



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

UNIVERSIDAD ANDINA “SIMÓN BOLÍVAR”

SEDE ECUADOR

AREA DE GESTIÓN



ASOCIACION DE EMPRESAS
DE TELECOMUNICACIONES
DE LA COMUNIDAD ANDINA

UNIVERSIDAD “EXTERNADO DE COLOMBIA”

**ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE
TELECOMUNICACIONES DE LA COMUNIDAD
ANDINA**



UNIVERSIDAD EXTERNADO DE
COLOMBIA

**MAESTRÍA EN DERECHO Y GESTIÓN DE LAS
TELECOMUNICACIONES**

**“LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO
MECANISMOS ALTERNATIVOS DE LA
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL
ECUADOR EN EL SECTOR DE LAS
TELECOMUNICACIONES”**

AMPARO NOBOA COLEM

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina “Simón Bolívar”, autorizo al Centro de Información o a la Biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina “Simón Bolívar” la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Amparo Noboa Colem

Enero - 2010.

UNIVERSIDAD ANDINA “SIMÓN BOLÍVAR”

SEDE ECUADOR

AREA DE GESTIÓN

UNIVERSIDAD “EXTERNADO DE COLOMBIA”

**ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE
TELECOMUNICACIONES DE LA COMUNIDAD ANDINA**

**MAESTRÍA EN DERECHO Y GESTIÓN DE LAS
TELECOMUNICACIONES**

*“LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO MECANISMOS
ALTERNATIVOS DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EN EL ECUADOR EN EL SECTOR DE LAS
TELECOMUNICACIONES”*

AMPARO NOBOA COLEM

2009

TUTOR: DR. LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA

QUITO - ECUADOR

RESUMEN

El presente trabajo se realizó con el objeto de investigar si en el sector de Telecomunicaciones en el Ecuador, procede recurrir a la Mediación y al Arbitraje, como mecanismos alternativos para la solución de controversias, y determinar si en esta materia, seguimos acudiendo a la Justicia Ordinaria, que ha sufrido una profunda crisis, que entre otras causas, por la sobrecarga procesal, por la litigiosidad, han hecho que la Justicia se convierta en un trámite lento y engorroso.

La presencia del Arbitraje y la Mediación como mecanismos alternativos para la solución de controversias en el ámbito comercial, tanto nacional como internacional en el que sin duda se encuentran las telecomunicaciones, en la actualidad ha cobrado gran importancia, ya que la agilidad con la que se mueven los negocios y la misma globalización han estrechado las relaciones entre individuos y Estados, acortando distancias.

Por lo que cada vez se ha visto incrementado el sistema arbitral para resolver conflictos jurídicos que surgen de las relaciones comerciales, ya sea a nivel nacional como en el resto de países andinos y en general a nivel mundial, y encontrar en el Arbitraje el andamiaje legal apropiado para que este sistema sea ágil y oportuno, sobre todo en la fase inicial, es decir en la Mediación, se pueden llegar a acuerdos satisfactorios para las dos partes.

Se partió de los conceptos de Arbitraje y Mediación, la consagración en la Constitución de la República del Ecuador y el estudio de las diferentes corrientes que demuestran su existencia legal, se confirmó que es un proceso jurídico convencional y oneroso, tramitado, desarrollado y resuelto por particulares, que surge a partir de la suscripción de contrato, en el cual debe constar una cláusula arbitral, en la que las partes de común acuerdo establecen que en caso de controversia actual o futura, ésta debe ser sometida al conocimiento de un tercero llamado árbitro.

Se estableció que el Arbitraje y la Mediación son los mecanismos idóneos para la solución de controversias en el sector de las Telecomunicaciones, pero que a pesar de sus características, por ser de reciente aplicación, no se tiene la suficiente experiencia en el país.

De igual manera que, a pesar de ser la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, un cuerpo legal nuevo que contiene artículos innovadores, le falta definición en la ejecución, lo que no ha permitido que los laudos arbitrales en el país tengan la efectividad deseada, puesto que no son de ejecución inmediata y necesariamente se debe recurrir a la justicia ordinaria que es en donde más tropiezos se ha encontrado.

*A la Universidad Andina “SIMÓN BOLÍVAR”
En especial a la Dra. María Verónica Dávalos,
Coordinadora del Área de Gestión
Por su invaluable apoyo*

*A la Universidad “Externado de Colombia”
En especial al Dr. Edgar González López,*

Mi sincero agradecimiento.

*Con cariño, respeto y gratitud,
A mis Padres y Hermanos;*

*Con todo mi amor,
A mis hijos, Elisa y Andrés.*

INDICE:

Introducción

1. CAPITULO I

MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL Y DEFINICIONES GENERALES:

1.1	La Jurisdicción convencional en el Derecho Procesal.....	8
1.2	Conceptos legales de Mediación y Arbitraje.....	11
1.3	La Mediación dentro del proceso Arbitral.....	21
1.4	Naturaleza Jurídica y evolución histórica del Arbitraje.....	24
1.5	Clasificación del Arbitraje.....	32

2. CAPITULO II

EL PROCESO ARBITRAL EN EL ECUADOR.

2.1	Aspectos generales del Proceso Arbitral en el Ecuador.....	35
2.2	El Laudo Arbitral.....	44
2.3	Acción de nulidad de los laudos arbitrales.- Alcance y repercusión.....	49

3. CAPITULO III

EL ARBITRAJE COMERCIAL EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES EN EL ECUADOR.

3.1	Clasificación del Arbitraje en Telecomunicaciones.....	53
3.2	Los contratos de Concesión de Servicios Finales y Portadores de Telecomunicaciones otorgados por el Estado a través de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Cláusula Convencional	61
3.3	Análisis de varios casos en los que existió Laudo Arbitral dictado en materia de Telecomunicaciones en el Ecuador.....	65
3.4	Breve análisis comparativo de las posiciones adoptadas en Colombia, Chile y Ecuador con respecto a Arbitrajes en materia de Telecomunicaciones.....	72
3.5	Ventajas y desventajas de laudos arbitrales en telecomunicaciones dictados En el Ecuador.....	80

4. CAPITULO IV

ANALISIS Y PRESENTACION DE RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO.

4.1	Elaboración de la guía de entrevista.....	85
4.2	Prueba Piloto de la guía de entrevista.....	87
4.3	Guía de Entrevista definitiva.....	88
4.4	Sistematización y presentación de resultados.....	89
4.5	Lineamientos generales.....	94

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

BIBLIOGRAFIA.....

96

99

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL Y DEFINICIONES GENERALES

1.1 LA JURISDICCION CONVENCIONAL EN EL DERECHO PROCESAL.-

El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano,¹ en el Artículo 1 define a la Jurisdicción diciendo: “Art. 1.-... *La Jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes*”.

Al referirse a la Jurisdicción, Alejandro Ponce Martínez², dice: “*Si el derecho de acción se dirige hacia el Estado para exigir un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión y el derecho de contradicción se ejerce contra el Estado para obtener la decisión justa del litigio o sobre la imputación (en el proceso penal) es evidente que el Estado tiene, por su lado, el deber jurídico de actuar con miras a los fines para los cuales se busca su actuación. Sin embargo, tal deber jurídico conlleva la imposición final de una decisión que ha de aplicarse necesariamente.*”

Tal decisión acarrea el ejercicio de un derecho inmediato a la soberanía, puesto que no es susceptible de modificación. Más aún, tal poder nace de la propia naturaleza de la sociedad civil. En efecto, la sociedad es la unión de muchos hombres para el logro de un fin conocido y querido por todos. Todos los hombres tienden agrupados hacia su fin. Los hombres en sociedad, conservando su individualidad, se unifican en un fin. Los hombres individualmente utilizan diversos medios para el logro de sus fines. Pero si hay diversidad de medios en la sociedad, se requiere que alguien unifique esos medios. Para conseguir el fin nace, pues, el Estado dirigido por una autoridad que guía y escoge los medios, para la obtención de un bien común que es la felicidad común de los asociados o el conjunto de condiciones sociales que permiten y favorecen que los individuos por su propia actividad logren el desarrollo integral de sus personas.

Para que se consiga este bien común es indispensable que se protejan los derechos, protección que es una función esencial y permanente del Estado y que se la denomina la función tutelar. En ejercicio de esta función tutelar el Estado requiere: a) dictar leyes, que lo realiza por medio de la función legislativa; b) aplicar las leyes, esto es administrar el cumplimiento de las mismas que se realiza por medio de la función ejecutiva, a través de las actividades de gobierno y administración; y, c) resolver conflictos, esto es, defender el orden jurídico en un caso concreto, que lo realiza por medio de la función judicial.

Por ello se ha definido a la jurisdicción como "función pública", ejercida por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en

¹Código de Procedimiento Civil del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 46, de viernes 24 de junio del 2005

² Ponce, Martínez Alejandro, “Derecho Procesal Orgánico”, pág. 18, Editorial Mendieta, Quito- Ecuador, 1991.

virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución y también como "soberanía del Estado" aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas y secundariamente para la composición de los litigios, para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos o para investigar y sancionar los delitos o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias."

Entonces, le corresponde al Estado el derecho y la obligación de proteger el bien común, dentro de un contexto social, para la solución de conflictos y para la restauración de la paz social, función que se ejecuta a través del Poder Judicial, encargado de aplicar las normas jurídicas en un marco jurídico denominado Estado de Derecho, en donde los jueces no pueden suspender o denegar la administración de justicia, por oscuridad o falta de ley, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 18 del Código Civil Ecuatoriano³ que dice:

"Interpretación de la Ley.-

Art. 18.- Reglas de interpretación de la Ley.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de la justicia por oscuridad o falta de ley... "....

Continúa diciendo Alejandro Ponce⁴: *"El medio adecuado para el ejercicio de la tutela jurídica es el proceso. A través de él, se ejercen los derechos de acción y de contradicción y el Estado expresa la voluntad de mantener el orden jurídico mediante la jurisdicción.*

Constituye pues, el proceso una unidad teleológica, pues tiene como fin la decisión del conflicto mediante el fallo. Indudablemente tal decisión ha de regirse a principios de justicia. Por lo tanto, aunque la finalidad misma, directa del proceso es la resolución de un conflicto, dicha resolución ha de estar sometida a la justicia y, por lo mismo, puede decirse que el fin último del proceso es el establecimiento de la justicia a una relación concreta.

Al proceso civil se le asignan las siguientes funciones: a) Constituye medio para la declaración de derechos y situaciones jurídicas; b) Tutela los derechos subjetivos a través de la traducción de la voluntad abstracta de la ley en voluntad concreta; c) Logra la realización de los derechos, y d) Precautela y asegura los derechos.

En virtud del proceso se genera una relación jurídica coexistente entre las partes y el órgano jurisdiccional, relación jurídica que implica la presencia de

³ Codificación del Código Civil, publicado en el Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005, Quito-Ecuador.

⁴ Ponce, Martínez Alejandro, "Derecho Procesal Orgánico", pág. 19, Editorial Mendieta, Quito- Ecuador, 1991.

facultados recíprocas, esto es facultades en virtud de las cuales cada una de las partes puede exigir a la otra la ejecución de determinados actos y, así mismo, cada una de las partes puede requerir del juez la ejecución de determinados actos y, por último, el juez puede exigir de cualquiera de las partes y de cada una de ellas la realización también de determinados actos.

Por consiguiente, el proceso cumple dos funciones: una de orden privado cual es la de satisfacer un interés legítimo de las partes a través de la autoridad. A través del proceso, que se encuentra regulado por la ley, se evita el abuso de los litigantes e Incluso el abuso del juez. El proceso, además, tiene una función de orden público cual es la realización del derecho y el afianzamiento de la paz, pues a través de él se resuelven las controversias y se implanta la justicia, la cual es un bien que la sociedad busca... ”.

La Jurisdicción convencional, por su parte, nace del compromiso de las partes, en los casos permitidos y con los requisitos establecidos en la ley; y, así se refiere Alejandro Ponce⁵, al hacer la distinción entre la jurisdicción legal y la convencional cuando dice: *“Aparentemente contraría el principio de legalidad, en cuanto a la jurisdicción, la existencia de la denominada jurisdicción convencional, esto es aquella que no surge de la ley sino del compromiso de las partes. Sin embargo esta contradicción solamente es aparente, puesto que es la misma ley la que permite, en los casos y con las condiciones y requisitos por ella preceptuados, el que las partes se sometan a la jurisdicción de árbitros incluso designados por ellas, árbitros que, de otro lado, carecen de la facultad de imperium, esto es de hacer ejecutar lo juzgado, ya que tal atribución es inmanente a la soberanía estatal, pues implica recurrir a medios coercitivos y coactivos para que se lleve a ejecución lo juzgado”.*

La jurisdicción legal es, pues, ejercida por los jueces y tribunales señalados por la Constitución⁶, *(la última Constitución de la República del Ecuador aprobada en referéndum describe a la Función Judicial en el Capítulo Cuarto, Sección Primera de “Principios de la administración de justicia) y las leyes y la convencional, por árbitros designados bien por las partes, bien por los jueces a falta de designación por las partes, bien en la forma que determine la ley....”*

Continúa diciendo: *“El ejercicio de la jurisdicción convencional supone un convenio de las partes, denominado compromiso arbitral, y el sometimiento a pasos previos estrictamente regulados. Desafortunadamente estas normas que establecen excesivas solemnidades para el compromiso arbitral y para la posesión de árbitros, unida a la posibilidad de que cualquiera de las partes puede retractarse del compromiso hasta antes de la posesión de los árbitros, ha conducido, en la práctica a que esta institución no sea utilizada frecuentemente.*

⁵ Ponce, Martínez Alejandro, “Derecho Procesal Orgánico”, pág. 80, Editorial Mendieta, Quito- Ecuador, 1991.

⁶ Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

1.2 CONCEPTOS LEGALES DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE.

1.2.1 CONCEPTO DE MEDIACIÓN:

La Mediación es un procedimiento alternativo de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo extra judicial y definitivo que ponga fin a un conflicto sobre materia transigible, que perfecciona un contrato por el solo consentimiento de las partes que buscan solucionar su conflicto de intereses con la ayuda de un tercero que es el conciliador, con una autonomía de voluntad.

Puede ser solicitada por cualquiera de las partes o por ambas, ante un centro conciliatorio o un juez de paz letrado, para que asista en la búsqueda de una solución armoniosa de ambas partes.

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres,⁷ en la página 247, define a la Mediación diciendo:

“MEDIACIÓN.- Es la participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha.”

El Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana⁸, establece que: “La Mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo que ponga fin al conflicto”.

Varios autores y la propia legislación ecuatoriana, suelen conceptuar a la mediación definiéndola también como conciliación, para ello, es necesario recurrir a la misma Ley de Arbitraje y Mediación que dice:

“Art. 55.- La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos”.

Esta misma consideración sobre la mediación guarda el autor Jorge Palares Bossa,⁹ cuando en el concepto manifiesta:

“CONCEPTO.- El artículo 64 de la Ley 446 de 1998, dispone: “La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual,

⁷ Cabanellas de Torres Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Décimo séptima edición, 2005, Buenos Aires-Argentina

⁸ Registro Oficial No. 417, “Ley de Arbitraje y Mediación”, de 14 de Diciembre del 2006

⁹ Palares Bossa Jorge, “Arbitraje Conciliación y Resolución de Conflictos, Teoría, Técnicas y Legislación, pág. 81, Editorial Leyer, Bogotá- Colombia.

dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador” y agrega en este mismo punto: “La conciliación se conoce en otros sistemas jurídicos con el nombre de *Mediación*, pero en nuestro medio ha hecho carrera aquella denominación, al parecer, porque desde un principio esta figura tuvo en el país (Colombia), el carácter de obligatorio del que carece todavía en otras legislaciones. Por eso, aquí se habla siempre de conciliación y no de mediación, aunque en esencia sean exactamente lo mismo, e incluso la primera tenga a escala universal mayor aceptación.”

En Ecuador, pese a que la Ley de Arbitraje y Mediación las encasilla como sinónimos, la doctrina las considera como dos diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos junto a la negociación y al arbitraje, mecanismos tradicionales y heterocompositivos, en los que una tercera persona da solución obligatoria al conflicto surgido.

Según Ernesto Salcedo¹⁰, la *Mediación* es “un procedimiento no adversarial por el cual las partes, que se encuentran inmersas en un conflicto, buscan una solución mutuamente aceptable, a la que podrán llegar mediante la ayuda de un tercero neutral, que mediante el uso de técnicas aprendidas, las ayuda a que en forma cooperativa encuentren un punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar puntos comunes en la controversia, a reconocer sus intereses por encima de las posiciones encontradas, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas, siendo la confidencialidad una característica preponderante de esta técnica.”

El Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado¹¹ de la República del Ecuador, define a la Mediación diciendo:

“La *Mediación* es un procedimiento voluntario, confidencial y flexible, para ayudar a que dos o más personas o instituciones, encuentren una solución satisfactoria a un conflicto, en forma no adversarial, regido por principios de equidad y honestidad, en el que interviene un tercero imparcial llamado mediador.

El Mediador no toma decisiones por las partes, sino que les ayuda a facilitar su comunicación a través de un procedimiento metodológico tomando en cuenta sus emociones y sentimientos, centrándose en las necesidades e intereses de los mediados para que pongan fin a su controversia en forma pacífica, satisfactoria y duradera.”

Para el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano- Americana¹², la *Mediación* es: “... *Una figura legal que nació*

¹⁰ Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje La Justicia Alternativa”, pág. 16, Distilib Editorial 2007, Guayaquil- Ecuador.

¹¹ Dirección Nacional del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, “Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado”, pág. 2, Quito- Ecuador.

con la Ley de Arbitraje y Mediación promulgada en el Ecuador en el año de 1997, que faculta a las partes que tienen algún desacuerdo, a concurrir a un Centro de Mediación y con la ayuda de un mediador capacitado y neutral, procurarse un acuerdo satisfactorio.

Pueden someter divergencias al mecanismo de “Mediación”, cualquier persona natural o jurídica, incluyendo las instituciones del Estado.

El acuerdo al que llegan las partes por medio del sistema de mediación, según la legislación ecuatoriana, tiene toda la fuerza legal de una sentencia ejecutoriana, por lo que no es sujeta de apelación alguna.”, así lo manifiesta en el libro informativo del Centro de Arbitraje y Mediación.

Este concepto dado por el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano- Americana, carece de veracidad, puesto que la Mediación en el Ecuador, como lo describe el Manual Operativo de la Cámara de Comercio de la Procuraduría General del Estado¹³, en la página 4 que dice: “En nuestro país, encontramos antecedentes de la conciliación y mediación en los siguientes cuerpos legales: Ley de Enjuiciamiento Civil de 1931, Ley de Arbitraje Comercial 1963, Código de Trabajo de 1991, (que contempla a la Mediación Laboral), Constitución Política vigente en 1996, inciso 3ro del Art. 118.

Antes de la Expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, se mantenía implícita la convicción de que los medios alternativos para la solución no procesal de conflictos tenían un carácter más bien marginal ante la concepción de que el proceso judicial es la única puerta de salida.”

Con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación, el 29 de agosto de 1997 y su publicación en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997, fueron derogados la Ley de Arbitraje Comercial de 1963, la sección XXX del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil, la Sección XV del Título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el Artículo 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, del Artículo 1505 del Código Civil la frase que para mejor comprensión se la subraya “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. Así , la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto”, la interpretación realizada al artículo 1505 del Código Civil en el Decreto Supremo No. 797-B, publicado en el Registro Oficial No. 193 del 15 de octubre de 1976, que decía: “Art. 1º. Interpretase el Art. 1505 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 153

¹² Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Libro informativo, pág. 9 , Quito- Ecuador

¹³ Dirección Nacional del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, “Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado”, pág. 4, Quito- Ecuador.

de la Constitución Política, en el sentido de que el convenio de sujetarse a una jurisdicción extraña procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera de territorio nacional; reconociendo de manera explícita y categórica a la Mediación como un mecanismo alternativo de solución de las controversias y unificando en un solo cuerpo legal todo el articulado referente a mediación y arbitraje, siendo esta ley posteriormente, codificada y publicada en el Registro Oficial No. 417, de 14 de diciembre de 2006.

Como dice el Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado¹⁴ de la República del Ecuador, “La mediación está integrada al ordenamiento jurídico de nuestro país y regulado en su ejercicio a través de distintas figuras legales tales como: La transacción contemplada en los arts. 2348 y 2362 del Código Civil, la mediación obligatoria contemplada en el Art. 470 del Código de Trabajo, aquella señalada por el Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia que determina que la mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulnere derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia, o la establecida en el Art. 374 de la Ley de propiedad Intelectual, la contemplada en el Art. 124 de la Ley de Mercados de Valores, la establecida en el Art- 10 de la Ley de Hidrocarburos, etc”.

1.2.1.2 PRINCIPIOS BASICOS DE LA MEDIACIÓN.-

En el Título II de la Mediación, en el Art. 43 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana¹⁵, en su concepto se encuentran constantes los principios básicos de la Mediación, cuando dice:

“Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”

Es por lo tanto necesario destacar los siguientes principios:

1. **Principio de Equidad:** se genera condiciones de igualdad.
2. **Principio de Confidencialidad:** las informaciones surgidas en el proceso no deben ser relevadas a otras ajenas a la negociación. Así está conceptualizado este principio en el Ar. 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pero puede romprese este mismo principio, cuando las partes de común acuerdo renuncien a la confidencialidad.
3. **Principio de Imparcialidad:** No se discrimina, ni se realiza diferencia de las partes, equilibra la relación entre las partes, interviniendo un tercero imparcial que facilita el diálogo y busca ayudar a las partes a expresar el problema y a encontrar soluciones.

¹⁴ Dirección Nacional del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, “Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado”, pág. 5, Quito- Ecuador.

¹⁵ Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre del 2006, pág. 8.

4. **Principio de voluntariedad:** Las partes deciden si se someten o no al procedimiento de mediación, no es un proceso impuesto.
5. **Principio de neutralidad:** abstenerse los casos en la cual participan personas vinculadas a el o su entorno familiar.
6. **Principio de legalidad:** Los acuerdos escritos en el acta se encuentran dentro de la ley y reglamento.
7. **Principio de transigibilidad:** Interviene en materias donde las partes pueden transigir, no en delitos de acción pública como por ejemplo en asuntos de violación.
8. **Principio de extrajudicialidad:.** Porque al acudir a la jurisdicción convencional, buscando medios alternativos más humanos, más democráticos y más justos para resolver las disputas, se evita un acudir a la justicia ordinaria cuyo enfrentamiento continuo entre las partes involucradas en un litigio, lo hace más largo, más lento y engorroso.

