mismas, permite a los árbitros *ejecutar* tales medidas y solicitar para el efecto el auxilio a los funcionarios públicos pertinentes, incluyendo funcionarios policiales, sin necesidad de acudir previamente a los jueces estatales.¹⁰¹⁹ Por lo tanto, los árbitros en Ecuador pueden ostentar facultades de *imperium* para ejecutar medidas cautelares, previa habilitación contractual.¹⁰²⁰ La posibilidad de ejecución de medidas cautelares a cargo de los árbitros, nítidamente establecida en la LAM, es excepcional en el derecho comparado. Otros casos de legislaciones nacionales que contemplan atribuciones de ejecución de medidas cautelares se presentan, por ejemplo, en Nicaragua¹⁰²¹ y en Perú, en el cual la normativa sobre arbitraje reconoce la facultad de los árbitros de ejecutar medidas cautelares siempre que no se requiera del uso de la fuerza¹⁰²² solución que se mantiene en ese país también para la ejecución de los laudos.

parte de la noción de que siendo la jurisdicción arbitral de excepción, se requiere autorización expresa de las partes para conferir a los árbitros el poder de dictar medidas cautelares).

1018 Art. 17, num. 1, Ley Modelo: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares”. Ver también Kleinheisterkamp, “Medidas cautelares en el arbitraje”, 157 (refiriéndose a la posición de la Ley Modelo como *liberal* y explicando la influencia de esta norma en varias legislaciones nacionales).

1019 Art. 9, inc. 3, LAM: “Para la ejecución de medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar tales medidas”.

1020 Salcedo Verduga, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, 110: “En el Ecuador, si bien se acepta de manera general que los árbitros carecen de *imperium*, esa conclusión no es absoluta, desde que la actuación arbitral tiene reconocimiento constitucional y legal, y porque al acudir las partes al arbitraje, la ley autoriza que en el convenio arbitral ellas puedan prever la ejecución de medidas cautelares, sin que tenga el árbitro que recurrir a juez ordinario alguno, siempre y cuando ‘así lo estipularen en el convenio’. ¿Qué otra mejor evidencia de la capacidad de imperio de los árbitros, al menos en nuestro país?”.

1021 Art. 43, Ley de Mediación y Arbitraje, Nicaragua, 2005: “Las autoridades o dependencias públicas así como los particulares a quienes el tribunal arbitral le solicite realizar algún tipo de acto o tomar algún tipo de medida para materializar la medida provisional cautelar, cumplirán con lo solicitado hasta tanto no reciban petición en contrario de dicho tribunal arbitral o una orden de un tribunal de la justicia ordinaria que disponga otra cosa”.

1022 Art. 38, num. 1, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú: “El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública”.

Para algunos, la atribución de facultades de *imperium* a los árbitros para la ejecución de medidas cautelares resulta exagerada¹⁰²³ y para otros, puede inclusive interpretarse como un atentado contra la soberanía del Estado y su titularidad del monopolio de la fuerza. Sin embargo, no existe tal atentado. La noción de *soberanía interna*, que es la que interesa para este análisis, se ha relativizado desde la Revolución Francesa, al dejar de visualizar la relación entre Estado y ciudadano como una entre soberano y súbdito, a la luz de la división de poderes, el principio de legalidad y los derechos fundamentales.¹⁰²⁴ El paradigma del Estado de derecho entraña la sujeción de las actuaciones públicas a la ley y por lo tanto, el desconocimiento de una concepción absoluta de la soberanía estatal.¹⁰²⁵ La soberanía interna, traducida en la noción de *soberanía popular*, resulta indisolublemente unida a la voluntad del pueblo,¹⁰²⁶ canalizada regularmente mediante la ley, la cual tiene como límites la sujeción a la Constitución y el respeto de los derechos en ella consagrados. En esta línea de razonamiento, el relativizado concepto de soberanía estatal no justifica la prohibición de facultades de *imperium* a los árbitros, en la medida en que nazca de una expresión de voluntad del legislador como cauce de la soberanía popular y no atente contra derechos consagrados en la Constitución. Es más, la concesión de facultades de *imperium* a los árbitros permite no solo que los conflictos de los ciudadanos puedan ser conocidos por otros ciudadanos, sino que la eficacia de la resolución pueda ser resguardada por actuación de los propios ciudadanos, haciendo más vigente la democratización de la justicia a la que contribuye claramente el arbitraje.

Más aún, la noción misma del monopolio de la fuerza por parte del Estado no es incompatible con la atribución a los árbitros de facultades de *imperium*. Para Max Weber, quien entendió al monopolio de la fuerza como

1023 Ver por ejemplo Kleinheisterkamp, “Medidas cautelares en el arbitraje”, 159 (“puede encontrarse, en este punto aparentemente pacífico, un progresismo único y quizá, algo exagerado en la ley ecuatoriana, que parece poner directamente a la disposición de las partes un *quasi-imperium* por vía de estipulación contractual”).

1024 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2010), 138. Adicionalmente, la noción de soberanía externa también ha sido profundamente relativizada en el contexto de la globalización y de la cesión de facultades típicas de los Estados a organismos supranacionales.

1025 *Ibíd.*, 141: “Con el sometimiento del propio poder legislativo de la mayoría a la ley constitucional y a los derechos fundamentales en ella establecidos, el modelo del Estado de derecho se perfecciona y se completa en el del Estado constitucional de derecho, y la soberanía interna como potestas absoluta, al no existir ya poderes absolutos, pues todos se encuentran sometidos al derecho, se disuelve de manera definitiva” y 147: “En el Estado de derecho no existe por tanto ningún soberano, a menos que entendamos como ‘soberana’, con un puro artificio retórico, la Constitución misma, es decir el sistema de límites y vínculos jurídicos impuestos a unos poderes públicos que ya no son soberanos”.

1026 Sassen, *¿Perdiendo el control?*, 22.

elemento definidor del Estado moderno,¹⁰²⁷ el mismo Estado puede autorizar legítimamente a entes no estatales el uso de facultades coercitivas.¹⁰²⁸ Así lo hecho el Estado ecuatoriano, por ejemplo, al autorizar a las autoridades de pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas a ejecutar sus resoluciones, como corolario de las funciones jurisdiccionales que les reconoce,¹⁰²⁹ bajo consideraciones vinculadas con el carácter plurinacional del Estado y con la necesidad de respetar las costumbres ancestrales. En esta línea de razonamiento, es el propio Estado el que legitima la atribución de facultades de *imperium* para que los árbitros puedan ejecutar medidas cautelares, mediante la expresión del órgano legislativo. Adicionalmente, cuando los árbitros ejercen estas funciones continúan utilizando la estructura estatal (policía, estructura judicial y administrativa), tal como lo haría un juez.

Finalmente, cabe preguntarse si cuando la LAM permite a los árbitros ejecutar medidas cautelares por así haberlo autorizado las partes, está admitiendo en el fondo que un acuerdo entre partes vincule indebidamente a terceros (por ejemplo, registradores de la propiedad, particulares a quienes

1027 Para una rápida introducción a los fundamentos teóricos de la noción del monopolio de la fuerza a favor del Estado ver por ejemplo Elke Krahnmann, "Private Security Companies and the State Monopoly on Violence: A Case of Norm Change?", *Peace Research Institute of Frankfurt Report*, No. 88 (2009): 2, <<http://dspace.brunel.ac.uk/bitstream/2438/9671/1/Fulltext.pdf>>, consulta: 11 de octubre de 2015 (explicando que la noción del monopolio de la fuerza a favor del Estado se encuentra ya en el Leviatán de Thomas Hobbes, de 1651; que la misma es un elemento importante en la teoría del contrato social, en la cual los ciudadanos renuncian a su derecho de usar la fuerza a fin de que el Estado los proteja; y que, el aporte de Max Weber radicó en caracterizar al monopolio de la fuerza como elemento definidor del Estado).

1028 Max Weber, "La política como vocación". Ponencia presentada en la conferencia organizada por la Asociación Libre de Estudiantes de Munich (1919), 2, <[disenso.info/wp-content/.../La-politica-como-vocacion-M.-Weber.pdf](http://disenso.info/wp-content/uploads/2015/10/La-politica-como-vocacion-M.-Weber.pdf)>, consulta: 11 de octubre de 2015: "La violencia no es, naturalmente, ni el medio normal ni el único medio de que el Estado se vale, pero es su medio específico. Hoy, precisamente, es especialmente íntima la relación del Estado con la violencia. En el pasado las más diversas asociaciones, comenzando por la asociación familiar, han utilizado la violencia como un medio enteramente normal. Hoy, por el contrario, tendremos que decir que Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el territorio es el elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos solo se les concede el derecho a la violencia física en la medida que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del derecho a la violencia".

1029 Ver art. 171, CRE: "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales./ El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria".

se ordene retener fondos, etc.). Si bien las atribuciones de los árbitros son contractualmente habilitadas, la obediencia de terceros a las órdenes de los árbitros se fundamenta en la ley, que faculta a los árbitros a la ejecución de medidas cautelares. No se trata, por tanto, de una sumisión de terceros a un convenio *inter partes*.

La interacción entre justicia estatal y justicia arbitral en el marco de la tutela cautelar

El tratamiento de las medidas cautelares es uno de los campos de estudio más desafiantes en la relación entre jurisdicción estatal y arbitral¹⁰³⁰ y requiere por lo tanto, de un esfuerzo legislativo para determinar adecuadamente los ámbitos de actuación de cada una, de forma que se propicie la eficacia de tales medidas. La intervención de los jueces como complemento necesario para la efectividad de la tutela cautelar en arbitraje amerita distinguir entre diferentes etapas procesales: antes de que los árbitros asuman competencia; desde que estos asumen competencia hasta la expedición del laudo; y después de la expedición del laudo. A continuación, se analizará a cada uno de estos momentos:

• *Etapas previa a la declaratoria de competencia por parte de los árbitros.* Los árbitros pueden dictar medidas cautelares únicamente desde que asumen competencia sobre el asunto principal, lo que de ninguna manera implica que, hasta tanto, los justiciables carezcan de una vía para acceder a tutela cautelar. En forma previa a que los árbitros asuman competencia, los jueces son los llamados a proporcionar tal tutela sin que esto comporte renuncia al convenio arbitral.¹⁰³¹ Ante el absoluto silencio de la LAM sobre esta materia, la doctrina nacional ha apoyado la intervención de jueces en esta etapa¹⁰³²

1030 Ver Kleinheisterkamp, "Medidas cautelares en el arbitraje", 150 (identificando tres áreas en las que surge un sensible conflicto de jurisdicción entre justicia estatal y arbitral: la posibilidad de que los árbitros decreten medidas cautelares, la posición de los tribunales estatales frente a tales medidas cautelares arbitrales y finalmente, la posibilidad de que los tribunales estatales decreten medidas cautelares aunque exista un convenio arbitral, siendo esta última alternativa posible en escenarios de funciones concurrentes entre árbitros y jueces para dictar medidas cautelares, conforme se explicará a continuación).

1031 Art. 6, num. 4, Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1969: "si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o convenio arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que este resuelva en cuanto al fondo". Ver también Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, 40-3 (citando sentencias españolas en las cuales se recogen posiciones contradictorias sobre la posibilidad de que los órganos judiciales se pronuncien con relación a medidas cautelares existiendo una cláusula arbitral).

1032 Ver por ejemplo Salcedo Verduga, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, 115: "es obvio que mientras no se encuentre constituido el tribunal arbitral no existe un foro donde solicitar una

a fin de garantizar a los justiciables el acceso oportuno a tutela cautelar. Esta posición se ha reflejado, por ejemplo, en la inserción de disposiciones al respecto en el reglamento del CAM-AMCHAM.¹⁰³³

Admitiendo la necesaria intervención de los jueces estatales en la circunstancia planteada ¿la actuación de los jueces debe observar el régimen de medidas cautelares previsto en la LAM o en las normas procesales civiles generales? La LAM contempla disposiciones particulares sobre medidas cautelares: mayor amplitud de medidas que se pueden dictar –asunto previamente tratado–, y posibilidad de exigir una contracautela al solicitante de la medida. Dado que el juez está supliendo temporalmente el rol del árbitro ante la solicitud de una parte sometida al régimen de arbitraje, lo más razonable es que en el caso de estas medidas de urgencia, los jueces observen las especificidades de la LAM.¹⁰³⁴ Bajo estas consideraciones, la LAM debería explicitar la facultad de los jueces para dictar y ejecutar las medidas cautelares que sean necesarias antes de que los árbitros asuman competencia, sin que por esta razón se configure renuncia alguna al con-

medida prejudicial [en este caso entendida como “anterior al juicio” y no como presupuesto procesal] precautoria, y en este sentido, no cabe duda que la parte interesada deberá acudir al juez ordinario a solicitar la adopción de la medida precautoria que corresponda. Tal solicitud no supone una renuncia al arbitraje porque las medidas precautorias se limitan a asegurar los bienes materia del proceso o a garantizar el resultado del juicio principal y por lo general, se ordenan sin escuchar a la otra parte, no fijan la competencia del juicio principal y la jurisdicción del juez termina una vez practicada la diligencia. En realidad, acudir al juez común antes de que exista el procedimiento arbitral, no es sino la evidencia práctica de la puesta en funcionamiento de la necesaria colaboración de la justicia ordinaria para que la justicia arbitral sea efectiva”. Ver también Alejandro Ponce Martínez, “Ejecución de medidas provisionales: Interacción entre árbitros y jueces”, *Boletín Arbitral* (Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana), 3, http://www.ecamcham.com/download/cam/EJECUC_MEDIDAS_PROV_ALEJANDRO_PONCE.pdf, consulta: 28 de agosto de 2015.

1033 Ver art. 58, Reglamento de Funcionamiento, CAM-AMCHAM: “Art. 58.- El tribunal arbitral podrá dictar medidas cautelares conforme lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación./ Las partes podrán, antes de la conformación del tribunal arbitral y en circunstancias apropiadas, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas no contraviene el convenio arbitral ni constituye una renuncia a este, y no afecta la competencia y los poderes del tribunal arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación al CAM por la parte solicitante de la misma”.

1034 Ponce Martínez, “Ejecución de medidas provisionales”, 4: “Los jueces tienen la facultad de ordenar medidas cautelares, antes de que se inicie el proceso de arbitraje e inclusive antes de que se constituya el tribunal arbitral, una vez planteada la demanda y contestada esta. En virtud de la existencia de la cláusula arbitral, debe entenderse que tales jueces no solo están autorizados para ordenar las medidas provisionales previstas en el Código de Procedimiento Civil (secuestro, retención, prohibición de enajenar bienes raíces y prohibición de ausentarse del país para extranjeros que carezcan de bienes raíces en el Ecuador), y las previstas en leyes especiales [...], sino aquellas que pueden ser necesarias para el cumplimiento del arbitraje por iniciarse”.

venio arbitral y sin que en estas circunstancias, los jueces deban sujetarse al catálogo de medidas cautelares establecido en las normas procesales generales, permitiéndoseles ordenar la rendición de una contracautela de estimarlo necesario.¹⁰³⁵ Adicionalmente, la competencia de los jueces también debe reconocerse para la práctica de diligencias preliminares.

Por otro lado, cabe hacer una breve referencia a la figura del *árbitro de emergencia* o *árbitro de urgencia*, cuya incorporación en reglamentos de instituciones que brindan servicios de administración de procesos arbitrales es de reciente data.¹⁰³⁶ La misión de estos árbitros es satisfacer la necesidad de tutela cautelar urgente antes de que el tribunal arbitral que conoce sobre lo principal asuma competencia. Si bien en los contextos en los que se ha implementado esta figura todavía hace falta evaluar con detenimiento sus resultados,¹⁰³⁷ la posibilidad de contar con árbitros de emergencia ofrece

1035 En este sentido la propuesta contenida en el art. 19 del Proyecto de Ley de Arbitraje ecuatoriana, preparado por César Coronel Jones, resulta acertada: “No será incompatible con un convenio arbitral que una parte, con anterioridad a las actuaciones arbitrales, solicite de un juez, la adopción de medidas cautelares ni que el juez conceda esas medidas, sin perjuicio de la facultad reconocida al tribunal arbitral de ordenar tales medidas. En caso de que el juez las ordene, el solicitante deberá presentar el requerimiento arbitral, en un plazo no mayor de sesenta (60) días de la fecha en que se haya ordenado la medida correspondiente so pena de caducidad de la misma. El juez podrá requerir al solicitante que rinda fianza previo el otorgamiento de la medida cautelar. En caso de que una decisión del tribunal arbitral ya constituido ordene la suspensión o levantamiento de las medidas ordenadas por el juez, la decisión del tribunal arbitral prevalecerá”.

1036 Entre los antecedentes internacionales más relevantes se encuentran las reglas expedidas por el ICDR, división internacional de la AAA, en el 2006. Sobre el proceso de generación de las reglas sobre árbitros de emergencia del ICDR, división internacional de la AAA, y su aplicación, ver Guillaume Lemenez y Paul Quigley, “The ICDR’s Emergency Arbitration Procedure in Action”, https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_004356, consulta: 24 de noviembre de 2015. Sobre la expansión de la figura del árbitro de emergencia ver también Teresa Cheng, “Features of Arbitral Practice that Contribute to System-Building”, *Proceedings of the Annual Meeting* 106, No. 4 (American Society of International Law, marzo 28 de 2012): 293 y Estavillo Castro, “El árbitro de emergencia en el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI”, 5-6, http://estavilloarbitraje.com/archivos/4_el-arbitro-de-emergencia.pdf, consulta: 8 de septiembre de 2015. Algunos de los centros de arbitraje que han adoptado esta figura son la CCI, el Tribunal Arbitral de Barcelona, la Corte de Arbitraje de Madrid, el Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, el Instituto de Arbitraje de los Países Bajos, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de México, entre otros.

1037 Para opiniones sobre los resultados prácticos de la figura del árbitro de urgencia ver Lemenez y Quigley, “The ICDR’s Emergency Arbitration Procedure in Action”, 8 (concluyendo que la figura del árbitro de emergencia está funcionando adecuadamente en el seno del ICDR) y Asociación Europea de Arbitraje, “El árbitro de emergencia: una figura para el debate”, en <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/index.php/es/actualidad/blog/item/704-el-arbitro-de-emergencia-una-figura-para-el-debate>, consulta: 24 de noviembre de 2015 (recogiendo diferentes exposiciones que dejan conocer la poca experiencia que se registra en España sobre actuaciones del árbitro de urgencia).

un valor agregado a usuarios del sistema arbitral que no desean acudir a jurisdicciones estatales para la búsqueda de tutela cautelar emergente. Por otro lado, una desventaja evidente de esta figura es el encarecimiento de los costos del arbitraje.¹⁰³⁸

En el caso del sistema arbitral ecuatoriano, la incorporación del árbitro de emergencia en reglamentos de centros de arbitraje locales es perfectamente posible a la luz del art. 9 de la LAM, pues esta norma no restringe la posibilidad de que árbitros distintos a los que van a conocer el fondo del asunto, dicten medidas cautelares en forma previa a que estos últimos asuman competencia.¹⁰³⁹ Nisiquiera debería existir una previsión contractual expresa, pues el pacto arbitral, implicaría la posibilidad de acudir a árbitros de urgencia de ser necesario.¹⁰⁴⁰ Ahora bien, la implementación del árbitro de emergencia requiere de un equipo de árbitros preparados para cumplir eficientemente con estas funciones y procedimientos sumarios para designación y recusación de estos árbitros. Adicionalmente, dadas las restricciones al acceso a la tutela cautelar que el incremento de costos puede representar, la posibilidad de acudir al árbitro de urgencia debería configurarse siempre como una alternativa que no elimine el derecho de buscar tutela cautelar emergente ante los jueces estatales, como se ha establecido por ejemplo, en el Reglamento de Arbitraje de la CCI.¹⁰⁴¹

• *Etapa posterior a la declaratoria de competencia por parte de los árbitros hasta la expedición del laudo.* Admitiendo que los justiciables pueden solicitar tutela cautelar urgente a los jueces ordinarios sin que esta conducta implique renuncia al convenio arbitral, es necesario esclarecer las facultades de los árbitros desde que estos se declaran competentes, para modificar o levantar las me-

1038 Asociación Europea de Arbitraje, “El árbitro de emergencia: Una figura para el debate”, <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/index.php/es/actualidad/blog/item/704el-arbitro-de-emergencia-una-figura-para-el-debate>, consulta: 24 de noviembre de 2015.

1039 En este sentido ver a Milagros Betancourt y Greyza Ojeda, “El rol del árbitro de urgencia y las medidas cautelares anticipada. Especial referencia a Venezuela y a las normas del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje –CEDCA–”, *Arbitraje* (Perú: PUCP, 2014), 30 (encontrando en la norma general sobre medidas cautelares en arbitraje el fundamento jurídico para admitir en Venezuela la figura del árbitro de urgencia, bajo el argumento de que la norma no distingue entre medidas cautelares que se dicten antes o durante el proceso).

1040 Húascar Ezcurra y Julio Olortegui, “Y ahora ¿quién podrá defendernos?: El árbitro de emergencia”, en Alfredo Bullard González, ed., *Litigio arbitral: El arbitraje desde otra perspectiva* (Lima: Palestra, 2016), 196 (explicando que en los reglamentos modernos de arbitraje el procedimiento del árbitro de urgencia opera automáticamente, sin necesidad de acuerdo expreso).

1041 Art. 29, num. 6, último inciso, Reglamento de Arbitraje, CCI: “Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento”.

didadas dictadas previamente por los jueces. Al respecto, podría argumentarse que las providencias dictadas por los jueces estatales deben ser modificadas o levantadas por quien las emitió, aun cuando el tribunal arbitral haya asumido competencia. Sin embargo, este razonamiento no considera que en primer lugar, los árbitros son quienes, en conocimiento del caso principal, disponen de los elementos para evaluar la necesidad real de mantener o modificar tales medidas¹⁰⁴² y que en segundo lugar, por economía procesal, los justiciables no deben verse obligados a dirigirse a dos entes con facultades jurisdiccionales, cuando el tribunal arbitral ha asumido competencia. Por estas consideraciones, lo más razonable es que sean los árbitros que conocen la causa principal quienes asuman de forma exclusiva la facultad de dictar o modificar medidas cautelares, inclusive si un juez estatal o un árbitro de emergencia las dictó antes de la declaratoria de competencia.¹⁰⁴³

En este sentido, resulta extremadamente clara la Ley de Arbitraje peruana (art. 47, num. 4, 5 y 6),¹⁰⁴⁴ la cual debe considerarse como un

1042 En este sentido, ver por ejemplo Caivano, “Sistemas cautelares en arbitraje”: 237: “es atribución exclusiva (no podría ser compartida) de los árbitros examinar la verosimilitud en el Derecho y el peligro de la demora, determinar la extensión de la medida y de la contra cautela que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento o sustitución y los eventuales pedidos de ampliación y mejora”.

1043 *Ibid.*, 267 (defendiendo la competencia exclusiva de los árbitros para conocer cuestiones accesorias a la causa, como las medidas cautelares, y el concomitante deber de los jueces de abstenerse de pronunciarse sobre medidas cautelares). Ver también Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, 304 (sosteniendo que en los contextos en los cuales es claro el efecto negativo del convenio arbitral, como excluyente de cualquier competencia de los jueces, es en donde debe buscarse la facultad de los árbitros para modificar o alzar medidas cautelares dictadas por jueces, lo que según la autora, no puede admitirse en el contexto español, por considerar que el efecto negativo del convenio arbitral no adquiere la fuerza que en otras legislaciones) y Ponce Martínez, “Ejecución de medidas provisionales: interacción entre árbitros y jueces”, 3 (refiriéndose a facultades exclusivas de los tribunales arbitrales en Ecuador para dictar medidas cautelares). Frente al sistema de facultades *exclusivas* de los árbitros, se distingue el sistema de facultades *concurrentes*, en el que las medidas cautelares pueden ser dictadas ya sea por tribunales arbitrales o por jueces estatales. Bajo este último, que no es el que se aplica en el caso ecuatoriano, las medidas dictadas por los jueces en caso de emergencia deberían ser modificadas o levantadas por los mismos jueces aun cuando el tribunal arbitral asuma competencia sobre lo principal. Sobre el sistema concurrente de facultades de jueces y árbitros en materia de medidas cautelares ver por ejemplo Fernández Rozas, “La justicia cautelar en el proceso arbitral”: 28 (explicando que este es el sistema que goza de mayor acogida). Ver también Barona Vilar, “Potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares”, 1054-5 (comentando las facultades concurrentes de jueces y árbitros para dictar medidas cautelares en la legislación española) y Kleinheisterkamp, “Medidas cautelares en el arbitraje”, 161 (defendiendo que el principio de facultades concurrentes necesita entenderse a la luz del postulado fundamental de que los tribunales ordinarios no deben interferir con la misión de los árbitros, pues estos tienen la competencia exclusiva de decidir sobre el fondo del litigio, y conciliando estos extremos mediante la urgencia como único justificativo de intervención de los jueces mientras los árbitros conocen el asunto).

1044 Art. 47, num. 4, 5 y 6, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú: “4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles

referente para optimizar el tratamiento de medidas cautelares en la legislación nacional.¹⁰⁴⁵

• *Etapa posterior a la expedición del laudo.* Como es conocido, la competencia del tribunal arbitral se extingue una vez que dicta el laudo arbitral. Con este antecedente, vale la pena preguntarse por la suerte de las medidas cautelares expedidas por tribunales arbitrales, tanto en el caso de que se haya admitido la demanda como en el caso de que la misma haya sido rechazada.

Para Salcedo Verduga, en el evento de que el laudo haya sido favorable a los intereses de la parte actora, la medida cautelar ordenada durante el proceso “se mantendrá vigente durante la etapa de ejecución del laudo ante la justicia ordinaria para garantizar el cumplimiento del fallo. En cambio, si el laudo le es adverso al solicitante de la medida, esta perderá de inmediato su eficacia”.¹⁰⁴⁶ Esta conclusión, contempla dos presupuestos:

- que los jueces están en posibilidad de pronunciarse sobre medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales desde que el laudo se emitió hasta su ejecución y
- que las medidas cautelares, en caso de que el laudo resulte contrario a los intereses de quien las solicitó, fenecen de pleno derecho.

Sin embargo, ninguno de estos supuestos aparece con claridad en la legislación ecuatoriana pese a que por su relevancia, deberían explicitarse. Con relación al primero, así como es posible sostener que desde que asumen competencia hasta que expiden el laudo, los árbitros están facultados para modificar o alzar las medidas cautelares –independientemente de si las dictó un juez–, una vez que los árbitros dictan el laudo y pierden com-

con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho./ 5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar./ 6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas”.

1045 En el citado art. 19 del proyecto de Ley de Arbitraje preparado por César Coronel Jones se ha previsto este aspecto.

1046 Salcedo Verduga, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, 25.

petencia, los jueces también deberían estar investidos de la facultad para modificar o levantar las medidas cautelares dictadas por los árbitros, hasta que se ejecute el laudo.¹⁰⁴⁷ Mal se haría en argumentar que ya que el laudo puede ejecutarse inmediatamente, las medidas cautelares se tornan innecesarias, y consecuentemente, el tribunal arbitral debe levantarlas, pues en arbitraje es posible suspender la ejecución mediante el otorgamiento de una caución hasta que se resuelva la acción de nulidad, y en este caso, durante el tiempo en que se conoce la acción de nulidad, es necesario también precautelar la eficacia del laudo. Por economía procesal, lo óptimo sería que por mandato legal se conserven las medidas que el tribunal dictó, y que se puedan solicitar otras de considerarse necesario.

Con relación al segundo supuesto, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano tampoco está expresamente previsto que las medidas cautelares dejen de ser eficaces de pleno derecho.¹⁰⁴⁸ De hecho, cuando las medidas han sido anotadas en registros públicos, es imprescindible que se expida una providencia para que tales medidas sean levantadas. Consiguientemente, si el laudo resulta desestimatorio, el árbitro debería levantar en el laudo las medidas cautelares. Si no lo hiciere, se necesitaría que un juez ordinario –o un árbitro de urgencia, de implementarse esta figura– levante las medidas cautelares.

Como se observa, dado el carácter transitorio de la función que los árbitros desempeñan, es necesario que exista una relación fluida entre justicia estatal y arbitral, a fin de que antes, durante y después de que los árbitros hayan asumido competencia, se proteja adecuadamente el derecho de los justiciables a tutela cautelar, con el fin último, de resguardar la efectividad del laudo.