1.2.1.3 CARACTERISTICAS DE LA MEDIACION:

Siendo la Mediación el procedimiento por el cual las partes en conflicto, asistidas por un tercero imparcial llamado mediador, que facilita el diálogo y busca ayudar a las partes a expresar sus controversias y a encontrar soluciones mutuas y satisfactorias para las mismas tiene como características esenciales las siguientes:

- **Veracidad:** las partes deben ser sinceras y expresarse sin confusiones y malas interpretaciones de los hechos.
- **Buena Fe:** las partes deben proceder de manera honesta y leal.
- **Celeridad:** solucionar pronto y rápido el conflicto.
- **Economía** se ahorra tiempo y costo, lo que demandaría un proceso judicial, los costos financieros y emocionales son menores.
- **Es definitivo:** Porque las partes valiéndose de un acta de mediación o en su defecto con la firma del acta de imposibilidad de mediación ponen fin al conflicto surgido.
- Sirve para manejar conflictos de manera integral y como terapia.
- Tiene una carga jurídica que es el acta de mediación, la misma que es obligatoria para las partes según las leyes vigentes y tiene efecto de cosa juzgada, es decir, es definitiva.
- Es personal, al ser un procedimiento personal y flexible da a las partes la oportunidad de explicar el impacto que tiene la controversia.
- Se le puede usar como política de Estado, para manejar los conflictos políticos y sociales.
- Se pueden firmar acuerdos que eviten procesos judiciales.
- Forma parte de sistemas de justicia en los pueblos indígenas.
- Es ágil, porque no se ciñe a plazos ni términos, generalmente en la primera audiencia se firma un acta de mediación.
- Los acuerdos logrados ayudan a conservar las buenas relaciones entre las partes.

- Tiene la calidad de reservada, puesto que lo que se discuta durante la audiencia de mediación puede trascender o conocerse fuera de su ámbito.
- El acta de mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecuta del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio.

1.2.1.4 TIPOS DE MEDIACION:

1. Por el número de actores inmersos, la mediación se clasifica en Bilateral y multilateral.
2. Por la ubicación de sus actores en Pública y privada.
3. Por la materia en Familiar, laboral, penal, ambiental.
4. Por el campo de acción social en Institucional y ciudadana o comunitaria.
5. Por el elemento extranjero en Interna (local o nacional) e internacional.
6. Por el elemento procesal en Judicial y extrajudicial.

1.2.1.5 NATURALEZA JURIDICA DE LA MEDIACION:

La naturaleza jurídica de la mediación se encuentra enmarcada en la misma definición que la da la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana, como así lo demuestra el Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado,¹⁶ que dice:

“El Artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, define a la Mediación como un procedimiento para solucionar conflictos, que recaigan en materia transigible. Por lo tanto, al no ser la mediación un contrato, requiere de la figura contractual de la transacción, cuyo resultado es recogido en un instrumento jurídico llamado “ACTA” que contiene los derechos y obligaciones reconocidos por las partes y que pueden ser renunciables.

Por esta razón la mediación tiene como piedra angular a la transacción, pues sin que sean conceptualmente equivalentes, la primera está fundamentalmente ligada a la segunda.

La mediación es un procedimiento mediante el cual, las partes expresan y concuerdan sus voluntades, generando, extinguiendo o modificando derechos. La expresión de la voluntad generativa, extintora o modificadora de derechos, genera lo que en teoría jurídica se conoce como “actos jurídicos”.

¹⁶ Dirección Nacional del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, “Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado”, pág. 6. Quito- Ecuador.

La mediación no implica potestad jurisdiccional, puesto que no es el mediador quien define la controversia, como en el caso de la resolución administrativa, sentencia judicial o laudo arbitral, sino que, lo hacen las partes mismas, mediante un acuerdo directo.

Las controversias no susceptibles de transacción, por la materia, deben ser conocidas y resueltas por las autoridades judiciales o administrativas”.

En materia de telecomunicaciones en el Ecuador, la mediación ha sido un excelente mecanismo aceptado por la colectividad, ya que ha servido para dar solución a los conflictos que se han presentado ya sea entre operadores o bien entre operadores y clientes del servicio o bien entre usuarios de los servicios de telecomunicaciones, especialmente derivados de los servicios provenientes del Contrato de Concesión,¹⁷ de servicio público en Régimen de Exclusividad Temporal y Regulada, autorizado por el CONATEL, mediante el cual se dio a las operadoras la facultad para administrar, operar y explotar por su cuenta y riesgo, los servicios finales de telefonía fija local, nacional e internacional, alámbricos e inalámbricos.

1.2.2 EL ARBITRAJE:

Difiere de la mediación ya que en ésta, son las partes las que de común acuerdo deciden poner fin al conflicto, en tanto que en el sistema arbitral las partes de mutuo acuerdo deciden someter las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por un árbitro.

Es necesario señalar que la legitimidad del Arbitraje, se encuentra puntualizada en la Sección Octava de Medios Alternativos de solución de conflictos, Art. 190 de la Carta Magna de la República del Ecuador¹⁸, aprobada en referéndum, el 28 de septiembre de 2008, que dice: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.*

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

La Ley de Arbitraje y Mediación¹⁹ ecuatoriana define así al Arbitraje diciendo: **“Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias**

¹⁷ “Contrato de Concesión”, suscrito entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y ANDINATEL S.A. el 29 de diciembre de 1997, pág. 72, cláusula Quincuagésima octava, celebrado ante el Sr. Notario Tercero del Cantón Quito.

¹⁸ Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹⁹ Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre del 2006, pág. 3, Quito- Ecuador.

que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

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

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

El tratadista Ernesto Salcedo Verduga, en su Obra “El Arbitraje La Justicia Alternativa”²⁰, para definir al arbitraje, hace alusión a varios juristas, para presentar definiciones de arbitraje y empieza diciendo:

“En la doctrina extranjera se pueden consultar diversas definiciones de arbitraje, que ponen el acento –en mayor o menor medida- en algunas de sus características más salientes.....” y nos presenta la definición dada por Alvarado Velloso diciendo:

“Alvarado Velloso lo conceptúa como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos, y al que se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente, acatar su decisión”.

Patricio Aylwin Azócar²¹, en su obra “El Juicio arbitral”, define al arbitraje como “Aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”.

Las autoras Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe M. Leonardi de Herbón²², dicen: “El Arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales”.

En lo que respecta a la Ley de Arbitraje y Mediación²³ ecuatoriana, en el Art. 1, establece la validez del Sistema Arbitral, cuando dice: “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

²⁰ Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje La Justicia Alternativa”, pág. 28, Distrilib Editorial 2007, Guayaquil- Ecuador.

²¹ Aylwin Azócar Patricio, “El juicio arbitral”, Quinta edición actualizada y completada, pág. 5.

²² De Cárdenas Sara L. Feldstein y De Herbón Hebe M. Leonardo, “El Arbitraje”, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Pág. 12

²³ Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre del 2006, pág. 3, Quito- Ecuador.

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

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas²⁴, define al Arbitraje de la siguiente manera: *“ARBITRAJE: La acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral. Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto. Integra un sistema de obtener justicia sin recurrir a las medidas extremas, pero ateniéndose a derecho o justicia.”*

El Diccionario Jurídico “Anbar”²⁵ en el tomo I, define de la siguiente manera al ARBITRAJE, diciendo: *“Procedimiento que tiende a resolver pacíficamente un litigio entre personas o entidades, con sometimiento a un árbitro cuya decisión se tiene como obligatoria por las partes en conflicto. En Derecho Civil y Mercantil es enteramente voluntario, pues de lo contrario las autoridades o tribunales carecerían de competencia. Por cierto existen ciertas cuestiones que, por su misma naturaleza, jamás pueden someterse al arbitraje, así por ejemplo la filiación, la paternidad y en general todas las que versen sobre el estado civil y condición de las personas. Tampoco es dable el arbitraje en asuntos donde tiene que intervenir el Ministerio Público y mucho menos en contratos con la Administración Pública. Indudablemente uno de los campos en que se aplica el arbitraje de manera más amplia y con gran trascendencia es en Derecho Internacional, tan invocado por las naciones en casos de conflicto que por este medio han obtenido resultados muy positivos de beneficio y paz para las naciones litigantes”.*

El libro informativo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana²⁶, define al Arbitraje diciendo:

“El proceso arbitral es un mecanismo muy ágil, serio y correcto, donde los árbitros designados o escogidos de mutuo acuerdo, entre las partes, son profesionales conocedores de la materia y respetados en sus jurisdicciones: El Estado Ecuatoriano también tiene la facultad de someter sus controversias tanto al arbitraje nacional como al internacional.

El arbitraje es un proceso, que se da normalmente cuando las partes no han podido conciliar un acuerdo. Una de las partes presenta su demanda arbitral a un Centro de Arbitraje especializado y no a la Justicia Ordinaria, en estos casos el proceso se denomina Juicio Arbitral.

El Arbitraje tiene que ser pactado obligatoriamente por las partes en un contrato, a través de una Cláusula Arbitral, la que determina el procedimiento que deberán seguir tanto las partes como los árbitros para pronunciarse finalmente en el Laudo Arbitral. El Tribunal Arbitral normalmente está conformado por tres árbitros, pero las partes tienen la facultad de establecer en el Convenio Arbitral que sea un solo árbitro y adicionalmente las demás condiciones de acuerdo a la

²⁴ Cabanellas Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, Pág. 349.

²⁵ Diccionario Jurídico “ANBAR”, Tomo I, Pág. 333, Buenos Aires- Argentina.

²⁶ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Libro informativo, pág. 9, Quito- Ecuador.

naturaleza del contrato.”

De las definiciones presentadas todas tienen en común que consideran al arbitraje como un mecanismo alternativo o sistema de solución de conflictos de jurisdicción privada, instituido por la voluntad de las partes, dictado por un tercero que se encuentre plenamente facultado, y sobre todo sin recurrir a la justicia ordinaria, convirtiéndolo por tanto en ágil, dinámico, accesible confidencial, consensual y especializado que esté acorde con las necesidades del mundo globalizado de la economía que permita la realización de contratación e intercambio de bienes y servicios tanto a nivel nacional como internacional, para lo cual es necesario la regulación de estas actividades y la solución de conflictos en caso de controversia.

1.3 LA MEDIACION DENTRO DEL PROCESO ARBITRAL.-

El trámite del proceso de mediación es muy rápido y obedece a términos muy específicos, lo cual le convierte en un mecanismo ágil para la obtención de resultados. Se inicia por solicitud de las partes o por propia iniciativa de la Defensoría del Pueblo, podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados y se someterán a este procedimiento sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir, puede iniciarse también por derivación de un juzgado o tribunal, o por existir una cláusula de controversia que contemple a la mediación como instancia previa.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

Los requisitos para presentar una solicitud a Mediación se encuentran determinados en la Ley, y detallados en el Capítulo IV “Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado”²⁷

La solicitud de mediación puede ser efectuada por una sola de las partes o por las dos partes en forma conjunta o separada. Y debe contener los siguientes datos:

- Estar dirigida al Presidente o al Director del Centro de Mediación seleccionado para el efecto.
- Nombres completos, denominación o razón social, documentos de identidad, domicilio del solicitante o de los solicitantes.
- Nombre, denominación o razón social de la contraparte, dirección, número de teléfono y fax, en caso de conocerlos.
- Los hechos que dieron lugar al conflicto en forma precisa.
- La pretensión indicada con orden y claridad.
- Estimación de la cuantía materia de la controversia o la indicación de carecer de un valor determinado.
- Normas jurídicas en las que se ampara la solicitud. (Art. 43 y siguientes de la ley de Arbitraje y Mediación).
- La firma del solicitante o huella digital si no sabe leer ni escribir.

La solicitud de mediación no es un trámite judicial, por lo que puede ser solicitada sin necesidad de patrocinio legal.

²⁷ Dirección Nacional del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, “Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado”, pág. 9, Quito- Ecuador.

De acuerdo a lo que señala el Art. 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, la mediación procede cuando:

“Art. 46.- La Mediación podrá proceder:

- a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación, los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales.*
- b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,*
- c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.*

Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar dicho término”.

Si la solicitud es presentada por una sola de las partes, el Director del Centro de Mediación, siguiendo el mismo procedimiento que el juicio civil ordinario, mediante oficio debe correr traslado a la otra parte citándole mediante tres boletas o en persona con las copias de la solicitud, señalando el motivo de la controversia y pidiendo que señale su voluntad de someterse a la mediación, de conformidad con la Ley de Mediación y Arbitraje (Art. 45). En cambio si presentan la solicitud de mediación las dos partes, o si existe la voluntad de la otra parte, en el Centro de Mediación, el Director debe tomar las siguientes medidas:

- Solicitar al Presidente que designe el profesional Mediador que ha de intervenir en dicha audiencia, de conformidad con el Reglamento que maneje cada Centro de Mediación.
- Realizar la notificación al Mediador designado para que acepte o rechace la designación.
- Si no hay constancia de la aceptación, en el término de 48 horas caduca tal designación y se designará un nuevo mediador.

- Tiene que considerar el Presidente del Centro de Mediación que la notificación para la intervención de las partes debe hacerse por lo menos con 24 horas de anticipación a la primera sesión de la audiencia de mediación.

En caso de que la parte demandada no de contestación a la solicitud de mediación y más aún si no concurre a la audiencia se firmará el acta de imposibilidad de mediación y se procede con el archivo de la causa

La audiencia de mediación debe ser instalada por el Director o Subdirector del Centro de Mediación, en el día y hora señalados, con la asistencia de las dos partes, si acuden a la primera sesión el mediador debe promover el dialogo, puede proponer formulas conciliatorias no obligatorias; si una sola partes acude a la primera sesión se convoca a una segunda sesión; cuando una de las partes deja de asistir a dos sesiones seguidas el conciliador da por concluido la audiencia.

En caso de lograrse el acuerdo entre las partes, se firmará el acta de mediación, la misma que expresa la manifestación de voluntad de las partes, ésta puede contener el acuerdo total o parcial, la legalidad lo efectúa un abogado encargado de la supervisión, el acta respectiva debe contener en forma somera la relación de los hechos que originaron el conflicto, la descripción clara de las obligaciones ciertas (*cuando concuerdan con la realidad*), expresas (*consta por escrito en el acta*) y exigibles (*cuando la parte solicita a la otra el cumplimiento de los acordado*), de cada una de las partes y las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

En las mediaciones que interviene la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT S.A. que es la única operadora de telecomunicaciones a nivel nacional, creada con fondos del Estado, concurren las partes o los delegados o apoderados legalmente acreditados, con el personal de apoyo designado para ello, el mediador y un representante de la Procuraduría General del Estado, nombrado en representación del Procurador General del Estado, facultado para ello en las resoluciones Nos. 13 y 14 de 23 de mayo del 2007²⁸, que crean el Estatuto Orgánico de Gestión por Procesos, y el Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado, cuerpos normativos en los que además de incorporar en los procesos de mediación a un representante del Estado, crea también la Dirección Nacional del Centro de Mediación, con el fin de facilitar la mediación para solucionar las controversias que existieren entre las entidades del sector público, entre éstas con las personas jurídicas y naturales del sector privado y entre particulares que conlleve a la optimización de los recursos públicos; y, con el propósito de propender a la utilización de la mediación como método alternativo de solución de conflictos.

²⁸ Publicado en el Registro Oficial No. 98 de martes 5 de junio de 2007, Quito - Ecuador.

1.4 NATURALEZA JURÍDICA Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ARBITRAJE.-

1.4.1 Referirse a la Naturaleza Jurídica del Arbitraje, es partir a la razón de existir de este proceso, es llegar a la esencia misma del arbitraje, considerarla como una institución mediante la cual las partes otorgan a los árbitros la facultad de dirimir sus controversias, sobre la cual se han creado grandes debates. En esta noción aparecen los elementos que la conforman: contractuales, procedimentales y jurisdiccionales, que son fuente de teorías contrapuestas, la privatista o contractualista y la procesal o jurisdiccional, la doctrina mixta o híbrida y la autónoma o sui géneris, de entre las cuales se mencionarán las más importantes:

1.4.1.1 LA DOCTRINA CONTRACTUAL, defendida por el tratadista Patricio Aylwin Azócar,²⁹ quien manifiesta: *“Llamaremos así a la que, hallando en la intervención que en el arbitraje cabe a la voluntad de las partes para constituirlo y designar árbitros el elemento determinante de su naturaleza jurídica, lo asimila a un contrato y afirma su carácter privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas.*

Admite esta doctrina diversos matices; pero su rasgo distintivo está en que considera al árbitro como un simple mandatario de las partes, que sólo actúa en virtud del poder que éstas le confieren en el compromiso, a cuyos términos debe ajustarse rigurosamente. Para quienes esto sostienen, el árbitro difiere fundamentalmente de los demás magistrados, porque no deriva su autoridad del Poder Público, sino de la sola voluntad de las partes: es un simple individuo privado y no un funcionario. Consecuencialmente, estiman que la decisión arbitral no es una verdadera sentencia, sino tan sólo la ejecución del mandato por el compromisario: un contrato que las partes suscriben por intermedio del árbitro y cuya única fuerza reside en el compromiso que le da origen.”

A pesar de ser muy antigua esta posición, es sostenida por varios tratadistas, que a más de los ya enunciados se encuentran otros igualmente antiguos pero no por ello menos importantes como son, Mattiolo, Rocco, Guasp y Chiovenda, que los encontramos enunciados en la obra del Dr. Ernesto Salcedo Verduga³⁰ que dice:

*“Tesis contractualista. Enarbolada principalmente por **Mattiolo, Rocco, Guasp y Chiovenda**, siguiendo a este último, los contractualistas dicen que el arbitraje deriva su existencia de un contrato por virtud del cual las partes acuerdan voluntariamente que los conflictos que puedan surgir entre ellas respecto de sus derechos susceptibles de transacción, sean resueltos por terceras personas, obligándose a aceptar la resolución que*

²⁹ Patricio Aylwin Azócar: “El Juicio Arbitral”²⁹, Editorial Jurídica de Chile, pág. 32.

³⁰ Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje La Justicia Alternativa”, Distrilib. Editorial 2007, pág.32, Guayaquil- Ecuador.

dichos terceros adopten, al amparo de la autonomía negocial de las partes interesadas.

“Parten principalmente estas teorías del momento inicial del arbitraje: El contrato de compromiso”, poniendo el acento en el carácter privado de la institución, tanto en lo que se refiere a su origen cuanto respecto a la calidad de los árbitros”.

Concluye esta doctrina que los árbitros no son jueces, sino particulares que, por lo mismo, no revisten la calidad de funcionarios públicos, y que no administran justicia en nombre del Estado, sino por la voluntad de las partes, de manera que el cumplimiento de un laudo, aún mediante el concurso de un juez ordinario, no puede equipararse a la ejecución de un fallo, sino que simplemente de lo que se trata es del cumplimiento judicial de un contrato.”

Al respecto Sara Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón³¹, al referirse a esta doctrina señalan las consecuencias de esta consideración diciendo:

“Consecuencias – Cuestiones previas: de una teoría que pone el acento en el contrato se ha seguido la búsqueda de figuras de derecho privado que, por analogía den respuesta a una serie de interrogantes.

Así se ha visto al árbitro como un mandatario de las partes, en el que ellas delegan la función de resolver el conflicto.

Esta concepción no da cuenta de que el mandante- una vez que el árbitro aceptó su designación – no puede revocarle el “mandato”, ni está sometido el árbitro a las instrucciones anteriores o emergentes de la parte.

Por otra parte resulta obvio que las medidas que tome el árbitro en el proceso, o en el laudo, no están sometidas a la representación propia del mandato. Es decir, el árbitro no actúa ni en el carácter de representante, ni en beneficio de la parte.

Por ende, el mandato no es una figura análoga adecuada.”

1.4.1.2 LA DOCTRINA JURISDICCIONAL.- La describe el Dr. Ernesto Salcedo Verduga³² diciendo: *“Con criterio diametralmente opuesto a la anterior, atendiendo al carácter de juicio que tiene el arbitraje, esta doctrina le atribuye naturaleza jurisdiccional y niega que sea un contrato o algo parecido.*

³¹ Feldstein de Cárdenas Sara, Leonardi de Herbón Hebe, “El Arbitraje”, Editorial Abeledo Perrot pág. 26, Buenos Aires- Argentina.

³² Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje La Justicia Alternativa”, Distrilib Editorial 2007, pág.33, Guayaquil- Ecuador.

Laurent la sostuvo en el pasado siglo, haciendo hincapié en que los árbitros “Son jueces, desempeñan un ministerio social..., están investidos de uno de los grandes poderes a título de delegados de la soberanía nacional- y no pueden, por consiguiente, ser mandatarios de las partes”.

Casi lo mismo afirman los procesalistas modernos Glasson, Tissier el Morel. Para ellos, si es cierto que el árbitro deriva su poder del compromiso de las partes, lo que lo asimila el mandatario, no es menos efectivo que desempeña oficio de juez y como tal goza de autoridad personal e independiente, no toma en sus manos sino los intereses de la justicia, no debe cuenta, sino a su conciencia y dicta decisiones que se imponen a las partes. No es un funcionario público permanente, ni tiene facultad de otorgar por sí mismo a sus fallos fuerza ejecutiva –en Francia la sentencia arbitral se somete al EXEQUÁTUR del presidente del tribunal ordinario, quien la provee de fórmula ejecutoria-; pero la verdad es que desempeña una especie de función pública temporal y sus sentencias son actos auténticos y causan el efecto de cosa juzgada independientemente de toda intervención de los tribunales ordinarios. No puede alegarse en contrario que se trata de un simple particular designado por otros particulares; es preciso no olvidar que el arbitraje no existe sino por voluntad y consentimiento del legislador, es la ley quien lo instituye y si así no fuera, los particulares no podrían recurrir a él. Concluyen que sólo pueden ser árbitros las personas capaces de desempeñar funciones públicas y que las resoluciones de los árbitros son verdaderas sentencias judiciales.”

Dicen Sara Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón³³, con respecto a la Doctrina Jurisdiccional: “Así sostiene que la esencia del arbitraje se encuentra en la identidad de fondo de la función jurisdiccional otorgada a los tribunales, instituida por la ley de modo excepcional y temporario a los jueces privados que son los árbitros. De ello resulta destacable que el arbitraje es un verdadero juicio, que el laudo tiene autoridad de cosa juzgada, con independencia de la fuerza ejecutoria que le confieren las normas del EXEQUATUR.

Esta postura se recuesta en cuatro aspectos fundamentales:

- a) La existencia de una controversia o conflicto,*
- b) El recurso a un tercero para que lo resuelva,*
- c) Constituyendo un proceso, y*
- d) La **kompetenz- kompetenz**, consagrada por la ley.*

*Esta posición hace jugar la necesidad de la existencia de un conflicto jurídico, la posibilidad abierta por la ley a las partes para buscar su solución definitiva por un tercero imparcial a través de un proceso, y por último la figura de la “**competencia de la competencia**” como facultad para que los árbitros se pronuncien sobre su propia competencia.*

³³ Feldstein de Cárdenas Sara, Leonardi de Herbón Hebe, “El Arbitraje”, Editorial Abeledo Perrot pág.30, Buenos Aires- Argentina

Al igual que en la Doctrina anterior, Sara Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón³⁴, al referirse a esta doctrina señalan las consecuencias de esta consideración diciendo:

“Consecuencias – Cuestiones previas: La teoría jurisdiccional al recalcar la materia procesa del arbitraje, entendemos, limita excesivamente la figura arbitral. Ello por dejar de lado –como poco relevante- el derecho sustantivo, olvidando que el Derecho es un todo integrado, y que, en el proceso, el fondo y la forma se interrelacionan de modo tal que las posibles demarcaciones entre uno y otro se tornan borrosas.