El respeto del derecho de defensa en el ejercicio de la tutela cautelar arbitral

A fin de evitar maniobras evasivas del demandado y de garantizar una respuesta inmediata a la solicitud del actor, tradicionalmente se ha admitido la posibilidad de que las medidas cautelares se ordenen *inaudita alter pars*, permitiendo en estos casos un régimen de bilateralidad postergada.¹⁰⁴⁹ En este sentido, el CPC (art. 902) disponía que el juez podía decretar provisionalmente el secuestro, retención o prohibición de enajenar bienes

1047 Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, 305: “En nuestra opinión, para que un órgano judicial pudiera alzar o modificar una medida cautelar previamente adoptada por un árbitro sería necesario que así se previera”.

1048 En el COGEP, por ejemplo, se establece expresamente la necesidad de cancelar las providencias preventivas cuando el juez admite el abandono de una causa (art. 248).

1049 Falcón, “La bilateralidad y los sistemas cautelares”: 22-3.

raíces, de haberse adjuntado la prueba necesaria. En el mismo auto debía ordenar abrir la causa a prueba, y posteriormente, emitir la providencia definitiva. Esta visión ha sido modificada en el COGEP (art. 127), en el cual se dispone que las providencias preventivas deben expedirse en una audiencia, a la que deben comparecer ambas partes.¹⁰⁵⁰ La razón del cambio de orientación debe buscarse en la necesidad de resguardar el derecho de defensa en los procesos en los cuales se emiten medidas cautelares.¹⁰⁵¹

El tema planteado presenta rasgos particulares en el arbitraje. La dimensión consensual que caracteriza al proceso arbitral ha alimentado el recelo frente a la posibilidad de que las medidas cautelares se expidan *in-audita alter pars*.¹⁰⁵² En este sentido, la Ley Modelo (art. 17B y 17C) ha distinguido a las órdenes preliminares de las medidas cautelares y ha permitido que exclusivamente las primeras puedan ser expedidas sin conocimiento de la contraparte,¹⁰⁵³ solo cuando se demuestre que, en caso contrario, la finalidad de la medida cautelar puede ser frustrada.¹⁰⁵⁴ A nivel nacional, Salcedo Verduga sostuvo que los árbitros tienen la obligación de notificar a

1050 Ver art. 127, COGEP: "Procedimiento. Presentada la solicitud de providencias preventivas, conforme con los requisitos de la demanda, la o el juzgador en el término de cuarenta y ocho horas convocará audiencia en la que resolverá dicha solicitud".

1051 Ver Priori Possada, "La oposición a las medidas cautelares": 417-21 (describiendo la tensión entre derecho a la tutela cautelar y derecho de defensa y sosteniendo la tesis de que, como regla, es necesario optar por un contradictorio anticipado en procesos cautelares, utilizando vías sumarias, a fin de salvaguardar los dos derechos y que, solo como excepción, en caso de urgencia o de actos evasivos del demandado, debe tener cabida la postergación del ejercicio del derecho de defensa).

1052 Kleinheisterkamp, "Medidas cautelares en el arbitraje", 165.

1053 González de Cossío, "Medidas urgentes y órdenes preliminares en arbitraje", 7 (explicando que las órdenes preliminares son especies del género de medidas cautelares, que se caracterizan porque pueden ser expedidas sin notificación a la parte contraria).

1054 Art. 17 B, num. 1 y 2, Ley Modelo: "1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada. 2. El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada"; art. 17 C, Ley Modelo: "Régimen específico de las órdenes preliminares: 1. Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello. 2. Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible. 3. El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar. 4. Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la

las partes cada una de sus actuaciones, incluyendo las órdenes de medidas cautelares,¹⁰⁵⁵ lo que no ha sido corriente en la práctica arbitral.

Si bien la bilateralidad postergada para la expedición de la tutela cautelar tiene por objeto asegurar la eficacia de las medidas que dicta el tribunal, especialmente impedir que la parte contra la cual se ordenen tome acciones orientadas a proteger fraudulentamente sus bienes, es necesario considerar que no en todos los casos se presenta tal riesgo. En otras palabras, la legislación debe contemplar un mecanismo en el cual sea posible postergar el ejercicio del derecho de defensa de la parte demandada, pero esta situación debería activarse exclusivamente en el caso de que el solicitante de las medidas demuestre el riesgo de que las mismas puedan carecer de efectividad, pues de lo contrario, el demandado debe tener derecho a oponerse a las medidas cautelares en ejercicio de su derecho de defensa. A fin de equilibrar la necesidad de una tutela cautelar efectiva, por un lado, y el derecho de defensa, por otro, y de dotar de mayor seguridad a los justiciables sobre el procedimiento a seguirse, los árbitros deberían adoptar esta práctica hasta que la LAM incorpore una norma en el sentido descrito. Como un referente regional relevante, debe tenerse en cuenta el procedimiento previsto actualmente en la Ley de Arbitraje peruana (art. 47, inc. 3),¹⁰⁵⁶ que inspirado en la Ley Modelo, ofrece una solución orientada a garantizar simultáneamente los derechos a la tutela cautelar y de defensa.

Los problemas en el régimen de la contracautela

Como se ha anticipado, a diferencia de la legislación procesal civil general, la LAM consagra la posibilidad de que los árbitros exijan una caución al solicitante de la medida cautelar “con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo” (art. 9).

que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. 5. Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo”.

1055 Salcedo Verduga, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, 32.

1056 Art. 47, num. 3, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, Perú: “El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión”. Ver también Priori Possada, “La oposición a las medidas cautelares”, 426: “El Decreto Legislativo que regula el arbitraje, es la primera norma [en la legislación peruana] que pondera adecuadamente el derecho fundamental a la tutela cautelar, con el derecho a la defensa, estableciendo que la postergación de este último, solo se justifica en la medida que se corra el riesgo que la eficacia de la medida cautelar se frustre”.

La previsión de esta contracautela constituye una garantía para el demandado frente a eventuales peticiones arbitrarias de medidas cautelares.¹⁰⁵⁷

En primer lugar, es necesario referirse a la naturaleza de la contracautela. Parte de la doctrina ha entendido que esta garantía que presenta el solicitante de la medida cautelar sustituye la necesidad de que los árbitros analicen la concurrencia de los presupuestos consistentes en el peligro de la demora y la apariencia de buen derecho,¹⁰⁵⁸ ya analizados. Sin embargo, esta interpretación no corresponde al espíritu de la contracautela.¹⁰⁵⁹ Más bien, es coherente con el resguardo de los derechos del demandado y de la economía procesal que los árbitros se abstengan de dictar tales medidas si el solicitante no justifica la existencia de los mencionados presupuestos, en lugar de obviar este análisis previo y obligar al demandado a soportar la intromisión en su esfera patrimonial que las medidas cautelares comportan bajo la expectativa de una posterior ejecución de la contracautela cuya cuantía es meramente estimativa y tal vez no sea suficiente para resarcir los daños que pueda sufrir el demandado, sin contar con las complicaciones procesales que posteriormente se expondrán. Bajo este razonamiento, la exigencia de una caución al solicitante de la medida no debe ser substitutiva, sino complementaria a los citados presupuestos.

A nivel estrictamente procesal, la primera dificultad que plantea el régimen de contracautela es la determinación de la suficiencia de la caución. Al ser imposible establecer fórmulas generales para la cuantificación de la caución, los árbitros deben observar un criterio de proporcionalidad entre la cuantía de la caución y los posibles daños y perjuicios que pueden producirse para el demandado,¹⁰⁶⁰ aunque en muchos casos los perjuicios

1057 Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, 115-6.

1058 Ver Salcedo Verduga, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, 38 (comentando que en arbitraje internacional, ante la imposibilidad de probar la apariencia de buen derecho, algunos tratadistas han sostenido que la contracautela puede considerarse como un presupuesto substitutivo).

1059 *Ibid.*, 48 (sosteniendo que los árbitros no están facultados para eximir al solicitante de medidas cautelares de alguno de los presupuestos establecidos en las normas procesales). Ver también Barona Vilar, "Potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares", 1098. Ver también auto 00311/2012, 9 de octubre de 2012, Audiencia Provincial, Madrid: "En rigor, pues, la caución no supe por sí misma la absoluta falta de robustez de las justificaciones ofrecidas para acreditar la concurrencia del peligro del retardo y de la apariencia de buen derecho. A la inversa, la demostración de estos elementos no libera de la obligación de constituir la caución". Sí hay sin embargo, una relación inversamente proporcional: a mayores elementos de apariencia de buen derecho, menor necesidad de contracautela, y viceversa.

1060 Ver por ejemplo auto 00311/2012, 9 de octubre de 2012, Audiencia Provincial, Madrid: "En todo caso, consideramos que el principal criterio rector en la fijación de la cuantía por el órgano jurisdiccional ha de ser el montaje probable al que puedan ascender los perjuicios que las medidas pueden infligir al sujeto pasivo, poniéndose a cuidado de aquél una garantía conveniente y proporcionada".

que se pueden generar no son solo de orden monetario. Pese a esta dificultad, la posibilidad de exigir una contracautela amerita mantenerse, por ser un mecanismo que permite equilibrar la situación de las partes cuyos intereses se encuentran en conflicto.

Otro aspecto relevante no definido en la LAM, es el del tipo de caución admisible. Lo más razonable es que los árbitros solo acepten garantías que puedan ser fácilmente ejecutadas (dinero en efectivo, cheques certificados, fianzas, garantías irrevocables exigibles a primera demanda) y que excluyan garantías reales, cuya ejecución supone un proceso adicional. Este es un aspecto que bien puede ser aclarado en los reglamentos de los centros de arbitraje, y para el cual, sería beneficioso considerar las pautas sobre garantías admisibles a las que posteriormente se hace referencia al tratar el tipo de caución que puede aceptarse por el tribunal en forma previa a ordenar la suspensión de la ejecución del laudo.

Finalmente, el vacío más importante de la LAM sobre la contracautela se presenta con relación a lo que debe hacerse con la misma una vez que el laudo se expide. Si el laudo resulta favorable a los intereses del solicitante de la medida cautelar, es claro que el tribunal arbitral no tendrá más alternativa que ordenar en el mismo laudo la devolución de la caución rendida.

Por otro lado, si el laudo resulta contrario a los intereses del solicitante de la medida cautelar, la cuestión que se plantea es si el tribunal debe ordenar, sin más, que la caución sea entregada a la contraparte, asumiendo que esta sufrió daños y perjuicios por la ejecución de las medidas cautelares –como sucede para la entrega de la caución que rinde el solicitante de la acción de nulidad a fin de que no se ejecute el laudo, a la parte beneficiada por el laudo en el evento de que la acción de nulidad sea rechazada, por asumirse que el solo transcurso del tiempo ha generado perjuicios–, o, si es necesario que para determinar el importe de la cantidad a recibir, el demandado demuestre que las medidas cautelares le produjeron daños y perjuicios.

A fin de resolver este problema, parece ser, que lo razonable es evaluar el tipo de daño que efectivamente se pudo haber producido. Si la medida cautelar impidió, por ejemplo, que el demandado disponga de dinero y mediante laudo se determina que el actor no tenía razón, una alternativa puede ser considerar que los daños y perjuicios equivalen a los intereses de la suma que el demandado dejó de percibir,¹⁰⁶¹ lo que puede hacerse en el propio laudo. Ahora bien, al tratarse de otro tipo de medidas cautelares,

1061 Esta es una solución inspirada en el art. 1575 CCiv, que si bien se refiere a indemnización de perjuicios por mora en el pago de obligaciones dinerarias, ofrece una solución útil en su numeral 2: “El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo”.

los daños y perjuicios en el patrimonio del demandado deberían probarse, a fin de que este último pueda recibir todo o parte de la contracautela.

Una opción podría ser que en estos casos los daños y perjuicios se sustancien en un juicio ordinario, y que mientras eso sucede, se resguarde la caución por el centro de arbitraje, de tratarse de un arbitraje administrado, o por el árbitro o presidente del tribunal, de tratarse de un arbitraje independiente. El problema con esta opción es que se obliga al justiciable perjudicado por la medida cautelar a iniciar un proceso en sede judicial, por un asunto íntimamente vinculado con un conflicto sobre el cual expresó su voluntad de someterse a arbitraje, y adicionalmente, que se le obliga a enfrentar un nuevo proceso, que eventualmente, puede durar más que aquel en el cual se conoció el conflicto principal.

Otras alternativas que se han planteado están en la línea de reconocer a los árbitros que conocieron la controversia principal la potestad de valorar los daños y perjuicios sufridos por la parte contra la que se ejecutaron las medidas cautelares, y de ser el caso, entregarle la caución correspondiente. La solución más simple a fin de conseguir este resultado, es que los justiciables incluyan esta facultad para los árbitros en los convenios arbitrales.¹⁰⁶² De no ocurrir esto sería preciso que la ley reconozca una *extensión de la competencia* de los árbitros con el solo fin de resolver este asunto.¹⁰⁶³ La competencia de los árbitros en estos casos se fundamentaría en la tesis de que la entrega de contracautela, y la determinación de daños y perjuicios para tal efecto, consisten en una facultad implícita en la de dictar medidas cautelares,¹⁰⁶⁴ o, dicho de otro modo, si los árbitros pueden dictar medidas cautelares, pueden también resolver sobre los asuntos relativos a la caución que se exigió al actor para ejecutar tales medidas.

Otra opción, podría ser que fenecida la competencia del tribunal arbitral que conoció la causa principal, un árbitro de urgencia –de llegarse a implementar esta figura en los centros de arbitraje nacionales– asuma la competencia para el asunto que es materia de análisis, bajo el razonamiento de que la cláusula arbitral justifica la competencia de los árbitros no solo

1062 Para el efecto, debería observarse lo dispuesto en el art. 5, inc. 2, LAM: “en los convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o casidELITOS, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje”.

1063 Ver Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, 337.

1064 *Ibíd.*: “la habilitación de la LA a los árbitros para adoptar medidas cautelares debe ser entendida como un todo y se incorporaría dentro de la misma, también la competencia para determinar la responsabilidad derivada de su adopción. De acuerdo con lo anterior, en el proceso nos encontraríamos ante pretensiones de las que puede conocer el árbitro porque están integradas en el convenio y otras de las que puede conocer porque son consecuencia directa del proceso. La competencia para conocer de estas últimas quedaría implícita en la competencia que le ha permitido conocer de la actuación que ha dado lugar a la misma”.

para conocer la causa principal, sino también asuntos estrechamente vinculados a ella, como sería la evaluación de daños y perjuicios sufridos por la parte contra la que se ejecutaron las medidas cautelares, a fin de entregarle la caución rendida por la contraparte.

La justificación de la competencia de los árbitros de urgencia resulta más clara. Sin embargo, ya sea mediante el uso de esta figura o mediante la admisión de una extensión de la competencia del tribunal principal, lo importante es que se permita al demandado perjudicado por la ejecución de las medidas cautelares cuando el laudo ha resultado contrario a los intereses de la contraparte, acceder al resarcimiento de los daños y perjuicios en la propia sede arbitral, no solo por economía procesal, sino fundamentalmente respetando su voluntad de someterse a arbitraje.

Esta valoración de daños y perjuicios debería realizarse en un procedimiento sumarísimo que consista fundamentalmente en la obtención de un informe pericial y en una audiencia en la cual, se puedan escuchar los argumentos de ambas partes, en forma previa a la decisión de los árbitros. Para que este procedimiento se active, el interesado debería manifestar su voluntad de acceder a él en un término muy corto después de conocido el laudo final, y hasta que su petición sea resuelta, la caución debería permanecer en custodia del centro de arbitraje y mediación, de tratarse de arbitraje administrado, o en custodia del árbitro, de tratarse de arbitraje independiente.¹⁰⁶⁵ Vencido este término, y ante la falta de interés de la parte demandada, el tribunal debería estar en capacidad de entregar la caución a quien la rindió, y el perjudicado tendría que iniciar un nuevo proceso en vía judicial o arbitral –de existir acuerdo arbitral– para buscar resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos y enfrentar en el mismo la falta de caución a su favor.

Como conclusión, cabe insistir en la importancia que tiene un adecuado tratamiento de la tutela cautelar en arbitraje como un mecanismo de protección de la eficacia del laudo arbitral, y consecuentemente, en la necesidad de desarrollar el marco normativo que regula la tutela cautelar arbitral en el contexto jurídico ecuatoriano, que como ha quedado evidenciado, presenta unas necesidades específicas que no se satisfacen con la mera remisión a la normativa procesal común.

¹⁰⁶⁵ En un sentido parecido se ha pronunciado Carlos De Miranda Vázquez, "Arbitraje, medidas cautelares, caución y una paradoja", *Justicia*, No. 1 (Barcelona: J. M. Bosch, 2014): 231-3. Sin embargo, este autor sugiere que el tribunal arbitral retenga la caución por hasta un año y que eventualmente, sea el que conozca de la demanda de daños y perjuicios de quien se sienta perjudicado por las medidas cautelares.

ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

Perspectivas sobre el rol de los árbitros en la ejecución de los laudos arbitrales

En el capítulo 1 de esta obra se destacó el carácter jurisdiccional que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce al arbitraje, el cual coincide con el sentido que el derecho romano atribuía a la *iuris dictio*, entendida como la facultad de resolver un conflicto jurídico.¹⁰⁶⁶ La fuerza de cosa juzgada de las decisiones arbitrales y la posibilidad de ejecutarlas coercitivamente son manifestaciones de tal jurisdicción.¹⁰⁶⁷

En principio, el laudo ejecutoriado debe cumplirse de inmediato por las partes (art. 32, LAM). El incentivo para el cumplimiento voluntario es especialmente visible en relaciones a largo plazo entre las partes en conflicto, en las que puede existir una fuerte motivación de una parte para acatar un laudo desfavorable que se perciba como una solución más rápida y menos costosa de un conflicto con una contraparte con la que desea mantener la relación, y de la cual, en un caso análogo, tiene la expectativa de un comportamiento similar.¹⁰⁶⁸ Puede existir, adicionalmente, incentivos de carácter negativo para cumplir voluntariamente el laudo, vinculados con sanciones que no tienen naturaleza legal. Tal es el caso, del temor a la posible pérdida de credibilidad que un comerciante tiene que enfrentar en caso de no cumplir con lo ordenado en el laudo.¹⁰⁶⁹ De hecho, en la historia de

1066 Ver Rojas, "El control de constitucionalidad en el arbitraje", 156 (explicando que en el derecho romano se distinguía con claridad la facultad de *imperium* –potestad que le delegaba el pueblo al magistrado, que le daba derecho a la coerción–, del *ius gladii* –que le permitía utilizar la facultad de la fuerza pública para ejecutar la decisión del magistrado– y de la facultad de *iurisdictio* –resolución de una controversia jurídica–). Ver también Henríquez Larrazábal, "Jurisdicción y ejecución", 377-90. Ver también Valeria Susana Guerra, "*Imperium* de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad", *Revista de Derecho Privado*, No. 21 (Bogotá: julio-diciembre de 2011), http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662011000200004&script=sci_arttext, consulta: 14 de enero de 2016.

1067 Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 30-1: "Por contenido de la jurisdicción se entiende la existencia de un conflicto con relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resoluciones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada. Es lo que en la doctrina se denomina carácter material del acto./ La cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada./ También pertenece a la esencia de la cosa juzgada y en consecuencia, de la jurisdicción, el elemento de la coercibilidad o ejecución de las sentencias, siempre eventualmente ejecutables".

1068 Bruce Benson, "Arbitration", en *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, 159-92, encyclo.findlaw.com/7500book.pdf, consulta: 14 de agosto de 2015.

1069 *Ibid.*, 746 (explicando que estas sanciones no legales han sido ampliamente estudiadas por la literatura económica y que varios autores las han concebido como "un sustituto perfecto a la ejecución legal").

la legislación arbitral ecuatoriana puede encontrarse un interesante ejemplo de sanción de tipo comercial para la parte renuente a acatar el laudo arbitral: la derogada Ley de Arbitraje Comercial de 1963 (art. 20), establecía que quien siendo miembro de la Cámara de Comercio se negaba a cumplir el laudo, debía ser expulsado de esta cámara, sin perjuicio de la ejecución ante los jueces ordinarios. Esta sanción podía generar una merma de reputación en el medio y adicionalmente, retardar algunos trámites societarios, considerando que a la época de vigencia de la mencionada ley era necesario que las sociedades se encuentren afiliadas a una cámara de la producción y que las cámaras de comercio eran las que generalmente captaban el mayor número de afiliados. Sin embargo, es evidente que incentivos positivos o negativos de carácter extra-procesal pueden ser insuficientes para motivar el cumplimiento voluntario de los laudos, haciéndose necesario pasar a la etapa procesal de ejecución forzosa.

Bajo el paradigma de la reserva del monopolio de la fuerza a favor del Estado, la gran mayoría de legislaciones de arbitraje contemporáneas reservan la potestad de ejecución de los laudos exclusivamente a favor de los jueces estatales mediante la misma vía de apremio disponible para las sentencias judiciales.¹⁰⁷⁰ Aunque para el sector dominante en la doctrina esta es una verdad indiscutible, pueden distinguirse otras posiciones que –con diferentes matices–, reclaman mayor intervención de los árbitros en el proceso de ejecución de laudos arbitrales,¹⁰⁷¹ bajo el presupuesto de que la ejecución de los laudos por vía judicial puede frustrar los fines que los justiciables se propusieron al optar por arbitraje¹⁰⁷² y que el proceso de ejecución encierra una serie de actividades que bien pueden ser desarrolladas por los árbitros.¹⁰⁷³

1070 Sobre este punto ver por ejemplo Guzmán Fluja, “Libertad y flexibilidad”, 1165 y Moreno Catena, “Algunos problemas de la ejecución forzosa”, 189.

1071 Ver por ejemplo Alfredo Bullard González, “Ejecución arbitral”, 745-6 (“hemos asumido, quizás sin suficiente reflexión, que ahora la ejecución es algo que corresponde naturalmente al juez, y que es ajeno a los árbitros inmiscuirse en este tipo de actividades”) y Just Franco Arias, “La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003”, en Tribunal Arbitral de Barcelona, edit., *Anuario de justicia alternativa*, No. 5 (Barcelona: J. M. Bosch, 2004): 186 (“hubiere sido conveniente reconocerle [al árbitro] la capacidad de actuar en la ejecución, si lo acordaren las partes y lo aceptara el árbitro, en todo aquello que no requiera el respaldo de la fuerza, incluso, si se estimare conveniente, manteniendo un cierto control de tal actividad por los tribunales jurisdiccionales”).

1072 Bruce Benson, “Arbitration”, 168-70 (sosteniendo que, desde la óptica económica, la obligación de los justiciables que escogieron someterse a arbitraje de acudir a la justicia ordinaria para la ejecución de los laudos genera un incremento en los costos de transacción que estos tienen que afrontar).

1073 Bullard, “Ejecución arbitral”, 748.

Un antecedente interesante se encuentra en la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (art. 68),¹⁰⁷⁴ en la cual se permite el sometimiento a arbitraje de controversias derivadas del *cumplimiento* de garantías. A nivel de legislaciones domésticas, cabe destacar el Código Procesal Civil chileno de 1902,¹⁰⁷⁵ y la Ley de Arbitraje peruana de 2008. En ambos casos se otorga competencia a los árbitros en procesos de ejecución, siempre que no sea necesario el uso de medidas coercitivas. En Chile, bajo una visión fuertemente jurisdiccionalista del arbitraje, la legislación contempla que las partes puedan acudir ya sea ante los árbitros, siempre que no haya vencido el plazo de su nombramiento, o ante los jueces ordinarios para la ejecución de la sentencia arbitral. Sin embargo, en caso de que la ejecución requiera procedimientos de apremio o el uso de otras medidas compulsivas, o cuando deba afectar a terceros que no fueron parte del compromiso, debe concurrirse necesariamente a la justicia ordinaria para la ejecución del laudo.¹⁰⁷⁶

Por su parte, la ley peruana recoge la posibilidad de que las partes habiliten a los árbitros para ejecutar sus laudos y decisiones, inclusive mediante el solo sometimiento a un reglamento arbitral que prevea tales funciones para los árbitros, y permite que cuando los árbitros consideren conveniente, cesen en sus funciones y entreguen a la parte interesada copia de lo actuado para que la autoridad judicial se encargue de la ejecución forzosa del laudo.¹⁰⁷⁷

1074 Art. 68, Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, OEA, 2002: "Cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de consenso y de conformidad con la legislación de este Estado".

1075 Ley 1552, promulgada el 28 de agosto de 1902.

1076 Art. 635, Código de Procedimiento Civil, Chile: "Para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá ocurrir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por que fue nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento./ Tratándose de otra clase de resoluciones, corresponde al árbitro ordenar su ejecución./ Sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto". En esta línea, el Art. 38 del Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, dispone: "Ejecución de la sentencia.- Durante el plazo de seis meses contado desde que las partes hayan sido debidamente notificadas de la sentencia definitiva, estas podrán recurrir al Tribunal Arbitral para llevar a cabo todas las gestiones tendientes a lograr el cumplimiento y ejecución de la sentencia, alzar medidas precautorias o cualquier otra gestión que fuere pertinente. El referido plazo se entenderá suspendido en el evento que la sentencia sea objeto de recursos en los que por causa legal se suspenda la ejecución de la misma. El Tribunal Arbitral tendrá jurisdicción y competencia especial durante el tiempo necesario para completar las gestiones señaladas".

1077 Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Perú, art. 67: "Ejecución arbitral. 1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. 2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este

Previamente, la derogada Ley General de Arbitraje¹⁰⁷⁸ de ese país ya permitió la intervención de los árbitros en la etapa de ejecución y la Ley de Garantías Mobiliarias de Perú¹⁰⁷⁹ abrió el camino para la intervención de los árbitros en conflictos sobre ejecución de bienes muebles afectados con tales garantías. A la luz de la normativa peruana vigente, los árbitros están facultados a realizar una serie de actuaciones orientadas a ejecutar el laudo, tales como liquidar intereses, recibir propuestas y garantías de pago, dictar e inscribir embargos en los registros públicos e inclusive vender bienes, de existir autorización de las partes para el efecto.¹⁰⁸⁰ Estas actividades no son vistas por los tratadistas peruanos como el ejercicio de *imperium* por parte de los árbitros sino como pasos para la ejecución que no requieren *del uso de la fuerza*, el que algunos juristas sostienen, se cifra en que el Estado apoye la ejecución.¹⁰⁸¹ En efecto, dentro del proceso de ejecución –forzosa

caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución”. Sobre el proceso de formación de esta norma ver Bullard González, “Ejecución arbitral”, 746 (explicando que en la discusión previa a la aprobación de este artículo se centró en el debate sobre si se necesitaba o no autorización de las partes para que los árbitros puedan ejecutar el laudo y que, finalmente, se recogió la tesis de que se requería autorización de las partes o del reglamento del centro de arbitraje, con fundamento razones de orden teórico y práctico: la carencia de facultades de coacción por parte de los árbitros, la falta de consonancia de las facultades de ejecución con la tendencia normativa a nivel internacional, los cuellos de botella que pueden generarse en procesos de ejecución a cargo de los árbitros y la falta de cobertura de los honorarios de los árbitros a la etapa de ejecución).

1078 Ver Marianella Ledesma Narváez, “Ejecución de laudos: Entre la ley especial y la ordinaria”, en Mario Castillo Freyre, edit., *Arbitraje y Constitución* (Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2012), 201 (comentando que la posibilidad de facultar a los árbitros para la ejecución de los laudos ya se había consignado en el art. 9 de la derogada Ley 26572 –Ley General de Arbitraje–, cuyo texto decía: “El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral puede establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada”).

1079 Art. 48, Ley de la Garantías Mobiliaria, Perú, 2006: “Las controversias que pudieran surgir durante la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, podrán ser sometidas a arbitraje, conforme a la Ley de la materia. Para el uso de este mecanismo las partes deben suscribir previamente un Convenio Arbitral o una cláusula compromisoria”. Ver al respecto Bullard, “Ejecución arbitral”, 750.

1080 Ledesma Narváez, “Ejecución de laudos”, 227 y Bullard, “Ejecución arbitral”, 748.

1081 Ver Bullard, “Ejecución arbitral”, 748. En el mismo sentido ver Ledesma Narváez, “Ejecución de laudos”, 224. En esta misma línea se ha orientado la propuesta sobre ejecución arbitral incluida en el proyecto de Ley de Arbitraje preparado por César Coronel Jones. Ver art. 68: “1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable./ 2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir *la asistencia de la fuerza pública*. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la

en el sentido de que procede cuando el obligado no cumple voluntariamente— pueden distinguirse actividades en las cuales eventualmente puede requerirse el apoyo de la fuerza pública, por ejemplo, para aprehender bienes embargados,¹⁰⁸² de otras actividades de índole preparatorio, por ejemplo, la designación de un perito para que establezca los intereses que deben ser satisfechos.

Por su parte, la LAM (art. 32) se ha adscrito a la corriente predominante y ha reservado a los jueces ordinarios toda posibilidad de ejecución de los laudos, siempre que se les presente una copia certificada del laudo o del acta transaccional otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro, o del árbitro o de los árbitros que intervinieron, con la razón de estar ejecutoriada. Esta posición es incoherente con la atribución de facultades de *imperium* que esta misma ley reconoce a los árbitros para ejecutar medidas cautelares por acuerdo entre las partes (art. 9), a la que se ha hecho previa referencia en este mismo capítulo.

Cabe preguntarse entonces si la facultad de los árbitros de ejecutar sus resoluciones en materia de medidas cautelares y ordenar directamente la intervención de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que consideren conveniente sin tener que acudir a juez alguno, de existir acuerdo entre las partes, podría ser contemplada para la ejecución de los laudos arbitrales. El argumento que tradicionalmente se ha sostenido en contra de esta posibilidad es que dotar a los árbitros de facultades de *imperium* rebasa el ámbito de la autonomía de voluntad,¹⁰⁸³ pues el *im-*

parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución”.

1082 Ver art. 382, COGEP.

1083 Ver auto 259/1993, 20 de julio de 1993, Tribunal Constitucional, España: “Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje solo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, [...] Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «Juez», titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 C.E.), revestido, por tanto, de *imperium*, y del «árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. La función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 C.E.), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque solo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987)”. Ver

perium constituye una expresión de la soberanía que solo puede ser ejercida por los jueces estatales. Sin embargo, como se sostuvo al analizar las facultades de los árbitros en materia de medidas cautelares en este mismo capítulo, la atribución de facultades de ejecución a los árbitros, inclusive de requerirse el auxilio de funcionarios policiales y judiciales, se justifica siempre que el mismo Estado, mediante el órgano legislativo, –cauce de expresión de la soberanía popular– lo autorice, conclusión previamente explicada en detalle, sin que sea necesario en este momento repetir *in extenso* los argumentos esgrimidos. En conclusión, si la LAM ha permitido que los árbitros soliciten directamente el auxilio de funcionarios policiales, judiciales y administrativos, para la ejecución de medidas cautelares, lo lógico parece ser que las mismas facultades sean contempladas para la ejecución de los laudos arbitrales.¹⁰⁸⁴

En cualquier escenario en que se confieran a los árbitros facultades para participar en la ejecución de laudos arbitrales, es imperativo considerar aspectos de orden práctico, derivados de las marcadas diferencias que existen entre la etapa de conocimiento y la de ejecución:

1. Necesidad de una manifestación de consentimiento expresa para someterse a arbitraje en la ejecución del laudo, pues esta no está concebida en el derecho nacional como un simple incidente del proceso de conocimiento,¹⁰⁸⁵ sino como un proceso independiente. De esta independencia se deriva la generación de nuevos honorarios a satisfacerse por el ejecutante, salvo que tal obligación le corresponda contractualmente a la contraparte.¹⁰⁸⁶

2. Generación de reglas especiales para los procedimientos de ejecución de laudos, que permitan reducir los tiempos frente a los procedimientos judiciales de ejecución. Estas reglas deben considerarse como mínimos los siguientes aspectos: la conveniencia de que por celeridad, la ejecución esté

también Pardo Iranzo, “De la ejecución forzosa del laudo” 1872: “la autonomía de la voluntad no permite la atribución de la ejecución también a los árbitros. El uso de la fuerza inherente a todo proceso de ejecución (el *imperium*) es monopolio exclusivo del Estado –ejercida a través de los órganos jurisdiccionales– en cuanto titular [sic] de la potestad derivada de la soberanía”.

1084 Una posición en este sentido ha sido sostenida en Ecuador por Santiago Andrade Ubidia y por Vanesa Aguirre Guzmán, en distintas intervenciones ante el foro de árbitros del CAM-CCQ y ratificadas a la autora en sendas entrevistas realizadas el 22 de febrero de 2016.

1085 En contra ver Aylwin, *El juicio arbitral*, 494 (explicando que la competencia del tribunal arbitral se mantiene para conocer de la ejecución por tratarse esta última de una *incidente* del arbitraje).

1086 Bullard, “Ejecución arbitral”, 746 (explicando que en el seno de la Comisión redactora de la Ley de Arbitraje peruana de 2008 se impuso la posición que consideraba necesario autorización expresa de las partes para que los árbitros puedan intervenir en la etapa de ejecución, bajo, entre otros, los siguientes argumentos: la intervención de los árbitros en la ejecución puede generar verdaderos cuellos de botella que pueden hacer interminable el arbitraje; no se encuentra recogido internacionalmente como una práctica ni como legislación; los honorarios de los árbitros no cubren, según la práctica, el proceso de ejecución).

a cargo de un solo árbitro salvo decisión contraria de las partes –es decir, una inversión de la regla para procesos de cognición–, términos cortos para la entrega de informes periciales relativos a la liquidación de intereses y costas y valoración de bienes, así como un proceso expedito y flexible de venta de bienes, que pueda permitir inclusive la contratación de terceros especializados para el efecto.

3. Conformación de listados de árbitros dispuestos a intervenir en procesos de ejecución. Es evidente que no todos los árbitros pueden tener la voluntad de comprometerse en tales procesos, considerando las experticias particulares que los mismos requieren. Por lo tanto, sería necesario que los centros de arbitraje conformen listas específicas que faciliten la designación de los árbitros ya sea por las partes o por los centros. Para los escasos casos de arbitrajes independientes que se presentan en el país, sería necesario que los árbitros manifiesten su consentimiento para intervenir en la etapa de ejecución.

Finalmente, el tiempo por el cual los árbitros asuman competencia para ejecutar debe ser menor al que tuvieron para expedir el laudo, salvo que las particularidades del proceso justifiquen que el árbitro a cargo prorrogue motivadamente el término, y en caso de que concurra este tiempo sin que sea posible ejecutar el laudo, por ejemplo, ante la falta de bienes, cabría la posibilidad de que el ejecutante reinicie el proceso ya sea ante árbitros o jueces, cuando las circunstancias hayan cambiado.

4. Un problema que se ha planteado es la posibilidad de que en procesos de ejecución a cargo de los árbitros se presenten terceros que quieran hacer valer sus derechos, como el caso de propietarios de bienes que se pretenda secuestrar. Algunos, desde la perspectiva convencional del arbitraje, afirman que de presentarse terceros, los árbitros deberían remitir el expediente a los jueces ordinarios.¹⁰⁸⁷ Sin embargo, bajo el principio de que todo quien vea amenazado su derecho puede exigir que se le escuche ya sea en sede judicial o arbitral, no sería necesario que en estos casos los árbitros declinen competencia, sino que los terceros podrían solicitar ser escuchados, en la misma línea de lo expuesto en el capítulo 3.

Los vacíos en el régimen de suspensión de ejecución de los laudos arbitrales

La LAM permite que quien interpone la acción de nulidad solicite ante el propio tribunal arbitral la suspensión de la ejecución del laudo mediante la consignación de una caución por los perjuicios que la de-

1087 *Ibid.*

mora en la ejecución puede causar para la contraparte (art. 31).¹⁰⁸⁸ Si el tribunal arbitral no ordena tal suspensión, el laudo puede ejecutarse tan pronto como se ejecutoria. Consiguientemente, este mecanismo permite, por un lado, desmotivar la interposición de acciones de nulidad con fines meramente dilatorios, y por otro, evitar que se generen perjuicios por la ejecución de un laudo nulo a quien puede sustentar la acción de nulidad. A continuación, se puntualizan varios aspectos del régimen de suspensión de ejecución de laudos arbitrales que ameritan mayor esclarecimiento en el ordenamiento ecuatoriano:

1. Cada tribunal es libre de evaluar si la caución que presenta quien tiene que cumplir el laudo es suficiente a fin de suspender su ejecución. Inclusive si el laudo determina obligaciones no dinerarias, la caución debería consignarse en función de la valoración económica de tales obligaciones,¹⁰⁸⁹ en la medida de lo posible. En la evaluación de la suficiencia de la caución, es necesario considerar fundamentalmente dos factores: el tiempo que razonablemente se espera que se postergue la ejecución al interponerse la acción de nulidad y las clases de cauciones admisibles.

Con relación al primer aspecto, debe tomarse en cuenta la realidad de la impugnación de los laudos arbitrales mediante la acción de nulidad. Alcanzar un pronunciamiento firme sobre la nulidad del laudo arbitral ha tomado, en la práctica, más tiempo que el término de treinta días fijado en la LAM para la resolución de tal acción por parte del presidente de la Corte Provincial de Justicia (art. 31), considerando los recursos que por años se han admitido sobre tal sentencia, conforme fue expuesto en el capítulo 3.¹⁰⁹⁰ Futuras determinaciones de cauciones han de tener en cuenta la resolución de la CNJ que prohíbe que se interpongan recursos sobre la sentencia que resuelve la nulidad del laudo. En todo caso, debería preverse la obligación de renovar las cauciones ante la sola disposición del centro de arbitraje,

1088 Nótese que la LAM, a diferencia de la legislación española (art. 45.1.), no exige que se caucione el importe de la condena, sino únicamente de los *daños y perjuicios que la demora puede ocasionar*. En los contextos en los cuales cabe la ejecución provisional de sentencias judiciales, como en España, las disposiciones sobre suspensión de la ejecución del laudo previa caución son consideradas como desventajosas, pues implican un régimen más gravoso para la ejecución. Ver por ejemplo Ignacio Ripol, "La suspensión de la ejecución del laudo: Estudio del art. 45 LA", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, No. 1 (Barcelona: J. M. Bosch), (2013): 377-8.

1089 *Ibid.*, 396.

1090 Ante esta perspectiva, algunos tribunales han estimado que dos años es una consideración razonable sobre el tiempo de demora en la ejecución del laudo. Ver por ejemplo providencia de 14 de septiembre de 2004, proceso arbitral 38-03, CAM-CCQ, dentro de juicio 273-2008, Juzgado décimo primero de lo civil de Pichincha; providencia de 9 de abril de 2013, proceso arbitral 099-11, CAM-CCQ, dentro de juicio 556-2013, Juzgado décimo tercero de lo civil de Pichincha. En otros casos, se ha estimado una base de 36 meses para el cálculo de la caución. Ver por ejemplo sentencia 270-15-SEP-CC, 19 de agosto de -2015, CC, ROS, No. 607, 14 de octubre de 2015.

en el caso de arbitrajes administrados, o, en el caso de arbitrajes independientes, ante la disposición de quien actuó como árbitro independiente o del tercero designado para que custodie la caución.¹⁰⁹¹

Con relación al segundo punto, es decir, el tipo de caución que resulta admisible, los árbitros deberían vigilar que las cauciones sean fácilmente ejecutables, pues es evidente que la admisión de garantías reales agravaría injustificadamente la posición del beneficiario del laudo, dado el proceso de ejecución que estas conllevan. La normativa, por lo tanto, requiere ser más clara al respecto. El detalle de cauciones admisibles contenido en el Reglamento de Funcionamiento del CAM-AMCHAM¹⁰⁹² resulta un buen ejemplo sobre las disposiciones que pueden implementarse sobre esta materia.

2. La LAM no ha establecido quién es el responsable por el resguardo de la caución ni por su entrega al beneficiario del laudo, en el supuesto de rechazo de la acción de nulidad, o por su devolución a la contraparte, en el evento de admisión de la acción de nulidad.¹⁰⁹³ En algunos casos, este aspecto ha sido aclarado mediante los reglamentos expedidos por los centros de arbitraje, que asignan a tales centros la responsabilidad de ejecutar las mencionadas obligaciones.¹⁰⁹⁴ En el caso de arbitrajes independientes, el árbitro podría asumir estas funciones, si así se conviene por las partes –a pesar de que ello rebasaría las obligaciones legalmente establecidas– o podría establecer un tercero de común acuerdo con las partes a cargo de estos deberes.

1091 Ver art. 66, 2do. inc, Reglamento de Funcionamiento, CAM-AMCHAM.

1092 *Ibid*: “Las cauciones que podrán rendirse son:/ 1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco, o institución financiera, establecidos en el país o por intermedio de ellos;/ 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;/ 3. Efectivo o Cheque Certificado de una institución financiera establecida en el país consignado en la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, que deberá ser depositado en una cuenta de la misma”.

1093 En el contexto jurídico ecuatoriano, la entrega de la caución al beneficiario del laudo en el evento de rechazo de la acción de nulidad se lleva a cabo sin necesidad de juicio de daños y perjuicios, porque se asume que el mero retardo en la ejecución ocasionó tales daños y perjuicios. En el procedimiento de devolución de la caución, es necesario que se considere un particular: si la caución se calculó por un tiempo mayor al que efectivamente tomó el pronunciamiento definitivo sobre la acción de nulidad, se debería ejecutar la caución y pagar al beneficiario del laudo en forma proporcional al tiempo efectivamente transcurrido y devolver el sobrante a quien consignó la caución.

1094 Ver art. 66, inc. 6 y 7, Reglamento de Funcionamiento, CAM-AMCHAM: “La caución se constituirá a favor del vencedor del arbitraje y se entregará a la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, quien dispondrá su entrega a quien corresponda, una vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad” y art. 26, inc. 2, Reglamento de Arbitraje, CAC-CCG: “La caución se constituirá a favor de la Cámara de Comercio de Guayaquil, quien dispondrá su entrega a quien corresponda, una vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad”.

3. La posibilidad de suspender la ejecución del laudo no debe configurarse como un mecanismo que permita distraer los bienes del deudor. En esta línea, es necesario que las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral se mantengan durante la etapa de suspensión y el proceso de ejecución. De haberse expedido el laudo sin que se hayan dictado medidas cautelares, y de estimarse estas necesarias, el beneficiario del laudo debería tener la posibilidad de solicitarlas ante los jueces ordinarios o ante árbitros de urgencia –si tal figura se implementare–, durante el tiempo en el que esté suspensa la ejecución del laudo.

4. Eventualmente, el pronunciamiento judicial que resuelve la acción de nulidad puede sobrevenir una vez que se ha iniciado el proceso de ejecución forzosa del laudo arbitral o inclusive, una vez ejecutado el laudo, cuando no ha existido de por medio una providencia del tribunal arbitral ordenando la suspensión de la ejecución del laudo. Sobre esta materia, la LAM guarda absoluto silencio, como también sucede con el resto de legislaciones especializadas consultadas.

A fin de dilucidar los efectos que se producirían en el supuesto planteado, es necesario distinguir diferentes escenarios: 1. El caso menos complejo se presentaría, evidentemente, si la justicia estatal rechaza la acción de nulidad. De así ocurrir, el proceso de ejecución iniciado continuaría su curso normal y si la ejecución ya tuvo lugar, la situación jurídica permanecería invariable. 2. Por otro lado, si la judicatura admitiere la acción de nulidad se producirían situaciones más desafiantes: si ya se inició la ejecución del laudo, el juez encargado de la ejecución debería suspender este proceso tan pronto como conociere la sentencia que resuelve la nulidad y si el proceso ya ha avanzado, debería proceder a la *restitutio in integrum*, siempre que sea posible, dependiendo del tipo de obligación que se ejecutó con fundamento en el laudo.¹⁰⁹⁵ En todo caso, lo razonable es que las ejecuciones que no pueden deshacerse se traduzcan en indemnizaciones dinerarias. Finalmente, en el caso de nulidades parciales, habrá en cada caso que atender a su incidencia en el proceso de ejecución.

Asunto importante es el de los terceros de buena fe, como serían los adquirentes de bienes en procesos de ejecución. Su buena fe viene determinada por el desconocimiento de la posible nulidad del laudo, situación que bien puede producirse considerando que legislación vigente no prevé que la demanda de nulidad del laudo arbitral se inscriba en algún registro, ni existe la obligación legal de notificar esta demanda al ejecutor. A fin de reducir los riesgos para terceros, debería establecerse la obligación de la

1095 Pardo Iranzo, "De la ejecución forzosa del laudo", 1955.

parte ejecutante de incorporar al expediente de ejecución la demanda y la sentencia sobre la acción de nulidad. En todo caso, los terceros no pueden ser afectados,¹⁰⁹⁶ y de existir una sentencia que reconozca la nulidad del laudo, el ejecutante debería restituir lo que recibió del tercero a la parte contra la que se emitió un laudo nulo.

Como es posible apreciar, existen muchos aspectos vinculados con la suspensión de la ejecución del laudo que merecen regularse, a fin de dotar a las partes que intervinieron en el arbitraje de mayor certeza, así como de proteger a terceros de buena fe.

La posibilidad de control judicial previo a la ejecución de los laudos arbitrales domésticos

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, como la gran mayoría de legislaciones arbitrales contemporáneas,¹⁰⁹⁷ distingue entre ejecución de laudos domésticos e internacionales. Los laudos nacionales pueden ejecutarse directamente, sin necesidad de un proceso de reconocimiento o *exequatur*¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁶ *Ibíd.* (puntualizando que si fue el mismo ejecutante el que adquirió el bien mediante remate, no puede entenderse como un tercero de buena fe).

¹⁰⁹⁷ Ver por ejemplo las leyes nacionales de arbitraje de Perú (art. 68); Colombia (art. 111, num. 3); España (art. 44); Chile (art. 635, Código de Procedimiento Civil). Ver también Caivano, *Control judicial en el arbitraje*, 313-4; “a diferencia de los laudos dictados en el mismo país, que generalmente se ejecutan por un procedimiento de apremio con limitadas defensas, los laudos extranjeros deben transitar, previamente, por un ante-juicio, mediante el cual se verifica el cumplimiento de los requisitos contenidos en la legislación interna o en los tratados internacionales vigentes en cada jurisdicción”. Por excepción, algunos ordenamientos requieren de pronunciamiento judicial previo a fin de reconocer la fuerza ejecutiva del laudo. En este sentido, ver por ejemplo Rocco, *Derecho procesal civil*, 92 y Aylwin, *El juicio arbitral*, 495 (explicando que en los países en los cuales los laudos requieren de homologación previa de un tribunal estatal, cabe discutir cuándo producen efectos de cosa juzgada, existiendo al respecto dos posiciones: quienes sostienen que el laudo causa por sí mismo el efecto de *res iudicata* y quienes consideran que este efecto se adquiere únicamente desde que se emite la orden judicial que ordena la ejecución, discusión que en el caso ecuatoriano no tiene lugar por expreso mandato del art. 31 LAM).

¹⁰⁹⁸ Sobre el significado del *exequatur* ver Res. 223-2004, 28 de septiembre de 2004, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, *RO*, No. 537, 4 de marzo de 2005: “Segundo.- En cuanto a la posibilidad de ejecución de una sentencia extranjera, entendida esta por la que ha sido expedida por un Juez competente dentro de un determinado territorio y cuya ejecución escapa a la soberanía del Estado de ese Juez, el doctor Juan Larrea Holguín en su obra *Derecho Internacional Privado*, señala: ‘Anteriormente, basándose falsamente en el concepto de soberanía absoluta, no se solía aceptar las sentencias extranjeras. Poco a poco se ha impuesto el criterio contrario, partiendo de varios razonamientos: en primer término, que si el derecho es extraterritorial en muchos casos, no habría razón para no reconocer igual extraterritorialidad de las sentencias que al fin no son más que derecho aplicado; por otra parte, una sentencia puede constituir un derecho adquirido que es preciso respetar, y finalmente, la colaboración internacional cada vez más estrecha es otro motivo para que se apliquen y ejecuten las sentencias extranjeras’ (CEP, 5a. ed, Quito, 1998, págs. 265 y 266). Pero la ejecución de estas sentencias no puede llevarse a cabo de

ante la justicia ordinaria en forma previa a su ejecución, mientras que los laudos extranjeros¹⁰⁹⁹ requieren de tal reconocimiento, aspecto claramente establecido a partir de las reformas introducidas por el COGEP al art. 42, LAM.¹¹⁰⁰ El presente trabajo analiza la posibilidad de control judicial de laudos domésticos cuando estos son presentados para su ejecución, aspecto que no ha sido analizado con amplitud en el contexto jurídico nacional.

El hecho de que no se requiera homologación judicial como paso previo a la ejecución de laudos domésticos es la consecuencia natural del recono-

la misma manera que se lo hace con las nacionales, ya que al haber emanado de quien, siendo autoridad en su país, no lo es en el Estado en donde se la quiere ejecutar, se vuelve necesaria la verificación previa del contenido de la sentencia para que no vulnere las normas de orden público vigentes en el Estado en donde se la pretende llevar a ejecución. Tercero.- De lo anterior se desprende que para la ejecución forzosa de una sentencia extranjera, el Estado en el que se pretende llevar a ejecución tiene la potestad, a través de sus jueces y mediante un proceso de conocimiento, de verificar su encuadre con el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como la 'nacionalización', la 'homologación' o el 'exequátur' de la sentencia extranjera, de manera que se convierta en un elemento jurídico nacional. Cuarto.- El exequátur, en consecuencia, es el medio idóneo para verificar que se encuentre la sentencia extranjera ajustada al derecho nacional". Adicionalmente, sobre la distinción entre reconociendo o *exequatur* y ejecución ver Santiago Andrade Ubidia, "En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales", en *Foro: Revista de Derecho*, No. 6 (Quito: UASB-E / CEN, 2009): 61-6.

1099 No siempre resulta claro lo que debe entenderse como *laudo extranjero*. La Convención de Nueva York, por ejemplo, ubica en esta categoría tanto a sentencias arbitrales "dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias" como "a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución" (art. I.1). En Ecuador, el art. 102 COGEP se refiere a la necesidad de homologación para las "sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación con efecto de sentencia en su legislación de origen, *expedidos en el extranjero*", es decir, fuera del territorio nacional.

1100 En forma previa a las reformas introducidas por el COGEP al art. 42 LAM, se discutía en Ecuador si cabía *exequatur* u homologación a fin de reconocer los efectos de cosa juzgada al laudo extranjero. Una parte de la doctrina y de los practicantes nacionales sostenían que no, esencialmente, porque el régimen de ejecución previsto en la LAM no contemplaba necesidad de homologación alguna y por otra parte, porque el art. 42 LAM establecía que los laudos extranjeros tenían los mismos efectos y debían ser ejecutados como los laudos nacionales, es decir, accediendo directamente a la vía de apremio. En este sentido, ver por ejemplo Xavier Andrade Cadena, "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en el Ecuador: Un Camino Inexplorado", http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/reconocimiento_y_ejecucion_de_laudos_extranjeros_en_el_ecuador.pdf, 26-9, consulta: 5 de junio de 2015. Otra parte sostenía que sí cabía *exequatur*, al equiparar sentencia y laudo extranjero. En este sentido ver por ejemplo Andrade Ubidia, "En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales": 80 ("si bien el laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, sin embargo es dictado por un tribunal arbitral extranjero y no puede tener mejor calidad que una sentencia extranjera. Las razones que imponen la revisión de la sentencias son igualmente aplicables a los laudos internacionales, por lo tanto, un laudo dictado dentro de un procedimiento de arbitraje internacional surte los efectos de sentencia ejecutoriada extranjera). Para un análisis de los efectos de la reforma al art. 42 LAM ver Vanessa Aguirre, "La ejecución de los laudos internacionales en el Ecuador y el Código Orgánico General de Procesos", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6 (Quito: IEA), (2015), <http://iea.ec/revista-ecuatoriana-de-arbitraje/>.

cimiento de las facultades jurisdiccionales de los árbitros. No es necesario pronunciamiento judicial alguno para conferir al laudo el carácter de título habilitante para la ejecución, pues el laudo adquiere este atributo desde que se ejecutoria. Consecuentemente, habiendo el ejecutor constatado que el documento presentado es efectivamente un laudo,¹¹⁰¹ está impedido de controlar aspectos procesales del arbitraje que originó el laudo¹¹⁰² y mucho menos aspectos de fondo del laudo arbitral,¹¹⁰³ tales como la valoración probatoria, la interpretación normativa realizada por los árbitros, la falta de motivación o la aplicación de normativa derogada por parte de los árbitros,¹¹⁰⁴ de la misma forma como no puede abstenerse de ejecutar sentencias judiciales por estas razones.¹¹⁰⁵ En este sentido, el COGEP ha dispuesto claramente que la ejecución debe circunscribirse a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución (art. 364).

Los supuestos bajo los cuales un juez puede abstenerse de ejecutar el laudo arbitral son muy limitados y no tienen relación con un cuestionamiento al contenido del laudo sino con deficiencias durante la ejecución. Este

1101 Faustino Cordón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 207: “lo primero que debe examinar el tribunal es si el documento aportado por el ejecutante es verdaderamente un laudo y supuesto que lo sea, si concurren en él los requisitos esenciales”. Ver por ejemplo Auto 21/2013, 18 de enero de 2013, Audiencia Provincial, Madrid: “la primera cuestión que ha de analizarse ante la promoción del presente recurso de apelación guarda relación directa con las facultades de control que corresponden a un Juzgador de instancia a la hora de ejecutar un laudo arbitral, debiéndose determinar si puede denegarse la ejecución del mismo en función de las circunstancias concurrentes o no, a pesar de que ninguna de las partes del procedimiento arbitral hubiese solicitado su anulación./ Y así, tras realizar una primera aproximación a la materia, revisando las disposiciones específicas que contiene la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 y la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendemos que los tribunales, a pesar de no haber sido impugnado el laudo, no deben mostrar una actitud pasiva, sino que existen cuestiones que no se pueden sustraer a su control pues, en otro caso, no se explicaría que la ley ordene que se deba acompañar a la demanda de ejecución el contrato arbitral (art. 550 Ley de Enjuiciamiento Civil), ni que el art. 551 exija al juez antes de despachar ejecución, sin excepción alguna, y en función de los títulos base de ejecución, examinar que concurren los presupuestos y requisitos procesales, que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y que los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título”. En el mismo sentido ver también los siguientes autos de la Audiencia Provincial de Madrid: 0007/2013, 26 de diciembre de 2012 y 310/2012, 19 de diciembre de 2012.

1102 Arias, “La ejecución del laudo”: 184 (refiriéndose al caso español y sosteniendo que “no hay precepto legal que permita convertir el despacho de la ejecución o la oposición a la ejecución en un segundo recurso de nulidad, ni tan siquiera en aquellos casos en los que no se hubiere ejercitado la acción de nulidad”).

1103 Virginia Pardo Iranzo, “Control judicial en el despacho de la ejecución de laudo arbitral”, en *Revista Boliviana de Derecho*, No. 13 (enero de 2012): 145; Ripol, *La ejecución del laudo y su anulación*, 73.

1104 Pardo Iranzo, “De la ejecución forzosa del laudo”. 1910.

1105 Ver art. 346, CPC y art. 107, COGEP. Ver también Cordón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 206 (el control que el juez lleva a cabo con carácter previo al despacho de la ejecución es semejante al que realiza en el caso de las sentencias”).

sería el caso, por ejemplo, del incumplimiento de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, de solicitudes de ejecución que rebasan lo previsto en el laudo,¹¹⁰⁶ o de solicitud de actuaciones judiciales que resultan contrarios al contenido del laudo.¹¹⁰⁷ El ordenamiento jurídico ecuatoriano no prevé más circunstancias bajo las cuales un juez pueda negarse a ejecutar un laudo. Sin embargo, en el derecho comparado es posible encontrar algunos supuestos de control judicial en la etapa de ejecución de laudos domésticos a los que es importante referirse a continuación:

- *Laudos que versan sobre materia no arbitrable*. La posibilidad de que el juez se abstenga de ejecutar un laudo por decidir sobre materia no arbitrable tiene una extensa tradición en arbitraje internacional.¹¹⁰⁸ La necesidad de este control judicial en arbitraje internacional, adicional al que se presenta mediante el mecanismo de anulación del laudo, se debe a la coexistencia de diferentes ordenamientos jurídicos, pues lo que puede ser arbitrable en el país en el cual se expidió el laudo y se conoció la solicitud de anulación, puede no serlo en el país de ejecución.¹¹⁰⁹ En cambio, en la ejecución de laudos domésticos no se confrontan dos sistemas jurídicos que pueden resultar divergentes en materia de arbitrabilidad. Sin embargo, en algunos ordenamientos se ha permitido a los jueces ejecutores un control de la ar-

1106 Auto 21/2013, 18 de enero de 2013, Audiencia Provincial, Madrid: “existen cuestiones en las que el juzgado tiene facultad de denegar la ejecución por no ser conforme a la naturaleza y contenido del título, cuando verse sobre materias no susceptibles de arbitraje (contrario a su naturaleza) o se solicite la ejecución de materias no decididas en el laudo (contrario a su contenido)”. En el mismo sentido ver por ejemplo el auto 00130/2012, 30 de mayo de 2012, Audiencia Provincial, Madrid. De estos tres supuestos, el primero y el tercero son casos de no ejecución de laudo que claramente tendrían cabida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La segunda situación que se plantea en estos autos, relativa a materias no susceptibles de someterse a arbitraje, merece una reflexión independiente.