*El tomar el carácter del árbitro como un paralelo con el del juez, así como la necesidad de una controversia, de la facultad de pronunciarse sobre la propia competencia –**kompetenz- kompetenz-** y la obligación de laudar que equivale a sentenciar, son los argumentos más fuertes por quienes adoptan esta teoría.”...*

1.4.1.3 LA DOCTRINA MIXTA.- Sostiene Patricio Aylwin Azócar³⁵ diciendo:

“Vacilando entre la doctrina contractual y la jurisdiccional, sin decidirse ni por la una ni por la otra, hay quienes optan por afirmar la naturaleza mixta del arbitraje o patrocinan soluciones más o menos intermedias, Tal es la posición, entre otros, de Dalloz, y Mongalvy quienes definen el arbitraje como una jurisdicción y califican a los árbitros de jueces. Sin embargo, el primero estima que las relaciones entre el compromisario y las partes reunidas constituyen una especie de mandato y el segundo piensa que el compromiso “Participa del mandato”, que “los árbitros pueden ser asimilados a los mandatarios” y que sus funciones tienen a la vez algo de las de los mandatarios y de los jueces, repitiendo en reiteradas ocasiones que “el compromiso no es, en sus relaciones con el árbitro, sino un mandato”.

Sara Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón³⁶, al referirse a esta doctrina la enuncian como “SINCRÉTICA” y dicen:

“Con intención de armonizar ambas teorías se han alzado voces que señalan que “si por una parte se llega justificadamente a refutar la jurisdicción de los árbitros como negocio privado y, por otra parte, se rechaza la posibilidad de asimilarla a la atribuida a los organismos del Estado, se establece, sin embargo, una estructura sui generis, que en la técnica se denomina “jurisdicción convencional”.

Esta manera de considerar la cuestión la siguen otros autores. (Las autoras mencionan a José María Chillón Medina, a Merino Merchan- Autores españoles, más actualizados, a Bernardo Cremades, Calvo Caravaca- Fernández de la Gándara) Así Cremades considera que se

³⁴ Feldstein de Cárdenas Sara, Leonardi de Herbón Hebe, “El Arbitraje”, Editorial Abeledo Perrot pág. 26, Buenos Aires- Argentina.

³⁵ Patricio Aylwin Azócar: “El Juicio Arbitral”, Editorial Jurídica de Chile, pág. 34

³⁶ Feldstein de Cárdenas Sara, Leonardi de Herbón Hebe, “El Arbitraje”, Editorial Abeledo Perrot pág.32, Buenos Aires- Argentina.

“constituye en algo más que un puro contrato para configurarlo en una verdadera jurisdicción. El contrato de arbitraje genera, en virtud e la autonomía de la voluntad de las partes, una jurisdicción privada, aunque sometida a efectos de legalidad al control de los jueces y tribunales”.

Así mismo señalan las consecuencias de esta consideración diciendo:

“Si analizamos las derivaciones de adoptar la teoría sincrética como una teoría superadora de las dos anteriores corresponde confrontar sus efectos.

A tal fin analicemos cómo se pronuncian en cuanto a:

- a) La ley aplicable. La teoría sincrética dirá que si adoptamos el punto de vista contractual –en el caso- debe estarse a la ley que elijan las partes. Es decir se elegirá como punto de conexión de la norma de conflicto el mismo que el utilizado en materia de obligaciones contractuales. Si aceptamos el carácter jurisdiccional del arbitraje el punto de conexión será el del lugar de la sede del tribunal arbitral. Esta concepción del arbitraje como institución sui generis permite obtener el equilibrio necesario, según sus defensores. Si las partes en el convenio arbitral no han elegido la ley aplicable, o no han llegado a un acuerdo sobre ella, las normas de conflicto que rigen en el Estado donde se asienta el tribunal arbitral serán las aplicables para resolver la controversia que se les ha sometido.*
- b) Responsabilidad de los árbitros. La teoría sincrética afirmará que si adoptamos la mira contractual, la responsabilidad del árbitro se regulará mediante el régimen de los contratos; mas si nos inclinamos por la vía jurisdiccional, será adecuado valorar la responsabilidad equiparándola a la de los jueces.*
- c) Laudo. La teoría intermedia recién reconoce al laudo arbitral carácter jurisdiccional, cuando ha superado el trámite del exequatur, o dicho de otro modo, cuando el órgano jurisdiccional del Estado le otorga carácter ejecutorio”.*

Sobre la naturaleza jurídica en el Ecuador, es necesario traer el criterio del Dr. Ernesto Salcedo Verduga³⁷ que dice:

*“...para mi apreciación personal, el arbitraje ha sido concebido en el Ecuador con **una naturaleza eminentemente procesal**. No es, por tanto, una institución en la que predominan concepciones contractualitas, ni puede ser visto como un sistema totalmente jurisdiccionalista, aunque sin lugar a dudas, participa de ambas características. En efecto, si bien la fase inicial del arbitraje (pacto arbitral, elección de árbitros, etc.) está sometida a la voluntad privada de las partes, una vez que el árbitro designado actúa ya como tal, se convierte en juez, e investido del poder jurisdiccional que le es conferido por la Constitución de la República realiza la función de administrar justicia, la que nace, en consecuencia, por mandato del propio Estado.*

³⁷ Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje La Justicia Alternativa”, Distrilib Editorial 2007, pág.97, Guayaquil- Ecuador.

Esa potestad pública de juzgar, tiene –en la nueva Ley de Arbitraje y Mediación- un pronunciado desarrollo típicamente procesal, que se advierte, incluso, desde el momento mismo en que las partes acuerdan voluntariamente someter sus diferencias al arbitraje. ¿Acaso el convenio arbitral no es otra cosa que la forma de instrumentar el derecho a la defensa jurídica de los derechos transigibles de las partes? Y, ¿quién puede negar que el derecho a la defensa en juicio sea un principio netamente procesal?”.

1.4.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ARBITRAJE.

El arbitraje aparece como un producto de la evolución de la justicia por mano propia (ejemplos de ello son la ley del más fuerte, la venganza privada y la ley del Talión).

Con la aparición de la monarquía primitiva, los reyes empiezan a officiar como jueces y ya no es un tercero el que interviene (cabe citar como ejemplo al rey Salomón y su fallo salomónico).

Podemos afirmar que sus funciones consisten en alcanzar una solución de las controversias en forma más rápida, más pacífica y más confidencial y amigable que en el proceso judicial, se mantienen a través del tiempo. Más aún, tales características no sólo tienen vigencia sino que tienden a acentuarse.

Desde el principio en las relaciones humanas se trató de limitar el empleo de la violencia como medio para solucionar controversias, o dicho de otro modo, como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

Señalan Sara Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón³⁸ que: *“A partir de la Ley de las XII Tablas aparece el procedimiento y la intervención de un magistrado que tiene como misión impedir el ejercicio de la justicia privada a través de la imposición de pactos entre las partes. El establecimiento de una composición pecuniaria fija sustituye a la venganza y constituye como obligatorio un arbitraje que se pronuncia sobre la justicia o la injusticia de los reclamos formulados. Así se controla y encauza la justicia desde los principios mismos del Derecho Romano sin quitarle el carácter voluntario y privado que posee.*

Si bien en el Derecho Romano se diferencia el proceso público del privado, el rasgo peculiar de este último es el que la definición del litigio o controversia se otorga siempre a través de un acto inicial de la parte —al estar involucrado un interés particular—; la decisión de la controversia no se encomienda a un órgano jurisdiccional sino a un órgano privado que las partes eligen o aceptan. Asimismo se comprometen a acatar la decisión en

³⁸ Feldstein de Cárdenas Sara, Leonardi de Herbón Hebe, “El Arbitraje”, Editorial Abeledo Perrot pág.32, Buenos Aires- Argentina.

base a un contrato arbitral, la litis contestatio.

Sin embargo, siguió subsistiendo para las partes la posibilidad de someter sus controversias a un tercero designado de común acuerdo sin intervención de autoridad pública alguna...

El espíritu predominante y la guía de las actuaciones arbitrales era la voluntad de las partes y aun en el procedimiento formulario esa voluntad era sustancial para lograr la decisión del árbitros. La autoridad pública, reiteramos, actuaba para dirigir y controlar el procedimiento privado.

Continúan diciendo “En la Edad Media el arbitraje fue la forma de resolución de controversias por excelencia.

La burguesía encontró en el arbitraje el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. La justicia del monarca, llena de laberintos procesales, lenta y pesada, fue dejada de lado por los nuevos mercaderes.

*Se consolida definitivamente el aspecto jurisdiccional del arbitraje distinguiendo entre **avenidores** que resuelven en derecho, y **arbitradores** que actúan como amigables componedores...*

Al comenzar la Edad Media -con la caída del imperio romano- el rey es reemplazado por el señor feudal quien da protección a sus siervos a cambio del tributo.

Durante el Siglo XVI aparecen las asociaciones comerciales creando para sus socios el arbitraje hasta que unos años más tarde una ley establece la prohibición del arbitraje y la creación de “tribunales de comercio”, esto representa un retroceso en este ámbito.

De ahí que en las primeras legislaciones europeas no se considera valor al derecho de arbitraje. La Revolución Francesa reaccionó contra tales principios y en la Constitución de 1781, llegó a enunciar el derecho de comprometer como uno de los derechos naturales del ciudadano, que no podía ser mermado por el poder legislativo”.

En la Edad Media, hace referencia Jorge Pallares Bossa³⁹ diciendo: “Con la Revolución Francesa de 1789 aparece nuevamente el arbitraje y esto es plasmado en la constitución en la cual se establece el derecho que tienen los ciudadanos de someterse al arbitraje siempre que las partes lo resuelvan así y de manera voluntaria. Las influencias monárquica y de la iglesia son eliminadas y nace un proceso de democratización del derecho que comienza por su estatalización, o sea que el Estado empieza a tener control sobre las distintas actividades de la vida jurídica. Se expide el Código de Napoleón, que se convierte en arquetipo de las codificaciones

³⁹ Pallares Bossa Jorge, “Arbitraje Conciliación y Resolución de Conflictos Teoría, Técnicas y Legislación, Editorial Leyer pág. 171, Bogotá- Colombia.

posteriores. Sin embargo, ese control supone un retroceso del Arbitraje que llega casi hasta la extinción en el continente...

Con la intervención también de Francia, se convocan a nivel internacional las Conferencias de Paz de la Haya de 1899 y 1907, que procedió a crear el Tribunal Permanente de Arbitraje (TPA) que después de un inicio resonante, se fue diluyendo. A esto se han ido adhiriendo varios países europeos, para dar creación a varios convenios internacionales como son, el Protocolo de Ginebra de 1923 y el Convenio, también de Ginebra de 1927, celebrados en la Liga de Naciones y en épocas más recientes tenemos el Convenio de las Naciones Unidas, aprobado en New York en 1958 y el de Estados Americanos en 1975, suscrito en la ciudad de Panamá, al cual se adhirieron los Estados de México, Ecuador, Chile y Brasil”.

Patricio Aylwin Azócar⁴⁰, hace referencia al arbitraje en las legislaciones contemporáneas diciendo:

“A diferencia de lo que ocurría en el pasado, en que las legislaciones contemplaban el arbitraje como una figura procesal extraordinaria y de excepción, podemos advertir que la tendencia actual en derecho comparado dista mucho de aquello, por cuanto la mayoría de los países del mundo han dictado leyes especiales muy completas para regular la institución que nos ocupa, transformando poco a poco al arbitraje en un método de aplicación general para la resolución de controversias. ...”

El Dr. Ernesto Salcedo⁴¹ se refiere al arbitraje en la época actual dice:

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

⁴⁰ Patricio Aylwin Azócar: “El Juicio Arbitral”, Editorial Jurídica de Chile, pág. 71.

⁴¹ Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje La Justicia Alternativa”, Distrilib Editorial 2007, pág.97, Guayaquil- Ecuador

1.5 CLASIFICACION DEL ARBITRAJE.-

Para el estudio del Arbitraje es necesario tomar en cuenta la diversidad de criterios y denominaciones que lo clasifican de diferentes maneras, sin que esto altere su unidad conceptual, pero, por cuestión didáctica se ha tomado en consideración la clasificación que sobre el Arbitraje han realizado Sara Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón⁴², el mismo que se lo ha realizado de la siguiente manera:

1.5.1. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE EN EQUIDAD

1.5.1.1 Arbitraje de derecho: El árbitro iuris o árbitro en derecho dicta su laudo ajustado a las normas estrictas de un derecho determinado, con arreglo a la ley y procedimiento fijado. En este arbitraje se suele exigir que el laudo sea motivado.

1.5.1.2 Arbitraje de equidad: El árbitro "arbitrador o amigable componedor" resuelve ex aequo et bono, es decir según su leal saber y entender a verdad sabida y buena fe guardada, dándole la ley en este caso mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de solución de la controversia.

No porque nos referimos a "un mayor margen de discrecionalidad", quiere decir que debemos puede estar al margen de la ley. Las reglas del debido proceso legal deben mantenerse firmemente al igual que en el proceso ordinario.

En esta modalidad de arbitraje, no suele exigirse que el laudo sea motivado.

1.5.2. ARBITRAJE FORZOSO Y EL ARBITRAJE VOLUNTARIO

1.5.2.1 Arbitraje forzoso: El arbitraje forzoso nace de la decisión del legislador cuando es impuesto para la solución de determinadas cuestiones.

1.5.2.2 Arbitraje voluntario: El arbitraje voluntario o convencional tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes quienes eligen la vía del arbitraje para la solución de sus controversias. Dentro de esta figura cabe desde la previsión arbitral que abarque la totalidad de controversias posibles, hasta la previsión arbitral de temas puntuales.

1.5.3. ARBITRAJE DOMÉSTICO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

1.5.3.1 Arbitraje doméstico: El arbitraje doméstico abarca las

⁴² Feldstein de Cárdenas Sara, Leonardi de Herbón Hebe, "El Arbitraje", Editorial Abeledo Perrot pág.13, Buenos Aires- Argentina.

controversias dentro del marco estatal.

1.5.3.2 Arbitraje internacional: El arbitraje internacional comprende la solución de controversias que exceden el marco de un Estado sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en Estados diferentes; cuando la sede del arbitraje o del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones exceden los límites de un Estado, entre otros posibles.

1.5.4. ARBITRAJE LIBRE O AD-HOC Y EL ARBITRAJE INSTITUCIONALIZADO O ADMINISTRADO

1.5.4.1. Arbitraje libre o ad-hoc: En el arbitraje libre las partes convienen el procedimiento y el Derecho aplicable guardando las garantías básicas. De hecho esta modalidad es más compleja y lenta de llevar a cabo, pero las partes suelen creer que ellas controlan mejor el desenvolvimiento procesal.

Deben distinguirse dos formas en el arbitraje ad-hoc: el estricto, en que las partes establecen su propio reglamento; y el amplio, en que las partes se someten a un reglamento prefijado.

1.5.4.2. Arbitraje institucional o administrado: En el arbitraje institucional las partes convienen dirimir sus diferencias ante instituciones especializadas, con profesionalidad, experiencia y prestigio.

En este caso los centros de arbitraje aportan su organización, que implica desde la infraestructura hasta los profesionales y normas de desenvolvimiento específico.

1.5.5 ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1.5.5.1 Arbitraje Comercial Nacional. o Camaral, es el que se lleva a efecto ante las Cámaras de Comercio y de las de Industrias, otorga a éstas para actuar por medio de la Comisión destinada a ese fin, como árbitros o arbitradores en los conflictos entre comerciantes o industriales, si se someten en compromiso que ante ellas depositen y que puedan formularse por escrito”.

Dentro del Arbitraje Comercial, se encuentra ubicado el Arbitraje en materia de telecomunicaciones, el mismo que de

acuerdo a Hernando Herrera Mercado⁴³, está dividido en tres grupos los mismos que son:

- “1. *El arbitraje y las controversias entre el estado y un operador de servicios de telecomunicaciones.*
2. *El arbitraje y las controversias entre el estado y un operador de servicios de telecomunicaciones referidas al contrato de concesión.*
3. *El arbitraje y las controversias entre los operadores de las telecomunicaciones.”*

1.5.5.2 Arbitraje Comercial Internacional. En el que consideran los tratados internacionales suscritos y aprobados por los gobiernos de los países.

La tendencia internacional actual, demuestra que el arbitraje es más importante que la justicia ordinaria por su capacidad, especificidad y celeridad.

Por ello, sus mayores avances se dan en materia de comercio nacional e internacional, en el que sin duda se encuentra el sector de las Telecomunicaciones, en el cual es necesario contar con soluciones atinadas, realistas y efectivas.

El Arbitraje en el Ecuador es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares, es un procedimiento privado, convencional y oneroso, que surge a partir de la controversia suscitada entre dos partes que celebraron un contrato comercial, en el que se estableció las mismas que deciden que en caso de controversia actual o desacuerdo, debe ser sometida al conocimiento de un tercero llamado Tribunal Arbitral.

Está destinado a resolver una controversia, ya sea existente o futura, susceptible de transacción, en donde el árbitro es un tercero imparcial destinado a resolver la controversia por voluntad de las partes. La solución del conflicto puede recaer en un solo árbitro o en tres árbitros, que poseen las facultades otorgadas por las partes y con las restricciones impuestas por la Ley.

⁴³ Herrera Mercado Hernando, “El Arbitraje en material de telecomunicaciones”, incluido en la Obra “El Contrato de Arbitraje”, Eduardo Silva Romero, Director Académico de la Universidad del Rosario, Editorial Legis, pág. 444, Bogotá- Colombia.

CAPITULO II

EL PROCESO ARBITRAL EN EL ECUADOR

2.1 ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO ARBITRAL EN EL ECUADOR

El procedimiento arbitral en el Ecuador, se lleva a cabo basado en normas y principios del Derecho Procesal, que se aplican al procedimiento judicial y a falta de norma escrita, al sistema procesal arbitral y, contienen las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del debido proceso, el proceso ampara, al mismo tiempo, tanto el interés particular de los litigantes satisfaciendo sus aspiraciones, como el interés de la colectividad mediante la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica.

Como se refiere el doctor Ernesto Salcedo⁴⁴, *“el arbitraje ha sido concebido en el Ecuador con una naturaleza eminentemente procesal. No es por tanto una institución en la que predominan concepciones contractualitas, ni puede ser visto como un sistema totalmente jurisdiccionalista, aunque sin lugar a dudas, participa de las dos características. En efecto, si bien la fase inicial del arbitraje o pacto arbitral, elección de árbitros, prueba, etc. está sometido a la voluntad privada de las partes, una vez que el árbitro designado actúa como tal, se convierte en Juez y está investido del poder jurisdiccional que le es conferido por la Carta Magna de la República, en su Art.190, que le otorga la facultad de administrar justicia, la misma que nace, por mandato del propio Estado.”*

La potestad pública de juzgar, tiene en la nueva Ley de Arbitraje y Mediación una característica netamente procesal, que se advierte, incluso, desde el momento mismo en que las partes acuerdan voluntariamente someter sus diferencias al arbitraje.

En la misma obra el doctor Ernesto Salcedo Verduga⁴⁵ se expresa: *“Al igual que en todos los países latinoamericanos, los antecedentes del arbitraje en el Ecuador se remontan hasta épocas muy antiguas. En la legislación española, antecedente forzoso de la legislación ecuatoriana, pueden encontrarse algunos datos como las Siete Partidas que regían en España desde 1265 y muy especialmente en la Colonia, desde que América fue conquistada. Constan en las Leyes 22 a 35 reglas para las actuaciones de los jueces AVENIDORES y de los árbitros ARBITRADORES, como en ellas se las identifica. Los primeros fallaban con estricta sujeción a derecho, mientras que los segundos dirimían la controversia ciñéndose a su leal saber y entender....”*

⁴⁴ Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje- la Justicia Alternativa”, pág.39, DistriLib Editorial 2007, Guayaquil- Ecuador.

⁴⁵ Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje- la Justicia Alternativa”, pág.41, DistriLib Editorial 2007, Guayaquil- Ecuador

El arbitraje como tal tiene su aparición el 31 de marzo de 1960, con la promulgación del Código de Procedimiento Civil, recopilado por la Comisión Legislativa del Congreso de la República, fue promulgado en el Registro Oficial No. 81 del 8 de diciembre de 1960 y que derogó al Código de Enjuiciamiento Civil de 1918, que en sus artículos no hacía referencia al Arbitraje.

Este Código incluyó por primera vez en sus normativas, la Sección No. 33, del Título II, del Libro II, que hacía referencia al “Juicio de Arbitraje”, el mismo que estuvo vigente hasta 1997, contenía únicamente cláusulas formalistas en que tiene que ver con los requisitos que debía reunir el compromiso arbitral o CLAUSULA COMPROMISORIA, Estas cláusulas fueron derogadas y sustituidas por la Ley de Arbitraje y Mediación, aprobada por el Congreso Nacional el 21 de agosto de 1997 y publicada en el Registro Oficial No. 145, del 4 de septiembre del mismo año, hoy codificada y vigente mediante su promulgación en el Registro Oficial No. 417 del 14 de diciembre del 2006.”

La Ley de Arbitraje y Mediación reconoce el sistema arbitral y la mediación asistida por un tercero neutral, así como la mediación comunitaria, como procedimientos de solución de conflictos en el Ecuador.

La legitimidad del Arbitraje, en el sistema legal ecuatoriano se encuentra reconocido, aceptado y conceptualizado en la Sección Octava de Medios Alternativos de solución de conflictos, Art. 190 de la Carta Magna de la República del Ecuador, aprobada en referéndum, el 28 de septiembre de 2008, que dice: “*Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.*”

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

El arbitraje ha sido reconocido en muchos órdenes del desarrollo económico y social ecuatoriano, así se encuentra conceptualizado en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Ley de promoción y Garantía de las Inversiones, Ley General de Seguros, Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Mercado de Valores; y, por que no decirlo las Empresas dedicadas a la actividad de las Telecomunicaciones también acuden para la solución de sus controversias al arbitraje ajustándose a estos lineamientos legales, evitando el mayor número de complicaciones innecesarias.

Señala además el autor⁴⁶ “*Debe existir expresamente una cláusula en cada contrato en la que los contratantes en caso de controversia renunciando a fuero y domicilio se sujeten a la Ley de Mediación y Arbitraje, dejando constancia así mismo que se someten a la Mediación y Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.*”

⁴⁶ Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje- la Justicia Alternativa”, pág.99, , Distilib Editorial 2007, Guayaquil- Ecuador.

Del mismo modo, las partes deben elegir de mutuo acuerdo, de conformidad con los Art. 2 y 3 de la codificación a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, si el Arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley. Pueden las partes indicar si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Si el laudo 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. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento”.

En el caso de las operadoras cuyo capital accionario esté conformado por más 50% del capital social debe ser citado el señor Procurador del Estado, de conformidad con lo establecido en los Artículos. 2 y 6 de la Codificación 15 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁴⁷ y del Estatuto Orgánico por Procesos y Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado.

Para brindar las facilidades necesarias y en aplicación de la Ley, las Cámaras de la Producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, organizaron centros de arbitraje, han venido funcionando con el registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador. Pero también debido a la proliferación de estos centros y la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley dieron lugar a la cancelación del registro y prohibición de su funcionamiento, quedando únicamente los más organizados del país, ya que éstos deben contar con su propio reglamento y una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen, se puede decir que en la actualidad en la ciudad de Quito, entre otros, los más relevantes Centros de Arbitraje y Mediación que se encuentran funcionando son el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Ecuatoriano- Norteamericana, el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación, la Cámara de Industriales de Pichincha.

⁴⁷ Publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril del 2004, Quito- Ecuador.

Alejandro Ponce Martínez⁴⁸, manifiesta que “*El proceso arbitral en sí, en términos generales, se inicia con la existencia de un convenio arbitral que debe constar por escrito y sujetarse a las normas de procedimiento señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación y a los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, 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, el idioma en el que se desarrollará, el lugar que se fijará para el arbitrajes.*

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él.