1107 Ver Cordón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción*, 208 (refiriéndose a varios ejemplos de solicitudes de ejecución que contrariarían lo que prescribe el laudo: por ejemplo, solicitar la ejecución total de una deuda frente a uno solo de los deudores condenados en la sentencia con carácter mancomunado o frente a un deudor solidario no condenado, o la ejecución frente a un tercero no incluido en el laudo de condena).

1108 Ver por ejemplo art. 5, num. 2, lit. a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (“Convención de New York”), ratificada por Ecuador mediante resolución legislativa publicada en el *RO*, 293, 19 de agosto de 1961: “2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje”. En el mismo sentido ver art. 36, lit. b), i, Ley Modelo.

1109 La posibilidad de que la parte afectada pueda solicitar la acción de nulidad y adicionalmente, acudir a la justicia ordinaria, para oponerse al reconocimiento y ejecución de los laudos internacionales, se conoce como *doble control*. La Ley Modelo y la Convención de Nueva York, entre otros cuerpos importantes sobre arbitraje internacional, acogen el sistema de doble control, pese a la crítica que suscita en gran parte de la doctrina. Para una revisión del doble control y de los problemas que plantea ver por ejemplo Bañuelos Rizo, *Arbitraje comercial internacional*, 406-11.

bitrabilidad objetiva para el caso de laudos domésticos, como se evidencia en la legislación boliviana¹¹¹⁰ y en algunas sentencias españolas.¹¹¹¹

En países que admiten el control de arbitrabilidad objetiva en fase de ejecución inclusive de oficio, tal posibilidad se basa en el presupuesto de que el ordenamiento jurídico no puede admitir que se ejecute un laudo sobre materia no arbitrable, aunque las partes no se opongan.¹¹¹² A fin de evitar que los laudos domésticos se vean sometidos a doble control (mediante acción de nulidad y en fase de ejecución) se ha sugerido que el control de arbitrabilidad objetiva no proceda durante la ejecución de haberse negado la acción de nulidad interpuesta por este mismo motivo,¹¹¹³ y por el contrario, sería factible el control de la arbitrabilidad durante la ejecución, inclusive de oficio, de no haberse ejercitado la acción de anulación, bajo el razonamiento de que el defecto del laudo subsistiría,¹¹¹⁴ lo que podría definirse como un *control subsidiario*.

El supuesto planteado amerita un adecuado balance entre dos necesidades: por un lado, evitar que se ejecuten laudos que versan sobre materia no arbitrable y por otro, preservar la eficacia del sistema arbitral mediante el respeto al principio de intervención judicial mínima en el arbitraje y el respeto a los efectos de la cosa juzgada. Con este antecedente, es necesario recordar que la valoración de la arbitrabilidad objetiva se realiza por los propios árbitros como presupuesto para asumir competencia. Si este análisis se realiza bajo la perspectiva del mismo ordenamiento jurídico al que se somete la ejecución, ¿por qué ha de partirse del supuesto de que la apreciación que realice el juez ejecutor respecto a la falta de arbitrabilidad de la controversia sobre la que se dictó el laudo es suficiente para desconocer el razonamiento que el tribunal arbitral hizo en su momento sobre el mismo asunto?

Reconociendo que existe la posibilidad de que los árbitros hayan asumido erróneamente competencia sobre un asunto no arbitrable, la acción de nulidad constituye entonces el cauce legal idóneo para el control judicial sobre el laudo arbitral. En este sentido, la acción de nulidad debe contemplar una causal relativa al carácter no arbitrable de la controversia, que pueda inclusive apreciarse de oficio. Más aún, si este fuera el caso, cabría

1110 Ver art. 112, num. 1 y 119, num. 4, Ley de Conciliación y Arbitraje, Bolivia: “La autoridad judicial competente anulará el laudo arbitral por las siguientes causales: 1. Materia no arbitrable” y 70, num. 4: “La autoridad judicial rechazará de oficio la ejecución forzosa, cuando el laudo esté incurso en alguna de las causales establecidas por el párrafo I del art. 112 de la presente ley”).

1111 Ver nota 1106.

1112 Pardo Iranzo, “De la ejecución forzosa del laudo”, 1919 (sosteniendo que los jueces deben vigilar de oficio que la materia sobre la que se haya dictado el laudo haya sido arbitrable a fin de evitar que por la simple voluntad de las partes, asuntos de orden no disponible pasen a ser disponibles).

1113 Pardo Iranzo, “Control judicial en el despacho de la ejecución de laudo arbitral”: 146. Ver también Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje*, 207.

1114 Pardo Iranzo, “Control judicial en el despacho”: 146.

inclusive que se active la AEP, que según la CC, procede tanto frente al laudo como frente a la sentencia que resuelve la acción de nulidad. Como el defectuoso diseño de la acción de nulidad vigente en Ecuador no establece una causal específica sobre materia no arbitrable, los esfuerzos del legislativo deben orientarse a perfeccionar este mecanismo antes que a dotar a jueces ejecutores de la potestad de desconocer lo decidido por los árbitros, por las razones señaladas.

• *Nulidad o inexistencia del convenio arbitral.* También en este tema, el caso español plantea elementos relevantes para el debate. A pesar de que varias sentencias españolas habían declarado que el ejecutor no tiene facultad para evaluar la validez, suficiencia o existencia misma del convenio arbitral,¹¹¹⁵ en ciertas ocasiones se han presentado sentencias en las cuales los jueces a cargo de la ejecución se han abstenido de oficio de ejecutar el laudo arbitral dictado en contra de consumidores.¹¹¹⁶ Esta conclusión se fundamenta en la influencia de la normativa comunitaria de protección al consumidor y en la idea de que es necesario proporcionar tutela efectiva al consumidor, que mal puede ser obligado a someterse a un convenio impuesto. Ahora bien, ¿cabría admitir una solución semejante en el ordenamiento jurídico ecuatoriano? Aunque esta obra ha defendido la necesidad de reforzar los mecanismos de protección al consumidor ante cláusulas arbitrales que puedan inhibir su derecho de acceso a la justicia, esta tutela requiere otros cauces que deben tener lugar tanto en la formación misma

1115 Ver por ejemplo auto 44/2012, 6 de enero de 2012, Audiencia Provincial, Barcelona: “En realidad, así lo entiende y expresa la propia apelante en el recurso, cuando, en el motivo segundo dice textualmente: ‘como regla, en el momento de despachar ejecución, el juez ejecutor no puede analizar la validez, la suficiencia ni la existencia misma del convenio arbitral. Ni siquiera la propia existencia, validez o eficacia del convenio arbitral puede ser alegada como motivo de oposición al despacho de la ejecución. Es esta una cuestión que puede plantearse ante la Audiencia Provincial que corresponda del lugar en que se dictó el laudo o resolución al amparo del art. 8.5 de la Ley de Arbitraje o de la acción de anulación que eventualmente se pueda promover en virtud del art. 44.1.a) de la Ley de Arbitraje’. Con la salvedad de que la competencia para conocer de la acción de anulación –tal como observa la parte apelada– corresponde ahora a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, por la modificación que ha introducido la Ley 11/2011, de 20 de mayo, compartimos el razonamiento de SUCONTESA, que nos conduce a desestimar el primer motivo de su recurso”.

1116 Ver por ejemplo auto 00357/2008, 25 de noviembre de 2008, Audiencia Provincial, Madrid: “Tercero.- Pues bien, teniendo en cuenta la discusión ante esta alzada planteada, y reiterando que el objeto de la misma es si cabe denegar, en su caso, la ejecución de un laudo firme, instada al amparo de las previsiones contenidas en el Art. 517. 2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, entendemos, y ello partiendo de las consideraciones que hemos realizado en el fundamento jurídico anterior, que afectando el mismo a un consumidor no debemos obviar sin más cuál es la naturaleza del convenio arbitral en base al que se dictó tal laudo, teniendo en cuenta que los derechos de los consumidores deben ser especialmente tutelados, conforme a la Directiva 93/13/CEE, ya tantas veces referida, siendo la protección de los consumidores un tema de interés público, tal y como se ha remarcado por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades

del convenio arbitral como en garantías procesales que debe reconocérseles a los consumidores, aspectos analizados en el capítulo 2.

El estudio de la existencia, la validez o el alcance del convenio arbitral le corresponde al tribunal arbitral al pronunciarse sobre su propia competencia y no cabe desconocer esta facultad mediante un cauce que no ha sido el previsto por el legislador para el efecto. En el caso de falta de consentimiento que anule el convenio arbitral, la acción de nulidad es el espacio mediante el cual se debe remediar esta situación.¹¹¹⁷ Al efecto, debe contemplarse una causal de laudo arbitral apreciable de oficio, consistente en la inexistencia o invalidez del convenio arbitral, y tal como sucedía en el caso anterior, ante la falta de previsión de esta causal en el actual ordenamiento jurídico vigente, la AEP sobre laudos arbitrales proporciona un remedio de carácter constitucional cuando el tribunal arbitral ha asumido competencia y expedido un laudo en el caso que es materia de análisis. No cabe introducir un nuevo control judicial en la etapa de ejecución, menos aún si existió negligencia de una de las partes al no interponer oportunamente la acción facultada por el ordenamiento jurídico. De lo contrario, poco sentido tendría someterse a la decisión de los árbitros cuando el respeto del laudo quedaría supeditado a la decisión del juez ejecutor.¹¹¹⁸

Reflexiones finales sobre este capítulo

Es necesario concluir este capítulo insistiendo en la relevancia que revisten los procesos ágiles y eficientes de ejecución de laudos arbitrales de

Europeas en diferentes resoluciones, de forma que deben ser los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben cuidar que el equilibrio entre las partes que convinieron someter a arbitraje sus diferencias sea efectivo y real, y no meramente teórico, evitando que sus derechos por el juego de las normas procesales puedan verse dañados. Es precisamente por ello, y sobre la base de las consideraciones hasta el momento expuestas, por lo que entendemos, cambiando en este punto el criterio que hasta ahora en esta materia hemos venido manteniendo, que si del examen del contrato en el que figura la cláusula de convenio arbitral, en base a la que se ha dictado el laudo cuya ejecución se pretende, se desprende la nulidad de tal convenio, aun cuando no se hubiera interesado en ningún momento la misma, no debe accederse a la ejecución de tal laudo, y ello reiteramos en base al principio de efectividad en la salvaguarda de los derechos que el Derecho Comunitario ha establecido a favor de los consumidores, siendo el juez nacional quien debe de oficio declarar la nulidad de las cláusulas abusivas para proteger adecuada y sobre todo eficazmente los derechos de los mismos en la forma prevista en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, tal y como ha venido entendiendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

1117 Pardo Iranzo, “De la ejecución forzosa del laudo”, 1914 (“el consumidor puede denunciar la falta de validez de la cláusula arbitral a lo largo del procedimiento arbitral y, si no lo hace en él, puede interponer acción de nulidad; lo que no entendemos que sea posible es que el juez ejecutor supla la falta de actuación del consumidor”).

1118 Ver José Luis González-Montes, *La asistencia judicial al arbitraje* (Madrid: Reus, 2009), 156.

condena, a fin de garantizar la tutela efectiva de los justiciables que acudieron a arbitraje. Para el efecto, se han planteado tres aspectos esenciales:

1. la necesidad de que el ordenamiento jurídico nacional desarrolle de mejor forma lo relativo a la tutela cautelar en arbitraje, estableciendo básicamente: los presupuestos que los árbitros deberían observar para dictar estas medidas; la posibilidad de distinguir entre medidas que deben y que no deben ser notificadas a la contraparte –de acuerdo a las circunstancias del caso concreto–; y principalmente, facilitando la necesaria interacción que debe existir entre árbitros y jueces a fin de proporcionar tutela cautelar antes de que los árbitros asuman competencia y después de que el laudo se ha ejecutoriado. A fin de permitir a los justiciables acceder a tutela arbitral cautelar en todo momento, es conveniente incorporar la figura del árbitro de urgencia en los reglamentos de arbitraje locales;

2. la utilidad de que los árbitros puedan participar, por decisión de los justiciables, en el proceso de ejecución de los laudos, en la misma línea que se permite en el país la participación de los árbitros para la ejecución de medidas cautelares, sin que esta posibilidad, atente contra el principio del monopolio del uso de fuerza por parte del Estado; y

3. la importancia de que se llenen los vacíos normativos relativos a la suspensión de la ejecución de laudo, especialmente en lo concerniente a la supervivencia de las medidas cautelares dictadas durante el arbitraje mientras se resuelve la nulidad del laudo arbitral.

Conclusiones

La hipótesis planteada al iniciar este estudio fue que el arbitraje se configura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un espacio de ejercicio de jurisdicción en el cual los justiciables pueden exigir el respeto de sus derechos, y en este sentido, como un cauce de ejercicio del derecho a la tutela efectiva constitucionalmente reconocido. Sin embargo, para que la tutela que brinda el arbitraje sea realmente *efectiva*, se requiere de una serie de mejoras al sistema vigente vinculadas no únicamente con la actuación de los árbitros y justiciales, sino también de los centros de arbitraje y, especialmente, del sistema de administración de justicia estatal.

Esta obra ha buscado delinear las innovaciones necesarias en el arbitraje doméstico ecuatoriano considerando la naturaleza *sui generis* de este mecanismo de solución de conflictos, que exige que las dimensiones contractual y procesal que en él coexisten, se conjuguen equilibradamente. En este sentido, las conclusiones surgidas en el presente trabajo de investigación se orientan justamente por la búsqueda de armonía entre la visión del arbitraje como expresión de la autonomía de la voluntad y la concepción de este espacio de solución de conflictos como un proceso orientado por los principios de igualdad, audiencia y contradicción, mediante el cual los justiciables exigen el respeto de sus derechos.

Sobre los fundamentos del arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y su relación con el derecho a la tutela efectiva

El arbitraje es una institución relevante democráticamente por favorecer la participación de los justiciables en la solución de sus conflictos. Es, además, una institución trascendente desde la perspectiva constitucional, por permitir el ejercicio de la libertad y por entrañar el respeto de las garantías procesales que configuran el debido proceso.

El reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones de los árbitros tiene un profundo asidero en la tradición legislativa ecuatoriana, que se remonta hasta la legislación vigente en la colonia. En la época republicana, ya el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1869 incluyó en la legislación procesal la noción *jurisdicción convencional*, presente en el ordenamiento jurídico nacional hasta el recientemente derogado Código de

Procedimiento Civil. En los últimos años, el Código Orgánico de la Función Judicial destacó con fuerza la naturaleza jurisdiccional de las funciones de los árbitros. A pesar de la carencia de facultades de ejecución de los laudos por los árbitros en la legislación vigente, el carácter jurisdiccional de sus funciones se sustenta en la facultad de decidir la controversia de forma obligatoria, mediante un pronunciamiento cuyos efectos se asimilan por el ordenamiento jurídico a los que producen las sentencias judiciales.

El reconocimiento de potestades jurisdiccionales a favor de los árbitros no convierte al arbitraje en una excepción al principio de unidad jurisdiccional, pues tal principio tiene un carácter atenuado en la Constitución de 2008, lo que implica que la misma Constitución reconoce espacios de ejercicio de potestades jurisdiccionales distintos a las judicaturas que forman parte de la Función Judicial.

El derecho a la tutela efectiva constituye a su vez una garantía para la vigencia de los otros derechos y un principio de la administración de justicia. El carácter complejo del derecho a la tutela efectiva, que implica entenderlo como un marco comprensivo de varios derechos, permite sistematizar su contenido en tres grandes momentos: acceso a la administración de justicia, desenvolvimiento de un proceso que brinde garantías suficientes a los justiciables y ejecución de la resolución adoptada por el tercero imparcial. Entre debido proceso y tutela efectiva, ambos derechos de protección reconocidos por la Constitución, existe una relación de medio a fin. El Estado está obligado a garantizar la tutela efectiva de los derechos de sus ciudadanos, lo que no implica necesariamente que la administración de justicia sea prestada por el mismo Estado, sino que este permita a los justiciables escoger la vía de solución de conflictos que más les convenga entre las reconocidas por el Estado y que genere garantías suficientes para que el ejercicio de tal opción sea respetado.

En este contexto, el arbitraje es un cauce para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva consagrado constitucionalmente, que bien puede denominarse *tutela arbitral efectiva*. En otras palabras, el derecho a la tutela efectiva, en sus vertientes de acceso a la justicia y de la existencia de un debido proceso, puede ser ejercido bajo la legislación vigente ya sea mediante la jurisdicción estatal, o mediante la jurisdicción arbitral, previa habilitación contractual de los justiciables para esta última. La ejecución del laudo, bajo la legislación vigente, solo tiene lugar ante la judicatura estatal, aspecto que ha sido cuestionado en el presente trabajo.

El arbitraje doméstico ecuatoriano ha experimentado un desarrollo –todavía modesto– a partir de la expedición de la LAM en 1997, cuerpo normativo que modernizó la regulación de este mecanismo de solución de

conflictos en Ecuador, pero que presenta aspectos a mejorarse en materias trascendentes. En los últimos años, este espacio de solución de conflictos ha enfrentado un ambiente poco favorable que obstaculiza su desarrollo, lo que se refleja fundamentalmente en la mayor intervención de la justicia estatal ordinaria y constitucional frente a decisiones arbitrales, por ejemplo, mediante juicios de competencia, sentencias de nulidad que interpretan extensivamente las causales establecidas en el art. 31, LAM, proliferación de recursos frente a las sentencias que resuelven la nulidad del laudo arbitral (situación que a la fecha de terminación de esta obra se espera haya sido superada mediante la Resolución obligatoria de la Corte Nacional de Justicia), sentencias que reconocen la procedencia de la AEP sin articular esta garantía constitucional jurisdiccional con la acción de nulidad, entre las situaciones más graves que evidencian la necesidad de fortalecer el principio de intervención judicial mínima en arbitraje. La reticencia del Estado de someterse a arbitraje que ha tenido lugar en los últimos años, contribuye a consolidar este entorno poco favorable.

A pesar de este ambiente hostil para el arbitraje, es necesario reflexionar con mayor profundidad sobre esta figura y procurar su optimización, no solo en aras de contribuir con la descongestión de despachos judiciales, sino fundamentalmente por su dimensión democrática, a la que se ha hecho previa referencia.

Sobre la relación entre arbitraje y acceso a la justicia

El acceso a la justicia como vertiente del derecho a la tutela efectiva, está íntimamente vinculado con la búsqueda de igualdad material inherente a la noción de Estado social y encierra dos elementos fundamentales: la posibilidad de disponer de un espacio de solución de conflictos en el cual los justiciables puedan hacer valer sus derechos y la superación de obstáculos injustificados para acceder a tal espacio. El derecho de los justiciables a someter voluntariamente sus controversias a la decisión de los árbitros, siempre que las mismas versen sobre materia transigible, forma parte del derecho de acceso a la justicia.

El libre sometimiento a arbitraje en materia transigible amplía las posibilidades de acceso a la justicia, y bajo el mismo principio, la imposición para sujetar los conflictos a arbitraje constituye una restricción a este derecho. Esta última situación se presenta en el caso de arbitrajes forzosos a sustanciarse bajo la LAM –excepcionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano– y en el de sometimiento a arbitraje en contratos celebrados entre partes cuya relación está marcada por asimetrías estructurales de poder de negociación, de no existir reglas protectivas para los más vulne-

rables. Dentro de este último supuesto, los arbitrajes pactados en contratos de adhesión que se celebran entre proveedores y consumidores, y los arbitrajes que se derivan de contratos individuales de trabajo, constituyen casos paradigmáticos.

En el proceso de formación de los contratos de adhesión entre proveedores y consumidores, es posible sostener que estos últimos disponen de libertad de conclusión –siempre que no se trate de prestadores monopólicos de bienes o servicios insustituibles– y por lo tanto, definir que existió consentimiento para someterse a arbitraje, de ser evidente la buena fe por parte del predisponente. La existencia de buena fe se refleja esencialmente en la ausencia de estipulaciones abusivas y en la constancia de entrega de información veraz y clara sobre los efectos del sometimiento a arbitraje, bajo pena de nulidad del convenio arbitral.

En el ámbito procesal, la tutela efectiva de los consumidores en sede arbitral exige que se establezcan reglas diferenciadas. En esta tesis se han expuesto dos tendencias a fin de brindar esta tutela reforzada a los consumidores (sean estas personas naturales o jurídicas): una que consiste en el establecimiento de reglas especiales en el marco de la institucionalidad que rige actualmente el sistema arbitral, y otras que crean un sistema de protección especial regido por sus propias normas y con una institucionalidad diferenciada. Esta última, es una alternativa a considerarse a largo plazo, pues exige una importante cantidad de recursos que sustenten el funcionamiento de un sistema descentralizado de arbitraje de consumo, caracterizado por su gratuidad –o al menos por su bajo costo para los consumidores–, sin que se sacrifique la calidad del sistema.

A corto plazo es necesario establecer reglas especiales para la protección de los consumidores que permitan que: los casos de cuantías mínimas –en los límites que se consideren razonables por el legislador– puedan en todo momento litigarse en el seno de judicaturas estatales; se establezca una escala de tarifas diferenciada cuando le corresponde al consumidor iniciar el arbitraje o reconvenir; y adicionalmente, se prohíba la renuncia de domicilio por parte del consumidor que pueda inhibir su acceso a la justicia, siendo en cada caso necesario determinar cuándo se produce tal inhibición.

Al tratarse de sometimiento a arbitraje en contratos individuales de trabajo, es necesario considerar que la dependencia del trabajador y de su familia de la relación laboral, merma de tal forma la libertad de conclusión contractual, que la existencia de consentimiento para someterse a arbitraje resulta mucho más cuestionable, excepto cuando el nivel de especialización del trabajador y la situación de la demanda laboral –circunstancias que exigen un análisis caso por caso–, puedan conducir a la conclusión de

que tuvo libertad para contratar y consiguientemente, para someterse libremente a arbitraje. Bajo este razonamiento, el arbitraje relativo a disputas surgidas en el seno de relaciones individuales de trabajo debería permitirse únicamente cuando ha surgido la controversia y ha concluido la relación laboral, a fin de evitar que el trabajador sea forzado a sujetarse a arbitraje para acceder a un puesto de trabajo.

En cualquier caso en el cual el arbitraje se desprenda válidamente de un contrato individual de trabajo, es necesario que se desarrollen reglas específicas, en las que, al igual que se sugirió para el caso de consumidores, se establezca la obligación de informar al trabajador de las consecuencias de la sujeción a arbitraje en el momento de la formación del convenio arbitral. También para estos casos, una posibilidad a largo plazo, sería fomentar la creación de centros de arbitraje especializados en materia laboral que funcionen descentralizadamente, y que puedan financiarse con aportes de empresas y del Estado, a fin de ofrecer servicios gratuitos o al menos subsidiados a los trabajadores. En el futuro cercano cabría que los centros de arbitraje generen reglas específicas que permitan una reducción de tarifa para el caso de demandas o contrademandas por parte de trabajadores y que incorporen las garantías procesales recogidas actualmente por el COGEP.

El principal obstáculo de índole procesal detectado para acceder a la justicia mediante el cauce arbitral fue la falta de reglas claras sobre casos especiales de legitimación *ad causam*. El primer caso de análisis fue el relativo a la legitimación de partes no signatarias. Partiendo de la conveniencia de una concepción flexible sobre la forma del convenio arbitral a fin de facilitar el acceso al espacio de solución de conflictos escogido y del principio de buena fe en los contratos, que permite a árbitros y jueces indagar más allá del tenor literal del contrato, se ha concluido que la exigencia de que el convenio arbitral conste por escrito debe ser antes que una solemnidad indispensable para su existencia, un mecanismo de prueba que bien puede ser sustituido por otros medios, como en efecto se ha interpretado en algunos casos nacionales expuestos en esta obra.

Bajo el mencionado principio de la buena fe –que se proyecta en la prohibición de ir contra actos propios así como de fraude a la ley y abuso del derecho–, y considerando la necesidad de precautelar la efectividad de las resoluciones arbitrales, cabe concluir que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen fundamentos para legitimar la intervención, ya sea activa o pasiva, de partes no signatarias. Sin embargo, al ser este un asunto susceptible de interpretación, es conveniente que una reforma legislativa flexibilice el régimen de la forma de sometimiento a arbitraje, siguiendo los parámetros marcados por el texto actual de la Ley Modelo, y permita

que, excepcionalmente, se legitime la intervención de partes no signatarias, cuando sea evidente el nivel de participación en la formación o ejecución del contrato. Interesantemente, a pesar de la poca claridad sobre este tema, en el país ya se han empezado a presentar casos de legitimación de partes no signatarias en arbitraje, motivados fundamentalmente por la necesidad de preservar la eficacia del laudo, los mismos que fueron expuestos en esta investigación. En este contexto, la figura de la *litis consorcio* necesaria ha sido el mecanismo procesal para integrar al proceso a partes no signatarias.

El segundo caso especial de legitimación estudiado fue el de la *transmisión* del convenio arbitral. Al respecto, es necesario sostener que en casos de sucesión a título universal, así como en los casos en los cuales un tercero pasa a ocupar la posición de una parte en un negocio jurídico determinado, el sucesor está legitimado para intervenir en el proceso arbitral en lugar de su antecesor sin necesidad de una cesión expresa del convenio arbitral. La doctrina de la separabilidad del convenio arbitral, acogida por la LAM, está orientada a blindar a la cláusula arbitral de defectos del contrato en el que esta se incorpora y mal puede ser invocada para justificar la necesidad de una cesión específica del convenio arbitral en los casos planteados.

Excepcionalmente, con el objetivo de evitar que tengan que iniciarse procesos independientes, los terceros deben tener la posibilidad de ser oídos en procesos arbitrales, cuando demuestren su legítimo interés. Esta audiencia no significa incorporar en el arbitraje el trámite previsto para las tercerías en la normativa procesal general, sino que se restringe a permitir que terceros que puedan ser o han sido afectados por decisiones del tribunal arbitral tengan la oportunidad de presentar sus argumentos, a fin de que el tribunal, de estimarlo conveniente, tome en cuenta estas posibles afecciones. Adicionalmente, considerando el nivel de incidencia que los laudos arbitrales pueden tener en relación de derechos de terceros, es conveniente que estos últimos puedan ser considerados como legitimados activos para interponer la acción de nulidad del laudo arbitral.

Entre los obstáculos socioeconómicos para acceder a la justicia arbitral este estudio se concentró en el problema que emerge del carácter oneroso del arbitraje cuando partes carentes de recursos se ven impedidas de plantear demandas o reconveniones en caso de haber suscrito un convenio arbitral. Después de analizar las alternativas que han surgido en el derecho comparado –la declaratoria de inejecutabilidad del convenio arbitral, la nulidad del laudo cuando la parte demandada no pudo plantear la reconvenión, la creación de corporaciones que financian a partes que presentan un caso con una expectativa de éxito razonable, la extensión de

los beneficios del amparo de pobreza al arbitraje y la creación de un fondo de contingencia en centros de arbitraje-, se ha planteado una solución mixta que tiene por objetivos distribuir los costos no cubiertos por la parte carente de recursos entre los varios partícipes del proceso arbitral. La propuesta, en lo esencial, consiste en que quien carezca de recursos pueda solicitar una reducción de la tarifa a pagar ya sea por presentar una demanda o una reconvencción.

Para casos extremos, en los que la carencia de recursos resulte evidente, en los centros de arbitraje podría preverse la conformación de listas de árbitros y secretarios que deseen actuar extraordinariamente pro bono. De no resultar estos remedios eficientes, la parte carente de recursos debería estar habilitada a plantear el caso ante los jueces ordinarios, quienes deberían exigir comprobación de la situación en la que se encuentra la parte, y de estar su situación claramente establecida, correr traslado a la contraparte a fin de que, si desea mantener el conflicto bajo conocimiento arbitral, asuma la cantidad que no pudo ser cubierta por la parte carente de recursos, luego de haber solicitado los beneficios descritos y resultar estos insuficientes. Si la contraparte no desee asumir tal carga financiera, o si no respondiere al traslado del juez, entonces el proceso debería continuarse ante la justicia ordinaria sin que sea invocable la excepción de incompetencia por existir convenio arbitral.

Finalmente, de forma excepcional, cuando el caso lo amerite por así haberse justificado al director del centro de arbitraje, el justiciable carente de recursos podría acceder a representación jurídica gratuita, mediante sorteo entre los árbitros que integren la lista pro bono. La conformación de estos listados pro bono debería ser un mérito públicamente reconocido, de no existir voluntad contraria.

Sobre el debido proceso arbitral y sus garantías

La necesidad de armonizar las garantías constitucionales del debido proceso con las características especiales del arbitraje, respetando la vocación de flexibilidad y celeridad de este mecanismo de solución de conflictos, justifican la noción de *debido proceso arbitral*, cuyo respeto exige el control del Estado a fin de permitir la ejecución del laudo, fundamentalmente mediante la acción de nulidad del laudo arbitral.