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

El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria, pero en la Legislación Ecuatoriana este aspecto no está muy claro, puesto que de acuerdo al Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, una vez emitido el laudo arbitral y antes que se ejecutorie si las partes no están de acuerdo pueden apelar a la Corte Superior, lo que significa que el proceso de aquí en adelante se registrará por la jurisdicción ordinaria.

La demanda en el proceso arbitral debe ser presentada ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio. Los requisitos de la demanda arbitral son:

1. La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone.
2. La identificación del actor y la del demandado.
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión.
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige.
5. La determinación de la cuantía.
6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor.
7. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.

Los requisitos exigidos son similares tanto en el procedimiento civil ordinario, como en el de Arbitraje, en cumplimiento a lo señalado en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil. Pero como requisito indispensable y que lo hace diferente del procedimiento civil es que además, a la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de

⁴⁸ Ponce, Martínez Alejandro “Derecho Procesal Orgánico” pág. 380, Editorial Mendieta, Quito- Ecuador.

éste, las pruebas y la práctica de las diligencias probatorias al momento de presentar la demanda o la contestación a la demanda que justifiquen lo aducido en la misma.

El Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁴⁹, determina los requisitos que debe reunir la demanda de arbitraje para ser calificada y los detalla de la siguiente manera:

“Art. 10.- La demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio. La demanda contendrá:

1. *La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone.*
2. *La identificación del actor y la del demandado.*
3. *Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión.*
4. *La cosa, cantidad o hecho que se exige.*
5. *La determinación de la cuantía.*
6. *La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor.*
7. *Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.*

Se deberán, además, cumplir los requisitos señalados en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil. A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste.

Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.

Al considerar entre los requisitos de la demanda también los exigidos por el Código de Procedimiento Civil⁵⁰ para la jurisdicción ordinaria, se está refiriendo la Ley a aquellos documentos que son necesarios para la representación legal de una persona jurídica o una persona natural incapaz; y, que en tratándose de un arbitraje comercial en el que deben intervenir las personas naturales en representación legal de una persona jurídica, son indispensables y comprenden los siguientes documentos:

- 1.- El poder para intervenir en el juicio, cuando se actuare por medio de apoderado;
- 2.- La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz;
- 3.- La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora;
- 4.- Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y,
- 5.- Los demás documentos exigidos por la Ley para cada caso.

⁴⁹ Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre del 2006, Quito- Ecuador.

⁵⁰ Codificación del Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial No. 58, de 12 de julio del 2005, Quito- Ecuador.

La presentación de pruebas es uno de los aspectos sustanciales y diferenciales del proceso arbitral, que lo hace único, deben ser presentadas con la demanda, pero para que el tribunal designado tenga mayor conocimiento del asunto a resolver y tenga mayores elementos de convicción, a decisión el tribunal o a petición de parte pueden ser solicitadas las pruebas necesarias en cualquier etapa del proceso, antes de la expedición del laudo arbitral, como diligencia para mejor proveer. Así lo manifiesta el Art. 23 de la Codificación a la Ley de Arbitraje y Mediación⁵¹ del Ecuador que dice:

“Diligencia para mejor proveer

Art. 23.- Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora”.

La demanda dirigida al Director del Centro de Arbitraje y Mediación que hayan elegido las partes en la cláusula convencional, una vez calificada, mediante auto se ordena citar al demandado que al igual que en el proceso civil, se lo notifica en persona o mediante boletas, dándole 10 días término para que conteste la demanda y la reconvenición en caso de que lo hiciera. Contestada la misma, mediante auto se convoca a las partes para que asistan a la Audiencia de Mediación y se nombra un mediador para que se encargue de la controversia.

En la audiencia pueden intervenir las partes, sus apoderados o representantes y pueden concurrir con sus abogados defensores. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el Director del Centro de Arbitraje quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, si las partes luego de una o dos sesiones máximo llegan a un acuerdo se firma acta de acuerdo de mediación en la cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes. El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio.

En caso de que en la cláusula convencional se pactare que el arbitraje es independiente, si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes, convocan a las partes para que tenga lugar la audiencia de mediación para que cada una de ellas exponga sus aseveraciones y en caso de llegar a un avenimiento, se da por terminada la contienda legal. El arbitraje independiente prácticamente no ha tenido aceptación general en Ecuador.

En el caso contrario, si no se avienen las partes, se firma el acta de imposibilidad de mediación y se convoca a las partes para el sorteo del Tribunal Arbitral, de conformidad con lo establecido en el Art. 17 de la Ley de Arbitraje y

⁵¹ Codificación a la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No, 417 de 14 de diciembre de 2006, Quito- Ecuador.

Mediación, el mismo que legalmente constituido debe calificar la demanda y mandar a citar a la otra parte, debiendo practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, para la contestación de la demanda.

La designación de los Miembros del Tribunal, se realiza conforme lo establecido en la cláusula arbitral del contrato firmado por las partes, en caso de que no se hayan fijado las condiciones para la designación de árbitros, es el Centro de Arbitraje y Mediación que envía a las partes un listado en el cual constan los nombres de los señores árbitros calificados por el Centro de Mediación.

Este es otro aspecto que hace diferente al arbitraje de la administración de justicia ordinaria, puesto que la designación de un Juez o la persona designada por ley, para conocimiento de la causa no se hace a voluntad de las partes en conflicto, sino que designa expresamente la Sala de Sorteos de la Función Judicial.

En cambio en arbitraje, si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el Director del Centro de Arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

Cuando han sido sorteados los árbitros para dirimir el conflicto, el Director del Centro de Arbitraje y Mediación, los convoca para su nombramiento y posesión ante el Presidente del Centro, quedando conformado el Tribunal Arbitral legalmente constituido **en un acta de audiencia de constitución, posesión y designación del Presidente del Tribunal Arbitral**, se fija la fecha para audiencia de sustanciación.

El presente análisis demuestra un balance acentuadamente procesal del sistema arbitral ecuatoriano, que no contradice su origen convencional, ni obstaculiza su carácter también jurisdiccional, puesto que los árbitros al administrar justicia, actúan como verdaderos jueces, pues la función de juzgar, tiene una innegable naturaleza pública que se proyecta sobre quienes tienen la responsabilidad de ejercerla, sin hacer distinción entre si son jueces de la justicia ordinaria o árbitros, toda vez que esa naturaleza intrínseca no varía por el solo hecho de que uno u otro la ejerciten, tanto más cuanto que hoy en día, el Art. 5 del Código de Procedimiento Civil codificado⁵², reconoce expresamente que la facultad de administrar justicia, cuando dice:

“Art. 5. Jurisdicción ordinaria.- La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución Política de la República y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas”, es decir, la jurisdicción, la potestad

⁵² Corporación de Estudios y Publicaciones, Código de Procedimiento Civil, actualizado a septiembre de 2008. Art. 5, pág. 2, Quito – Ecuador.

de componer controversias inter partes, pertenece por igual tanto a los jueces como a los árbitros.

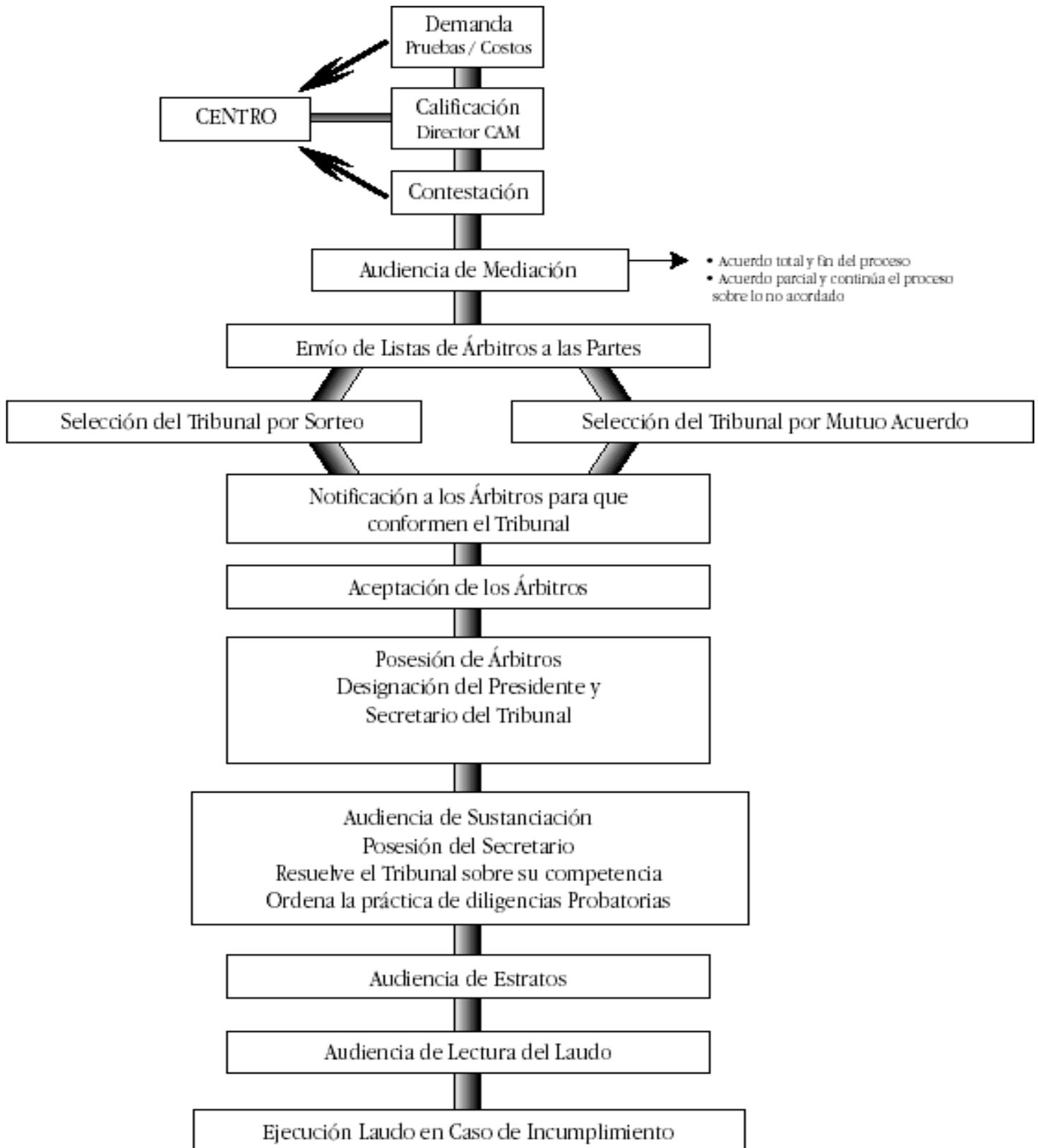
En la **audiencia de sustanciación** el Tribunal Arbitral designado se declara competente para conocer la causa, se posesiona el Secretario y en auto se ordena la práctica de las pruebas solicitadas tanto en la demanda como en la contestación y reconvencción. Una vez practicada la Audiencia, desde esta fecha el Tribunal tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo, así lo determina expresamente la Ley de Arbitraje y Mediación, en el Artículo 25.

Una vez practicadas las diligencias probatorias el Tribunal señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos en **audiencia de estrados** si es que lo solicitan.

Las partes deben conocer del contenido del laudo en **audiencia de lectura del laudo**, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes.

Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero pueden aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes.

Para clarificar el procedimiento del arbitraje, es necesario acudir al organigrama estructural del procedimiento arbitral, tomado de la página web de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana.



2.2 EL LAUDO ARBITRAL.

El Doctor Ernesto Salcedo Verduga⁵³ dice: “*El laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone término al proceso arbitral, resolviendo en forma definitiva la controversia que las partes sometieron a su conocimiento. Tanto por su contenido formal como por el sustancial, el laudo equivale a una verdadera sentencia y, por esta razón, su alcance y efecto son idénticos*”. El mismo que debería poner fin a la contienda legal ya que tiene la misma calidad de la sentencia dictada por los jueces ordinarios.

Jorge Pallares Bossa⁵⁴ dice: “*La decisión que producen los árbitros tanto en derecho como en equidad o técnico, se denomina Laudo Arbitral. También se conoce con el nombre de Sentencia Arbitral, por cuanto no solo formalmente sino en su contenido es esencialmente idéntica a la sentencia proferida por los jueces ordinarios*”.

Al darle al lado arbitral la calidad de sentencia es necesario acudir a lo expresado por el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano que en su Art. 269 da una clara definición de sentencia, diciendo:

Art. 269.- Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”.

El laudo, sea en derecho o sea en equidad, teniendo las mismas características que la sentencia dictada por un juez de jurisdicción ordinaria, deberá ser sustentado en legal y debida forma, por lo tanto contener todos los requisitos de orden y estructura que se exigen a una sentencia, es decir deberá tener una parte de encabezamiento que de acuerdo al Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano se encuentra descrito en el Art. 287 que señala:

“Art. 287.- Contenido de tiempo y formalidades.- Las sentencias, autos y decretos, contendrán la fecha y hora en que fueron expedidos y la firma de los jueces que los pronunciaron”.

Con respecto a las formalidades de la sentencia, Emilio Velasco⁵⁵ en su obra Sistema de Práctica Procesal Civil, en el tomo 4, de Teoría y Práctica del juicio ordinario, se expresa así de los requisitos formales:

“Nuestro Código de Procedimiento Civil no prescribe para la sentencia una forma especial, sino que ha de observarse lo que dispone el Art. 278 del Código de Procedimiento Civil, (actual 287 del CPC codificado) que da una norma general para que la decisión del juez sea en auto, decreto o sentencia: pero lo que más debe cuidar el juzgador es la claridad del fallo sobre los puntos que sean materia de la

⁵³ Salcedo Verduga Ernesto, “ El Arbitraje La Justicia Alternativa”, Segunda Edición Actualizada, pág. 257, Distrilib Editorial 2007, Guayaquil- Ecuador.

⁵⁴ Pallares Bossa Jorge, “Arbitraje conciliación y Resolución de Conflictos, Teoría, Técnicas y Legislación”, pág. 208, Editorial Leyer, Bogotá- Colombia.

⁵⁵ Velasco Emilio, “Sistema de Práctica Procesal Civil”, Teoría y Práctica del juicio ordinario, Tomo 4, pág. 300, Editores S.A. PUDELECO, 1996.

resolución; y además el juez está en la obligación de fundarse en la ley y en los méritos del proceso: y a falta de ley, el juez se fundará en los principios de justicia universal; insiste el Art. 279 del mismo Código que los decretos, autos y sentencias expresen con claridad lo que el juez manda o decide, y, que no debe hacerse uso de frases oscuras o indeterminadas como “ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide, etc.”; entre estos ejemplos podríamos incluir muchos más que se emplean en la jerga judicial como “estese a lo ordenado”, se deja a salvo el derecho de la parte para mandar lo que tuvieran por bien términos éstos que están prohibidos por el mencionado Art. 280 del mismo Código que ordena que en sentencia y en los Arts. Que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal se exprese el asunto que va a decirse y los fundamentos o motivos de la decisión; y prohíbe a los jueces y magistrados decidir por la mera referencia a un fallo anterior, lo que quiere decir que en segunda instancia y en la Corte de Casación, deberá cumplirse con todos los requisitos formales de la sentencia, tal como lo cumplen los jueces de primera instancia.”

Obedeciendo a la norma procesal y tomando en cuenta el criterio del autor, en el laudo al igual que en la sentencia, debe constar el resumen de los antecedentes, sujetos y hechos que se encuentran en el proceso las pretensiones del actor y las excepciones del demandado y los principales aspectos procesales ocurridos durante el trámite.

El legislador le da al laudo arbitral, la calidad de solemne y para que se configure esta solemnidad, debe sujetarse a lo descrito en los Arts. 26 y 27 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, que dicen:

Art. 26.- El laudo y demás decisiones del Tribunal se expedirán por mayoría de votos. Las resoluciones deberán firmarlas todos los árbitros; el que no estuviere conforme con la opinión de los demás anotará su inconformidad a continuación de la resolución anterior y consignará su voto salvado, haciendo constar sus fundamentos.

Firma de los árbitros

Art. 27.- Si uno de los miembros del tribunal se rehusare o estuviere inhabilitado para firmar el laudo o cualquier otra providencia o resolución, el secretario anotará este particular y firmarán los demás, sin que esta circunstancia anule o vicie la resolución.

La Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana le proporciona al laudo también la calidad de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, por lo tanto de irrevocable, definiéndolo de la siguiente manera:

“Ejecución del laudo

Art. 32.- Ejecutoriada el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el

director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

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

Como lo explica el Dr. Salcedo Verduga⁵⁶ “*La cosa juzgada como institución admitida en el proceso arbitral, tiene límites, de carácter objetivo y subjetivo.*

a) *Objetivos: Están representados por la cosa o hecho que se demanda y por todas aquellas excepciones que debió oponer el demandado. Es decir, que el laudo solo adquiere autoridad de cosa juzgada cuando decide sobre las pretensiones presentadas al tribunal o que debieron ser planteadas como defensas en el proceso de que se trata.*

Otro aspecto del límite objetivo está dado por el hecho de que la parte del laudo que hace cosa juzgada es solamente la parte resolutive, excluyéndose los razonamientos utilizados en la parte motiva para fundamentarlo, sin perjuicio de su valoración como elementos importantes para la interpretación de fallos oscuros o insuficientes.

b) *Subjetivos: Se refieren a las personas sometidas a la decisión arbitral que hace cosa juzgada, quienes no pueden desconocer su eficacia.*

c) *La cosa juzgada en principio comprende solamente a quienes son las partes interesadas en el proceso arbitral.”*

La práctica ha demostrado que el laudo arbitral no tiene precisamente la calidad de “*de ejecución inmediata*”, como se lo expresa en el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, puesto que como se señala, la parte interesada una vez ejecutoriado el laudo puede pedir a **los “ jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada”**, quedando por consiguiente, la decisión de los árbitros supeditada arbitrio de un Juez de lo Civil, puede decirse entonces que es aquí donde el arbitraje pierde su imperium, supeditando el laudo a la justicia ordinaria que lo ha de volver lento y engorroso.

De acuerdo con la doctrina, en virtud del papel preponderante de la voluntad de las partes en el arbitraje, "el criterio de la temeridad no puede sobreponerse al del pacto" sobre el pago de las costas. En tal caso, deberá acogerse lo pactado por las partes en el convenio arbitral.

⁵⁶ Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje La Justicia Alternativa”, Segunda Edición Actualizada, página 271, Distrilib Editorial 2007, Guayaquil- Ecuador.

El laudo arbitral, una vez que deviene ejecutoriado y con efecto de cosa juzgada, se convierte en título apto para ser ejecutado del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin necesidad de homologación judicial.

Por otra parte es necesario recalcar que, en cuanto a la efectividad del laudo arbitral se ha encontrado un gran vacío de la Ley de Arbitraje y Mediación, puesto que no consta en ella ningún artículo que ponga fin de raíz al conflicto, dejando entreabierto la posibilidad de que éste siga otro curso que no está establecido y así expresamente se manifiesta diciendo:

“Art. 30.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley”.

Vale la pena señalar que en Arbitraje la Ley es clara al establecer que no es susceptible de recurso alguno, pero que el recurrente puede solicitar la ampliación o de aclaración que en modo alguno signifiquen un pretexto para modificar, alterar o revocar el laudo arbitral. Los árbitros no pueden rebasar sus facultades y por lo mismo, no les corresponde cambiar el fondo de la decisión tomada.

Se puede determinar que tanto en arbitraje como en el proceso civil ordinario, el sentido de la Ley es el mismo y así lo determina el Código de Procedimiento Civil cuando dice:

Art. 281 del C.P.C.: "El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días".

Art. 282 del C.P.C.: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas".

La diferencia radica que en el procedimiento civil están bien definidas las atribuciones del juez en caso de incumplimiento, el juez de la justicia civil ordinaria cuenta con los medios coercitivos necesarios para obligar al vencido a cumplir las sentencias de condena; las atribuciones que tienen los jueces para ello forman parte del poder jurisdiccional, frente al demandado renuente, el juez tiene a su servicio la fuerza legal para que sus decisiones sean obedecidas. Es la llamada fase de apremio o ejecución forzosa de las sentencias.

La Ley de Arbitraje y Mediación otorga al laudo un valor equivalente al de la sentencia dictada dentro de un proceso judicial, con iguales efectos de

ejecutoriedad y de cosa juzgada, a los árbitros -en su condición de jueces-solo se les concede la posibilidad de "juzgar", pero no de "hacer ejecutar lo juzgado", es decir carecen de "imperium" ya que en todo caso (cuando se produce incumplimiento de una de las partes a lo ordenado en el fallo), la ejecución del laudo está siempre atribuida a los "jueces de la justicia ordinaria".

2.3 ACCION DE NULIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES.- ALCANCE Y REPERCUSIÓN.-

La Ley de Arbitraje y Mediación codificada, en el Art. 30, claramente expresa:

*“Art. 30.- Inapelabilidad de los laudos.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje **SON INAPELABLES**, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes...”*

Con la descripción de este artículo, la ley cumple con todos los presupuestos legales, hasta aquí queda demostrada la agilidad, eficiencia y transparencia de la Ley, es entonces que antes de que se ejecutorie el laudo las partes pueden reclamar la nulidad del laudo arbitral.

En el Ecuador la nulidad del Laudo Arbitral no es un recurso, es una acción; tampoco es una segunda instancia, ni siquiera, antes de la reforma de febrero del 2005, llamaba "recurso" a la que hoy denomina acción de nulidad, para interponer la acción de nulidad del laudo, ésta debe fundamentarse necesariamente en una o varias de las causales que con carácter taxativo constan determinadas por el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que dice:

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

- a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;*
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;*
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;*
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,*
- e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.*

*Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo **Presidente de la Corte Superior de Justicia**, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad*

presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite.

Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte.

El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación”.

En la práctica, si se presenta en el proceso arbitral alguna irregularidad que vicie su trámite, pero que no está taxativamente señalada como causa de nulidad del laudo por el art. 31 de la Ley, no se podrá plantear la acción de nulidad sin correr el riesgo de que sea declarado infundado, lo cual limita el objetivo del recurso que es el de garantizar que el fallo arbitral se haya dictado de conformidad con la voluntad de las partes y respetando sus derechos dentro del procedimiento arbitral.

La Ley de Arbitraje y Mediación, no hace ninguna referencia al procedimiento que ha de seguirse en la Corte Superior una vez que se ha propuesto la acción de nulidad del laudo arbitral, simplemente se limita a enunciar que podrá “*interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo **Presidente de la Corte Superior de Justicia**, (actualmente denominada Corte Provincial de Justicia⁵⁷) en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió”.*

De la nulidad del laudo arbitral, a más de estos artículos nada dice la Ley de Arbitraje y Mediación al respecto, demostrándose que tiene vacíos de fondo a partir de esta instancia, que en la práctica han dado lugar a que se creen muchas interrogantes cuando el arbitraje en su concepción fue tomado como la mejor alternativa para dar agilidad a la justicia.

Se crearon dudas con respecto al mismo Tribunal que dictó el laudo, que si debería o no demandárseles a los Miembros del Tribunal Arbitral; se ha hecho camino al andar, la práctica ha demostrado que de las sentencias que ha dictado la Corte Superior, actual Corte Provincial, que en materia de telecomunicaciones son relativamente pocas, se ha determinado que la demanda no procede en contra de los Miembros del Tribunal Arbitral miembros, sino en contra del laudo que emitieron.