La dedicación no exclusiva de los árbitros a sus actividades como tales, y por lo tanto, la multiplicación de situaciones de las cuales pueden emerger conflictos de intereses, exige que el nivel de independencia e imparcialidad que a ellos se exige sea mayor que el que se requiere a los jueces estatales. A fin de resguardar efectivamente la independencia e imparcialidad de los

árbitros –exigible con igual intensidad a árbitros designados por las partes– estos deben revelar cualquier situación que pueda comprometer su imparcialidad, tarea en la cual resultan particularmente orientadoras las Directrices de la Inter-american Bar Association (IBA) sobre los conflictos de interés en arbitraje internacional. La ley debe regular el procedimiento para cumplir con esta obligación de revelación y la consecuencia de su inobservancia, que debe ser la posibilidad de recusar a los árbitros.

Adicionalmente, a fin de resguardar adecuadamente la independencia e imparcialidad de los árbitros, es necesario reformar el sistema de recusación, introduciendo un sistema de recusación abierta, que paralelamente, comprenda un mecanismo para evitar las recusaciones con meros fines dilatorios, que bien puede consistir en la imposición de multas a las partes que presenten recusaciones superfluas. La falta de independencia e imparcialidad actualmente no está prevista como causal de nulidad, lo que hace necesario que mediante una reforma a la ley se incluya esta causal, la misma que debería ser susceptible de invocarse únicamente cuando la parte que se considera perjudicada interpuso una recusación dentro del proceso arbitral y la misma fue rechazada.

La vigencia del derecho a árbitros competentes debe entenderse a la luz de los efectos positivo y negativo del principio *competence-competence*. A fin de garantizar el derecho a árbitros competentes es necesario por un lado, incorporar en la legislación nacional una visión moderada del efecto positivo del principio *competence-competence*, y consecuentemente, establecer que ante declaratorias o declinatorias abusivas de competencia por parte de los árbitros, los justiciables pueden acudir a la judicatura estatal a fin de que esta se pronuncie, mediante la acción de nulidad de los laudos arbitrales.

Es necesario también incluir una causal relativa a la emisión extemporánea del laudo, pero la procedencia de tal causal debe requerir que al vencimiento del término convencional o legal, las partes no hayan prorrogado la competencia de los árbitros, ya sea porque así expresamente lo solicitaron, o porque continuaron realizando actuaciones sin impugnar la falta de competencia de los árbitros, caso en el cual la prórroga tendría lugar hasta que se produzca tal impugnación.

Finalmente, ante los casos presentados en el país, es necesario incluir una prohibición expresa de promover juicios de competencia entre jueces y árbitros.

Los derechos de audiencia y contradicción, elementos relevantes del derecho de defensa, tienen plena vigencia en el arbitraje y se encuentran garantizados dentro de las causales de nulidad del laudo arbitral actual-

mente previstas. Sin embargo, a fin de resguardar el principio de lealtad procesal, es conveniente que se disponga que para que procedan causales actualmente previstas en los literales b) y c) del art. 31 LAM –relativas a falta de notificación de providencias del tribunal de tal forma que se inhíba el derecho de defensa así como falta de despacho de pruebas o de práctica de pruebas despachadas– el justiciable debió haber reclamado por tal omisión, bajo pena que de lo contrario, se entienda que ha renunciado a la impugnación de nulidad al amparo de las mencionadas causales.

La flexibilidad de procedimiento que caracteriza al arbitraje permite que el derecho a probar sea ejercido con mayor amplitud que en el seno de la justicia ordinaria. Este fue el caso, por ejemplo, de la posibilidad de repreguntar al confesante que existía en el proceso arbitral con años de anticipación a que el COGEP reemplazare la confesión por la declaración de parte, o de la sana práctica de llamar a audiencia a los testigos a fin de esclarecer sus informes periciales mucho antes de que así lo dispusiere la Constitución de 2008. En este sentido, el arbitraje se ha adelantado en la incorporación de las ventajas de la oralidad, que se han buscado potenciar para los procedimientos judiciales mediante el COGEP.

En el contexto jurídico ecuatoriano, se configura el derecho a exigir la motivación de los laudos arbitrales. Pese al silencio de la Ley de Arbitraje y Mediación, la ausencia de motivación puede actualmente invocarse a fin de conseguir la nulidad del laudo arbitral con fundamento en el art. 76, num. 7, lit. l de la Constitución. A fin de amonizar la ley especial sobre arbitraje con la Constitución, se debe incluir una causal relativa a la falta de motivación del laudo. Sin embargo, la motivación en sede arbitral debe apreciarse con mayor flexibilidad de la que cabe en el caso de la justicia estatal, a fin de evitar que los tribunales estatales vuelvan a conocer el fondo del asunto resuelto por los árbitros y se desvirtúen los fines del convenio arbitral. Bajo este razonamiento, la motivación defectuosa no debería ser considerada como causal de nulidad.

Los justiciables tienen derecho también a un laudo congruente. Actualmente, este derecho se encuentra parcialmente garantizado mediante la causal de nulidad que consigna a los vicios de *ultra petita* y *extra petita* como motivo de anulación del laudo. Sin embargo, es necesario incluir como causal de nulidad al vicio de *infra* o *citra petita*, pues un laudo diminuto frustra la legítima expectativa de tutela. Sin embargo, a fin de buscar a preservación del laudo, para que opere cualquier causal relativa a vicios de congruencia, el justiciable debe haber requerido previamente al tribunal arbitral que solucione cualquiera de estas falencias, para lo cual se debe prever un término razonable posterior a la notificación del laudo

para que se solicite al tribunal arbitral enmendar cualquiera de los vicios de congruencia antes mencionados, de tal forma que la nulidad procedería únicamente en caso de que a pesar de la solicitud de la parte interesada, el tribunal no hubiere solucionado tales vicios.

Es necesario que se instaure en sede arbitral un mecanismo que permita corregir infracciones al ordenamiento jurídico sustantivo, consistente en la posibilidad de apelar los laudos arbitrales fundamentados en derecho ante otros órganos arbitrales, únicamente en caso de que así se haya pactado por las partes. En ausencia de reglas especiales definidas por las partes, la ley debería prever un procedimiento sumario para conocimiento de la apelación, que se limitaría a oír en audiencia a las partes y resolver, sin la necesidad de presentación de nuevas pruebas. Adicionalmente, la instauración de este recurso ameritaría la formación de nuevas listas, con los árbitros más experimentados, y la fijación de honorarios sensiblemente menores a los de primera instancia, dada la ausencia de prueba en estos casos.

La nulidad del laudo arbitral se persigue en Ecuador mediante una acción impugnativa autónoma, susceptible de plantearse por causales que generalmente se han considerado taxativas y se han interpretado con carácter restrictivo –aunque la Corte Constitucional ocasionalmente ha sostenido lo contrario, complicando aún más el régimen de nulidad de laudos arbitrales–. La deficiente regulación de esta acción ha constituido por años un grave problema para la garantía del debido proceso en sede arbitral, y en general, para la eficacia de este sistema de resolución de conflictos. En forma adicional a las modificaciones del catálogo de causales actualmente vigente, es necesario incluir algunas reformas procesales:

- Incorporar como legitimados activos a terceros que puedan ser afectados por la decisión del laudo, y establecer que el legitimado pasivo es la contraparte de la que interpone la acción de nulidad.
- Prever que cuando la causal de nulidad pueda subsanarse, se permita la suspensión del proceso de nulidad ante la autoridad judicial, a fin de que la misma reenvíe el expediente al tribunal arbitral que conoció el caso, de tal forma que, por mandato legal, los árbitros puedan volver a asumir la competencia con el solo fin de subsanar la causal de nulidad.
- Esclarecer de forma definitiva que no caben recursos frente a la sentencia del presidente de la Corte Provincial de Justicia que se pronuncia sobre la acción de nulidad del laudo. A pesar de lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias analizadas en este estudio, en el ordenamiento jurídico vigente no existen fundamentos para que las sentencias

de los presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia sean impugnadas mediante un recurso de apelación. Tampoco debería admitirse casación, por no estar así contemplado en la ley de la materia y en lo esencial, porque no debe prolongarse el debate judicial sobre un asunto que las partes decidieron someter a conocimiento de los árbitros. Si bien la resolución obligatoria 08-2017 expedida por la Corte Nacional de Justicia ha establecido con claridad que de la sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia no caben más recursos que la aclaración y apelación, lo ideal es que la Corte Constitucional se pronuncie en el mismo sentido que la Corte Nacional de Justicia y que la LAM sea terminante sobre este punto.

El necesario equilibrio entre el elemento jurisdiccional y contractual debe inspirar también el régimen de revisión constitucional de laudos y de sentencias que resuelven la nulidad o validez del laudo arbitral. Con fundamento en el carácter jurisdiccional de las funciones de los árbitros y en los efectos equiparables a los de una sentencia que la ley reconoce a los laudos, estos son susceptibles de control constitucional mediante la acción extraordinaria de protección, tal como sucede en varios países latinoamericanos. Sin embargo, es necesario aclarar cuándo procede tal garantía constitucional jurisdiccional. Para el efecto, debe considerarse que el elemento contractual que impregna la institución arbitral, exige que se racionalicen las instancias de conocimiento del laudo ante la justicia estatal. En este orden de ideas es indispensable que se articule eficientemente la garantía del debido proceso que presta la acción de nulidad de laudos arbitrales y la garantía del debido proceso que brinda la acción extraordinaria de protección, como han buscado hacerlo la Corte Constitucional de Colombia o el Tribunal Constitucional de Perú. En consecuencia, los supuestos para la procedencia de la acción extraordinaria de protección deberían estar bien determinados. Los casos de procedencia de la acción extraordinaria de protección sugeridos en esta obra son los siguientes:

- cuando la acción de nulidad no preste una efectiva protección del debido proceso arbitral, situación que ocurre actualmente por la deficiente previsión de causales de nulidad, según quedó explicado –y que podría subsanarse mediante una reforma legal–, volviéndose innecesario invocar la acción extraordinaria de protección para garantizar el debido proceso, y
- cuando es necesario proteger derechos constitucionales distintos a la tutela efectiva y al debido proceso. Dada la poca claridad que existe en el medio nacional sobre cómo operaría la protección en estos casos, es conveniente rescatar los aportes del Tribunal Constitucional peruano y recoger como supuesto de procedencia de la acción extraordinaria de

protección frente a laudos arbitrales la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por la Corte Constitucional en el contexto de arbitrajes en derecho, sobre todo en cuanto a la definición de contenidos esenciales de los derechos constitucionales.

Sobre la ejecución de los laudos arbitrales

El reconocimiento por parte del Estado del arbitraje como cauce de resolución de conflictos cuyos efectos se equiparan a los de las sentencias judiciales, conlleva un interés público en garantizar que los laudos se ejecuten en tiempos razonables, a fin de salvaguardar la confianza de la ciudadanía en una de las vías que el sistema jurídico contempla para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva. Desde esta lógica, el cumplimiento del laudo va más allá de un mero compromiso contractual, pues es expresión del necesario sometimiento de los justiciables al ordenamiento jurídico, sujeción que se encuentra en las bases mismas del Estado de derecho.

A la luz del COGEP, que integra acertadamente la distinción entre títulos de ejecución y títulos ejecutivos, el laudo arbitral es un título de ejecución, que permite iniciar un proceso de ejecución forzosa tan pronto como se ejecutoria a fin de sustituir el cumplimiento voluntario del destinatario de la condena. La ejecución puede llevarse a cabo inclusive si se ha planteado la acción de nulidad, salvo que la parte que obtuvo un laudo en contra haya solicitado la suspensión de la ejecución, previa rendición de una caución suficiente a criterio del tribunal arbitral. Si bien este mecanismo procesal es explícito en la ley vigente, existen algunos vacíos procesales que se han llenado mediante reglamentos de los centros de arbitraje, persistiendo algunos que no cuentan al momento con regulación alguna, como es la necesidad de supervivencia de las medidas cautelares dictadas durante el arbitraje mientras se encuentre suspendida la ejecución del laudo.

La tutela cautelar es un elemento del derecho a la tutela efectiva que se orienta a asegurar la eficacia de la resolución final. Si bien la LAM introdujo aspectos novedosos en materia de medidas cautelares, como son la amplia variedad de medidas que pueden solicitarse, la posibilidad de exigir contracautela a la parte solicitante y la opción de ejecutarlas directamente por acuerdo entre las partes –incluso acudiendo directamente funcionarios administrativos, judiciales o policiales–, se presentan enormes vacíos derivados de la infra regulación de esta figura. Los aspectos más problemáticos tienen que ver con la necesaria interacción entre justicia arbitral y justicia estatal que debe darse en materia de medidas cautelares, antes y después de que el tribunal arbitral asuma competencia, e inclusive cuando esta concluya.

Es conveniente que los reglamentos de arbitraje local prevean la figura del árbitro de urgencia, a fin de que este último pueda dictar medidas cautelares en forma previa a la conformación del tribunal, ordenar la práctica de diligencias previas, y resolver la existencia de perjuicios que ameriten la entrega de la contracautela a la parte que se vio perjudicada por la ejecución de tales medidas cuando el solicitante de las medidas obtuvo un laudo desfavorable, aspecto sobre el cual existe un importante vacío en la LAM.

Con el objetivo de armonizar la garantía del derecho de defensa con la necesidad de resguardar la eficacia de las medidas cautelares, es necesario permitir a los árbitros que en cada caso, evalúen la necesidad de que la medida cautelar se practique sin notificación a la contraparte.

Los procesos de ejecución de laudos arbitrales, sobre todo en caso de que la ejecución se realice contra una entidad estatal, han presentado retrasos dramáticos, debido a la falta de agilidad de la actuación judicial y la ausencia de medidas para evitar la dilación del proceso por parte del ejecutado. Si bien se espera que la situación de las ejecuciones judiciales mejore importantemente con la implementación del Código Orgánico General de Procesos, la ley debería permitir a los árbitros participar en el proceso de ejecución de los laudos, en la misma línea que se admite en el país la intervención de los árbitros en la ejecución de medidas cautelares. El hecho de que los árbitros asuman potestades de ejecución de los laudos, inclusive la posibilidad solicitar directamente el apoyo de funcionarios judiciales, administrativos o policiales, no es opuesto a la noción de monopolio de la fuerza por parte del Estado, siempre que sea el propio Estado el que por ley –expresión de su soberanía interna– permita que los árbitros asuman estas facultades.

En conclusión, la vigencia de los derechos a la tutela efectiva y al debido proceso en arbitraje exige mejoras importantes en el régimen vigente, que tomen en cuenta el fuerte componente contractual que este mecanismo de solución de conflictos encierra así como su dimensión procesal. Muchas pueden tener lugar mediante cláusulas arbitrales mejor diseñadas y a través de la optimización de los reglamentos de los centros de arbitraje, pero otras requieren una actuación responsable del legislador, que tienda a resguardar el valioso espacio de ejercicio de libertad procesal que consagra el arbitraje. Esta obra ha buscado delinear las principales modificaciones que el sistema requiere a fin de cumplir con la misión que el ordenamiento jurídico le ha confiado, aporte que se suma a los valiosos esfuerzos de algunos expertos nacionales.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor. "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. IV, 3-30. Ciudad de México (CDMX): Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC) / Marcial Pons, 2008.
- Abellán Tolosa, Luis. "El acceso de los consumidores a la justicia". En María José Reyes López, coord., *Derecho de consumo*, 2a. ed., 339-440. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Aguilar Álvarez, Guillermo. "La recusación de árbitros". En Leonel Pereznieto, comp., *Arbitraje comercial internacional*, 45-73. CDMX: Fontamara, 2006.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, y Cristian Contreras Rojas. "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile". *Iuris et Praxis* 13, No. 1 (2007): 205-43. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-00122007000100008>.
- Aguilar, Fernando. "La autonomía del acuerdo arbitral". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 45-65. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana (PUJ)-Facultad de Ciencias Jurídicas (FCJ) / Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje (IPA), 2011.
- Aguirre Guzmán, Vanesa. "La tutela judicial efectiva como derecho humano: Una aproximación a su concepción y a su situación en el Ecuador". En Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *¿Estado constitucional de derechos?: Informe sobre derechos humanos. Ecuador 2009*, 13-35. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Abya-Yala (A-Y), 2010.
- . "El derecho a la tutela judicial efectiva: Una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos". *Foro: Revista de derecho*, No. 14 (Quito: UASB-E / Corporación Editora Nacional –CEN–), (2010): 5-43.
- . *Tutela jurisdiccional del crédito*. Quito: UASB-E / Ediciones Legales (EL), 2012.
- . "La ejecución de los laudos internacionales en el Ecuador y el Código Orgánico General de Procesos". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6 (Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje –IEA–), (2015): 79-102. <<http://iea.ec/revista-ecuatoriana-de-arbitraje/>>.
- Alarcón Castellanos, María del Mar. "La solución extrajudicial de conflictos en el ámbito laboral: Panorámica general". En Isabel Bazaga Fernández, Marta Gonzalo Quiroga y Rosa Ventas Sastre, edit., *Métodos alternativos de solución de conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, 335-46. Madrid: Dykinson, 2006.
- Albaladejo García, Manuel. "La ominosa tentativa de hacer irrecurable el laudo en derecho que infringe las normas debidas aplicar". *Revista de Derecho Privado*, año 74, mes 3 (1990): 171-86.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed. Madrid: CEPC, 2008.
- . "Sobre los derechos constitucionales a protección". En *Derechos sociales y ponderación*, 45-84. CDMX: Fontamara, 2010.

- Alfonso Mellado, Carlos. "Algunas consideraciones en torno al arbitraje laboral". <http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_22/art1-rev22.pdf>. Consulta: julio de 2017.
- Alonso, Diego. "Proceso arbitral: El recurso de nulidad frente a las disposiciones de los reglamentos de arbitraje". <<http://www.latinarbitrationlaw.com/proceso-arbitral-el-recurso-de-nulidad-frente-a-las-disposiciones-de-los-reglamentos-de-arbitraje/>>. Consulta: febrero de 2016.
- Alterini, Atilio Aníbal, y Enrique Joaquín Repetti. *La cesión de contrato: Su esquema fundamental*. Buenos Aires: Omeba, 1962.
- Álvarez Miranda, Álvaro, y Gonzalo Muñoz Hernández. "La jurisdicción arbitral en el Perú: El rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales". En Mario Castillo Freyre, edit., *Arbitraje y Constitución*, 17-44. Lima: Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre (EMCF), 2012. <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol21.pdf>>.
- Alvins Santi, Ramón, y Pedro Saghy Cadenas. "El acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano: Estudio crítico sobre su eficacia en la jurisprudencia reciente de los tribunales venezolanos". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 809-33. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Amadeo, José Luis. *Arbitraje según la jurisprudencia de la Corte*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- Amado Vargas, José Daniel, y José Carlos Llerena Robles. "Cuando el fin sí justifica los medios: El deber de los árbitros de promover una solución amigable entre las partes (*settlement*) en el contexto de un acuerdo arbitral". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 664-72. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Andrade Cadena, Xavier. "Renuncia al arbitraje previsto en un tratado: El caso ecuatoriano". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 477-94. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- . "Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana". <http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/breves_reflexiones_sobre_el_arbitraje_en_la_nueva_constituci%C3%B3n_ecuatoriana.pdf>. Consulta: abril de 2013.
- . "Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador: Un camino inexplorado". <http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/reconocimiento_y_ejecucion_de_laudos_extranjeros_en_el_ecuador.pdf>. Consulta: junio de 2015.
- Andrade Cevallos, Miguel. "Ley de Arbitraje y Mediación: Materia transigible y arbitraje en equidad". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3 (Quito: IEA / Cevallos Editora Jurídica), (2012): 203-21.
- Andrade Ubidia, Santiago. *La casación civil en el Ecuador*. Quito: UASB-E / Andrade & Asociados, 2005.
- . *Los títulos valor en el derecho ecuatoriano*. Quito: Andrade & Asociados, 2006.
- . "En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales". *Foro: Revista de derecho*, No. 6 (Quito: UASB-E / CEN), (2006): 59-91.
- . "El levantamiento del velo societario en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana". *Foro: Revista de derecho*, No. 11 (Quito: UASB-E / CEN), (2009): 7-35.
- Andreu-Guzmán, Federico, y Christian Courtis. "Comentarios sobre las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad". <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf>>. Consulta: febrero de 2015.
- Arias, Just Franco. "La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003". En Tribunal Arbitral de Barcelona, edit., *Anuario de justicia alternativa*, No. 5, 175-9. Barcelona: J. M. Bosch, 2004.

- Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de derecho procesal civil: Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, 4a. ed. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Arrarte Arisnabarreta, Ana María. "Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: La anulación de laudo y el proceso de amparo". *Ius et Veritas*, No. 35 (2007): 70-90. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12285/12848>>.
- . "Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial". Dike: Portal de información y opinión legal de la PUCP. <dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art.66PDF>.
- Asociación Europea de Arbitraje. "El árbitro de emergencia: Una figura para el debate". <<http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/index.php/es/actualidad/blog/item/704-el-arbitro-de-emergencia-una-figura-para-el-debate>>. Consulta: noviembre de 2015.
- Ávila Linzán, Luis Fernando. "La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008". En Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, 163-216. Quito: Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos (MJDH), 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: UASB-E / A-Y, 2011.
- Aylwin Azócar, Patricio. *El juicio arbitral*, 5a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Balbín, Carlos. *Curso de derecho administrativo*, t. I. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- Bañuelos Rizo, Vicente. *Arbitraje comercial internacional: Comentarios a la ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional*. CDMX: Limusa, 2010.
- Barchi Velaochaga, Luciano. "Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral en el Decreto Legislativo No. 1071". En Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 681-708. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Barona, Vilar, Silvia. "Nuevas tendencias en el arbitraje". *Lima Arbitration*, No. 3 (Lima: Círculo Peruano de Arbitraje –CPA–), (2008-2009): 108-27.
- . "Las ADR en la justicia del siglo XX, en especial la mediación". *Revista de Derecho* 18, No. 1 (Universidad Católica del Norte), (2011): 185-211.
- . "Introducción". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 59-96. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "Potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1041-120. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "La sustanciación de las actuaciones arbitrales". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1121-367. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "Adopción de decisiones colegidas". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1394-413. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "Plazo, forma, contenido y notificación del laudo". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1454-536. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "De la anulación y de la revisión del laudo". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1619-864. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "Arbitraje en el modelo de justicia español del siglo XXI". En Frank García Ascencios, dir., *Derecho arbitral*, 1-50. Arequipa: Adrus, 2013.
- Barona Vilar, Silvia, y Carlos Esplugues Mota. "Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed, 307-60. Pamplona: Civitas, 2011.

- Barral, Inmaculada. "La mediación y el arbitraje de consumo: Explorando sistemas de ODR". *IDP: Revista de internet, derecho y política*, No. 11 (diciembre de 2010): 1-12. <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/mediacion-arbitraje-explorando-odr-332319426>>.
- Barret, Jerome. *A History of Alternative Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.
- Beaumont Callirgos, Ricardo. "El nuevo proceso de amparo arbitral: Sobre su aplicación temporal". En Mario Castillo Freyre, edit., *Arbitraje y Constitución*, 45-60. Lima: Palestra / EMCF, 2012. <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol21.pdf>>.
- Bello Janeiro, Domingo. "Conflictos transfronterizos y arbitraje internacional". En Leticia García Villaluenga, dir., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, t. II, 29-48. Madrid: Reus, 2010.
- Benetti Salgar, Julio. *El arbitraje en el derecho colombiano*, 2a. ed. Bogotá: Temis, 2001.
- Ben-Shar, Omri. "The Myth of Access-to-Justice in Consumer Law" (Research Paper No. 628). University of Chicago Institute for Law & Economics Olin. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2197013>.
- Benson, Bruce. "Arbitration". En *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, 159-92. <encyclo.findlaw.com/7500book.pdf>. Consulta: abril de 2015.
- Bergoglio, María Inés. "Reforma judicial y acceso a la justicia: Reflexiones a propósito de la evaluación de la mediación en Córdoba, Argentina". En Sonia Boueri Bassil, edit., *El acceso a la justicia: Contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos*, 49-71. Madrid: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (IISJO) / Dykinson, 2010.
- Berman, Harold. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. CDMX: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (UEC), 2005.
- Betancourt, Milagros, y Greyza Ojeda. "El rol del árbitro de urgencia y las medidas cautelares anticipada: Especial referencia a Venezuela y a las normas del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)". *Arbitraje*, No. 4 (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú –PUCP–), (2014): 29-36.
- Birgin, Haydée, y Beatriz Kohen. "Introducción: El acceso a la justicia como derecho". En Haydée Birgin y Beatriz Kohen, comp., *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, 15-25. Buenos Aires: Biblos, 2006.
- Blomgren Amsler, Lisa. "Employment Arbitration: The Repeat Player Effect". <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324411>. Consulta: enero de 2014.
- Bonet Navarro, Alejandro. "El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral (Sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre)". *Derecho Privado y Constitución*, No. 6 (mayo-agosto de 1995): 179-94. <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=380&IDA=9961>>.
- Borda, Alejandro. "La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la voluntad". En Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, dir., *Instituciones de derecho privado*, 69-71. Bogotá: Temis, 2000.
- Bordalí Salamanca, Andrés. "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial". *Revista Chilena de Derecho* 38, No. 2 (agosto de 2011): 311-37. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200006>.

- Boueiri Bassil, Sonia. "El acceso a la justicia en Latinoamérica desde las perspectivas democracia, desarrollo, liberación". En Sonia Boueiri Bassil, edit., *El acceso a la justicia: Contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos*, 173-94. Madrid: IISJO / Dykinson, 2010.
- Bouza Vidal, Nuria. "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral". *Revista Española de Derecho Internacional* 52, No. 2 (julio de 2000): 371-94. <http://vlex.com/vid/arbitrabilidad-litigios-encrucijada-419204?ix_resultado=1.0&query%5Bpage%5D=1&query%5Bq%5D=arbitrabilidad>.
- Brañas, Carlos Martín. "La anulación del laudo arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral". En Tribunal Arbitral de Barcelona, edit., *Anuario de justicia alternativa*, No. 3, 141-77. Barcelona: J. M. Bosch, 2004.
- Bregaglio Lazarte, Renata. "La imparcialidad del juez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En Giovanni Priori Posada, coord., *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso: Ponencias del tercer seminario internacional Proceso y Constitución*, 83-92. Lima: Palestra, 2013.
- Brekoulakis, Stavros. "The Relevance of Interest of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room". *Penn State Law Review* 113, No. 4 (2009). <<http://pennstatelawreview.org/articles/113%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%201165.pdf>>.
- Brigante Guerra, Rafael. "El amparo de pobreza: Una actualización necesaria". En Carlos Salmon Alvear, coord., *Homenaje póstumo al Dr. Edmundo Durán Díaz*, 43-67. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil-Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas-, 2002. <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=421&Itemid=101>. Consulta: julio de 2017.
- Bujosa Vadell, Lorenzo. "El arbitraje de consumo". *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 29 (enero de 2013). <http://www.jcyl.es/junta/cp/boletin/Revista_Juridica_29.pdf>. Consulta: noviembre de 2013.
- Bullard, Alfredo. "¿Y quiénes están incorporados a la fiesta?: La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el art. 14 de la Ley de Arbitraje peruana". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 709-35. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- . "Contenido del laudo". En Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González, coord., *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*, t. II, 611-32. Lima: IPA, 2011.
- . "Ejecución arbitral". En Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González, coord., *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*, t. II, 744-63. Lima: IPA, 2011.
- Bullard, Alfredo, Magaly Varela y Alejandra Flecha. "La era del arbitraje latinoamericano". En Alfredo Bullard González, edit., *Litigio arbitral: El arbitraje desde otra perspectiva*, 41-58. Lima: Palestra, 2016.
- Buscaglia, Eduardo. "Los principales obstáculos de la reforma judicial en América Latina". En Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, edit., *La economía política de la reforma judicial*, 32-51. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 1997.
- Caamaño Domínguez, Francisco, y otros. *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Cabezas, José Luis. "Arbitraje, globalización y derecho". *Ruptura*, No. 47, t. I (Quito: Asociación Escuela de Derecho-Pontificia Universidad Católica del Ecuador -PUCE-), (2004): 234-47.
- Caivano, Roque. *Arbitraje*, 2a. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

- . "Arbitraje y grupos de sociedades: Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario". *Lima Arbitration*, No. 1 (Lima: CPA), (2006): 121-62. <www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf>.
- . "Arbitraje y estipulación a favor de terceros bajo el derecho peruano". <<http://www.forseti.pe/articulos/arbitraje-y-estipulacion-favor-de-terceros-bajo-el-derecho-peruano>>. Consulta: octubre de 2014.
- . "El arbitraje: Nociones introductorias". <<http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>>. Consulta: enero de 2015.
- . "Sistemas cautelares en el arbitraje". *Revista de Derecho Procesal: Sistemas cautelares y procesos urgentes*, No. 2010-1, segunda parte (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni), (2010): 255-301.
- . *La cláusula arbitral: Evolución histórica y comparada*. Bogotá: Universidad del Rosario (UR), 2011.
- . *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.
- . "La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene". *Revista de Derecho Privado*, edición especial (2012): 3-53. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr2.pdf>>. Consulta: junio de 2014.
- Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Lima: Ara, 2005.
- Calvo, Corbella. "La aplicación del arbitraje a los entes públicos: El caso de España". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 625-36. Bogotá: PUJ-FJC / Ibáñez / IPA, 2011.
- Campo Villegas, Elías. "¿Hacia el arbitraje de plazo indefinido?". En Tribunal Arbitral de Barcelona, edit., *Anuario de justicia alternativa: Derecho arbitral*, No. 11, 29-37. Barcelona: J. M. Bosch, 2011.
- Canturias Salaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2008.
- . "Recursos contra el laudo arbitral". *Themis*, No. 53 (2007): 43-55. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8847>>.
- Capodiferro Cubero, Daniel. *La objeción de conciencia: Estructura y pautas de ponderación*. Barcelona: J. M. Bosch, 2013.
- Cappelletti, Mauro. "Acceso a la justicia: Programa de acción reformadora y nuevo método de pensamiento". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 48 (CDMX: UNAM), (septiembre-diciembre de 1983): 797-814.
- . "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-wide Access-to-Justice Movement". *The Modern Law Review* 56, No. 3 (mayo de 1993): 282-96. <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02673.x/full>>.
- Cappelletti, Mauro, y Bryant Garth. "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make the Rights Effective". *Buffalo Law Review*, No. 27 (1977-1978): 181-292. <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/buflr27&div=16&id=&page=>>.
- . "Access to Justice and the Welfare State: an Introduction". En Mauro Cappelletti, edit., *Access to Justice and the Welfare State*, 1-24. Florencia: European University Institute, 1981.
- . *Acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. CDMX: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Carbonneau, Thomas E. "Arbitral Justice: The Demise of Due Process in American Law". *Tulane Law Review*, No. 40 (1995-1996).