Se crearon también dudas con respecto al trámite que debía dársele, bien ordinario o bien especial como en efecto lo es; al ser ordinario, se lo tomó como primera instancia, volviéndose el proceso engorroso y burocrático como todos los de jurisdicción ordinaria, al seguir esta vía los procesos han tenido que dar un largo

⁵⁷ Constante en la Sección Cuarta de Organización y Funcionamiento de la Función Judicial, Art. 178, de la Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, Quito-Ecuador.

recorrido por la Presidencia de la Corte Superior, para luego ir como segunda instancia a una de las Salas de la misma Corte Superior.

La Ley de Arbitraje y Mediación, no complementa en su articulado que sigue a más de la acción de nulidad, por ello en la práctica se ha optado por adoptar la acción como primera instancia la Corte Provincial de Justicia, constituye y siguiendo el proceso ante una de las Salas de la Corte Provincial como Segunda Instancia, pero es necesario recordar que esta acción no es un recurso y que debe ser tramitado en una sola instancia que teóricamente no debe pasar de 30 días, pero se ha observado que en varios laudos emitidos por una de las Salas de la Corte Provincial de Pichincha, (anteriormente denominada Corte Superior) se ha optado como primera instancia en la tramitación de la acción de nulidad del laudo arbitral y como segunda instancia la apelación ante una de las Salas de la Corte Provincial de al amparo de lo señalado en el Art. 24 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que dice:

“Art. 24.- En las Cortes Superiores, integradas por dos o más Salas, cada una de ellas ejercerá, en los asuntos que le hayan correspondido en suerte, las atribuciones expresadas en los ordinales 2.-, 3.- y 6.- del artículo anterior; las atribuciones de los ordinales 1.-, 2.-, 4.- y 7.- de la misma disposición, y las demás, corresponden a todo el Tribunal. Cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, la segunda instancia será de competencia de la Sala a la que no pertenece el Presidente, o a la que le corresponda por sorteo, si existieren más de dos Salas, sin tomar en cuenta la del Presidente. Si existiere una sola Sala, para la segunda instancia intervendrá el conuez correspondiente.”

Es preciso tomar en cuenta el comentario que con respecto al sistema arbitral ecuatoriano realiza el Dr. Ernesto Salcedo⁵⁸ que dice: *“En definitiva pienso que debe observarse y analizarse el sistema arbitral ecuatoriano desde una perspectiva que, aún reconociendo su naturaleza eminentemente procesal, no soslaye o menoscabe sus complejas características de institución que, si bien es convencional, en su origen, tiene como propósito esencial y público el de administrar una justicia efectiva y sin dilaciones, satisfaciendo de esta manera el interés individual que busca tal seguridad jurídica y al mismo tiempo, el interés de la sociedad al garantizar a ésta que el proceso arbitral es un medio idóneo para conseguir la efectiva tutela del Derecho; es decir, que nos encontramos ante un sistema cuyos efectos jurídicos tienen un alcance que va más allá de la sola voluntad de las partes y de simple actividad procesal, y, que por lo mismo, reclama un análisis conjunto de la pluralidad de sus elementos para ubicarlo en el lugar exacto que le corresponde a nuestro ordenamiento legal”.*

La nulidad como acción nada tiene que ver con el recurso de apelación que transfiere al órgano judicial superior por competencia para conocer la controversia

⁵⁸ Salcedo Verduga Ernesto, “El Arbitraje- la Justicia Alternativa”, pág.100, Distilib Editorial 2007, Guayaquil- Ecuador.

en el fondo y en la forma. Le está prohibido a la justicia ordinaria, buscar más allá del contenido del mencionado artículo 31 de la Ley, cual es examinar el fondo de la controversia ya decidida por los árbitros. La acción de nulidad se dirige a analizar si el procedimiento arbitral se ha conducido ajustado a la voluntad de las partes, a la legalidad vigente y a los principios constitucionales del debido proceso, es decir que se trata de un control de la formalidad del arbitraje, no de su fondo.

Peor aún cuando una vez que se confirma el fallo venido en grado y en una de las Salas de la Corte Provincial se desecha la demanda, el actor viéndose vencido interpone recurso de casación, éste se convierte en un trámite ilegal, porque la acción de nulidad de se agota en sí misma ante la Corte Provincial de Justicia.

Pero estos vacíos ocasionados por la Ley se van subsanando con respecto a la nulidad los laudos arbitrales, se van despejando ya las dudas que existían en un comienzo, así se están ya manifestando las propias sentencias de la Corte Suprema de Justicia, que establecen que el acudir a la Función Judicial Ordinaria, constituye un procedimiento de revisión sobre el cumplimiento de las formalidades de forma, más no en cuanto a la decisión del Tribunal Arbitral en el Laudo, y peor aún si se acude ante la Corte Suprema de Justicia (hoy denominada Corte Nacional) que rechaza los Recursos de Apelación y Casación sobre la nulidad del Laudo Arbitral.

La Corte Suprema⁵⁹ en uno de sus fallos señaló que la instancia de revisión judicial 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 potestad pública de administrar justicia, haya cumplido y observado las normas atinentes a la materia, mismas que son de orden público y por tanto deben ser respetadas, bajo pena de nulidad de 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 establecido de una instancia judicial. En virtud de la Ley de Arbitraje y Mediación no se señala un trámite especial para esta clase de acciones, de conformidad con el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil, corresponde tramitárselas por la vía ordinaria.

También la Corte Suprema se ha manifestado con respecto al Recurso de Casación que erróneamente se han interpuesto en las acciones de nulidad de laudo arbitral diciendo que el recurso de casación procede contra sentencias y autos que pongan fin a los procesos de CONOCIMIENTO, dictados por las Cortes Superiores, por los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el Art. 2 inciso primero de la Ley de Casación, al igual que las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

La acción de nulidad del laudo arbitral ante la Corte provincial no es un proceso de conocimiento.

⁵⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, de lo Civil y Mercantil, de 15 de julio de 2008.

CAPITULO III

EL ARBITRAJE COMERCIAL EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

EN EL ECUADOR

3.1. CLASIFICACION DEL ARBITRAJE EN TELECOMUNICACIONES.

En el Ecuador se ha desarrollado en materia de telecomunicaciones el arbitraje comercial nacional o camaral es el que se lo viene ejecutando ante las Cámaras de Comercio y de las de Industrias, con árbitros o arbitradores en los conflictos entre las Operadoras de Telecomunicaciones o entre éstas y el Estado, si se someten al arbitraje que las partes pacten con arreglo a la Ley de Arbitraje y Mediación y que previamente conste la cláusula compromisoria del convenio arbitral.

La cláusula compromisoria se encuentra incluida inclusive en los contratos o convenios suscritos por las entidades del sector público mediante la cual en caso de controversia las partes se someten a la decisión de un tercero denominado árbitro y *corresponde a éste el conocimiento de los reclamos que se refieren a las relaciones jurídicas que tienen por fuente el contrato.*

La misión que corresponde a los árbitros y a los tribunales arbitrales siempre está presente el deber de decir el derecho y el establecer justicia conforme parámetros establecidos para el mismo, determinando quién tiene la razón o la mayor parte de ella en la controversia que debe superarse mediante el pronunciamiento de un tercero imparcial y o doctrinariamente conocido como amigable componedor.

Hernando Herrera Mercado⁶⁰, se refiere al arbitraje en telecomunicaciones diciendo:

“Siendo incuestionable la relevancia de las telecomunicaciones en la civilización contemporánea, será una conclusión de puño advertir que el marco jurídico que delimita tal sector entraña un factor imprescindible para su desarrollo. Lo propio tiene lugar tratándose de sus sistemas de resolución de controversias, ya bien sean estos esquemas, los tradicionales o judiciales, o los denominados”...

“Desde el punto de vista analítico, hemos entonces pensado en dar paso al análisis de los que bien podría ser llamada la jurisprudencia arbitral en el campo

⁶⁰ Herrera Mercado Hernando, “El Contrato de Arbitraje”, incluida en la obra de Eduardo Silva, Universidad del Rosario, Colombia, pág. 444.

de las telecomunicaciones, con miras a tratar de identificar algunos rasgos distintivos de estos precedentes arbitrales. Siendo esta la cuestión previa, la descripción del plan a desarrollar se circunscribe a disponer de un marco orientador que de alguna forma tipifique los principales escenarios de controversia en el sector de las telecomunicaciones”.

Del criterio dado por el autor es importante destacar la clasificación que realiza de los conflictos que se presentan en el sector de las telecomunicaciones y que es importante destacar:

(I) CONTROVERSIAS ENTRE EL ESTADO O SUS ORGANISMOS REGULADORES Y UN OPERADOR DE SERVICIOS DE LAS TELECOMUNICACIONES

Entenderemos que dichas disputas están necesariamente ligadas a los actos jurídicos o títulos habilitantes por medio de los cuales el Estado, teniéndose como propietario exclusivo del espectro radio eléctrico, adjudica la explotación o uso de dicho bien; igualmente estas controversias están vinculadas con la ejecución misma de tales contratos de concesión; o por último, constituyen eventos en los cuales existe litigio respecto a la expedición de una medida administrativa de carácter regulatorio que de alguna forma afecte a un determinado operador”

Es necesario destacar que en este punto los conflictos que surjan entre el Estado a través de sus organismos reguladores y el operador de las telecomunicaciones están regidos bajo el **principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas**, que consiste en que al Estado revestido de todas las potestades públicas, no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos. Este es el fundamento del principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, el cual no impide que la validez del acto sea controvertida, siempre y cuando se cumplan los mecanismos procesales establecidos por la Ley.

A la justicia arbitral solo le corresponde la administración sobre los asuntos susceptibles de transacción; por lo tanto los tribunales arbitrales no pueden resolver los asuntos en los cuales se encuentren involucrados el orden público y el ejercicio de potestades estatales, entre ellas el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo de carácter regulatorio. En consecuencia, será la jurisdicción contenciosa administrativa la facultada para resolver de manera exclusiva y excluyente los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos, facultad que tiene el carácter de intransferible, al decir de la jurisprudencia constitucional y administrativa.

Las controversias surgidas entre el Estado o sus Organismos Reguladores y un Operador de servicios de las telecomunicaciones pueden surgir bajo dos modalidades:

- Las controversias entre el Estado y un operador, referidas a la

regulación.

- Las controversias entre el Estado y un operador, referidas al contrato de concesión.

1.1 EL ARBITRAJE Y LAS CONTROVERSIAS ENTRE EL ESTADO Y UN OPERADOR, DE SERVICIOS DE LAS TELECOMUNICACIONES, REFERIDAS A LA REGULACIÓN.

*“Se hace evidente un conflicto nacido u originado a partir de la decisión regulatoria que adopta un organismo estatal encargado de dictar la política pública en materia de telecomunicaciones y en tal sentido, que su acto posea una especial aceptación a un operador que puede mostrarse renuente o en ciernes de controversia frente a la medida adoptada. Se pregunta entonces si este tipo de controversia podría someterse a conocimiento, trámite y decisión por parte de un tribunal de arbitramento. Es más que evidente que el ejercicio de regulación pública está amparado y supone la summa potestas del Estado: por tanto, aparejando el criterio jurisprudencial sobre la materia, se advierte fácilmente que las controversias surgidas entre un operador y un organismo regulador, supóngase por ejemplo la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, con ocasión del posible cuestionamiento de la legalidad de un acto administrativo regulatorio, no pueden ser objeto de pronunciamiento arbitral”.*⁶¹

De lo expuesto por el autor, es claro que el Tribunal Arbitral no tiene competencia para juzgar un asunto referente a un acto administrativo, no le está permitido analizar y emitir su juicio sobre aspectos que atañen la legalidad del acto administrativo de carácter regulatorio, ésta es potestad exclusiva del Estado.

Los conflictos más comunes que se dan entre el Estado y las operadoras de telecomunicaciones se refieren a:

- 1) Renta básica y tarifas.
- 2) Cambio de sistema de facturación del minuto al segundo.
- 3) La posible acumulación de saldos de tarjetas de prepago y su plazo de caducidad.
- 4) Ampliación del servicio de telefonía pública.
- 5) Reducción de las tarifas de larga distancia nacional e internacional.
- 6) Expansión del servicio telefónico en el interior del país.
- 7) La innovación tecnológica y del servicio.

1.2 EL ARBITRAJE Y LAS CONTROVERSIAS ENTRE EL ESTADO Y UN OPERADOR DE SERVICIOS DE LAS TELECOMUNICACIONES, REFERIDAS AL CONTRATO DE

⁶¹ Herrera Mercado Hernando, “El Contrato de Arbitraje”, incluida en la obra de Eduardo Silva, Universidad del Rosario, Colombia, pág. 444.

CONCESIÓN.

Los contratos de concesión son los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público o la construcción, explotación, o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del Operador y bajo la vigilancia o control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contra prestación que las partes acuerden.

(II) CONTROVERSIAS ENTRE LOS OPERADORES

Son los conflictos que surgen entre competidores u operadores que prestan diferentes servicios de telecomunicaciones, Los operadores en el sector de las telecomunicaciones son las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, responsables de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de una autorización o concesión o por ministerio de la Ley, o por la relación existente a través de un contrato de interconexión.

El contrato de Interconexión, surge del acuerdo de voluntades en virtud del cual el operador establecido y el solicitante permiten el enlace o interconexión de sus redes de telecomunicaciones, fijando sus derechos y obligaciones y las reglas de carácter legal, técnico y económico que regirán la relación comercial.

Hernando Herrera Mercado⁶² se refiere de la siguiente manera al hablar de las controversias que surgen entre los operadores de las telecomunicaciones con relación a los contratos de interconexión:

*“En la actualidad no existe una controversia tan cotidiana entre los operadores que prestan servicios de telecomunicaciones como las relacionadas con los llamados **contratos de interconexión**. Para entender completamente el concepto de interconexión, conviene traer a colación su identidad. En primera instancia, se puede mencionar que dicho contrato gira en torno a la posibilidad de que un operador pueda utilizar la infraestructura técnica u operativa de otro, es decir, su red de telecomunicaciones.*

La red de telecomunicaciones se puede definir como un conjunto de canales,

⁶² ⁶² Herrera Mercado Hernando, “El Contrato de Arbitraje”, incluida en la obra de Eduardo Silva, Universidad del Rosario, Colombia, pág. 444.

circuítos y en particular, de dispositivos de conmutación que proporcionan conexiones entre dos o más puntos definidos para facilitar la telecomunicación entre ellos. Entonces, bien puede anotarse que constituye red de telecomunicaciones toda instalación que asegure la transmisión de señales de telecomunicación representativas de una información, así como el envío de señales de mando y de gestión asociadas a aquella señal.

Igualmente, en materia jurídica bien puede anotarse que la red de telecomunicaciones es la infraestructura (pública) de telecomunicaciones que permite la transmisión de señales entre terminales de red definidos, ya sea por cables u ondas hertzianas, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos.

*Ahora bien, como puede ya suponerse, el sistema mediante el cual se impone a todos los titulares de redes abiertas al público la necesidad de compartir su infraestructura, se denomina **interconexión**. Este paradigma del actual esquema de las telecomunicaciones, persigue por un lado, evitar la creación de infraestructuras duplicadas permitiendo a los operadores ofrecer servicios sin limitaciones a través de redes ajenas y, por otro lado la unión de las diversas redes con el fin de servir al interés público asegurando la unidad funcional plenamente operativa desde la perspectiva del usuario final. Con lo que sobre este último particular, tendremos que cada una de las redes pertenecientes a distintos titulares, une a todos los usuarios entre sí.*

A la luz de tal acepción, resulta evidente colegir que la interconexión liga dos tipos de sujetos, a los operadores que solicitan la misma y a los operadores a quienes se les impone la obligación de interconectarse. Así mismo, en los precitados contratos de interconexión han sido instauradas cláusulas compromisorias que tienen como finalidad primordial lograr que las controversias surgidas con ocasión del arriendo de redes y servicios de telecomunicaciones, se ventilen ante la justicia arbitral. Estos conflictos pueden estar referidos al negocio jurídico como tal; a los derechos y obligaciones de los operadores solicitantes o interconectantes con respecto al acceso, uso e interconexión de sus redes de telecomunicaciones; o a las condiciones de carácter legal, técnico, operativo y económico que gobiernan el acceso, uso e interconexión de las redes”.

De esta manera se puede determinar que los conflictos más comunes que surgen entre los operadores de telecomunicaciones son los siguientes:

- 1) Conflictos que surgen para el cobro de tarifas de interconexión y roaming.
- 2) Por interpretación en el cumplimiento de las condiciones contractuales.
- 3) El riesgo de intervenir en un sector tradicionalmente operado por los gobiernos.
- 4) Problemas relativos al paso del sistema analógico al digital y la definición del nicho de mercado para efectos de competencia económica.
- 5) La complejidad de enfrentar juicios de diversas jurisdicciones, particularmente en cuestiones en que se pone en duda la arbitrabilidad de la materia cuando intervienen autoridades administrativas y concesiones estatales.

(III) CONTROVERSIAS ENTRE LOS OPERADORES Y TERCEROS

Son los conflictos que se originan entre los operadores de telecomunicaciones y los comercializadores de sus servicios. Pueden provocarse en torno a la naturaleza contractual del contrato, por los servicios que presta el uno y que son utilizados por el otro. Los terceros, comprendemos la universalidad de clientes que requerimos de un servicio de telecomunicaciones, hállese éste de Internet, datos o cualquier otro servicio de telecomunicaciones que se contrate. Se presentan sobre todo por las quejas de nosotros los consumidores, que en ciertas ocasiones son resueltas ante las defensorías locales y se consideran irrenunciables los derechos de los consumidores frente al prestador de servicios de telefonía.

3.1.1 ENTORNO LEGAL DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.-

En el Ecuador, el marco legal para que en el sector de las telecomunicaciones se proceda a adoptar como mecanismos alternativos para la solución de controversias tanto a la Mediación como al Arbitraje, encuentra sustento en el Contrato de Concesión firmado entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y cada una de las operadoras de servicios de telecomunicaciones; y, para ubicar a los Órganos de Regulación y su atribución dentro del contexto legal, es preciso recurrir a la Ley Especial de Telecomunicaciones y hacer una breve historia del proceso de transformación que se ha venido dando en el sector:

El primer organismo se denominó "Empresa de Teléfonos Quito", nombre que fue sustituido en 1972 por el de "IETEL" que es el "Instituto Ecuatoriano de las Telecomunicaciones", soportado jurídicamente en la "Ley Básica de las Telecomunicaciones". La explotación del servicio le correspondía de modo privativo al Estado a través del Ministerio de Obras Públicas.

En 1992, se sustituye la concepción jurídica del instituto por una empresa estatal, denominada EMETEL ECUADOR (Empresa Ecuatoriana de Telecomunicaciones), este cambio tenía como objetivo la modificación del régimen jurídico, tendiente a alcanzar la simplificación de los procedimientos que exige el régimen del Derecho Público, manteniendo el monopolio estatal en el área.

En 1995 se cristalizan las concepciones de modernización de las telecomunicaciones, contenidas como expresión de las políticas del Estado en una norma anterior "Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada". El 30 de agosto de 1995 se promulga la Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones que tiene como fundamental objetivo normar los procesos de transformación de la Empresa Estatal de Telecomunicaciones EMETEL ECUADOR en una compañía anónima EMETEL S.A., que posteriormente debía escindirse como efectivamente sucedió, en dos compañías: ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., las que prestarían sus servicios en áreas geográficas definidas por sus respectivos contratos de concesión.

La reforma de 1995, transformó el sector de las telecomunicaciones en el Ecuador, de un régimen monopólico, sujeto en su totalidad al Derecho Público, a un sistema de transición en el que coexisten dos segmentos, cada uno con sus propios agentes: el uno conformado por los Órganos de Regulación y Control, regido por el Derecho Público; y el otro soportado por la concurrencia de operadores incluyendo a las dos compañías históricas con una concesión en exclusividad temporal y regulada para la telefonía fija y servicios portadores, y los demás en los servicios de libre competencia.

El apareamiento de la diversidad en los diferentes elementos del área -llámense redes, operadores, servicios, proveedores- obliga a rediseñar los sistemas de regulación que permitan salvaguardar los objetivos finales. En su adaptación a las nuevas políticas que rigen el mundo de las Telecomunicaciones, el Derecho debe garantizar que las reglas del régimen de la libre competencia se cumplan: debe imponer las reglas para hacer funcionar los objetivos, los principios y los contenidos del mercado.

Otro aspecto que aparece con nuevo andamiaje en el Derecho es el del espectro radioeléctrico, que tiene el denominador común de ser un recurso escaso, pero que en el régimen de libre competencia se determina la necesidad de una administración adecuada y la compartición para lograr la excelencia en la explotación de las redes y servicios de telecomunicaciones, así como la integración del Sector con la Informática y el Audiovisual como premisa necesaria para el desarrollo de la Sociedad Global de la Información, aspecto que a la vez permite el desarrollo de los derechos de tercera generación como son el derecho de información y el derecho de acceso a los datos, junto a los existentes derechos al secreto y la libertad de expresión..

Esta estructura sufrió un cambio trascendental en el enfoque actual del Gobierno Nacional que ya no se vendieron las acciones a la empresa privada, sino que muy por el contrario inclusive las dos operadoras incumbentes, constituidas como sociedades anónimas, resultantes de la escisión y denominadas ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., por disposición del Gobierno, se fusionaron en una sola llamada Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT Sociedad Anónima, mediante escritura celebrada el 1 de octubre de 2008, ante el señor Notario Décimo Séptimo del Cantón Quito, doctor Remigio Poveda Vargas e inscrita en el Registro Mercantil del Cantón Quito, el 30 de octubre de 2008.

La normativa que rige actualmente el sistema de las telecomunicaciones en el Ecuador, es deficiente, no se ha podido concretar la expedición de una Ley de Telecomunicaciones que recoja las necesidades actuales, tal como demanda la evolución tecnológica y la proyección económica, lo cual permitirá contar con normas previas. En general, no encontramos el marco normativo definido que permita enfrentar los múltiples aspectos que implica el cambio que estamos viviendo del sistema de exclusividad a la libre competencia.

El Estado tiene como atribución dirigir, regular y controlar todas las actividades de telecomunicaciones a través del -CONATEL- Consejo Nacional

de Telecomunicaciones y del –CONARTEL- Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión. Le corresponde a la SUPTEL actuar como ente de administración y regulación de las telecomunicaciones en el país, con domicilio en la ciudad de Quito; es un cuerpo colegiado administrador de las telecomunicaciones en el Ecuador y tiene la representación del Estado para ejercer, a su nombre, las funciones de administración y regulación de los servicios de telecomunicaciones, y es la Administración de Telecomunicaciones del Ecuador ante la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

El Art. 33.3 de la Ley Especial de Telecomunicaciones del Ecuador, define las atribuciones del CONATEL, de entre las cuales en el literal h) se describe:

- h) Autorizar a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones la suscripción de contratos de concesión para el uso del espectro radioeléctrico: y a ejecutar las políticas que el CONATEL determina.***

Las funciones de control y supervisión para estas dos ramas de las telecomunicaciones son ejercidas por la Superintendencia de Telecomunicaciones, se encuentran detalladas en el Art. 35 de la Ley Especial de Telecomunicaciones y entre otras tenemos a las siguientes:

- a) Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del CONATEL;*
- b) El control y monitoreo del espectro radioeléctrico;*
- c) El control de los operadores que exploten servicios de telecomunicaciones;*
- d) Supervisar el cumplimiento de contratos de concesión para la explotación de los servicios de telecomunicaciones;*
- h) Juzgar a las personas naturales y jurídicas que incurran en las infracciones señaladas en la Ley y aplicar las sanciones en los casos que correspondan; así como:*
- i) Las demás que le asigne la ley y el reglamento.*

La Ley Especial de Telecomunicaciones en el Art. 33.5, literal j) concede a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones la facultad de suscribir los contratos de concesión para la explotación de servicios de telecomunicaciones autorizados por el CONATEL; amparados en la garantía constitucional de la seguridad jurídica, con cuyo fundamento, "*Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones*". La mencionada calidad de intangibilidad de los contratos ha sido y es reconocida por el Estado y sus diferentes organismos, incluidos el Regulador y Contralor.

Dentro del contexto de las telecomunicaciones del Ecuador, no puede dejar de mencionarse como un caso, único el de la empresa ETAPA, que corresponde al Municipio de Cuenca, capital de la Provincia de Azuay, ubicada al centro-sur del Ecuador, en la Región Interandina, y que inicialmente se originó en un acto del Municipio que es el organismo que actúa en calidad de operador a través de una Ordenanza Municipal.

3.2 LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS FINALES Y PORTADORES DE TELECOMUNICACIONES, OTORGADOS POR LA SECRETARIA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES Y LA CLAUSULA CONVENCIONAL:-

Con la reforma a la Ley Especial de Telecomunicaciones en 1995, la creación de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada (conocidas como leyes trole) se dio el marco jurídico para la transferencia de la prestación de ciertos servicios públicos, incluyendo el servicio de telecomunicaciones al sector privado, y con el objeto de modernizar el sector de las telecomunicaciones, se dieron las condiciones para que el Estado a través de la Superintendencia de Telecomunicaciones y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones firme con Compañías privadas la prestación de servicios mediante de contratos de concesión.

Así la entidad pública, que brindaba el servicio de telecomunicaciones EMETEL ECUADOR, luego de realizarse estudios técnicos de factibilidad y de mercado, se transformó en una empresa privada, para luego escindirse en dos telefónicas ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A. como compañías de Derecho Privado y con suscripción del contrato de concesión, celebrado el 29 de diciembre de 1997, entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones SENATEL por una parte; y, por otra las operadoras históricas ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., con un plazo de quince años, mediante los cuales se determinó los servicios de telecomunicaciones que se otorgaban en régimen de concesión para ser explotados por las operadoras bajo el sistema de Exclusividad Temporal y Regulada por un período de cinco años y se determinó varios de los servicios de telecomunicaciones que debían ser explotados bajo el sistema de libre competencia.

Los servicios concedidos en exclusividad son la telefonía fija y los servicios portadores, en éstos últimos existe una salvedad por la existencia de seis contratos anteriores otorgados a operadores para prestar el servicio de **portador satelital**. En el instrumento concesional además se establece el régimen tarifario mediante el mecanismo de tope de precios así como la obligación de Interconexión para el incumbente.

En el contrato de concesión el Estado delega una parte de su facultad para que un particular explote un servicio de utilidad general, permitiéndole a cambio los beneficios económicos por las inversiones realizadas para cumplir con la prestación del servicio, y siendo ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A. personas jurídicas de derecho privado, las operadoras son delegadas del Estado para prestar servicios de telecomunicaciones.

En la naturaleza jurídica del Contrato está inmerso el principio del "Equilibrio económico" el que, por disposición de la "Ley de Modernización" y su Reglamento Sustitutivo está incluido en todo contrato de Concesión mediante la "ecuación económico-financiera". En tal virtud, el contrato debe mantener un equilibrio económico y debe cumplir con los principios de proporcionalidad, de igualdad en las cargas.

El Contrato de concesión debía durar hasta el 29 de diciembre de 2002, se suscribió el contrato ratificatorio y codificador de la concesión de servicios finales y portadores de telecomunicaciones, el 11 de abril de 2001, con un plazo de quince años, contados a partir del veinte y nueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete, es decir desde el plazo de la concesión.

En los dos contratos, tanto en el de Concesión⁶³ como en el ratificatorio⁶⁴, se encuentra conceptuada la cláusula de solución de controversias en los cuales se establece para la solución de controversias que se recurrirá al arbitraje, tomando en cuenta que el contrato de concesión es de índole comercial; y, así lo manifiesta la cláusula Sesenta y Cinco de Solución de Controversias del “Contrato ratificatorio y codificador de la concesión de servicios finales y portadores de telecomunicaciones”, celebrado entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y ANDINATEL S.A. que dice:

“CLAUSULA SESENTA Y CINCO: SOLUCION DE CONTROVERSIAS.-

*Las partes acuerdan que toda controversia que se suscite bajo esta Concesión en relación con su interpretación y cumplimiento, se someterá al siguiente procedimiento: Sesenta y cinco. Uno.- Arbitraje.- Cualquiera de las partes podrá notificar a la otra, su intención de someter a arbitraje una controversia derivada de la ejecución o interpretación del presente contrato. En los siguientes (5) cinco días calendario, cada una de las partes designarán un árbitro, de reconocida calificación y experiencia en la materia de la controversia, los árbitros así designados deberán nombrar un tercero dentro de los (5) cinco días calendario siguientes a la fecha de su posesión. En caso de que no exista acuerdo en la designación del árbitro, éste será nombrado por la Cámara de Comercio de la ciudad de Quito a través de su Presidente, de entre expertos que pertenezcan a un Organismo Internacional de Telecomunicaciones independiente a las partes. El arbitraje será administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de la Ciudad d San Francisco de Quito. **El tribunal dictará su laudo en equidad** y podrá dictar y ejecutar medidas cautelares. Los costos del arbitraje serán divididos en partes iguales entre la Secretaría y el Concesionario. En lo no previsto expresamente por este contrato, el arbitraje será substanciado de acuerdo con las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación y las Reglas de Arbitraje de la referida Cámara de Comercio. El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Quito y se desarrollara en idioma castellano”.*

En la cláusula arbitral del contrato de concesión y su modificatorio, celebrado con las OPERADORAS ANDINATEL Y PACIFICTEL, se establece que los conflictos surgidos entre las OPERADORAS, y los diferentes estamentos del Órgano Regulador se ventilen ante el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, y se ha fijado que los laudos arbitrales sean dictados en equidad, porque sin duda fueron elaborados sin la suficiente experiencia como para concebir que los laudos arbitrales dictados en equidad se

⁶³ “Contrato de Concesión”, suscrito entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y LA OPERADORA, el 29 de diciembre de 1997, pág. 72, cláusula Quincuagésima octava, celebrado ante el sr. Notario Tercero del Cantón Quito República del Ecuador.

⁶⁴ “Contrato ratificatorio y codificador de la Concesión de servicios finales y portadores de telecomunicaciones”, suscrito entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y LA OPERADORA, el 29 de diciembre de 1997, pág. 72, celebrado ante el sr. Notario Décimo Noveno del Cantón Quito, República del Ecuador.

basan en el buen entender del árbitro y que su criterio debe ser fundamentado en lo justo, en tanto que el laudo en derecho debe estar basado en lo legal y que en tratándose de telecomunicaciones que es una materia que requiere de especialización, el tribunal debe estar conformado por abogados que tengan conocimientos en telecomunicaciones

En Ecuador a más del contrato de concesión celebrado con las operadoras incumbentes, se han celebrados varios contratos de concesión con otras operadoras tanto de telefonía fija como de telefonía móvil, así tenemos entre otros a los siguientes:

El contrato de concesión de servicios finales, servicios de telefonía fija local, nacional, internacional y servicios de telefonía pública y servicios portadores y valor agregado, que otorgó el Estado Ecuatoriano a través de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones a favor de la Compañía ETAPATELECOM S.A., cuyo titular es el Ilustre Municipio de Cuenca, celebrado el 3 de noviembre de 2003, para que pueda operar en todo el territorio nacional los servicios señalados y sujeta a las mismas regulaciones que ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., en la cláusula sesenta y dos de solución de controversias estableció que las controversias que se susciten por el contrato de concesión serán ventilados en Arbitraje, para lo cual cada una de las partes debía designar un árbitro de reconocida calificación y experiencia y que los dos árbitros designados nombrarían un tercer arbitro, dentro de los cinco días siguientes de la fecha de su posesión, sometiendo el arbitraje en derecho a la Cámara de Comercio de Quito y cumpliendo todos los requisitos establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación.

En los contratos de concesión del servicio de telefonía pública, celebrado el 12 de julio de 2005, entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía LINKOTEL S.A., en la cláusula quincuagésimo novena; en el contrato de concesión para la prestación de servicios portadores de telecomunicaciones celebrado el 5 de mayo de 2006, entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía Telecomunicaciones Móviles en el Ecuador TELECSA S.A., para la prestación de servicios portadores de telecomunicaciones nacionales e internacionales, en la cláusula vigésima de solución de controversias y en el contrato de concesión del servicio final de telefonía fija local celebrado el 26 de marzo del 2008, entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la empresa IMSATEL DEL ECUADOR S.A. actualmente denominada GLOBAL CROSSING COMUNICACIONES ECUADOR S.A., en la cláusula cincuenta y ocho, redactadas de forma idéntica, se estableció que las controversias que se susciten por el contrato de concesión serán sometidas a decisión del tribunal arbitral designado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, en idioma español y como aspecto relevante se destaca que se acudirá al arbitraje siempre que no exista un acto administrativo definitivo expedido por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones o por la Superintendencia de Telecomunicaciones, claramente se determina que estas cláusulas están redactadas de manera más experta, y que existe el reconocimiento tácito del poder público del Estado y de sus órganos competentes, para que una disposición de carácter administrativo no sea motivo de controversia, señalando además que al establecer que el laudo deberá ser dictado en derecho, se está más

acorde a la realidad de la administración de la justicia arbitral, fundamentado en normas jurídicas para su legitimidad.

El contrato de Concesión celebrado entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y CONECEL, el 26 de agosto del 2008, para la prestación de servicio móvil avanzado, del servicio telefónico de larga distancia internacional, a través de terminales de telecomunicaciones de uso público y concesión de las bandas de frecuencias esenciales, en la cláusula sesenta y ocho, establece una variante a las demás cláusulas convencionales señaladas anteriormente, en la que las controversias deben ser resueltas amistosamente y se someten mediante consultas ante el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, en la etapa de Mediación, puntualizando que para el Arbitraje, las partes se someten al arbitraje en derecho del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación CIAM, de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industriales de Pichincha, señalando que el primer árbitro y su alterno serán nombrados por el actor, que el segundo árbitro y su alterno serán nombrados por el demandado y que el tercer árbitro y su alterno serán nombrados por ambas partes, y en caso de que las partes no lo designen, se acudirá al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile; estableciéndose para la designación de árbitros un plazo de 110 días, tiempo muy largo ya que precisamente en arbitraje lo que se trata es de economizar tiempo, dinero y energías.

En la cláusula compromisoria descrita, a pesar de reunir todos los requisitos exigidos en el Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se percibe que no fue redactada de manera precisa y convincente, ya que al señalar que el Tribunal Arbitral dictará su laudo en equidad, por no ser éste el más usado, no tiene la suficiente aceptación como aquellos laudos que se dictan en derecho. Así mismo se observa que las cláusulas compromisorias redactadas con posterioridad, son hechas con mayores fórmulas de juicio en especial cuando se señala

La situación jurídica de las telefónicas en el Ecuador en la actualidad es inestable, se está viviendo una etapa de transición, con la fusión de las dos operadoras incumbentes PACIFICTEL S.A. Y ANDINATEL S.A. en una sola, que es la Corporación Nacional de Telecomunicaciones S.A. y se prevén cambios en un futuro no muy lejano con la próxima creación del Ministerio de Telecomunicaciones y por ende la estatización de la telefónica, pero se sigue manteniendo en firme la posición de dar solución a los conflictos acudiendo al arbitraje como mecanismo alternativo.

De igual manera, para clarificar la organización del sector de las telecomunicaciones, es necesario acudir al siguiente cuadro sinóptico que se ha preparado.

3.3 ANÁLISIS DE VARIOS CASOS EN LOS QUE EXITIÓ LAUDO ARBITRAL DICTADO EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES EN EL ECUADOR.

Varios procesos que se han sometidos a Mediación y Arbitraje, han sido resueltos en la etapa de Mediación, razón por la cual no se ha tenido suficiente experiencia en litigar en arbitraje en telecomunicaciones, por lo que se enuncia dos casos importantes en los cuales el primero sigue en trámite en la Corte Superior de Justicia y en el segundo existe sentencia de Recurso de Casación Interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia.

En el primero, el actor, que obtuvo de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones un permiso de explotación de servicios de valor agregado y suscribió con la empresa Operadora, una de las telefónicas más importantes del país, un convenio para la prestación del servicio 1-900, con la conexión de los sistemas y servicios del operador a la red de la Operadora.

Las redes públicas de telecomunicaciones tienen un diseño de red abierta, esto quiere decir que no tienen protocolos ni especificaciones de tipo propietario, de tal forma que se permita la interconexión y conexión, y cumplan con los planes técnicos fundamentales emitidos por el CONATEL. Los concesionarios de servicios portadores podrán ofrecer sus servicios a los concesionarios de otros servicios de telecomunicaciones, prestadores de servicios de valor agregado o una red privada y usuarios de servicios finales. Las redes públicas podrán soportar la prestación de varios servicios, siempre que cuente con el título habilitante respectivo.

Toda red de la que dependa la prestación de un servicio final o portador será considerada una red pública de telecomunicaciones. En este caso, para el establecimiento y operación de redes públicas de telecomunicaciones se requiere ser titular de un título habilitante de servicios portadores o finales.

Únicamente los concesionarios de servicios de telecomunicaciones están autorizados a establecer las redes que se requieran para la prestación de dichos servicios. La prestación de servicios finales y portadores que se soportan en una misma red, requerirán el otorgamiento del respectivo título habilitante individual por parte de la Secretaría, previa autorización del CONATEL, entonces la Resolución 384-13 CONATEL -2003, impuso la disposición **únicamente a las TRES OPERADORAS DE TELEFONIA FIJA, ANDINATEL S.A., PACIFICTEL S.A. y ETAPA**, que en ese año se encontraban operando, cuyo ámbito de acción se encuentra en la Costa, Sierra, Oriente, Galápagos y el Austro, en su orden, que son las dueñas de las redes telefónicas, y por tanto a las únicas empresas que estaba dirigida la Resolución, emanada por el CONATEL;

La Ley Especial de Telecomunicaciones en el Art. 8 al definir la clase de servicios de telecomunicaciones existentes en el país, conceptúa dos clases de servicios, los servicios finales y servicios portadores, los servicios finales son los que tenemos acceso todos los usuarios, en tanto que los servicios portadores son los

que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre puntos de terminación de red definidos.

Posteriormente se celebraron adendums al contrato original para el aumento de número de líneas asociadas y costos de la llamada a los números 1900, de cuya explotación era operador el actor de la demanda arbitral.

La prestación de servicios “1-900”, trajo muchos problemas a la colectividad, ya que fue utilizado indebidamente en lo que se denominó “líneas candentes”, por esta razón, con fecha 11 de julio de 2003 en el Registro Oficial número 123 el Consejo Nacional De Telecomunicaciones - CONATEL- mediante resolución número 384-13-CONATEL –2003 dispone habilitar el servicio de valor agregado 1900 únicamente a los abonados quienes hayan autorizado de forma escrita el acceso a este servicio.

El Operador interpuso ante el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, una demanda en contra de la Operadora, manifestando una serie de incumplimientos a las obligaciones contractuales, en especial de la cláusula octava del Convenio de Conexión para la prestación del Servicio 1-900 entre éste y la Operadora, demandando el cumplimiento de obligaciones y el pago de daños y perjuicios, ascendiendo la cuantía a más de dos millones de dólares.

En la demanda interpuesta, el actor afirmó una serie de incumplimientos a las obligaciones contractuales por parte de la Operadora, especialmente de la cláusula octava del Convenio de Conexión para la prestación del Servicio 1-900 entre el operador y La Operadora, que entre las obligaciones principalmente constaban las de:

- Habilitar en las instalaciones del operador los números telefónicos contratados.
- Facturar a los usuarios del Operador y recaudar de ellos, el precio por los servicios recibidos, junto con los valores por el consumo telefónico. La recaudación debía realizarse por medio de las ventanillas abiertas al público o por uno cualquiera de los medios de cobro implementados en la Operadora como descuentos en cuenta corriente etc., aceptando de común acuerdo las partes que la Operadora principal, no asumía ninguna responsabilidad u obligación de iniciar o gestionar acciones judiciales o extrajudiciales tendientes a procurar el cobro de aquellas facturas de usuarios que no se hayan acercado voluntariamente a realizar el pago. En caso de que la Operadora iniciare voluntariamente éste género de acciones, el Operador debía asumir proporcionalmente los costos, gastos, honorarios profesionales y demás, en que se incurra. Si la operadora no iniciaba estas acciones, el Operador tenía derecho a solicitar de ésta la entrega de las correspondientes facturas y a iniciar las acciones judiciales o extrajudiciales que fueren necesarias. La operadora podía negarse a esta entrega únicamente en el caso de que el Operador no garantizare adecuadamente y suficientemente los intereses de la operadora y/o no se comprometiere a observar las políticas y reservas de la misma que podía tener con respecto a los procedimientos a seguirse. Si el Operador iniciaba voluntariamente las acciones, la operadora debía asumir

proporcionalmente los costos, gastos, honorarios profesionales y demás, en que se incurría.

- Prestar el servicio contratado por el OPERADOR de forma continua y permanente en los términos acordados en el contrato; y,
- Prestar los servicios contratados conforme a las condiciones y estándares de calidad que se encuentran determinados en las normas vigentes.

Así mismo, el actor señaló que “de manera unilateral bloqueó el acceso a la línea 1-900 a todo su universo de usuarios, haciendo imposible que el negocio continúe con éxito”; también afirmó que “la Operadora bloqueó sin justificación legal el acceso telefónico de la línea 1-900 a todo su universo de abonados, perjudicando de manera incalculable los intereses patrimoniales del Concesionario.”; concluyó diciendo que “La obligación de bloquear el servicio 1-900 para los abonados que no expresen su intención de adquirirlo era para el Operador y no para la Operadora.”

El actor insistió en señalar que la Operadora a su libre arbitrio y unilateralmente bloqueó el servicio 1-900, **cuando ésta es una disposición emanada del Órgano Regulador, precisamente porque estaba causando graves daños a la colectividad.**

La Operadora sostuvo su defensa amparada en lo dispuesto en el Artículo 30 del Código Civil Ecuatoriano que dice: “**Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigo , LOS ACTOS DE AUTORIDAD EJERCIDOS POR UN FUNCIONARIO PUBLICO, ETC.**” También en lo dispuesto en el Artículo 1574 del Código Civil en la parte pertinente establece: “*La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios*”

La Operadora demostró que no tuvo responsabilidad alguna al cumplir una disposición legal emanada del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, - **CONATEL- máximo Organismo Regulador, que mediante Resolución número 384-13-CONATEL –2003, de 16 de junio del 2003, dispuso a las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones que presten servicios de red inteligente, que únicamente habiliten el acceso a los números 1-900 cuando exista solicitud expresa del abonado, formulada mediante comunicación escrita dirigida al Represente Legal de la OPERADORA.**

De la demanda que había sido interpuesta millones de dólares, en la Resolución del Laudo, el Tribunal resolvió que debían pagarse los valores que no fueron pagados en virtud del contrato y que se adeudaban al actor como parte del negocio, pero el Tribunal Arbitral no hizo alusión en el laudo en lo relacionado con la decisión del Órgano Regulador de suspender el servicio 1-900, pues no le estaba permitido tomar su decisión ni administrar justicia con respecto a la Potestad Absoluta del Estado, pero tampoco fue ni mencionado ni aclarado esta atribución dada por el Estado a través del CONATEL.

Este conflicto que en su inicio empezó siendo de orden técnico, económico y legal, en el que se discutió el bloqueo unilateral por parte de la operadora incumbente, sobre

acceso a la línea 1-900 a todo su universo de usuarios, sin justificación legal, perjudicando de manera incalculable los intereses patrimoniales del actor, paulatinamente fue demostrándose que correspondía a una orden emanada de autoridad pública y que la Operadora debía responder con la obligación de “bloquear el servicio 1-900 para los abonados que no expresen su intención de adquirirlo era para el Operador y no para la Operadora.”

Se dejó en claro que toda red de la que dependa la prestación de un servicio final o portador será considerada una red pública de telecomunicaciones. En este caso, para el establecimiento y operación de redes públicas de telecomunicaciones se requiere ser titular de un título habilitante de servicios portadores o finales.

Se recalcó que las redes públicas de telecomunicaciones tienden a un diseño de red abierta, esto es que no tengan protocolos ni especificaciones de tipo propietario, de tal forma que se permita la interconexión y conexión, y cumplan con los planes técnicos fundamentales emitidos por el CONATEL. Los concesionarios de servicios portadores pueden ofrecer sus servicios a los concesionarios de otros servicios de telecomunicaciones, prestadores de servicios de valor agregado o una red privada y usuarios de servicios finales. Las redes públicas podrán soportar la prestación de varios servicios, siempre que cuente con el título habilitante respectivo.

Por lo que se fue desvirtuando el conflicto en la parte técnica, quedando los aspectos legales y económicos sin aclaración suficiente, viéndose la Operadora en la necesidad de interponer la acción de nulidad del laudo arbitral, por no estar de acuerdo con la Resolución del Tribunal Arbitral. El recurso de nulidad de laudo arbitral fue aceptado a trámite en la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de ese entonces, el conflicto se encuentra en este momento todavía en litigio en una de las salas de la Corte Superior.

Por no estar claramente establecido en la Ley, la acción de nulidad se propuso en contra del Tribunal Arbitral, hecho que tras un largo período fue aclarado en la sentencia que la acción no se dirige en contra del Tribunal, sino del laudo emitido, también se reclamó la nulidad por el pago de costas procesales, puesto que de acuerdo a lo establecido en el Art. 283 del Código de Procedimiento Civil, que en las sentencias y autos se condenará el pago de las costas judiciales a la parte que hubiere litigado con **TEMERIDAD O PROCEDIDO DE MALA FE**, y en este litigio, se demostró durante la tramitación del mismo la buena fe de la demandada para litigar.

En el Ecuador, es bien definida y publicada la Jurisprudencia en la Gaceta Judicial en cuanto se refiere a las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia⁶⁵ relacionadas con la condena y pago de costas procesales, muestra de ello, es de la sentencia dictada el 13 de marzo del 1980, la misma que en su parte medular dice:

“CONDENA EN COSTAS

⁶⁵ Tomado del Sistema Jurídico computarizado LEXIS, cuya licencia de manejo está vigente.

Siendo como es la condena en costas de contenido punitivo, sólo al juez le está atribuido calificar la conducta procesal de las partes para imponerlas. Ahora bien, tal sanción procede cuando se ha litigado contra expresas normas legales, cuando no se ha aportado prueba alguna que respalde las pretensiones del litigante o cuando haya mala intención de causar infundadamente perjuicio a la parte. Este es el criterio sustentado en fallos del Tribunal Supremo”.

Gaceta Judicial. Año LXXX. Serie XIII. No. 8. Pág. 1647.

(Quito, 13 de Marzo de 1980).