- Carbonell, Miguel. "Formalidades esenciales del procedimiento". <www.miguelcarbonell.com/docencia/Formalidades_esenciales_del_procedimiento.shtml>. Consulta: julio de 2017.
- Cárdenas Mejía, Juan Pablo. "El arbitraje en materia de consumo". <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&ved=0CDQQFjAC&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F18041107%2F307658616%2Fname%2FARBITRAJE%2BDE%2BCONSUMO%2BFINAL.rtf&ei=ZoHBUry0JsTnkAfxWw&usq=AFQjCNHiSrtbkqc4YOiYqFdpm6-TgjllrA>. Consulta: diciembre de 2013.
- Carpí, Federico. "A New Perspective in the Relationship between Ordinary Judges and Arbitrators in Western Europe Legislations". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. X, 235-46. CDMX: UNAM-IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- Carrasquero Stols, Andrés. "Propuestas sobre el arbitraje laboral". *Derecho del Trabajo*, No. 6 (enero-diciembre de 2008): 331-57. <https://ficheros-2012.s3.amazonaws.com/10/18/Im_1_3_402811126_in1_330_356.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1390085979&Signature=By2qadc1fHjQ5DoUiZZyJyv%2FgIU%3D>.
- Carrillo, Fernando. "El BID y la reforma de los sistemas de justicia". En Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, edit., *La economía política de la reforma judicial*, 451-60. Washington: BID, 1997.
- Carrión García de Parada, Francisco Javier. "La tutela cautelar de los derechos en arbitraje". *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 29 (enero de 2013). <file:///C:/Users/User/Downloads/4.-+Tutela+Cautelar+en+el+arbitraje+-+Digital.pdf>.
- Carpizo, Jorge. "La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje en México". <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/892/4.pdf>. Consulta: febrero de 2014.
- Casal Hernández, Jesús María. "Aspectos conceptuales del acceso a la justicia". En Jesús María Casal Hernández y otros, *Acceso a la justicia*, 17-46. Caracas: Konrad Adenauer Stiftung (KAS) / Universidad Católica Andrés Bello, 2006.
- Castillo Freyre, Mario, y Rita Sabroso Minaya. "Contenido y forma del convenio arbitral". En Frank García Ascencios, dir., *Derecho arbitral*, 103-49. Arequipa: ADRUS, 2013.
- Certad Maroto, Gastón. "Algunas cuestiones en tema de compromisos y de cláusulas compromisorias en sociedades mercantiles". *Ius Doctrina: Revista jurídica* 2, No. 1 (San José: Universidad de Costa Rica). <http://latindex.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13537/12807>.
- Cerrato Guri, Elisabet. "El derecho a acceder a los tribunales en el proceso civil: concepto, garantías y límites". En Joan Picó i Junoy, edit., *Principios y garantías procesales*, 107-19. Barcelona: J. M. Bosch, 2013. <http://vlex.com/vid/acceder-proceso-concepto-contenido-mites-481094430>.
- Cevallos, Pedro Fermín. *Instituciones de derecho práctico*. Quito: Imprenta de los Huérfanos, 1967.
- Chamorro Bernal, Francisco. *La tutela judicial efectiva: Derechos y garantías procesales derivados del Art. 24.1. de la Constitución*. Barcelona: J. M. Bosch, 1994.
- Cheng, Teresa. "Features of Arbitral Practice that Contribute to System-Building". *Proceedings of the 106th Annual Meeting*, vol. 106 (American Society of International Law / Cambridge University Press), (2012): 292-4.
- Chinchilla Marín, Carmen. "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales". *Revista de Administración Pública*, No. 131 (Madrid: CEPC), (1993): 167-89.

- Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. CDMX: Editorial Jurídica Universitaria (EJU), 2002.
- Chocrón Giráldez, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J. M. Bosch, 2000.
- . "El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos". <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/AnaChocron.pdf>. Consulta: diciembre de 2012.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel. "Aspectos filosóficos de la buena fe". En Marcos M. Córdoba, dir., *Tratado de la buena fe en el derecho*, vol. I, 3-23. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Clay, Thomas. *El Árbitro*. Bogotá: PUJ, 2012.
- Conejero Roos, Cristián, y René Irrá de la Cruz. "La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la Ley de Arbitraje peruana: Algunas lecciones del derecho comparado", *Lima Arbitration*, No. 5 (Lima: CPA), (2012-2013): 56-91. http://www.limaarbitration.net/LAR5/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz.pdf, acceso.
- Constantino, Cathy, y Christina Sickles Merchant. *Designing Conflict Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations*. San Francisco: Jossey-Bass, 1999.
- Cook, Trevor, y Alejandro García. *International Intellectual Property Arbitration*. (s. l.) Holanda: Wolter Kluwers, 2010.
- Cooper, James. "Essay: Access to Justice". *California Western International Law Journal*, No. 30 (1999-2000): 429-39.
- Cordón Moreno, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: Algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Civitas, 2010.
- Córdoba Schaefer, Jesús. "La vinculación del convenio arbitral en los contratos de cesión: O de la mal llamada transmisión de la cláusula arbitral". http://www.academia.edu/5879613/La_vinculacion_del_convenio_arbitral_en_los_contratos_de_cesion. Consulta: febrero de 2016.
- Coronel Jones, César. "Arbitraje y procedimiento en Ecuador". <http://www.latinarbitrationlaw.com/arbitraje-y-procedimiento-en-ecuador/>. Consulta: enero de 2015.
- . "Presente y futuro del arbitraje en el Ecuador: Hacia una nueva ley". <http://www.latinarbitrationlaw.com/presente-y-futuro-del-arbitraje-comercial-en-el-ecuador-hacia-una-nueva-ley/>. Consulta: abril de 2015.
- Correa Sutil, Jorge. "Reforma judicial en América Latina: ¿Buenas noticias para los desfavorecidos?". En Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro, comp., *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, 256-78. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- Correa Delcasso, Juan Pablo. "Arbitraje y référé en Francia: Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral". En Tribunal Arbitral de Barcelona, edit., *Anuario de justicia alternativa*, No. 9, 153-206. Barcelona: J. M. Bosch, 2009.
- Courtis, Christian. "La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía". En Rodolfo Vásquez, comp., *Cortes, jueces y política*, 51-81. CDMX: Nexos, 2007.
- Couture, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*, t. I., 3a. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.
- . *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*. CDMX: EJU, 2002.
- . *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo: B d f, 2002.
- Cremades, Bernardo. "El arbitraje en la doctrina constitucional española". *Lima Arbitration*, No. 1 (Lima: CPA), (2006): 185-220. http://www.limaarbitration.net/LAR1/bernardo_m_cremades.pdf.
- . "La función jurisdiccional de apoyo... y control del arbitraje". <http://aryme.com/docs/adr/2-4-97/>. Consulta: octubre de 2012.

- Cruz Bahamonde, Armando. *Estudio crítico del código de procedimiento civil*, 2a. ed., vol. I. Guayaquil: Edino, 2001.
- Cruz Villalón, Pedro. "Arbitraje y Constitución en España". En Eduardo Ferrero Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. XI, 421-35. CDMX: UNAM-IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- Cuberos, Felipe. "Concepto y nacionalidad del laudo". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 1 (Quito: IEA / Cevallos Editora Jurídica), (2010): 57-76.
- Cucarella Galiana, Luis-Andrés. "La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares". En Tribunal Arbitral de Barcelona, edit., *Anuario de justicia alternativa*, No. 5, 85-106. Barcelona: J. M. Bosch, 2004.
- Cullinan, Tom. "Contracting for an Expanded Scope of Judicial Review in Arbitration Agreements". *Vanderbilt Law Review*, No. 51 (marzo de 1998): 395-429.
- Curtina, Kenneth. "Judicial Review of Arbitration Awards". *Dispute Resolution Journal* (American Bar Association –ABA–), (enero de 2001): 56-60.
- De Jesús, Alfredo. "La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina". <http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/la-autonomia-del-arbitraje-comercial-internacional-a-la-hora-de-la-constitucionalizacion.pdf>. Consulta: diciembre de 2012.
- De la Fuente, Fernando José. "La administración como parte en arbitraje". En Leticia García Villaluenga, dir., *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, 149-68. Madrid: Reus, 2010.
- De la Jara Plaza, José María. "El costo de lo gratuito: El sistema de arbitraje de consumo en el país". En Alfredo Bullard González, edit., *Litigio arbitral: El arbitraje desde otra perspectiva*, 569-71. Lima: Palestra, 2016.
- De la Puente y Lavalle, Manuel. "La fuerza de la buena fe". En Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, dir., *Contratación contemporánea: Teoría general y principios*, 273-85. Bogotá: Palestra / Temis, 2002.
- De los Mozos, José Luis. "La autonomía privada: Notas para una relectura del título de los contratos del Código Civil español". En Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, dir., *Contratación contemporánea: Teoría general y principios*, 189-212. Bogotá: Palestra / Temis, 2002.
- De Miranda Vázquez, Carlos. "Arbitraje, medidas cautelares, caución y una paradoja". *Justicia: Revista de derecho procesal*, No. 1 (Barcelona: J. M. Bosch), (2014): 199-235.
- De Nadal, Elisabeth, y Víctor Manuel Sánchez. "La extensión a terceros no firmantes de los efectos del convenio arbitral: La aproximación en España". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 689-704. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- De Silva Nava, Carlos. "El arbitraje y el amparo". En Leonel Pereznieta, comp., *Arbitraje comercial internacional*, 157-65. CDMX: Fontamara, 2006.
- . "El árbitro de derecho privado no es autoridad para efectos del juicio de amparo". http://camex.com.mx/envios_cam/2013/reporte_en_linea/reporte_60/articulo_arbitro_no_es_autoridad_csn.pdf. Consulta: marzo de 2015.
- De Soto Rioja, Sebastián. "El arbitraje en los conflictos individuales". *Temas Laborales*, No. 70 (2003): 324-44. http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_232.pdf.

- De Trazegnies, Fernando. "El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje". *Iuris Dictio*, No. 11 (Quito: Universidad San Francisco de Quito -USFQ-) (2007): 7-16.
- Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo. "La organización del sistema de arbitraje de consumo: ¿Un modelo para desarmar?". *Arbitraje*, No. 2 (2012): 44-51. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/search/authors/view?firstName=Paolo%20Del&middleName=&lastName=%C3%81guila%20Ruiz%20de%20Somocurcio&affiliation=Pontificia%20Universidad%20Cat%C3%B3lica%20del%20Per%C3%BA&country=PE>>.
- Del Río Labarthe, Gonzalo. "Independencia e imparcialidad". En Giovanni Priori Posada, coord., *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso: Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*, 71-82. Lima: Palestra, 2013.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*, 2a. ed. Buenos Aires: Universidad, 1997.
- Di Ciommo, Tiziana. "El derecho a la tutela efectiva y eficiencia en la justicia italiana". En Joan Picó i Junoy, edit., *Principios y garantías procesales*, 301-14. Barcelona: J. M. Bosch, 2013. <<http://vlex.com/vid/tutela-efectiva-eficiencia-italiana-481094490#secc1>>.
- Díaz, Luis Miguel. *Arbitraje: Privatización de la justicia*, 2a. ed. CDMX: Themis, 1998.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva". <<http://www.derechocambiosocial.com/revista010/tutela%20judicial%20efectiva.htm>>. Consulta: octubre de 2013.
- . "La potestad jurisdiccional: Características constitucionales". <<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&ccd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdialectnet.uni-rioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F197128.pdf&ei=bFBIUrK4FaGwygGik4H4DQ&usq=AFQjCNFHUm5ZbXHercbYCz7C36XkPWHypA&bvm=bv.54934254,d.aWc>>. Consulta: julio de 2017.
- Dodge Byrnes, Jaime, y Elizabeth Pollman. "Arbitration, Consent and Contractual Theory: The Implications of EEOC vs. Waffle House". *Harvard Negotiation Law Review*, No. 8 (primavera de 2003): 289-312.
- Donahey, Scott. "The Independence and Neutrality of the Arbitrators". *Journal of International Arbitration*, No. 4 (1992): 31-42. <<http://www.scottdonahey.com/Publications/Independence%26NeutralityOfArbitrators.pdf>>.
- Donovan, Donald Francis. "Case Comment: Abacalt and Others vs. Argentin Republic: As a Collective Claims Precedding". *ICSID Review*, No. 2 (2012): 261-7.
- Drahozal, Chirstopher. "Arbitration Costs and Access to Justice". <<http://www.law.gwu.edu/News/2010-2011Events/Documents/Drahozal%20Submission.pdf>>. Consulta: mayo de 2016.
- Eberhardt, Pia, y Cecilia Olivet. *Cuando la injusticia es negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*. Bruselas-Amsterdam: Corporate Europe Observatory / Transnational Institute, 2012.
- Echandía, Devis. *Teoría general del proceso*, 2a. ed. Buenos Aires: Universidad, 1997.
- Echeverri López, Ricardo Andrés. "De los costos del arbitraje en Colombia". En Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord. acad., *El contrato de arbitraje*, 707-31. Bogotá: Legis / UR, 2005.
- Edwards, Harry. "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema". *Harvard Law Review*, No. 99 (1985-1986): 668-84.
- Elkouri, Frank, y Edna Asper Elkouri. *How Arbitration Works*. Washington: BNA Incorporated, 1960.

- Escobar Martínez, Lina Marcela. "La independencia, imparcialidad y conflicto de intereses del árbitro". *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 15 (2009): 181-214. <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-81562009000200007&script=sci_arttext>.
- Esparza Leibar, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995.
- Espulgues Mota, Carlos. "Título I: Disposiciones generales". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 98-123. Pamplona: Civitas, 2011.
- Estavillo Castro, Fernando. "El árbitro de emergencia en el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI". <http://estavilloarbitraje.com/archivos/4_el-arbitro-de-emergencia.pdf>. Consulta: diciembre de 2015
- Etcheverry, Raúl. "El acuerdo arbitral y el sistema argentino". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 103-30. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Eto Cruz, Gerardo. "La herencia constitucional española en la formación del amparo en América Latina". <http://www.scjn.gob.mx/rpni/Documents/Publicaciones/PERU_ETO.pdf>. Consulta: diciembre de 2012.
- Ezcurra, Húascar, y Julio Olortegui. "Y ahora ¿quién podrá defendernos?: El árbitro de emergencia". En Alfredo Bullard González, edit., *Litigio arbitral: El arbitraje desde otra perspectiva*, 193-207. Lima: Palestra, 2016.
- Fairén Guillén, Víctor. *Teoría general del derecho procesal*. CDMX: UNAM, 1992. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/965/22.pdf>>.
- Falcón, Enrique. "La bilateralidad y los sistemas cautelares". *Revista de Derecho Procesal*, 13-37. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- Felix Amerasinghe, Chittharanjan. *Local Remedies in International Law*, 2a. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Felstiner, William, Abel Richard y Sarat Austin. "Origen y transformación de los conflictos: Reconocimiento, acusación, reclamación". En Mauricio García Villegas, edit., *Sociología jurídica: Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, 39-67. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- Fernández Arroyo, Diego, y Caroline Kleiner. "La reparación de los daños causados por violación del acuerdo arbitral". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 131-52. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Fernández Gimeno, José Pascual. "Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica". En María José Reyes López, coord., *Derecho de consumo*, 2a. ed., 65-82. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Fernández Rozas, José Carlos. "Arbitraje y jurisdicción: Una interacción necesaria para la realización de la justicia". *Derecho Privado y Constitución* 13, No. 19 (Madrid: CEPC), (2005). <http://eprints.ucm.es/6573/1/ARBITRAJE_Y_JURISDICCION.pdf>.
- . "El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito de su segundo centenario". En Carlos E. Febres F., coord., *El derecho internacional en tiempos de globalización: Libro en homenaje a Carlos Febres Poveda*, t. I, 151-90. Mérida: Universidad de los Andes, 2005. <<http://eprints.ucm.es/6554/>>.
- . "Arbitraje y justicia cautelar". En José Manuel Otero Lastres, dir., *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII. Madrid: Cámara de Comercio de España, 2007, 23-60. <http://eprints.ucm.es/6579/1/ARBITRAJE_Y_JUSTICIA_CAUTELAR_RCEA_2007.pdf>.
- . *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008.

- Fernández Ruiz, Jorge. "Disertación sobre el servicio público". *Foro: Revista de derecho*, No. 13 (Quito, UASB-E / CEN), (2010): 5-21.
- Fernández Segado, Francisco. "Derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español". *Ius et Praxis* 5, No. 1 (2006): 63-120.
- Fernández Sessarego, Carlos. "El supuesto de la denominada 'autonomía de la voluntad'". En Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, dir., *Contratación contemporánea: Teoría general y principios*, 213-54. Bogotá: Palestra / Temis, 2002.
- Fernández Valle, Mariano. "El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social". En Haydée Birgin y Beatriz Kohen, comp., *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, 39-59. Buenos Aires: Biblos, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. "El papel de la función judicial en el Estado de derecho". En Luis Miguel Reyna Alfaro, dir., *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, 13-27. Lima: Jurista Editores, 2007.
- . *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- . *Derechos y garantías: La ley del más débil*, 7a. ed. Madrid: Trotta, 2010.
- Ferrandino, Álvaro. "Acceso a la justicia". <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1509/11.pdf>>. Consulta: noviembre de 2013.
- Figueroa de Arias, Miriam Giselle. "Notas sobre la importancia de una adecuada expresión de voluntad de las partes en el convenio arbitral". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 597-614. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Figueroa Díaz, Luis. "La enseñanza del derecho y los medios alternativos de solución de controversias". *Alegatos* 24, No. 76 (septiembre-diciembre de 2010): 787-800.
- Figueroa Burrieza, Angela. "En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales". *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), No. 33 (1983): 207-19. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26736>>.
- . "Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva". *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, No. 3 (enero-junio de 2005): 87-98. <http://www.iidpc.org/revistas/3/pdf/103_114.pdf>.
- Fix-Fierro, Héctor, y Sergio López-Aillón. "El acceso a la justicia en México: Una reflexión multidisciplinaria". En Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas, edit., *Justicia: Memoria del IV Congreso nacional de justicia constitucional*, t. I, 112-42. CDMX: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), 2001. <<http://site.ebrary.com/lib/uasbsp/Doc?id=10411441&ppg=138>>.
- Fix Zamudio, Héctor. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Querétaro: Fundap, 2002.
- Follonier-Ayala, Alejandro. "Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz". *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional* 2, No. 2 (2014): 513-48. <http://derecho.posgrado.unam.mx/latam/revistas/v2n2_2014/esp/7.%20Follonier%20-%20Spanish%20-%20Final.pdf>.
- Fontanes, María J. "Funcionamiento de tribunales arbitrales de arbitraje de consumo en la nación y la necesidad de reglamentar el mismo en la provincia del Chaco". Resumen S-022, *Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2004* (Chaco: Universidad Nacional del Nordeste), (2004). <<http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/com2004/1-Sociales/S-022.pdf>>.
- Fortún, Alberto, y Álvaro Álvarez-Garcillán. "La impugnación de los laudos arbitrales". <[http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_impugnacion_de_los_laudos_arbitrales._economist__jurist,_n_171_2013_\(junio\)_340.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_impugnacion_de_los_laudos_arbitrales._economist__jurist,_n_171_2013_(junio)_340.pdf)>.

- Gaillard Emmanuel. *Aspectos filosóficos del derecho del arbitraje internacional*. Bogotá: PUJ, 2012.
- Galindo Cardona, Álvaro. "Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador". *Iuris Dictio*, No. 4 (Quito: USFQ), (2001): 123-8.
- Gallo Cabrera, Javier. "La intervención de terceros en el proceso arbitral". En Frank García Ascencios, dir., *Derecho arbitral*, 149-63. Arequipa: Adrus, 2013.
- Garberí Llobregat, José. *Constitución y derecho procesal: Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Pamplona: Civitas, 2009.
- García Larriva, Hugo. "Partes no signatarias del convenio arbitral: Entre la realidad económica y la ficción jurídica". *Iuris Dictio*, No. 15 (Quito: USFQ), (2013): 159-89.
- García Ramírez, Sergio. "El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho procesal contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. I, 1-72. Santiago: Editorial Jurídica de Chile / Thomson Reuters, 2010.
- Garro Alejandro. "El acceso de los pobres a la justicia en América Latina". En Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro, comp., *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, 279-303. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- George, James. "Access to Justice, Costs and Legal Aid". *The American Journal of Comparative Law* 54 (otoño de 2006): 293-315. <<http://www.jstor.org/stable/20454541?seq=22>>.
- Getman, Julius. "Labor Arbitration and Dispute Resolution". *Yale Law Journal*, No. 88 (1978-1979): 916-49.
- Gidi, Antonio. "Las acciones colectivas en Estados Unidos". En Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Procesos colectivos: La tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 1-25. CDMX: Porrúa, 2004.
- Gil-Robles, Álvaro. *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*. Madrid: CEC, 1996.
- Gimeno Sendra, Vicente. *Introducción al derecho procesal*, 6a. ed. Madrid: Colex, 2010.
- . "La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional español". <<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=3092>>. Consulta: diciembre de 2013.
- Gisbert Pomata, Marta. *El contrato arbitral*. Navarra: Thomson Reuters / Civitas, 2015.
- Gómez Montoro, Ángel. "Los derechos procesales del art. 24.2. CE". En Carles Viver Pi-Sunyuer, coord., *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, 167-254. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Gómez Palacio, Ignacio. "El laudo no motivado, vía de solución poco explorada en México". <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/16.pdf>>.
- González Álvarez, Roberto. "El derecho a tutela jurisdiccional efectiva: El mito de una serenpida procesal". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, No. 3 (2008). <http://egacal.e-educativa.com/upload/2008_GonzalezRoberto.pdf>.
- González de Castilla, Emilio, y Francisco González de Cossío. "Acuerdo arbitral contenido en un contrato con cláusula de estipulación a favor de un tercero". <<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Acuerdo%20Arbitral%20y%20Estipulacion.pdf>>. Consulta: julio de 2017.
- González de Cossío, Francisco. *El arbitraje y la judicatura*. CDMX: Porrúa, 2007.
- . "La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balance químico". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, No. VIII (2008): 509-25.

- . *Arbitraje*, 3a. ed. CDMX: Porrúa, 2011.
- . *Garantismo y arbitraje: Un falso dilema*. <<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Garantismo%20y%20arbitraje.pdf>>. Consulta: julio de 2017.
- . "Novación y acuerdo arbitral". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 529-42. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- . "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad en los árbitros". <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf>>. Consulta: enero de 2015.
- . "El árbitro no es una autoridad". <<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO%20NO%20ES%20AUTORIDAD.pdf>>. Consulta: marzo de 2015.
- . "Crónica del arbitraje en México". 2014. <<http://www.gdca.com.mx/PDF/cronica/Cronica%20de%20Arbitraje%20en%20Mexico%202014.pdf>>. Consulta: julio de 2017.
- . "Medidas urgentes y órdenes preliminares en arbitraje: Dos nuevas y efectivas herramientas procesales". <<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Medidas%20Urgentes%20y%20Ordenes%20Preliminares%20Dos%20Nuevas%20y%20Efectivas%20Herramientas%20Procesales.pdf>>. Consulta: septiembre de 2015.
- González, Sandra, y Fernando Gómez. "El acuerdo arbitral en Uruguay: Tendencias jurisprudenciales". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 799-807. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- González-Montes, José Luis. *La asistencia judicial al arbitraje*. Madrid: Reus, 2009.
- . "El convenio arbitral: Su control judicial en el proceso español de arbitraje". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 787-814. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. II. Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, 2014.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. "El desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el acceso a la justicia sin restricciones (sobre problemas actuales de la legitimación y el proceso judicial)". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XXVIII, No. 83 (1995): 661-92. <<http://biblio.juridicas.una.mx/revista/DerechoComparado/indice.htm?n=83>>.
- . *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- Graham, James. "Prolegómeno. El décimo aniversario de la Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje: Unas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina". *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje* X, No. 1: VII-XXII. <<http://www.facdyc.uanl.mx/citejyc/publicaciones/revista-latinoamericana-mediacion-arbitraje/archives/RLMA2010-01.pdf>>.
- Grijalva Jiménez, Agustín. "La acción extraordinaria de protección". En Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, 655-76. Quito: MJDH, 2010.
- . "La justicia constitucional del Ecuador en 2009". En Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *¿Estado constitucional de derechos?: Informe sobre derechos humanos. Ecuador 2009*, 73-84. Quito: UASB-E / A-Y, 2010.
- . *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/constitucionalismo_en_ecuador.pdf>.
- Guash Fernández, Sergi. "Las garantías del proceso arbitral". En Joan Picó i Junoy, edit., *Principios y garantías procesales*, 401-23. Barcelona: J. M. Bosch, 2013. <<http://vlex.com/vid/acceder-proceso-concepto-contenido-mites-481094430>>.

- Guasp, Jaime, y Pedro Aragoneses. *Derecho procesal civil*, t. III, 7a. ed. Navarra: Aranzadi, 2006.
- Guerra, Valeria Susana. "Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad". *Revista de Derecho Privado*, No. 21 (julio-diciembre de 2011). <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662011000200004&script=sci_artt_ext>.
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco. "La residualidad de la acción extraordinaria de protección frente a la acción de nulidad de sentencia". <http://www.dgalegal.com/sites/default/files/documentos/la_residualidad_de_la_accion_extraordinaria_de_proteccion.pdf>. Consulta: julio de 2017.
- Gumerato Ramos, Glauco. "Repensando la prueba de oficio". En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho procesal contemporáneo: Ponencias de la XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, 947-61. Santiago: Facultad de Derecho-Universidad de Chile / Thomson Reuters, 2010.
- Guzmán Fluja, Vicente. "Reglas de interpretación". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 198-216. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "Renuncia tácita a las facultades de impugnación". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 266-80. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "Intervención judicial". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 286-306. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "De la competencia de los árbitros". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1007-40. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "Libertad y flexibilidad: Señas de identidad del proceso arbitral". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1158-80. Pamplona: Civitas, 2011.
- Guzmán Galindo, Julio César. "La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la Ley de Arbitraje peruana". *Revista Arbitraje* III, No. 3 (septiembre de 2013): 35-40. <<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&ccd=2&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Farbitrajepucp%2Farticle%2Fdownload%2F9385%2F9800&ei=AwTpVOSoA4aYgwTOgYOACQ&usq=AFQjCNGoVg60sF3Gyxsn2UdQctbjtV8fA>>.
- Hahn, Anne-Catherine. "Res Iudicata as a Challenge for Arbitral Tribunals". En Christian Klaussegger y otros, edit., *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 329-41. Viena: Manz'sche Verlags / Universitätsbuchhandlung, 2014. <<http://www.bakermckenzie.com/ARZurichArbitralTribunalsJan14/>>.
- Henkin, Douglas. "Judicial Estoppel- Beating Shields into Swords and Back again". *The University of Pennsylvania Law Review* 139, No. 6 (1991): 1711-60.
- Henríquez Larrazábal, Ricardo. "Jurisdicción y ejecución". *Justicia: Revista de derecho procesal*, No. 1 (Barcelona: J. M. Bosch), (2014): 369-427.
- Hermann, Michele. "The Dangers of ADR: A Three Tiered System of Justice". *Journal of Contemporary Legal Issues*, No. 3 (1989-1990): 117-24.
- Hernández Martínez, María del Pilar. *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*. CDMX: UNAM, 1997.
- Hernández Villarreal, Gabriel. *Medidas cautelares en los procesos arbitrales: ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?* Bogotá: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2009.
- Hillman, Robert A. "The Crisis in Modern Contract Law". Cornell Law Faculty Publications, 103-35. <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/566>>. Consulta: abril de 2014.

- Hosking, James. "The Third Party Non-signatory Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent". *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 4, No. 3 (2004): 469-587. <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1138&context=drjl>>.
- Hoyos, Arturo. *El debido proceso*. Bogotá: Temis, 1998.
- Ibaleón, Belén. "El proceso arbitral: Una perspectiva procesal del arbitraje de consumo". <http://vlex.com/vid/proceso-arbitral-consumo-475404730?ix_resultado=11.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=acceso+a+la+justicia+arbitraje>. Consulta: noviembre de 2016.
- Jarrosson, Charles. "La notion d'arbitrage". En Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord. acad., *El contrato de arbitraje*, 5-12. Bogotá: Legis / UR, 2005.
- Jequier Lehuédé, Eduardo. "El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)". En *Estudios Constitucionales* 9, No. 2 (Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile / Universidad de Talca), (2011): 453-98.
- Jiang-Schuerger, Di. "Perfect Arbitration = Arbitration + Litigation". *Harvard Negotiation Law Review*, No. 4 (1999): 231-52.
- Jiménez Blanco, Pilar. *El contrato internacional a favor de un tercero*. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2002.
- Jiménez Figueroa, Dyalá. "Una visión siempre optimista: La nueva Ley de Arbitraje Comercial de Costa Rica". <<http://www.latinarbitrationlaw.com/una-visi-n-siempre-optimista-la-nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional-de-costa-rica/>>. Consulta: noviembre de 2016.
- Jiménez, Raúl. "El convenio arbitral: Los requisitos para su existencia y validez. Fuentes normativas y panorama jurisprudencial español". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 43-66. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Jijón Letort, Rodrigo. "La arbitrabilidad de la disputa". En Dunia Martínez, edit., *Derecho económico internacional*, 167-81. Quito, UASB-E / CEN, 2006.
- . "La independencia e imparcialidad de los árbitros". <<http://www.latinarbitrationlaw.com/la-independencia-e-imparcialidad-de-los-rbitros/>>. Consulta: enero de 2015.
- Jijón Letort, Rodrigo, y Juan Manuel Marchán. "Breves reflexiones sobre el 'arbitraje fast-track'". En Carlos Alberto Soto, dir., *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral*, t. I, 495-520. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Kim, Pauline. "Beyond Principal-agent Theories: Law and the Judicial Hierarchy". *Northwestern University Law Review* 105, No. 2 (2011): 535-76. <<https://www.law.northwestern.edu/lawreview/v105/n2/535/LR105n2Kim.pdf>>.
- Klaus, Röhl. "Alternatives to Law and to Adjudication". En Knut Papendorf, Stefan Machura y Kristian Andenæs, edit., *Understanding Law in Society: Developments in Socio-legal Studies*, vol. 7, 111-38. Münster: LIT, 2011. <<http://www.rsozblog.de/wp-content/upload/Roehl-Alternatives-to-Law-and-to-Adjudication-2011.pdf>>. Consulta: noviembre de 2016.
- Kleinheisterkamp, Jan. "Medidas cautelares en el arbitraje: Una perspectiva comparatista". En Dunia Martínez, edit., *Derecho económico internacional*, 151-65. Quito: UASB-E / CEN, 2006.
- Krahmann, Elke. "Private Security Companies and the State Monopoly on Violence: A Case of Norm Change? *Peace Research Institute of Frankfurt Report*, No. 88 (2009). <<http://dspace.brunel.ac.uk/bitstream/2438/9671/1/Fulltext.pdf>>. Consulta: octubre de 2015.

- Kuckes, Niki. "Civil Due Process, Criminal Due Process". *Yale Law and Policy Review* 25, No. 1 (2006): 1-61. <<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1532&context=ylpr>>.
- Kudrna, Jaroslav. "Arbitration and Right to Access to Justice: Tips for a Successful Marriage". *Journal of International Law and Politics on Line Forum* (febrero de 2013). <<http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/Jaroslav-Kudrna-Arbitration-and-Right-of-Access-to-Justice-NYU-JILP-Feb-2013.pdf>>.
- Kundmüller Caminiti, Franz. "Es urgente 'arbitralizar' el arbitraje peruano". <<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Farbitrajepucp%2Farticulo%2Fdownload%2F9358%2F9775&ei=DA67VOXtGsWgNoq5g9gK&usq=AFQjCNFBb2xTKgZbWrgRBkX02uYrkAlbIA>>. Consulta: enero de 2015.
- Kurczyn Villalobos, Patricia, Carlos Reynoso Castillo y Alfredo Sánchez-Castañeda. *La justicia laboral: Administración e impartición*. CDMX: UNAM-III, 2005.
- Lacruz Mantecón, Miguel. *La impugnación del arbitraje*. Madrid: Reus, 2011.
- Landa Arroyo, César. "El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional". *Pensamiento Constitucional* VIII, No. 8 (Lima: PUCP), (2002): 446-61.
- . "El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En Mario Castillo Freyre, edit., *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*, 13-48. Lima: Palestra, 2009. <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol8.pdf>>.
- Landolt, Phillip. "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz Kompetenz". *Journal of International Arbitration* 30, No. 5 (2013): 511-30. <http://www.landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2013/10/JOIA-30-5_Phillip-Landolt.pdf>.
- Larrea, Ana María. "Comparecencia de terceros en el proceso arbitral". *Revista Jurídica*, No. 28 (Facultad de Jurisprudencia-Universidad Católica de Santiago de Guayaquil), (2010): 35-48. <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2010/28/28_35a48_comparecencia.pdf>. Consulta: noviembre de 2016.
- Larrea Holguín, Juan. *Historia del derecho ecuatoriano: Época Republicana*, Guayaquil: Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 1996.
- La Rosa Calle, Javier. "El acceso a la justicia como una condición para una reforma judicial en serio". *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, No. 62 (diciembre-junio de 2009): 115-28. <http://vlex.com/vid/justicia-condicion-reforma-judicial-serio-381893782?ix_resultado=23.0&query%5Bpage%5D=3&query%5Bq%5D=ACCESO+JUSTICIA>.
- Leboulanger, Philippe. "The Arbitration Agreement: Still Autonomous?". En Albert Jan van den Berg, edit., *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress, Series 2006 Montreal*, 3-31. <<http://law.queensu.ca/international/globalLawProgramsAtTheBISC/courseInfo/courseOutlineMaterials2012/internationalCommercialArbitration/Leboulanger2006.pdf>>.
- Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*, 2a. ed. Lima: PUCP, 2010.
- . "Ejecución de laudos: Entre la ley especial y la ordinaria". En Mario Castillo Freyre, edit., *Arbitraje y Constitución*, 195-220. Lima: Palestra / EMCF, 2012.
- . "El laudo pone fin al procedimiento arbitral". En Estudio Mario Castillo Freyre, dir., *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*, 2a. parte, 15-43. Lima: Palestra / EMCF, 2008.
- Lemenez, Guillaume, y Paul Quigley. "The ICDR's Emergency Arbitration Procedure in Action". <https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_004356>. Consulta: noviembre de 2015.

- León Feoli, Anabell. "Debido proceso como causal de anulación del laudo arbitral: Análisis de precedentes de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia". <<http://sitios.poder-judicial.go.cr/sala1/Temas%20jurisprudenciales/Arbitrajes-debido%20proceso.pdf>>. Consulta: julio de 2016.
- Lepervanche Michelena, Carlos. "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y su aplicación a grupos económicos". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 874-86. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis y Stefan Kröl. *Comparative International Commercial Arbitration*. (s. l.) Holanda: Kluwer Law International, 2003.
- Lista, Carlos, y Silvana Begala. "Pobreza, marginalidad jurídica y acceso a la justicia: Condicionamientos objetivos y subjetivos". En *Anuario*, No. 5 (2001): 405-30. Córdoba: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales / Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba. <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/Argentina/cijs-unc/20110806020444/sec5003j.pdf.ori>>.
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo. "Interferencia judicial en los arbitrajes". En *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 1 (Lima: Grijley), (2005): 265-80.
- Loperena Ruiz, Carlos. "Ejecución de laudos arbitrales extranjeros en México". En Leonel Pereznieta, comp., *Arbitraje comercial internacional*, 107-18. CDMX: Fontamara, 2006.
- López Blanco, Hernán Fabio. "El régimen probatorio en el proceso arbitral colombiano". En Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord. acad., *El contrato de arbitraje*, 634-40. Bogotá: Legis / UR, 2005.
- López Ruiz, Francisco. "Notas sobre la nueva *lexmercatoria*". *Revista del derecho del mercado financiero* (diciembre de 2007). <<http://rdmf.files.wordpress.com/2007/12/lopez-ruiz-notas-sobre-la-nueva-lex-mercatoria.pdf>>. Consulta: julio de 2013.
- López, Sebastián. "La acción extraordinaria de protección y las decisiones judiciales". En Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, 677-711. Quito: MJDH, 2010.
- . "La acción extraordinaria de protección". *Perspectivas constitucionales*, 1-37. Quito: CEP, 2011.
- Lorca Navarrete, Antonio María. "La naturaleza jurídica del arbitraje". *Servilex* (2005). <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php>.
- . *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje?: Reflexiones sobre la justificación del arbitraje y la aplicación al mismo del garantismo procesal. Relación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con el arbitraje desde la vertiente de la justificación de las garantías que se aplican tanto a ese derecho constitucional –el denominado "derecho a la tutela judicial efectiva"– como al arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2011.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Teoría de la decisión judicial: Fundamentos de derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzini, 2006.
- . "Acceso a la justicia de los sectores vulnerables". *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, 31-42. Buenos Aires; Ministerio Público de la Defensa, 2008.
- Lovato, Juan Isaac. *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*, t. I, 2a. ed. [Quito: Imprenta del Colegio Don Bosco, 1976]. DVD. Quito: UASB-E / CEN, 2012.
- . *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*, t. II [Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953]. DVD. Quito: UASB-E / CEN, 2012.

- Lovatón Palacios, David. "Acceso a la justicia: Llave para la gobernabilidad democrática". Informe final del proyecto Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas. OEA, Washington, 2007. <http://www.justiciaviva.org.pe/publica/lineamientos_buenas_practicas.pdf>.
- Luhmann, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- Luna Serrano, Agustín. "Sobre la prevención de los conflictos y el sometimiento a arbitraje de la superación de la controversia". En Leticia García Villaluenga, dir., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, t. II, 17-28. Madrid: Reus, 2010.
- Maestro, Gonzalo. "Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX". *Revista de Derecho Político*, No. 41 (1996): 119-75. <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned.Derechopolitico-1996-41AED2998dsID=PDF>>.
- Mallandrigh Miret, Núria. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Ateller, 2010.
- . "Los principios rectores del arbitraje: Manifestaciones y límites de la autonomía de voluntad". En Joan Picó i Junoy, edit., *Principios y garantías procesales*, 425-38. Barcelona: J. M. Bosch, 2013. <<http://vlex.com/vid/rectores-arbitraje-manifestaciones-mites-voluntad-481094574>>.
- Maltby, Lewis. "Private Justice: Employment Arbitration and Civil Rights". *Columbia Human Rights Law Review*, No. 30 (1998-1999): 29-64.
- . "Out of the Frying Pan into the Fire: The Feasibility of Post-dispute Employment Arbitration Agreement". *William Mitchell Law Review*, No. 30 (2003-2004): 313-30.
- . "Employment Arbitration and Workplace Justice". *University of San Francisco Law Review* 38 (2003-2004): 105-18.
- Maluquer de Motes Bernet, Carlos. "Cuestiones flexibles en materia de arbitraje de consumo". En Leticia García Villaluenga, dir., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, t. II, 49-58. Madrid: Reus, 2010.
- Maniruzzaman, Munir. "Third-Party Funding in International Arbitration: A Menace or Panacea?". <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>>. Consulta: enero de 2014.
- Mantilla Espinosa, Fabricio. "Mecanismo de control del orden público y las buenas costumbres en el contrato de arbitraje". En Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord. acad., *El contrato de arbitraje*, 507-20. Bogotá: Legis / UR, 2005.
- Mantilla Serrano, Fernando. "Las relaciones entre los árbitros y los jueces". En Leonel Pereznieta, comp., *Arbitraje comercial internacional*, 167-75. CDMX: Fontamara, 2006.
- . "Resolución alternativa de controversias: El arbitraje en materia societaria". *Revista Perspectiva*, ed. esp., (2006): 28-31. <<http://www.revistaperspectiva.com/archivos/revista/Especial%202/Inf%20Esp%20Fdo%20Mantilla.pdf>>.
- Marabotto Lugaro, Jorge. "Un derecho humano esencial: El acceso a la justicia". *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 9a. ed., 291-303. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.
- Marchán, Juan Manuel. "La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador". *Revista ecuatoriana de arbitraje*, No. 3 (Quito: IEA / Librería Jurídica Cevallos), (2012): 17-32.
- . "El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana". *Juris Dictio*, No. 12 (Quito: USFQ), (2009): 65-72.

- Marín López, Manuel Jesús. "Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas". *Revista de Derecho Privado*, No. 9-10 (septiembre-octubre de 2006): 3-76. <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/presente-arbitraje-43-controvertidas-341087>>.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra, 2007.
- . "La eficacia del derecho fundamental a la tutela efectiva sobre el legislador, el juez y las partes". Giovanni Priori Possada, edit., *Proceso y Constitución*, 117-40. Lima: Ara / PUCP, 2011.
- Martínez García, Elena. "Demanda y contestación". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1248-84. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "Forma de las actuaciones arbitrales". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1287-307. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "Nombramiento de peritos por los árbitros". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1330-53. Pamplona: Civitas, 2011.
- Martínez Neira, Néstor-Humberto. "El BID y la administración de justicia". *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, 321-32. Washington: BID, 1993.
- Martorell Zuleta, Purificación. "Las condiciones generales de contratación". En María José Reyes López, coord., *Derecho de consumo*, 2a. ed., 27-36. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Mateo y Villa, Íñigo. "De la cláusula arbitral en materia de consumo". *Revista crítica de derecho inmobiliario*, No. 723 (enero de 2011): 79-137. <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/clausula-arbitral-materia-consumo-262286366>>.
- Matheus López, Carlos Alberto. *La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje doméstico e internacional*. Lima: Palestra, 2016.
- . "La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje administrativo", <http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_7/articulos/7La_independencia_imparcialidad.pdf>. Consulta: noviembre de 2016.
- Mayer, Bernard. *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide*. San Francisco: Jossey-Bass, 2000.
- Mayer, Pierre. "Extension of the Arbitration Agreements to Non-signatories: The Irreconcilable Positions of French and English Courts". *American University International Law Review* 27, No. 4 (2012). <<http://www.auilr.org/pdf/27/27.4.7.pdf>>.
- McEwen, Craig A. *The ADR Movement: Theoretical Aspects and Practical Potential*. <http://web1c.uct.usm.main.edu/academics/maine-law-review/pdf/vol40_me_1_rev_367.pdf>. Consulta: enero de 2015.
- McKinnis, Scott. "Enforcing Arbitration with a Non-signatory: Equitable Stoppel and Defense Piercing of the Corporate Veil – Sunkist Soft Drinks, INC vs. Sunkist Grower, Inc.". *Journal of Dispute Resolution* (University of Missouri), (1995): 197-21. <<http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol1995/iss1/11>>.
- Méndez, Juan. "El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos". En José Thomson, coord. acad., *Acceso a la justicia y equidad: Estudio en siete países de América Latina*, 15-22. San José: BID / Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- . Reforma institucional: "El acceso a la justicia: una introducción". En Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro, comp., *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, 223-28. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- Mendoza Ramírez, Álvaro. "Arbitrabilidad objetiva". En Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord. acad., *El contrato de arbitraje*, 311-21. Bogotá: Legis / UR, 2005.

- Meremiskaya, Elina. "Transferencia de la cláusula compromisoria en la cesión de derechos contractuales y la subrogación legal". *Informativo On Line*, No. 3 (2008): 2-7. <<http://www.camsantiago.cl/informativo/Informativo%20CAM%20Santiago%203-2008.pdf>>.
- . *Guía práctica para la ejecución de laudos en América Latina*. <http://www.academia.edu/1406704/GUIA_PRACTICA_PARA_LA_EJECUCION_DE_LAUDOS_EN_AMERICA_LATINA>. Consulta: julio de 2017.
- Merino Merchán, José. "Consideraciones sobre el convenio arbitral multipartito". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 115-120. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Michaels, Ralf. "The True Lex Mercatoria: Law beyond the State". *Indiana Journal of Global Legal Studies* 14, No. 2 (verano de 2007): 447-68.
- Miranda Contreras, Carlos. "Análisis económico de la acción de tutela contra los laudos arbitrales en Colombia". *Con-texto*, No. 40 (2013): 87-94. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391967>.
- Mogrovejo, Diego. *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección: El control del rol del juez en el neoconstitucionalismo garantista*. Quito: UASB-E / CEN, 2014.
- Mohebbi, Niba. "Back Door Arbitration: Why Allowing Nonsignatories to Unfairly Utilize Arbitration Clauses May Violate The Seventh Amendment". *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 12, No. 2 (2010): 555-79. <[https://www.law.upenn.edu/journals/jbl/articles/volume12/issue2/Mohebbi12U.Pa.J.Bus.L.555\(2010\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/jbl/articles/volume12/issue2/Mohebbi12U.Pa.J.Bus.L.555(2010).pdf)>.
- Moisá, Benjamín. "La buena fe y los contratos de adhesión". En Marcos M. Córdoba, dir., *La buena fe en el derecho*, vol. 1, 419-32. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- . *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*. Buenos Aires: Zavalia, 2005.
- Molina, Carlos Mario. "Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia". En Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord. acad., *El contrato de arbitraje*, 53-73. Bogotá: Legis / UR, 2005.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. "Recursos contra el laudo arbitral". En Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord. acad., *El contrato de arbitraje*, 671-82. Bogotá: Legis / UR, 2005.
- Montaña Plata, Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: UEC, 2002.
- Montero Aroca, Juan. "Motivos de abstención y recusación". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 846-81. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos". <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/33.pdf>>. Consulta: enero de 2015.
- Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar. *Derecho Jurisdiccional. Parte general*, 13a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Montero Aroca, Juan, y Carlos Espluges Mota. "Materias objeto de arbitraje". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 123-56. Pamplona: Civitas, 2011.
- Montes López, Luis José. "Mecanismos alternativos de resolución de conflictos como ventana a los obstáculos al acceso a la justicia como derecho humano". En Úrsula Straka, coord., *Derechos humanos: Nuevas visiones*, 93-100. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010.
- Montesino García, Ana. *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Navarra: Civitas, 2007.
- Morales Godo, Juan. "El derecho a la contradicción como expresión de la tutela jurisdiccional efectiva". En Giovanni Priori Posada, edit., *Proceso y Constitución*, 191-216. Lima: PUCP, 2011.

- Morales, María Cristina. "Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional". En Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord. acad., *El contrato de arbitraje*, 694-704. Bogotá: Legis / UR, 2005.
- Morales Reynoso, María de Lourdes. *La objeción de conciencia como derecho fundamental*. CDMX: Porrúa, 2013.
- Moreno Catena, Víctor Manuel. "Algunos problemas de la ejecución forzosa". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 5. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2001: 187-200. <[https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(187-200\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(187-200).pdf)>.
- Moreno Rodríguez, José Antonio. "Orden público y arbitraje: Algunos pronunciamientos recientes y llamativos en Europa y el Mercosur". En *Derecho comercial del siglo XXI*, 201-40. Bogotá: Temis / Universidad de La Sabana, 2008.
- . "Cláusulas contractuales abusivas en el derecho paraguayo". En Julio César Rivera, dir., *Revista de Derecho Comparado*, 131-70. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.
- Mori Bregante, Pablo, y Giuseppe Galluccio Tonder. "El juego de las máscaras: La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades". En Alfredo Bullard González, edit., *Litigio arbitral: El arbitraje desde otra perspectiva*, 129-48. Lima: Palestra, 2016.
- Mosquera Ruiz, Mario, y Cristián Maturana Miquel. *Los recursos procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Motta Cárdenas, Fernando. "El arbitramento laboral en los conflictos de los contratos individuales en Argentina, Colombia, Chile y México". *Revista Republicana*, No. 12 (enero-junio de 2012): 159-86. <<http://revista.urepublicana.co/wp-content/upl>>.
- Mourre, Alexis. "La intervención de terceros en el arbitraje". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 436-56. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Mullerat, Ramón. "Arbitrators' Conflicts of Interest Revisited: A Contribution to the Revision of the Excellent IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration". <https://law.pace.edu/lawschool/files/iicl/odr/Mullerat_notes.pdf>. Consulta: enero de 2015.
- Muñoz Sabaté, Luis. "Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española". En Tribunal Arbitral de Barcelona, edit., *Anuario de justicia alternativa*, No. 2, 9-30. Barcelona: J. M. Bosch, 2001.
- . *Diálogo con un escéptico en materia de arbitraje*. Madrid: La Ley, 2011.
- . *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 2012.
- . "El arbitraje de apelación". En *Las garantías constitucionales del proceso*, 569-76. Barcelona: J. M. Bosch, 2012.
- Muñoz Torres, Juan Carlos. *Recursos Jurisdiccionales*. Santiago: Juritec / Ediciones Jurídicas y Técnicas, 2004.
- Murphy, Steven Wills. "Judicial Review of Arbitration Awards under State Law". *Virginia Law Review* 96, No. 4 (2010): 887-936.
- Natarén Nandayapa, Carlos Faustino. "Imparcialidad objetiva y creación de causas de recusación no expresamente mencionadas en la ley: A propósito de la sentencia 162/1999 de 27 de septiembre del Tribunal Constitucional español", <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/239/art/art5.pdf>>. Consulta: febrero de 2015.
- Neira Orellana, Edgar. "La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equívocada aplicación". *Revista ecuatoriana de arbitraje*, No. 3 (Quito: IEA / Cevallos Editora Jurídica), (2012): 31-63.

- Nieva Fenoll, Jordi. "El sesgo ideológico como causal de recusación". *Ius et Praxis* 18, No. 2 (2012): 293-308. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200010>.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "El derecho de acceso a la jurisdicción y el debido proceso en el bloque constitucional de derechos en Chile". En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. IV, 781-862. CDMX: UNAM / IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- Nussbaum, Arthur. "The 'Separability Doctrine' in American and Foreign Arbitration". *New York University Law Review*, No. 17 (1939-1940): 609-16.
- Obando Blanco, Víctor Roberto. "El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva del proceso civil: Nuevas tendencias". En Giovanni F. Priori Posada, edit., *Proceso y Constitución*, 141-88. Lima: ARA / PUCP, 2011.
- Ogario, Alejandro. "El procedimiento arbitral". En Leonel Pereznieta Casto, comp., *Arbitraje Comercial Internacional*, 75-93. CDMX: Fontamara, 2006.
- Olavarría Iglesia, Jesús. "Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 917-1007. Pamplona: Civitas, 2011.
- Olgíati, Vittorio. "El nuevo pluralismo jurídico y la nueva lex mercatoria en la dinámica constitucional europea". En Jorge Silva Alberto, coord., *Estudios sobre lex mercatoria: Una realidad internacional*. <<http://bibio.juridicas.unam.mx/libros/5/2201/9.pdf>>. Consulta: febrero de 2012.
- Oppetit, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, trad, Bogotá: Legis / Presses Universitaires de France, 2006.
- O'shea, Timothy M. "Arbitration Appeal: The Grounds Have Narrowed", *Bench and Bar of Minnesota Review* (julio de 2009): 31-3.
- Osterling Parodi, Felipe, y Mario Castillo Freyre. "Las cláusulas abusivas en el ordenamiento civil peruano". En Julio César Rivera, edit., *Revista de derecho comparado*, 91-129. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.
- . "Arbitraje y amparo". Ernesto Álvarez Miranda, edit., *Constitución y proceso*, 457-67. Lima: Tribunal Constitucional de la República de Perú / Jurista Editores, 2009.
- Oteiza, Eduardo. "El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. X, 73-94. CDMX: UNAM-IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- Ots Capdequi, José María. *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*. Buenos Aires: Losada, 1945.
- Palacios Mejía, Hugo. "El inútil concepto de servicio público: Notas para una crítica desde la perspectiva de Law and Economics". En *Colección derecho económico* III, 95-104. Bogotá: UEC, 2001.
- Palacios Pareja, Enrique. "La motivación de los laudos y el recurso de anulación". En *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 4 (Lima: Grijley), (2007): 327-42. <http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_4_2007.pdf>.
- Pallares Bossa, Jorge. *Arbitraje, conciliación y resolución alternativa de conflictos: Teoría, técnicas y legislación*. Bogotá: Leyer, 2003.
- Palomo Vélez, Diego. "Apelación, doble instancia y proceso civil oral: A propósito de la reforma en trámite". *Estudios Constitucionales* 8, No. 2 (2010): 465-524. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200014&script=sci_arttext>.