El hecho de que no se tome en cuenta en el laudo arbitral todos los preceptos legales que estima el procedimiento civil, ocasiona un grave perjuicio tanto a las partes como al proceso mismo, ya que este “descuido legal” por así llamarlo, ha provocado que las partes luego del proceso arbitral, continúen litigando por la vía jurisdiccional ordinaria, lo que ocasiona nuevamente un retardo en las decisiones judiciales y un retroceso en un proceso que se creía que iba a tener el éxito esperado, en el que el camino rápido tomado por el arbitraje, se vuelve engorroso en la justicia ordinaria.

Se escogió este caso porque en el mismo a pesar de haberse dado cumplimiento a todas las etapas procesales en arbitraje, el caso no ha sido resuelto y se ha tenido que recurrir a la justicia ordinaria para que se aclaren los vacíos legales que existen en Arbitraje.

Además porque en el laudo no se explica sobre la competencia del Tribunal Arbitral, no se dijo que el Tribunal Arbitral no es competente para decidir sobre disposiciones legales emanadas del Estado a través de su Organismo Regulador máximo, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, -CONATEL mediante Resolución número 384-13-CONATEL –2003, de 16 de junio del 2003, considerando que existían múltiples denuncias por la facturación en las planillas telefónicas relacionadas con el uso de los servicios de audiotexto bajo la modalidad 1-900, dispuso a las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones que presten servicios de red inteligente, que únicamente habiliten el acceso a los números 1-900 cuando exista solicitud expresa del abonado, formulada mediante comunicación escrita dirigida al Represente Legal de la OPERADORA.

En sentencia de la Corte Provincial de Pichincha, se ha rectificado el error en cuanto al pago de costas procesales y se dispuso del pago de una ínfima cantidad de dinero por concepto de pagos atrasados de la operadora, encontrándose aún en trámite en la función judicial.

Esto nos demuestra que a pesar de que el laudo fue emitido en derecho con la celeridad que exigen los presupuestos legales en arbitraje, con leves errores subsanables, en la Función Judicial nuevamente se ha incurrido en la demora clásica para la resolución de los conflictos; que el vacío de la Ley de Arbitraje y Mediación para definir con claridad que no procede ningún otro trámite después de la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia ratificando o rectificando el contenido del laudo arbitral dictado, puesto que es un trámite especial y que como tal debe ser tramitado, se ha dado todo un proceso largo y engorroso hasta llegar a casación, en donde se define que no es un proceso de conocimiento dictado por la Corte Superior.

Por la confidencialidad pactada en la cláusula arbitral de los contratos, los procesos que se han llevado a cabo en la Cámara de Comercio de Quito, no ha sido proporcionada la información, pese a lo cual de la documentación obtenida se puede determinar otro caso muy importante que se ha presentado en la jurisdicción arbitral, es el conflicto surgido entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y las operadoras OTECEL S.A. Y CONECEL S.A., las mismas que acudieron en el año 2002 ante el Centro de Arbitraje y Mediación para demandar a la SENATEL para que en laudo se reconozcan los derechos de CONECEL S.A. Y OTECEL S.A. y se declare que la “Tarifa Parcial C” debe determinarse, calcularse y liquidarse considerando a las estaciones base o radio bases como el factor multiplicar y no a los terminales de abonado o teléfonos celulares y que se ordene a la SENATEL reliquidar las facturas emitidas por concepto de “Tarifa Parcial C” a partir de marzo de 1996 y que devuelva a dichas compañías, valores indebidamente cobrados.

Esta demanda presentaron las compañías CONECEL S.A. Y OTECEL S.A. ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio e Quito, en cumplimiento a lo dispuesto en los contratos ratificatorios, modificatorios y codificatorios de la concesión y autorización para usos de frecuencias, para la explotación del servicio de telefonía móvil y celular celebrados con el Estado Ecuatoriano, representado por la Superintendencia de Telecomunicaciones SUPTEL, en la contestación a la demanda la SENATEL alegó la nulidad de lo actuado, de conformidad a los Arts. 215 y 216 de la Constitución Política de la República, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, mediante la cual, corresponde al Procurador General del Estado, ejercer el patrocinio del Estado y porque no se demandó al CONATEL porque la SENATEL. no tenía personería jurídica.

El Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, en laudo dictado el 21 de enero de 2004, aceptando las pretensiones de las compañías OTECEL S.A. y CONECEL S.A., dictó el laudo en contra de la SENATEL, porque quedó demostrado que se notificó al Procurador General del Estado y que la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones tiene personería jurídica y que su Secretario tiene capacidad procesal para comparecer en juicio, para ejercer el patrocinio y para representar legalmente a la SENATEL.

En este proceso, no se llegó al fondo de la resolución, porque no se discutió los derechos de CONECEL S.A. Y OTECEL S.A. al reclamar que se declare que la “Tarifa Parcial C” debe determinarse, calcularse y liquidarse considerando a las estaciones base o radio bases como el factor multiplicar y no a los terminales de abonado o teléfonos celulares y que se disponga a la SENATEL la reliquidación de las facturas emitidas por concepto de “Tarifa Parcial C”, sino que el proceso se enfrenco en temas de forma, sobre la capacidad legal de la SENATEL para intervenir en juicio, lo que fue ampliamente demostrados por el Tribunal Arbitral demostrando la capacidad de este ente jurídico.

El proceso llegó a todas las instancias, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Procuraduría General del Estado demandaron la nulidad del laudo arbitral alegando que no fue legalmente citado el Procurador General de Estado, impidiendo que dedujera excepciones e hiciera valer sus derechos y porque

el laudo se refería a cuestiones no sometidas a arbitraje, acción que fue desechada por la Presidencia de la Corte Superior, e igualmente en recurso de casación.

De la revisión de los casos presentados, se pudo observar claramente que la resolución tomadas por los Miembros de los Tribunales Arbitrales en los dos casos, son decisiones basadas en derecho, ceñidas estrictamente a las disposiciones legales que les faculta dirimir sobre el asunto controvertido.

Se distingue además que no se discute la calidad de árbitros que son personas probas, de reconocida capacidad legal, pues algunos de ellos han llegado a ser Presidentes o Miembros de las Cortes de Justicia, por lo tanto ni en la práctica ni en los casos estudiados se los ha calificado de parcializados, por lo tanto la Institución del Arbitraje como tal, está garantizada con la intervención de jurisperitos de reconocida valía que actúan como Miembros de Tribunales Arbitrales calificados.

El vacío en la codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación de 2006, como todo acto inicial, que en un comienzo produce tropiezos, éstos van subsanándose con la experiencia y creando Jurisprudencia importante para tomar en cuenta, así en un comienzo, la misma Función Judicial no dio la importancia que debía a los laudos arbitrales, más aún existiendo un vacío que no define los parámetros de finalización un proceso, las acciones de nulidad tardaban mucho tiempo en resolverse, pero con la experiencia se va demostrando que los laudos arbitrales son el camino adecuado para poner fin de una manera más rápida a los conflictos legales que surjan entre las partes sobre todo si se trata de actos de negocio que requieren de agilidad.

Las Cortes Provinciales, van acelerando la tramitación de los Procesos y en la actualidad están tomando decisiones muy rápidas, dándoles a los laudos el sitio que se merecen, cuya única función atraída por la Ley es la de controlar la validez del Laudo Arbitral dictado en el proceso arbitral.

En los procesos que se han revisado, se ha vislumbrado que a pesar del tiempo transcurrido, tanto la Corte Provincial como la Corte Nacional de Justicia, los procesos de nulidad de laudo arbitral, han terminado por aceptar la legitimidad de los laudos arbitrales, aceptado si no en su totalidad el contenido del laudo, se ha optado por corregir pequeñísimos errores de forma, pero manteniendo el contenido del mismo; lo favorable y digno de consideración es que se está aceptando la resolución del laudo arbitral, con su carga jurisprudencial y legal; y, se le está dando la importancia que se merece.

3.4. BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS POSICIONES ADOPTADAS EN COLOMBIA, CHILE Y ECUADOR CON RESPECTO A ARBITRAJES EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.

3.4.1 EL ARBITRAJE EN COLOMBIA.-

Para tomar en cuenta el arbitraje en telecomunicaciones en Colombia, es necesario primeramente recurrir al criterio que sobre el arbitraje en general hacen los autores Eduardo Zuleta y Santiago Jaramillo⁶⁶, que dicen:

“Colombia ha sido considerado históricamente como uno de los pioneros en materia de arbitraje, no solamente por haber tenido una legislación moderna y avanzada –que de hecho sirvió de base a otros estatutos de arbitraje en América Latina- sino además por haber tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial abundante en la materia. Podemos afirmar sin hesitación que existe en Colombia una cultura arbitral con un número importante de operadores del arbitraje – árbitros, asesores y centros de arbitraje- y que la cantidad de asuntos que se someten a los tribunales de arbitramento en Colombia es, en términos de número y cuantía por año, uno de los más altos en la región.

En los últimos años, sin embargo, diversas situaciones, y particularmente las de cisiones de los altos tribunales, han llevado el marco normativo del arbitraje en Colombia a una categoría de simple conjunto de normas e interpretaciones que distan mucho de constituir un verdadero sistema. Los vacíos e inconsistencias son notables; la voluntad de las partes ha perdido terreno en pro de una “judicialización” del arbitraje: la línea que diferencia al árbitro del juez es cada vez más tenue, y el formalismo campea en los procesos arbitrales. Sin embargo, la creatividad de un número importante de árbitros y usuarios del arbitraje, por una parte, y algunas decisiones judiciales que han marcado pautas importantes – particularmente en materia de arbitraje internacional- han dado un segundo aire al arbitraje que ha permitido, en alguna medida, mantener la tendencia de llevar a arbitraje un número importante de controversias.

Colombia no puede ser ajena a la globalización ni a la tendencia de modernización de las normas arbitrales que se observa en América Latina. No solamente es un asunto de seguridad jurídica, sino también de competitividad. La adopción de estatutos modernos de arbitraje es impulsada, entre otros, por el deseo de promover y atraer la inversión y de tener un verdadero sistema de arbitraje que sea fácilmente reconocible por obedecer a parámetros

⁶⁶ Eduardo Zuleta y Santiago Jaramillo, Revista de Derecho Comparado, Tomo 11 –Arbitraje-, Editores Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires- Argentina, 2005, pág. 67.

internacionalmente aceptados, pero también como un sistema de promover el país como sede de arbitraje con todo lo que esta elección conlleva.

Colombia debe armonizar y modernizar su legislación arbitral, pues el avance de años atrás es un rezago frente a otros estatutos arbitrales latinoamericanos. La cultura del arbitraje es necesaria- y Colombia la tiene- pero no es suficiente. Basada solamente en la cultura arbitral y sin un estatuto de arbitraje moderno que fije unas reglas claras que sean entendidas e interpretadas de manera coherente y consistente por árbitros y jueces, Colombia podría terminar como un exportador de árbitros y un importador de laudos”.

Pese a este criterio muy duro, es importante tomar en cuenta el criterio emitido por Hernany Veytia⁶⁷, que con respecto al arbitraje en telecomunicaciones que dice:

“Finalmente otro asunto que merece atención es el caso de la telefonía en Colombia. Para ello será necesario tomar en consideración el desarrollo de los hechos.

En los años ochenta Colombia daba ejemplo al resto del planeta al poner en servicio la central telefónica internacional de Bogotá de tipo digital, la segunda en el mundo después de la de Atenas. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) asignó posiciones orbitales para el lanzamiento del satélite Cóndor. En 1986 se adjudica a la firma Siemens la construcción de la red colombiana de transmisión de datos. Inauguran moderna central de larga distancia digital en Barranquilla; en 1988, Ericsson introduce el sistema de fibra óptica en las comunicaciones de Bogotá, en 1989, plan de marcación abreviada, se instalan teléfonos públicos en carreta y servicio de comunicación directa a Estados Unidos.

Poco tiempo después, Telecom (la empresa colombiana de telecomunicaciones) celebra alianzas estratégicas. En 1989, con la ley 72, se elimina el monopolio en materia de comunicaciones. Eran los primeros años del neoliberalismo en la región.

*A principios de la década de los noventa, Telecom celebró convenios de **Joint venture**, en donde existía un “riesgo compartido” (**Shared risk contracts**). Estos contratos se celebraron entre otros con los principales proveedores de telefonía: Alcatel (España), Nortel, Ericsson (Suecia), Siemens (Alemania), Itochu and NEC (Japón). El propósito era instalar 1.8 millones de líneas telefónicas. Durante la vigencia de los contratos se celebraron convenios que interpretaban, modificaban o adicionaban derechos y obligaciones. El mecanismo acordado para la solución de controversias era el arbitraje, de acuerdo a las leyes colombianas;*

⁶⁷ Veytia Hernany “Telecomunicaciones en América Latinoamérica, es una pena que no baste hablar para que se entienda”, obra inserta en el libro “Arbitraje Comercial Internacional” de Nuria González Martín y Sonia Rodríguez Jiménez, pág. 279, México- Mexico.

la Institución administradora, la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá, Colombia. Veamos el caso Nortel.

Nortel Networks suscribió un contrato leasing internacional de equipos de conmutación, transmisión e interconexión, en virtud del cual la empresa arrendadora compró los equipos a terceros, con fondos provenientes de una emisión de instrumentos negociables en los mercados financieros internacionales por parte de la empresa extranjera arrendadora. Los fondos requeridos por la arrendadora para pagar estas obligaciones eran los ingresos recibidos de Nortel Networks a título de canon de arrendamiento, que a su vez dependían de los flujos derivados del proyecto.

Una de las cláusulas del contrato señalaba, por ejemplo que Nortel debería construir e instalar varias líneas telefónicas que serían vendidas y operadas por la empresa colombiana Telecom. Un porcentaje de las utilidades por la venta de las líneas serviría para pagar la inversión efectuada por Nortel. Uno de los convenios modificatorios señalaba que si al cabo del quinto año, Nortel no recibía las cantidades que se habían presupuestado según el anexo financiero, entonces la empresa colombiana debería pagar a Nortel la diferencia entre el monto previsto y el monto pagado. Pasaron los cinco años y Nortel exigió el pago de 95 millones de dólares, y Telecom contestó diciendo que no debía. El asunto se sometió a un arbitraje y lo ganó Nortel. Según el representante de Nortel y de Siemens, la principal dificultad para llegar a un acuerdo era de índole política: tendría que ser un acuerdo que proporcionara beneficios al gobierno colombiano. En Colombia, como en muchos otros países, el llegar a un convenio entre las partes no es fácil.

Hace tres o cuatro años hubo un escándalo de corrupción relativo a una transacción entre una empresa privada y el Ministerio de Transporte. El pueblo colombiano estaba muy escéptico a estos convenios. Así que aunque existiera acuerdo sería mucho más fácil si fuera un laudo final. Pero por lo menos uno de los tribunales arbitrales rindió en abril de 2001 un laudo a favor de Nortel, obligando a la empresa colombiana a pagar 70 millones de dólares, más intereses, como medida precautoria relativa a un contrato.

Telecom buscó anular el laudo por dos razones: primero argumentando que había expirado el término en que el árbitro debería rendir su laudo y, segundo que se le había otorgado a Nortel más de lo que había solicitado, pues los árbitros cometieron un error aritmético al calcular las utilidades derivadas del quinto año.

Nortel tenía otras tres controversias. La empresa de telecomunicaciones colombiana presentó un recurso de anulación ante el Consejo de Estado colombiano. Posteriormente el Consejo de Estado confirma la validez del laudo en términos de la ley 80 de 1993, y señala que no existen elementos para la anulación del laudo y por lo tanto se condena a la empresa colombiana a pagar...

*Como consecuencia de la confirmación de la validez del laudo de Nortel, hubo varios levantamientos por parte de los sindicatos de la empresa colombiana, quienes temían que esta decisión implicara de **facto** una privatización con consecuencias negativas para los trabajadores y los servicios comunitarios.*

Ericsson exigía el pago de 50 millones de dólares; NEC, 140 millones, e Itochu 14 millones. Como era de esperarse, por su tradición jurídica y modo de hacer los negocios, las empresas japonesas NEC Corp e Itochu Corp fueron las últimas en exigir los 154 millones de dólares que le debía la empresa colombiana. La demanda de NEC se presentó por medio de su subsidiaria Teleconsorcio, cuyos accionistas son las grandes empresas japonesas del sector: Sumitomo y Nissho Iwai and Mutsui.

Estos procedimientos terminaron por transacción. A manera de ejemplo: Siemens, el monto convertido era de 180 millones y otro por 130 millones de dólares. El 23 de marzo de 2005, llegaron a un convenio de transacción, donde se le pagaría a Siemens 68.5 millones de dólares por la instalación de líneas telefónicas a lo largo del territorio colombiano.

El reto jurídico fue la redacción de un instrumento claro y transparente que brindara confianza al pueblo colombiano. La solución creativa de los abogados fue poner en la página Web del Estado, por veinticuatro horas, el convenio para que la población pudiera hacer sus comentarios. Esto dio muy buen resultado”.

3.4.2 EL ARBITRAJE EN CHILE

El Derecho Chileno ha servido de base para la fundamentación del Derecho en el Ecuador, tanto es así que el primer Código Civil Ecuatoriano, se inspiró para su promulgación en el Código Civil Chileno y en sus principales instituciones, por esta razón es importante tomar en cuenta el criterio que los autores Alberto Chacón Oyanedel y Rodrigo Bóquez Corvalán⁶⁸, que en sus consideraciones preliminares hacen sus comentarios con respecto al Arbitraje Comercial en Chile y América Latina dicen:

“Hasta el 29 de septiembre de 2004, el sistema arbitral comercial en Chile se encontraba regulado en forma exclusiva por disposiciones cuyo origen data en las postrimerías del siglo XIX, agrupadas en códigos de orden procesal, los que definen el ejercicio de la judicatura ordinaria, y en aquella normativa que la actividad privada, realizada en torno a los diversos centros locales de arbitraje, ha desarrollado para la satisfacción de sus necesidades arbitrales, pero sin contar en propiedad con una normativa especialmente adecuada a los imperativos jurisdiccionales que impone la creciente actividad de las relaciones comerciales.

Somos de la opinión que, probablemente, un número importante de tratadistas, litigantes, árbitros y partes estarán contestes en que éste, ahora

⁶⁸ Chacón Oyanedel Alberto y Rodrigo Bohórquez Corvalán, Revista de Derecho Comparado, Tomo 11 – Arbitraje-, Editores Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires Argentina, 2005, pág. 85.

añoso marco normativo permitió desarrollar la actividad arbitral en Chile en forma razonablemente eficiente, organizada, transparente y con grados importantes de predictibilidad en cuanto a los costos y tiempos asociados a los procedimientos arbitrales.

Cabe entonces preguntarse sobre razones que justifican esta iniciativa legal. ¿Por qué introducir en nuestro sistema legal esta estructura arbitral nueva, cuando la existente operaba en forma relativamente apropiada? Creemos que la respuesta a este interrogante puede resumirse en los siguientes términos: porque hoy existen necesidades arbitrales que nuestro antiguo sistema no puede resolver adecuadamente; porque estas necesidades dan cuenta de una nueva realidad, sin parangón en nuestra historia: la globalización de nuestra economía, la provisión de servicios de la Sociedad de la Información, además de la incorporación del arbitraje telemático o arbitraje on line, resultando esta palabra de la unión de dos vocablos : telecomunicación e informática, que combina las técnicas de la informática y de las telecomunicaciones para la presentación del apoyo al tratamiento de información a distancia, tienen pues como finalidad representar la actividad del comercio y los servicios electrónicos, defender los legítimos intereses del sector y de sus asociados, promocionar las buenas prácticas en materia de comercio y servicios electrónicos, generar políticas públicas tendientes a mejorar la calidad de los servicios electrónicos del país, facilitando el acceso de los usuarios a éstos, velar por las transparencia, eficiencia y efectividad del comercio y los servicios electrónicos en el país, introducir nuevas tecnologías, servicios y productos vinculados con el comercio electrónico, generar estándares para la industria los distribuidores, proveedores y los consumidores de servicios electrónicos, patrocinar proyectos e iniciativas específicas en materia de comercio electrónico y procurar su financiamiento.

Así, al interior de nuestra legislación se crea un régimen jurídico especial y autónomo en la forma y en el fondo para el arbitraje comercial, acogiendo los estándares internacionalmente reconocidos y manteniendo, en forma simultánea, plenamente vigente el régimen arbitral doméstico.”

Patricio Aylowin⁶⁹, en su obra “El juicio arbitral” dice: “En distintas ocasiones nuestros tribunales han manifestado su criterio favorable a la naturaleza jurisdiccional y pública del arbitraje.

Así, la Corte Suprema ha resuelto que “el arbitraje importa una jurisdicción análoga a la de los tribunales oficiales y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública que contra ellos procede el recurso de queja, con lo cual los considera implícitamente comprendidos entre los jueces o funcionarios del orden judicial a que se refiere el Art. 541 del COT y sujetos por consiguiente a su jurisdicción disciplinaria, que el árbitro que habiéndose promovido cuestión de competencia por un juez de letras, sigue conociendo del asunto sometido a su conocimiento, “hace mal

⁶⁹ Aylowin Azócar Patricio: “El juicio arbitral”, pág49, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, Santiago-Chile.

uso de las facultades de que está investido por la ley” y comete un abuso que debe enmendarse por la vía de la queja, que entre los tribunales que establece la ley se encuentra el de los jueces árbitros, cuya organización y facultades se rigen por las disposiciones del Título XI de la LOT (Título IX del COT), la cual no sólo permite su establecimiento, sino que establece ella misma en ciertos casos, que el árbitro legalmente designado que dicta su sentencia después del término de sus funciones no tiene el carácter de simple particular desprovisto de toda jurisdicción, sino de un juez o tribunal que sólo ha perdido su competencia para juzgar y su sentencia puede, por tanto impugnarse por las primera de las causales de casación en la forma del Art. 768 del CPC, teniendo para ello presente la historia del establecimiento de ese cuerpo legal; que debe declararse abandonado un incidente de recusación de un árbitro que el recusante no agita durante diez días, pues, la inhabilidad de un funcionario judicial es una cuestión de orden público que debe resolverse prontamente””, etc.

También se ha fallado que el árbitro cesa en sus funciones por el hecho de dictar sentencia, porque “el mandato termina por el desempeño del negocio para que fue constituido”, que el único fundamento de la jurisdicción del árbitro resulta de las facultades que le confieren las partes al investirlo con el carácter de mandatario para que resuelva las dificultades ocurridas”, encargo del que no se puede extralimitarse y que la renuncia a los recursos legales contra el árbitro sólo se aplica mientras éste “se mantenga dentro de los límites de su mandato, que es para él la ley y el único fundamento de su jurisdicción. Estas sentencias parecen concebir al arbitraje como un mandato y al árbitro como mandatario. Sin embargo, hablan de la jurisdicción del árbitro, por lo que debemos estimar que emplean la palabra mandato en el sentido de “misión” o “encargo”, como considera Robert que loase la Corte de Casación francesa en su fallo de 12 de diciembre de 1932, o que al hablar de mandato se refieren a las relaciones privadas que el arbitraje crea entre las partes y el árbitro. En todo caso, incurren en evidente confusión. Pero estos fallos están en franca minoría y los más y mejor estudiados revelan a las claras que los tribunales chilenos, sin llegar a una absoluta precisión de conceptos en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del arbitraje, reconocen el verdadero carácter de institución jurisdiccional que éste tiene en nuestra Ley”

De los casos expuestos se ha determinado que en los tres países Colombia, Chile y Ecuador en mayor o menor medida se cumplen con todos los presupuestos legales de la Ley de Arbitraje y Mediación de cada país, lógicamente Ecuador al haber adoptado en el año 2006 una nueva estructura con la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, está creando recién experiencia y jurisprudencia arbitral, no así Colombia que fue la pionera en utilizar el sistema arbitral en la región andina, pues su legislación fue tomada como base inclusive por nuestra legislación, que tiene bien estructurado el sistema arbitral digno de ser tomado como modelo.