- Pardo Iranzo, Virginia. *Ejecución de sentencia por obligaciones de hacer y de no hacer*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- . "De la ejecución forzosa del laudo". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 1865-956. Pamplona: Civitas, 2011.
- . "Control judicial en el despacho de la ejecución de laudo arbitral". En *Revista boliviana de derecho*, No. 13 (enero de 2012): 136-53.
- Park, William. "La jurisprudencia estadounidense en materia de "arbitraje colectivo" (Class Arbitration): entre el debate político y el técnico jurídico". En *Lima Arbitration*, No. 5 (Lima: CPA), (2012-2013): 9-32. <http://www.limaarbitration.net/LAR5/William_Park.pdf>.
- Parodi, Remón. "¿Activismo o garantismo judicial". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. X, 311-66. México: UNAM-IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- Pásara, Luis. "La reforma judicial y la sociedad civil". En Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, edit., *La economía política de la reforma judicial*, 157-72, Washington: BID, 1997.
- Paulsson, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Peacock, Nicholas. "The Spectre of Class Action Arbitration in Consumer Product Disputes". 2013. <<http://www.mediate.com/articles/PeacockNbl20131213.cfm>>. Consulta: noviembre de 2014.
- Peña González, Carlos. "Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos". *Justicia y Sociedad: Hacia un mejor servicio público de justicia*, año I, No. 2 (Madrid: PNUD), (1999): 9-34
- . "La modernización de la justicia". En *reforma del Estado y derechos humanos*, 97-110. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1999.
- Peñaherrera, Víctor Manuel. *Lecciones de derecho práctico civil y penal*, t. I. Quito: Editorial Universitaria, 1958.
- Perales Viscasillas, Pilar. "La presunción legal de sometimiento al arbitraje". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 145-64. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Pérez-Cruz Martín, Agustín-Jesús. "Los medios de impugnación: teoría general (a la luz de la experiencia española)". En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho procesal contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, 1263-76. Santiago: Thompson Reuters / Punto Lex, 2010.
- Pérez Martel, Rosa. *El arbitraje en el contrato de franquicia*. Madrid: Dijusa, 2006.
- Pérez Ordóñez, Diego. "El convenio arbitral en la legislación ecuatoriana". En Carlos Alberto Soto, dir., *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral*, t. I, 507-20. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Pérez Royo, Javier, y Manuel Carrasco Durán. *Curso de derecho constitucional*, 13a. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Perezniето Castro, Leonel, y James Graham. "El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana". En *Lima Arbitration*, No. 2 (Lima: CPA), (2007): 240-49. <http://www.limaarbitration.net/LAR2/leonel_perezniето_castro_james_a_graham.pdf>.
- . *Tratado de arbitraje internacional mexicano*, 2a. ed. CDMX: Limusa, 2013.
- Perrino, Pablo Esteban. "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa". En Tomas Hutchinson, dir., *Proceso administrativo*, t. I, 257-94. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

- Piaggi, Ana. "Reflexiones sobre dos principios basilares del Derecho: La buena fe y los actos propios". En Marcos M. Córdoba, dir., *Tratado de la buena fe en el Derecho*, vol. I, 105-29. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Picó i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.
- Piqué Buitrón, Evelyn. "El proceso de amparo y el arbitraje". En Mario Castillo Freyre, edit., *Arbitraje y Constitución*, 9-16. Lima: Palestra / EMCF, 2012. <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol21.pdf>>.
- Ponce Martínez, Alejandro. "Notas generales sobre la jurisdicción convencional". *Ruptura: Revista anual de la Asociación Escuela de Derecho* XLI, No. 34 (Quito: PUCE), (1990): 179-99.
- . *Derecho procesal civil orgánico*. Quito: Fundación Antonio Quevedo, 1991.
- . "Notas sobre medidas provisionales en procesos de arbitraje con especial referencia al caso City Oriente Limited contra la República de Ecuador". *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 9 (Lima: Grijley), (2009): 13-41. <http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_9_2009.pdf>.
- . "Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana". En Roque Caivano, *La cláusula arbitral*, 433-57. Bogotá: Workhouse Procesal / UR, 2011.
- . "Ejecución de medidas provisionales: Interacción entre árbitros y jueces". *Boletín Arbitral*. Quito: Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana-Centro de Arbitraje y Mediación. <http://www.ecamcham.com/download/cam/EJECUC_MEDIDAS_PROV_ALEJANDRO_PONCE.pdf>. Consulta: agosto de 2015.
- Ponce Villacís, Alejandro. "¿Arbitraje?, no gracias". En *Vaya Derecho* (8 de octubre de 2014). <<http://alejandropncev.blogspot.com/2014/10/arbitraje-no-gracias.html>>. Consulta: noviembre de 2014.
- Popkin, Margareth. "Acceso a la justicia, gobernabilidad democrática y sociedad civil". En Carlos Cordovez, edit., *Justicia: Un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, 177-230. Washington: BID, 2007.
- Posner, Richard. "Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of the Statutes and the Constitution". *Case Western Reserve Law Review*, No. 2 (1986): 179-217.
- Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Priori Possada, Giovanni. "La oposición a las medidas cautelares". *Advocatus* (2014): 416-31. <<http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/La-oposici%C3%B3n-a-las-medidas-cautelares.-Giovanni-Priori.pdf>>.
- Pryor, Will. "Alternative Dispute Resolution". *Southern Methodist University Law Review*, No. 63 (primavera de 2010): 276-88.
- Quintero Correa, María del Rosario, y Rosmery Vélasquez Herrera. *De la Constitución al proceso: Estado social y democrático de derecho y debido proceso*. Bogotá: Leyer, 2002.
- Raud, Allan Scott. "The Culture of American Arbitration and Lessons from the ADR". *Texas International Law Journal*, 40 (primavera de 2005): 449-535.
- Reisman, Michael. "The Breakdown of Control Mechanisms in ICSID Arbitration". *Duke Law Journal*, No. 4 (1989): 739-807. <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/874>.
- Reuben, Richard. "First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provision". *SMU Law Review* 56 (Southern Methodist University), (2003): 819-85.

- . "Democracy and Dispute Resolution: The Problem of Arbitration". *Law and Contemporary Problems* (invierno-primavera de 2004): 279-320. <<http://www.jstor.org/stable/27592042?seq=1>>.
- . "Confidentiality in Arbitration: Beyond the Myth". *Kansas Law Review*, No. 54 (2006): 1255-300.
- Rey Vallejo, Alfredo Pablo. "Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: Un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio". *Vniversitas*, No. 128 (junio de 2014). <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0041-90602014000100009&script=sci_arttext#28>.
- Rhode, Deborah. "Access to Justice". *Fordham Law Review* 69, No. 5 (2000-2001): 1785-819.
- . "Access to Justice: Connecting Principles to Practice". *Georgetown Journal of Legal Ethics*, No. 17 (2003-2004): 369-422.
- Ricigliano Cantos, Marcelo, y Diana Droulers. "El principio de competence-competence en Venezuela: Criterios sobre quién determina la validez de la cláusula arbitral". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 862-72. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Riefka, Christine. "Uncovering the Dangers Lurking below the Surface of European Consume Arbitration". En Leticia García Villaluenga, dir., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, t. II, 135-47. Madrid: Reus, 2010.
- Ripol, Ignacio. *La ejecución del laudo y su anulación: Estudio del art. 45 LA*. Barcelona: J. M. Bosch, 2013.
- . "La suspensión de la ejecución del laudo: Estudio del art. 45 LA". *Justicia: Revista de derecho procesal*, No. 1 (Barcelona: J. M. Bosch), (2013): 373-405.
- Roberts, Simon. "Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship". *The Modern Law Review* 56, No. 3 (1993): 452-70. <<http://www.jstor.org/stable/1096678?seq=2>>.
- Robles, Diego Américo. "El concepto de acceso a la justicia: Evolución, vigencia y actualidad". En Sonia Boueiri Bassil, edit., *El acceso a la justicia: Contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos*, 27-49. Madrid: IISJO / Dykinson, 2010.
- Rocco, Ugo. *Derecho procesal civil*, vol. I. CDMX: EJU, 2001.
- Rodríguez González, Jesús Primitivo. "Autonomía individual y competencia arbitral en España". En Antonio Rafael Cuerda Riezu, dir., *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de derecho en un mundo globalizado*, 397-410. Madrid: Dykinson, 2008.
- Rodríguez Mejía, Marcela. *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Bogotá: UEC, 2013.
- . "Una aproximación al régimen de arbitraje nacional del nuevo Estatuto de Arbitraje en Colombia: Ley 1563 de 2012". *Revista de Derecho Privado*, No. 24 (Bogotá: UEC), (julio-diciembre 2012): 379-417.
- Rodríguez Roblero, María Inmaculada. *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. Barcelona: J. M. Bosch, 2010.
- Rojas, Jorge. "El control de constitucionalidad en el arbitraje". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. I, 149-70. CDMX: UNAM / Rubinzal-Culzoni, 2008.
- . "El control de constitucionalidad y de convencionalidad en el arbitraje". En Víctor Bazán, dir., *Tratado de derecho procesal constitucional argentino, comparado y transnacional*, t. III, 531-56. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Romero, Diego. "Las causas de nulidad del laudo previstas en la legislación ecuatoriana y sus posibles reformas". Ponencia, IV Seminario Internacional de Arbitraje, Procuraduría General del Estado del Ecuador, Quito, 5 de octubre de 2011.

- Romero Seguel, Alejandro. "La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral". *Revista Chilena de Derecho* 28, No. 3 (julio-septiembre de 2001): 509-35. <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650316.pdf>.
- . "La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral". *Revista Chilena de Derecho* 28, No. 3 (julio-septiembre de 2001): 509-35. <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/41613203?uid=2&uid=4&sid=21103176014877>>.
- . *Curso de derecho procesal civil*, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012.
- Rosende Villar, Cecilia. "Efectos directos y reflejos de la sentencia". En *Revista Chilena de Derecho* 28, No. 3 (2001): 489-507. <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650300.pdf>.
- Rubbins, Noah, y Bernhard Lauterburg. "Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration". En Christina Knahr, Chirstian Koller, Walter Rechberger y August Reinisch, edit., *Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences*, 153-80. Eleven International Publishing, 2010. <http://www.prager-dreifuss.com/system/document_ens/57/original/Independence_Impartiality_and_Duty_of_Disclosure_in_Investment_Arbitration.pdf?1273064482>. Consulta: enero de 2014.
- Rubio Guerrero, Roger. "El principio competence-competence en la nueva Ley peruana de Arbitraje". *Lima Arbitration*, No. 4 (Lima: CPA), (2010-2011): 101-18. <http://www.limaarbitration.net/LAR4/Roger_Rubio_Guerrero.pdf>.
- Rudolph Cole, Sarah. "Arbitration and State Action". *BYU Law Review*, No. 1 (Brigham Young University), (2005): 1-51.
- Ruiz de la Fuente, María Consuelo. "El derecho constitucional para la ejecución de sentencias firmes". En Manuel Cachón Cadenas y Joan Picó i Junoy, coord., *Ejecución civil: Problemas actuales*, 21-36. Barcelona: Atelier, 2008.
- Sabroso Minaya, Rita. "¿Un gran paso hacia la autonomía del arbitraje?: El nuevo precedente del Tribunal Constitucional". En Mario Castillo Freyre, edit., *Arbitraje y Constitución*, 9-16. Lima: Palestra / EMCF, 2012. <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol21.pdf>>.
- Sachs, Klaus. "Insolvency Proceedings and International Arbitration". En *Collected Courses of the International Academy for Arbitration Law, Year 2011*, vol. 1. Paris: Arbitration Academy, 2013. <<http://www.arbitrationacademy.org/wp-content/uploads/2014/01/Arbitration-Academy-Klaus-Sachs.pdf>>. Consulta: noviembre de 2014.
- Sagüés, María. "El derecho de acceso a la justicia". En Pablo Luis Manili, dir., *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. I, 119-54. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: La justicia alternativa*. Ecuador (s. l.): Editorial Jurídica Miguez Mosquera, 2001.
- . *Las medidas cautelares en el arbitraje*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- Salgado Pesantes, Hernán. "La nueva Corte Constitucional del Ecuador". En Víctor Bazán, coord., *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. I, 533-46. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.
- Sánchez Álvarez, Eduardo. *La desnaturalización del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 2013.
- Santestevan de Noriega, Jorge. "Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional de Perú". *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2 (Lima: Grijley), (2006): 15-66. <http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_2_2006.pdf>.
- . "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje". *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 8 (Lima: Grijley), (2009): 17-49. <http://peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_8_2009.pdf>.

- . "Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: Apuntes sobre el debido proceso en sede arbitral". *Ius et Veritas*, No. 37 (2008): 37-58. <<http://www.ius360.com/revistas/ius-et-veritas-37.pdf>>. Consulta: enero de 2014.
- . "Tribunal Constitucional y arbitraje: Improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral 'in toto'". *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 4 (Lima: Grijley), (2007): 3-48.
- Santos Belandro, Rubén. *Arbitraje comercial internacional*, 3a. ed. CDMX: Oxford University Press, 2000.
- Sassen, Saskia. *¿Perdiendo el control?: La soberanía en la era de la globalización*. Barcelona: Bellaterra, 2001.
- Schegel, John Henry. "American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience". *Buffalo Law Review*, No. 28 (1978-1979): 459-586.
- Schlaepfer, Anne-Véronique, y Anne-Carole Cremades. "La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión". En Carlos Alberto Soto Coaguila y Delia Revored Marsano de Mur, coord., *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro: Libro en Homenaje a Bernardo Cremades e Ives Derayns*, 1411-35. Lima: IPA, 2013.
- Schurtman William, y Alston & Bird LLP. "Trends in International Arbitration and Mediation". En Anita Alibekova y Robert Carrow, edit., *International Arbitration and Mediation: From a Professional Perspective*, 31-7. Nueva York: Yorkhill Law Publishing, 2007.
- Schwarz, Steven L. "Collapsing Corporate Structures: Resolving the Tension between Form and Substance". *The Business Lawyer* 6, No. 1 (ABA), (noviembre de 2004): 109-45.
- Schwartz, David. "Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumers Right Claims in the Age of Compelled Arbitrations". *Wisconsin Law Review*, No. 33 (1997): 33-132.
- Scodro, Michael. "Deterrence and Implied Limits on Arbitral Power". *Duke Law Journal* 55, No. 3 (diciembre de 2005): 547-607.
- Serra Cristóbal, Rosario. *La guerra de las Cortes: Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1999.
- . *La libertad ideológica del juez*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Serrano Puig, Armando. "La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral: Alcances y limitaciones. El caso ecuatoriano". En Carlos Alberto Soto, dir., *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral*, t. I, 541-82. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- . "Cláusulas patológicas". <<http://es.scribd.com/doc/57388049/CLAUSULAS-PATOLOGICAS-Armando-Serrano-Puig>>. Consulta: julio de 2013.
- Shalanaky, Amr. "Arbitration and the Third World: A plea for Reassessing Bias under the Scepter of Neo-Liberalism". *Harvard International Law Journal* 41, No. 2 (2000).
- Silguero, Joaquín. "Las acciones colectivas de grupo en España". En Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Procesos colectivos: La tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 337-79. CDMX: Porrúa, 2004.
- Silva Romero, Eduardo. "Breves observaciones sobre el principio *kompetenz-kompetenz*". En Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord. acad., *El contrato de arbitraje*, 579-88. Bogotá: Legis / UR, 2005.
- . "Una obligación de dar: los costos del arbitraje. Introducción". En Eduardo Silva Romero, dir. acad., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord. acad., *El contrato de arbitraje*, 705-6. Bogotá: Legis / UR, 2005.

- Siqueiros, José Luis. "El arbitraje y los órganos judiciales". En Leonel Pereznieta, comp., *Arbitraje comercial internacional*, 119-28. CDMX: Fontamara, 2006.
- Sisco, Eduardo Enrique. "La buena fe y los contratos de adhesión". En Marcos M. Córdoba, dir., *La buena fe en el derecho*, vol. 1, 407-17. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Smit, Hans. "The Pernicious Institute of the Party-appointed Arbitrator". *Columbia FDI Perspectives*, No. 33 (diciembre de 2010). <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_33.pdf>. Consulta: febrero de 2015.
- Smith, Murray. "Impartiality of the Party-appointed Arbitrator". *Arbitration International* 6, No. 4 (1990): 320-42. <<http://arbitration.oxfordjournals.org/content/arbint/6/4/320.full.pdf>>.
- Solano, Luis Fernando. "Tutela judicial en Centroamérica". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. I, 95-116. CDMX: UNAM-IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- Soto, Carlos. "La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato". <<http://www.latinlex.com/ar/contenidos/doctrinas30.htm>>. Consulta: abril de 2014.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. "El convenio arbitral en la Ley peruana de Arbitraje de 2008". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 618-61. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Soto Kloss, Eduardo. "El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósitos de requisitos de admisibilidad)". *Revista Chilena de Derecho* (número especial, 1998): 273-78. <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649999.pdf>.
- Sternlight, Jean. "Rethinking the Constitutionality of the Supreme Courts Preference for Binding Arbitration: A Fresh Assessment of Jury Trial, Separation of Powers and Due Process Concerns". *Tulane Law Review*, No. 72 (noviembre de 1997): 1-100.
- . "Creeping Mandatory Arbitration: Is it Just?". *Stanford Law Review* 57, No. 5 (2006): 1631-75. <<http://www.jstor.org/stable/40040228>>.
- Sternlight, Jean, y Elizabeth Jensen. "Using Arbitration to Eliminate Consumers Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?". *Law and Contemporary Problems Journal* 67, No. 1 (2004): 75-103. <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol67/iss1/4>>.
- Stiglitz, Gabriel. "Régimen sobre cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor". En Gabriel Stiglitz, dir., *Derecho del consumidor: Doctrina, jurisprudencia, legislación*, vol. 4, 2-20. Rosario: Juris, 1994.
- Stiglitz, Rubén. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- . "El nuevo orden contractual en el proyecto de Código Civil". <<http://www.nuevocodigocivil.com/un-nuevo-orden-contractual-en-el-proyecto-de-codigo-civil-por-ruben-stiglitz/>>. Consulta: diciembre de 2013.
- Stipanowich, Thomas. "Arbitration: 'The New Litigation'". *Pepperdine University Legal Studies Research Paper*, No. 15 (2009). <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1297526##>.
- Storini, Claudia. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008". En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 287-312. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- Strecker, Christoph. "Propuestas para una tipología de conflictos y formas de intervención". En Leticia García Villaluenga, dir., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI: Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, t. II, 195-204. Madrid: Reus, 2010.

- Strong, S. I. "From Class to Collective: The De-americanization of Class Arbitration". *Arbitration International* 26, No. 4 (2010): 493-548. <http://ec.europa.eu/competition/con_sultations/2011_collective_redress/strong_annex2_en.pdf>.
- . "Resolution of Mass Legal Disputes in the International Sphere: Are Class Actions Better than Class Arbitrations?". En Mónica Bustamante Roa, coord., *La jurisdicción y la protección internacional de los derechos*, 65-88. Medellín: Universidad de Medellín / Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, 2011.
- . *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2013.
- . "Mass Procedures as a Form of 'Regulatory Arbitration': Abaclat vs. Argentine Republic and the International Investment Regime". University of Missouri School of Law Scholarship Repository. 2013. <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi?article=1362&context=facpubs>>. Consulta: noviembre de 2014.
- Stuki, Blaise. "Extension of Arbitration Agreement to Non Signatories". Conferencia, Swiss Arbitration Association below 40, 2006. <www.arbitration-ch.org/dl/.../extension-bs.pdf>. Consulta: octubre de 2014.
- Summers, Clide. "Alternative Dispute Resolution in the United States". En Patricia Kurczyn Villalobos, coord., *Derecho social: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 295-307. CDMX: UNAM-IIJ, 2005.
- Talero Rueda, Santiago. "Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales". *Lima Arbitration*, No. 3 (Lima: CPA), (2008-2009): 213-36. <<http://limaarbitration.net/LAR3-4/Santiago-Talero-Rueda.pdf>>.
- Tamburini, Francesco. "Historia y destino de la 'Doctrina Calvo': ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento jurídico de Carlos Calvo?". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 24 (Valparaíso: Escuela de Derecho-Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), (2002): 81-104. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0716-54552002002400005&script=sci_arttext>.
- Taruffo, Michele. "La justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?". En Perfecto Andrés Ibáñez, coord., *Corrupción y Estado de derecho: El papel de la jurisdicción*, 135-50. Madrid: Trotta, 1996.
- Tejedor Muñoz, Lourdes. "Incorporación contractual de las condiciones generales (Ley española de 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación)". *Revista de Derecho Comparado*, año 2000, No. 2 (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni), (2000): 7-38.
- Temboury Redondo, Miguel, y Elena Gutiérrez García de Cortázar. "Cláusulas patológicas: Historias para no dormir". En Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II, 209-18. Bogotá: PUJ-FCJ / Ibáñez / IPA, 2011.
- Thompson, José. "Introducción". En José Thompson, coord. acad., *Acceso a la justicia y equidad: Estudio de siete países de América Latina*, 25-31. San José: BID, 2007.
- Tomillo Urbina, Jorge. "El arbitraje de consumo en España: Un recorrido histórico". En Leticia García Villaluenga, dir., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, t. II, 81-116. Madrid: Reus, 2010.
- Toscano López, Fredy Hernando. "Aproximación conceptual al 'acceso efectivo a la administración de justicia' a partir de la teoría de la acción procesal". <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S012343662013000100010&script=sci_arttext>. Consulta: diciembre de 2013.
- Troya Cevallos, Alfonso. *Elementos de derecho procesal civil*, t. I, 3a. ed. Quito: Pudeleco, 2002.

- Trujillo, Julio César. "Solución alternativa de conflictos laborales". En Alberto Wray y otros, *Medios alternativos en la solución de conflictos legales*, 43-57. Quito: CEN, 1994.
- . *Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: UASB-E / CEN, 2013.
- Utreras Gutiérrez, José Luis. "Solución extrajudicial de conflictos familiares: Arbitraje, conciliación, mediación". <http://vlex.com/vid/extrajudiciales-familiares-conciliacion-291944?ix_resultado=13.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=acceso+a+la+justicia+arbitraje>. Consulta: mayo de 2015.
- Van Wezel Stone, Katherine. "Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights: The Yellow Dog Contract of the 1990s". *Denver University Law Review* 73, No. 4 (1995-1996): 1017-50.
- Varela, David. "El Banco Mundial y la reforma judicial en América Latina". En *Reformas del Estado y derechos humanos*, 111-51. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1999.
- Vásquez Palma, María Fernanda. "La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno". *Ius et Praxis* 12, No. 1 (2006): 181-213. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100008&script=sci_arttext>.
- . "Comprensión del principio 'competencia-competencia' y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral". *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 15 (2010): 181-96. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200006&script=sci_arttext>.
- . "Revisión de la competencia del árbitro en relación al tiempo y a la materia". *Ius et Praxis* 16, No. 2 (2010): 443-60. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200016>.
- . "Recepción de arbitraje internacional en Chile desde una óptica judicial: Una revisión ineludible". *Revista Chilena de Derecho* 38, No. 2 (2011): 349-70. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200008>.
- Velasco, Jaime. "Solución alternativa de conflictos en la administración de justicia ecuatoriana". En Alberto Wray y otros, *Medios alternativos en la solución de conflictos legales*, 27-41. Quito: CEN, 1994.
- Verdera Server, Rafael, y Carlos Esplugues Mota. "Del convenio arbitral y sus efectos". En Silvia Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2a. ed., 361-518. Pamplona: Civitas, 2011.
- Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*, 2a. ed. Bogotá: Temis, 1999.
- Vidal Salazar, Michael. "Oralidad y garantías constitucionales en el proceso laboral". En Geovanny Priori Posada, edit., *Proceso y Constitución: Actas del II Seminario de Derecho Procesal*, 277-93. Lima: Ara / PUCP, 2011.
- Vigoriti, Vincenzo. "Access to Justice, ADR, Perspectives". En Tribunal Arbitral de Barcelona, edit., *Anuario de justicia alternativa*, No. 9, 119-32. Barcelona: J. M. Bosch, 2008.
- Villalobos López, Adelina, y Mauricio París Cruz. "La cláusula arbitral a partes no signatarias". En *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 131 (Universidad de Costa Rica), (mayo-septiembre de 2013): 13-42.
- Vintimilla Saldaña, Jaime. "La Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador". *Ruptura: Revista anual de la Asociación Escuela de Derecho*, No. 41 (Quito: PUCE), (1998): 157-67.
- Vítolo, Alfredo. "El debido proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En Víctor Bazán, dir., *Tratado de derecho procesal constitucional argentino, comparado y transnacional*, t. III, 599-636. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Viver Pi-Sunyer, Carles, y Héctor López Bonfill. "Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión". En Carles Viver Pi-Sunyer, coord., *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, 20-165. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

- Von Wobeser, Claus. "El desarrollo del procedimiento arbitral". En Leonel Pereznieta, comp., *Arbitraje comercial internacional*, 95-105. CDMX: Fontamara, 2006.
- Wagner, Phillip. "When Two Worlds Collide: The Dilemma between Insolvency and Arbitration". En Marianne Roth y Michael Ibáñezstlinger, edit., *Yearbook of International Arbitration*, vol. II, 120-9. Viena: NWV Verlag, 2012. <http://www.weitnauer.net/uploads/Yearbook_on_Int_Arbitration.pdf>.
- Weber, Max. "La política como vocación". Ponencia, Conferencia de la Asociación Libre de Estudiantes de Múnich, 1919. <disenyo.info/wp-content/.../La-politica-como-vocacion-M-Weber.pdf>. Consulta: octubre de 2015.
- Welser, Irene, y Christian Klausegger. "Fast Track Arbitration: Just Fast or Something Different?". <http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Beitrag_Welser_2009.pdf>. Consulta: marzo de 2015.
- Weston, Maureen. "Universes Colliding: The Constitutional Implications of Arbitral Class Actions". *William and Mary Law Review* 47, No. 5 (marzo de 2006): 1711-79. <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1237&context=wmlr>>.
- Wray, Alberto. "Medios alternativos al proceso en la solución de conflictos". En Alberto Wray y otros, *Medios alternativos en la solución de conflictos legales*, 15-25. Quito: CEN, 1994.
- . "El debido proceso en la Constitución". *Iuris Dictio*, No. 1 (Quito: USFQ), (2000): 35-47.
- Xiol Ríos, Juan Antonio. "El arbitraje y los tribunales de justicia". <http://www.clubarbitraje.com/files/docs/ponencia_xiol.pdf>. Consulta: julio de 2015.
- Zaffaroni, Eugenio. "Dimensión política de un Poder Judicial democrático". En Santiago Andrade, edit., *La transformación de la justicia*, 109-54. Quito: MJDH, 2009.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 9a. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- Zander, Michael. "Legal Services for the Poor: The First Wave in the Access-to-justice movement". En Mauro Cappelletti, edit., *Access to Justice and the Welfare State*, 27-46. Florencia: European University Institute, 1981.
- Zapata, Gabriel. "Acceso a la justicia". <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/92/23.pdf>>. Consulta: julio de 2017.
- Zappala, Francesco. "El universalismo histórico del arbitraje". <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt8.pdf>>. Consulta: julio de 2017.
- Zavala Egas, Jorge. "La unidad jurisdiccional". *Iuris Dictio*, No. 1 (Quito: USFQ), (2000): 19-25.
- Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. "Independencia e imparcialidad judiciales". En Giovanni Priori Posada, coord., *Proceso y Constitución: Las garantías del justo proceso: Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*, 49-70. Lima: Palestra, 2013.
- Zuleta Londoño, Alberto. "La renuncia al recurso de anulación contra el laudo en el arbitraje comercial". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 2 (Quito: IEA), (2010): 245-64.
- Zuleta, Eduardo. *El concepto de laudo arbitral*. Bogotá: UR, 2012.
- Zupanec, Don. "Arbitration Award-Judicial Review-Nonappealability". *Federal Litigator*, No. 12 (diciembre de 2005): 17-8.

Documentos institucionales

- BID. "Evaluación de los proyectos FOMIN: Métodos Alternativos de Resolución de Disputas Comerciales (MARC)". Washington: BID, 2002. <<http://www.iadb.org/ove/Documents/uploads/cache/574615.pdf>>.

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, 2012. <<http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. <<http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodesci-ii.sp.htm>>.
- Corte Suprema de Justicia. *La unidad jurisdiccional*. Quito: CSJ, 2000.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. “100 reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4-6 de marzo de 2008. <<http://www.fiscales.gob.ar/genero/wp-content/uploads/sites/8/2013/05/100-Reglas-de-Brasilia-sobre-acceso-a-la-justicia-de-personas-en-condici%C3%B3n-de-vulnerabilidad2.pdf>>. Consulta: marzo de 2016.
- Due Process of Law Foundation e Instituto de Defensa Legal del Perú. “Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas”. Informe presentado ante la reunión anual del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Río de Janeiro, 2009. <<http://www.dplf.org/es/resources/obstaculos-para-el-acceso-la-justicia-en-las-americas>>. Consulta: abril de 2014.
- International Law Association. “‘Res judicata’ and arbitration”. Reporte interino, Conferencia de Berlín, 2004. <www.ila-hq.org/>.
- The IBA Conflict of Interest Subcommittee (A Subcommittee of the IBA Arbitration Committee). “The IBA Guidelines on Conflict on Interest on International Arbitration: The First Five Years 2004-2009”. *Dispute Resolution International* 4, No. 1 (mayo de 2010). <http://www.lalive.ch/data/publications/The_IBA_guidelines_on_conflicts_of_interest_in_international_arbitration.pdf>.

Entrevistas

Andrade Ubidia, Santiago. 22 de febrero de 2016.

Documentos oficiales

Asamblea Constituyente Ecuatoriana. 2008. Actas No. 36, 45, 50, 64, 67, 78, 82 y 87.

Secretario Nacional Jurídico de la República de Ecuador. 2012. Of. T.1-C.1-SNJ-12-1134, 5 de octubre.



La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

DS

Al cumplirse veinte años de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación es importante evaluar esta última etapa del arbitraje en Ecuador, y reflexionar sobre las mejoras necesarias a este mecanismo de solución de conflictos, que permite el ejercicio del derecho de libertad en el ámbito procesal. Con este propósito, esta obra desarrolla las nociones de tutela arbitral efectiva y del debido proceso arbitral bajo la idea de que las garantías constitucionales inmersas en el contenido complejo del derecho a la tutela efectiva adquieren matices especiales en el mundo del arbitraje, dada la convivencia del elemento contractual y jurisdiccional inherente a este sistema de solución de conflictos.

La obra explora, en primer lugar, los fundamentos teóricos del arbitraje con énfasis en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para, posteriormente, formular la noción de tutela arbitral efectiva y analizar las particularidades de esta tutela y los diferentes momentos que conforman el iter de ejercicio de este derecho: acceso a la justicia, debido proceso y ejecución de laudos arbitrales.

Esta investigación recoge un importante número de fuentes doctrinales y jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales, e integra elementos teóricos y prácticos para enriquecer la reflexión sobre el arbitraje ecuatoriano y su necesaria modernización.

2

P.V.P.: USD 22,00



9789942103864



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador
25 años

cep
CORPORACIÓN
DE EDUCACIÓN Y CULTURA