De los presupuestos establecidos en el Arbitraje Colombiano, se pudo distinguir un asunto muy especial, que se propuso en el sector de Telecomunicaciones como una innovación muy importante en la que el

Órgano Estatal Regulador iba a tener la facultad de Arbitrador, para tratar los problemas surgidos entre operadores, con la seguridad de que el árbitro elegido debía ser un experto en la materia, y que por su naturaleza tendría una clara comprensión del conflicto que se debate, ya que se contaba con el soporte técnico de profesionales y personal de apoyo, así como de los asesores externos, que ostentaban los conocimientos profesionales adecuados y las perspectivas del sector, por lo que esta facultad en la práctica, se iba a constituir como una magnífica ventaja para los operadores de servicios de telecomunicaciones que acudían al arbitraje ante el Organismo Regulador, pero lamentablemente este proyecto no contó con la aprobación de los organismos competentes para sacar a la luz un proyecto que hubiera servido de ejemplo y de base para el sector de telecomunicaciones en América Latina.

En el Ecuador en cambio se está demostrando que es un mecanismo ágil, hasta que el tribunal arbitral dicta el laudo, pero que el vacío existente en la ley para determinar claramente, que en caso de que una de las partes **MEDIANTE ACCIÓN** demande la nulidad de laudo ante la función ordinaria y que únicamente es de revisión del laudo, hizo que se vuelva un trámite lento y engorroso.

La falta de decisión del Presidente de la Corte ahora Provincial, para declararlo de trámite especialísimo, la poca importancia que se le dio en un comienzo y el desconocimiento, hicieron que esta acción vaya de paso en paso por las Salas de la Corte Superior y la Corte Nacional, llegando inclusive a casación; pero ya han habido pronunciamientos al respecto, ya existe mayor conocimiento del proceso arbitral, ya se va ganando más terreno, ya los funcionarios de la Función Judicial, se van dando cuenta de que es un procedimiento que hasta los ayuda a aligerar la carga de procesos, que les va dando más espacio para evacuar las causas judiciales; ya se está determinando que para que un proceso vaya a casación o con recurso de hecho, tiene que ser un juicio o proceso judicial de conocimiento, que no lo es la nulidad de laudo arbitral, puesto que la nulidad es un trámite especialísimo de revisión, para determinar si el laudo no se encuentra afectado por vicios en el procedimiento.

En cuanto a Chile, se demuestra que no en vano, ha sido tomada su legislación como modelo para otros países como por ejemplo el Ecuador, que tomó de legislación el Código Civil, el procedimiento arbitral gracias a la modificación de la Ley de Arbitraje de 29 de septiembre de 2004, que estableció las reglas del Arbitraje Internacional, basado en la norma CIADI, y que ha establecido un Centro de Arbitraje Internacional para América Latina, ha dado un gran salto, ya que inclusive en este país se está incursionando ya con el “ARBITRAJE ON LINE”.

3.4.3 EFECTIVIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES DICTADOS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.

En la obra de Nuria González y Sonia Rodríguez Jiménez, “Arbitraje Comercial Internacional, se encuentra el artículo de Hernany Veytia⁷⁰, en el que se hace referencia al arbitraje en América Latina, que es importante tomarlos en cuenta, ya que se los podría asimilar como un termómetro para medir la efectividad del arbitraje en los países que se los ha tomado como referencia para el presente estudio, en la obra el autor se refiere a “Asuntos recientes de arbitrajes en materias de telecomunicaciones en Latinoamérica” diciendo:

“No todo ha sido ha sido fácil en el desarrollo de las telecomunicaciones en Latinoamérica. Es una historia de obstáculos sobrepasados, de riesgos mitigados, de bastantes contratiempos y, en muchos casos, costosos fracasos. Se suele decir que la historia la relatan los vencedores pero lo curiosos de las crónicas de los arbitrajes son la excepción. La mayoría de las reglas de arbitraje incluyen la confidencialidad como obligación de las partes y del tribunal en el procedimiento: sin embargo, en algunos casos se ha dado demasiada publicidad a casos no muy ortodoxos. Una pena para el desarrollo del arbitraje en la región”.

Lo señalado por el autor Hernany Veytia, demuestra que en materia de telecomunicaciones, existe un juego de intereses de los sectores más prominentes de una gran mayoría de Estados en Latinoamérica, en donde el Estado está en la obligación de defender sus derechos en contra de los intereses económicos de grandes potencias nacionales y multinacionales.

⁷⁰ Hernany Veytia, Artículo incluido en la obra “Arbitraje Comercial Internacional” de Nuria González y Sonia Rodríguez, Editorial Porrúa, México, pág. 273.

3.5 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAUDOS ARBITRALES EN TELECOMUNICACIONES DICTADOS EN EL ECUADOR.

Para determinar las ventajas y desventajas que se han presentado con respecto al arbitraje en materia de telecomunicaciones, es inminente primeramente recurrir al criterio formulado por varios autores con respecto al arbitraje en general y para ello, es menester tomar en cuenta lo manifestado por Patricio Aylwin⁷¹ que dice: *“La utilidad que presta el juicio arbitral, las ventajas e inconvenientes que presenta, han sido materia de encontradas opiniones. No hay acuerdo entre los juristas y abogados para apreciar sus méritos. El arbitraje tiene entusiastas partidarios y decididos detractores; algunos lo recomiendan como el medio ideal de administración de justicia y le auguran un brillante porvenir; pero no faltan los que ni siquiera justifican su existencia en nuestros tiempos, considerándolo como institución propia de las etapas primarias del desarrollo social.*

Del breve estudio que se ha realizado se puede establecer con claridad las ventajas del proceso arbitral así tenemos que:

3.5.1 VENTAJAS:

1. El juicio arbitral tiene su fundamento legal en la Constitución y las leyes de la República por tanto tiene plena validez legal y es altamente confiable.
2. La lenta administración de justicia y la extremada acumulación de los procesos en los Juzgados y Tribunales de Justicia estatales, han hecho que acudir a la justicia arbitral sea un desahogo en la tramitación de las causas.
3. El arbitraje proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus contiendas, evitando las dañosas consecuencias de un procedimiento judicial, que por largo y engorroso ocasionan grandes pérdidas económicas.
4. Al ser designado un Tribunal Arbitral para que se encargue de la administración de un solo conflicto, hace que éste sea ágil, sin los entorpecimientos legales ni la creación de incidentes innecesarios, sin contar además que en la legislación ecuatoriana el Tribunal Arbitral tiene ciento cincuenta días término contados a partir de la Audiencia de Sustanciación, para emitir el laudo arbitral, un término muy pequeño comparado con el tiempo que demoran las causas en la justicia ordinaria, que tarda varios años en dilucidar un asunto de fácil decisión.

⁷¹ Aylwin Azócar Patricio, “El juicio arbitral”, Quinta edición actualizada y completada, pág. 76, Editorial Jurídica de Chile, Santiago- Chile.

5. Al elegir o sortear un Tribunal Arbitral probo que tiene conocimientos de la materia que va a decidir, se está evitando que los jueces del Estado que no tienen bastos conocimientos sobre telecomunicaciones en especial, o de ciertas ciencias, artes o técnicas, que son necesarios para resolver muchos litigios. Para suplir su deficiencia tienen que recurrir al auxilio de peritos que los ilustren, con lo cual se ocasionan dilaciones y gastos y no siempre se forma el juez una conciencia cabal del asunto. Esto es muy frecuente en nuestros días, especialmente en materia mercantil. En el juicio arbitral pueden las partes elegir libremente, para jueces, a personas que tengan todos los conocimientos, así jurídicos como técnicos, para la mejor solución del litigio de que se trata. Se evita con esto la consulta a peritos, con economía de tiempo y dinero, y, lo que es más importante, se asegura la eficiencia del fallo.
6. El carácter generalmente reservado del arbitraje que por su esencia es confidencial, hace que el conflicto se resuelva de una manera tranquila, sin dar lugar a la formación de incidentes, ni a la intervención de personas que son partes en el conflicto.
7. Como es un solo caso que el Tribunal tiene que administrar, tiene todos los elementos para desarrollar un exhaustivo análisis del conflicto, por lo tanto al emitir el laudo no es el producto de un análisis hecho a la ligera.
8. Las relaciones comerciales, exigen para su mejor desarrollo una forma especial de justicia que asegure soluciones rápidas y prácticas, que solucione los conflictos entre comerciantes, incluyendo en el ámbito internacional que han creado organismos profesionales que se encarguen de defender los derechos, mediante la creación de Cámaras Arbitrales que constituyan tribunales de carácter técnico y permanente, que tenga condiciones de proporcionar una justicia eficaz, que se amolde a los usos y necesidades mercantiles y que pueda cumplirse fácilmente, así tenemos la creación de los principales centros como son el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Paris, la Asociación Americana de Arbitraje (AAA); La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) y el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).
9. Por su naturaleza y administración, goza de aceptación general en toda clase de materias siempre y cuando sean transigibles, así en asuntos comerciales y civiles como en Derecho Internacional y en Derecho Obrero, para la resolución de las contiendas entre los Estados y de los conflictos colectivos del Trabajo.
10. Por la flexibilidad del procedimiento arbitral resulta más pacífico y amigable, en virtud de que generalmente este mecanismo ofrece la posibilidad de crear o configurar reglas a la medida para cada clase

de problemas que deben ser resueltos, constituyéndose en la mayoría de los casos, procedimientos que gozan de verdadera sencillez.

11. Los honorarios y costas arbitrales están calculados sobre criterios razonables fijados por el centro de arbitraje.
12. Al establecerse un Centro de Arbitraje y Mediación, debe contar con un alto grado de aceptación en la comunidad para que tenga la confiabilidad que la solución de un conflicto requiere, que garantice la marcha del proceso arbitral.
13. En virtud de que la materia involucrada en los conflictos entre los operadores de servicios de telecomunicaciones, se muestra como de alta especificidad o complejidad, la adopción de las decisiones en esta materia exige conocimientos multidisciplinarios, requiriéndose el conocimiento de economistas, ingenieros, abogados, contables y analistas financieros calificados para adoptar decisiones específicas en este sector, de modo que su resolución ante los tribunales ordinarios involucra el riesgo de que el fondo del tema no sea comprendido por quien debe resolverlo, por lo que es probable que la solución del conflicto no satisfaga las necesidades e intereses de las partes, resultando una decisión poco equitativa.

3.5.2 DESVENTAJAS DEL ARBITRAJE:

Ante las innumerables ventajas que presenta el arbitraje, para equiparar nuestro criterio es necesario señalar también las desventajas que son significativamente menores en comparación con los resultados obtenidos y que en su mayor parte se han ido puliendo con la experiencia:

1. El vacío existente en la misma Ley de Arbitraje y Mediación, ha provocado que el proceso tenga que pasar por el trámite engorroso de llegar hasta la Corte Nacional de Justicia, (con recurso de Casación).
2. No siempre las dos partes pueden salir satisfechas con la decisión del laudo arbitral, ya que también ha ocasionado gastos que en relación al tiempo no son grandes egresos económicos.
3. Por falta de claridad en la misma Ley se han interpuesto todos los recursos contemplados en la norma procedimental civil, así el recurso de apelación, de casación o de hecho, cuando por efectos de la ley no existe recurso alguno, únicamente la acción de revisión ante la Presidencia de la Corte Provincial.
4. Al carecer el laudo arbitral de IMPERIUN, hace que necesariamente para su ejecución tenga que recurrirse a la Justicia Ordinaria.

Analizando las ventajas y desventajas que presenta el arbitraje en general, se concuerda que las ventajas que se presentan en el arbitraje en una rama específica, así en materia de telecomunicaciones, se determina que hay un conocimiento pleno de la causa por expertos en la materia. Los conflictos generados entre los operadores de servicios de telecomunicaciones en la mayoría de los casos están revestidos de una complejidad adicional a otros campos, pues en el sector de las telecomunicaciones están inmersos diversos elementos no sólo legales, sino económicos y técnicos que requieren de su conocimiento por expertos en la materia.

Ahora bien, el sistema tradicional de justicia ejercido por los tribunales ordinarios es anticuado, y adicionalmente tiene serias deficiencias y atrasos en materia de infraestructura, logística y sistemas de información, lo que contribuye a la falta de calidad de las sentencias, que muchas veces carecen de fundamentación adecuada. Por lo que se considera que la complejidad de las materias revisten los conflictos suscitados en este sector, pueden constituir un índice de dificultad que es común a la mayoría de los tribunales del mundo entero.

Adicionalmente, existe otro riesgo aún mayor cuando estos conflictos son resueltos en los tribunales ordinarios, ya que en la mayoría de los casos los órganos jurisdiccionales resuelven estos asuntos en materia de telecomunicaciones, sin atender a la debida interpretación sistemática de las normas que rigen el sector de las telecomunicaciones, por lo que en consecuencia, sus decisiones terminan siendo contrarias a las políticas y principios regulatorios que rigen el sector, ocasionando en algunos casos, distorsiones en el mercado debidas a la aplicación de distintos criterios que no pueden ser solventadas por el órgano regulador, quien no posee competencias para influir en las decisiones definitivas de los tribunales ordinarios.

De modo que en algunos ordenamientos se permite a las partes, en este caso a los operadores, fijar reglas procedimentales especiales para cada asunto concreto, sin otros límites que la observancia del orden público y el respeto a las buenas costumbres. No obstante, en aquellos ordenamientos donde las partes no tienen esta potestad, el órgano regulador tendrá la facultad y el deber de establecer normas de procedimiento sencillas y seguras y específicas por cada caso en ayudarán a una solución más rápida del conflicto.

La complejidad de la materia y la adopción de las decisiones en telecomunicaciones exigen conocimientos multidisciplinarios, requiriéndose el conocimiento de economistas, ingenieros, abogados, contables y analistas financieros calificados para adoptar decisiones

específicas en este sector, de modo que su resolución ante los tribunales ordinarios involucra el riesgo de que el fondo del tema no sea comprendido por quien debe resolverlo, por lo que es probable que la solución del conflicto no satisfaga las necesidades e intereses de las partes y sus decisiones terminen siendo contrarias a las políticas y principios regulatorios que rigen el sector.

CAPITULO IV

ANALISIS Y PRESENTACION DE RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO.

4.1 ELABORACIÓN DE LA GUÍA DE ENTREVISTA.

El cuestionario de preguntas está preparado para ser respondido por personas que se encuentran desempeñando sus actividades laborales en el sector de las telecomunicaciones, especialmente por Abogados que ejercen su profesión en el patrocinio de las causas que se encuentran ventilando tanto en la Función Judicial como Organismos extrajudiciales en donde tiene lugar el ejercicio de la Mediación y el Arbitraje como mecanismos alternativos para la solución de conflictos.

OBJETIVO GENERAL: Determinar la importancia de la mediación y el Arbitraje como mecanismos alternativos de la solución de controversias en el sector de telecomunicaciones.

Para la elaboración del cuestionario de preguntas se ha preparado la Matriz para el diseño de entrevista, en la cual constan todas las posibles preguntas que se va a solicitar que sean contestadas y que constan en la siguiente página:

MATRIZ PARA DISEÑO DE ENTREVISTAS	
OBJETIVOS	PREGUNTAS
<p>1. Identificar las principales corrientes jurídicas sobre los mecanismos alternativos de solución de controversias</p>	<p>1. Tiene conocimiento sobre los mecanismos alternativos para la solución de controversias</p> <p>2. Cree usted que los mecanismos alternativos para la solución de conflictos han aportado para que en la justicia ordinaria, los Juzgados y Cortes de Justicia, se desahoguen de muchos procesos especialmente en materia de telecomunicaciones.</p> <p>3. Cree usted que el Arbitraje y la Mediación son una manera simplificada de ejercer justicia acudiendo a los Centros de Arbitraje y Mediación para la solución de conflictos en especial en materia de telecomunicaciones.</p>
<p>2. Describir el desarrollo del proceso de Mediación y Arbitraje en el Ecuador.</p>	<p>4. En su experiencia profesional, ha incursionado en el patrocinio de las causas en telecomunicaciones, en algún Centro de Arbitraje y Mediación.</p> <p>5. Cree usted que tanto el Arbitraje como la Mediación especialmente en Telecomunicaciones, han sido tramitados con celeridad y por personas especializadas en la materia.</p> <p>6. Cree usted que el Tribunal Arbitral al que se someten las partes en el proceso, deben ser elegidos por voluntad de las partes o deben ser sorteados.</p> <p>7. Cree usted que tanto la Mediación como el Arbitraje en telecomunicaciones han sido tramitados con imparcialidad</p> <p>8. Cree usted que la Mediación y el Arbitraje deben ser confidenciales.</p>
<p>3. Analizar y determinar los actuales procesos Arbitrales en el Ecuador especialmente en el Sector de las Telecomunicaciones</p>	<p>9. Cree usted que los procesos en Arbitraje y Mediación en materia de telecomunicaciones se han llevado de manera efectiva y eficiente.</p> <p>10. Recomendaría usted para que personas naturales o jurídicas se sometan al arbitraje o a la mediación</p> <p>11. Cree usted que en nuestro medio, han tenido aceptación tanto la Mediación como el Arbitraje, especialmente en materia de telecomunicaciones.</p>
<p>4. Analizar comparativamente los laudos arbitrales en otros países como Colombia y Chile en materia de Telecomunicaciones.</p>	<p>12. De su experiencia en Mediación encuentra diferencias en el procedimiento en relación con otros países.</p>

4.2 PRUEBA PILOTO DE LA GUÍA DE ENTREVISTAS:

Del cuestionario de preguntas preparado inicialmente y que consta en el punto 4.1, se realizó algunas modificaciones en las preguntas, pero al realizar la prueba piloto, se observó que varias de ellas se referían al mismo tema, por lo que fueron unificadas, quedando de la siguiente manera:

1. TIENE CONOCIMIENTO DE QUE SON LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.
2. CREE USTED QUE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS HAN APORTADO PARA QUE EN LA JUSTICIA ORDINARIA, LOS JUZGADOS Y CORTES DE JUSTICIA, SE DESAHOGUEN DE MUCHOS PROCESOS ESPECIALMENTE EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.
3. CREE USTED QUE EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN SON UNA MANERA SIMPLIFICADA DE ADMINISTRAR JUSTICIA ACUDIENDO A LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACION PARA LA SOLUCION DE CONFLICTOS, EN ESPECIAL EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.
4. EN SU EXPERIENCIA PROFESIONAL HA INCURSIONADO USTED EN EL PATROCINIO DE LAS CAUSAS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES EN ALGÚN CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACION.
5. CREE USTED QUE TANTO LA MEDIACIÓN COMO EL ARBITRAJE EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES HAN SIDO TRAMITADOS CON IMPARCIALIDAD, CELERIDAD POR PERSONAS ESPECIALIZADAS EN LA MATERIA Y DE MANERA EFICIENTE.
6. CREE USTED QUE EL TRIBUNAL AL QUE SE SOMETEN LAS PARTES EN EL PROCESO DEBEN SER ELEGIDOS VOLUNTARIAMENTE POR LAS MISMAS O DEBE SER SORTEADOS.
7. CREE USTED QUE EN NUESTRO MEDIO, HAN TENIDO ACEPTACIÓN TANTO LA MEDIACIÓN C COMO EL ARBITRAJE ESPECIALMENTE EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.
8. DE SU EXPERIENCIA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE ENCUENTRA DIFERENCIAS CON EL PROCEDIMIENTO DE OTROS PAISES.
9. RECOMENDARIA USTED PARA QUE PERSONAS NATURALES O JURIDICAS SE SOMETAN AL ARBITRAJE O A LA MEDIACIÓN.

La Prueba Piloto se realizó con diez personas, de las cuales, cinco dijeron tener experiencia en el patrocinio de las causas tanto en Mediación como en Arbitraje, en materia de Telecomunicaciones, razón por la cual se procederá a continuar con el proceso de entrevistas únicamente con las personas que reúnen este perfil, objeto de nuestro estudio.

4.3 GUÍA DE ENTREVISTA DEFINITIVA:

Con la guía definitiva de entrevista que se encuentra preparada y una vez que se ha realizado la prueba piloto, busco obtener información de las personas que respondieron a este cuestionario, cuya profesión es la de Abogados de la República, que tienen práctica tanto en el patrocinio de litigios instaurados en los Juzgados y Tribunales de Justicia del país como la defensa de procesos instaurados en los Centros de Arbitraje y Mediación de la Ciudad de Quito.

La opinión emanada de esta entrevista es de valiosa importancia, puesto que va a corroborar o desmentir lo descrito en la parte teórica de la Tesis, que es la importancia y funcionalidad tanto del Arbitraje como la Mediación, como mecanismos idóneos para la solución de controversias en materia de Telecomunicaciones.

La entrevista se aplicó a personal que desempeña sus funciones en la Secretaría General y la Gerencia de Asuntos Procesales de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT S.A. anteriormente denominada ANDINATEL S.A., quienes al momento ostentan las funciones de:

- Secretario General encargado de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones S.A.
- Gerente Regional de Asuntos Procesales de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones S.A.
- Coordinador General de la Gerencia de Asuntos Procesales de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones S.A.
- Abogados de la Gerencia de Asuntos Procesales de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones S.A.

4.4. SISTEMATIZACION Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS:

A continuación me permito plasmar las respuestas que fueron dadas al cuestionario de preguntas formulado y que responden al siguiente detalle:

PREGUNTA No. 1
TIENE CONOCIMIENTO DE QUE SON LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

Respuestas:

1. Si, la Mediación, el Arbitraje, la Conciliación y la Negociación son mecanismos alternativos para la solución de controversias, legalmente reconocidos y amparados por la Constitución y las Leyes de la República del Ecuador.
2. Si, el Arbitraje y la Mediación, son mecanismos alternativos para la solución de controversias, en los cuales las partes directamente o asistidos por un tercero imparcial llegan a un acuerdo.
3. Si, la Mediación, el Arbitraje, son mecanismos alternativos para la solución de controversias.
4. Si, la Mediación o Conciliación, el Arbitraje, y la Negociación son mecanismos alternativos para la solución de controversias.
5. Si, la Mediación, el Arbitraje, son mecanismos alternativos para la solución de controversias y son las partes las que voluntariamente acuden a dar solución a sus conflictos.

PREGUNTA NO. 2
CREE USTED QUE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS HAN APORTADO PARA QUE EN LA JUSTICIA ORDINARIA, LOS JUZGADOS Y CORTES DE JUSTICIA, SE DESAHOGUEN DE MUCHOS PROCESOS ESPECIALMENTE EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES:

Respuestas:

1. Por supuesto, no sólo en materia de telecomunicaciones, sino en todas las materias que son susceptibles de transacción, en las cuales se pueda renunciar a derechos.
2. Si han aportado y la causa para su existencia son la crisis judicial y la carga procesal que existe en cada uno de los Juzgados, hace que la justicia ordinaria sea muy lenta.
3. Si han aportado, ya que en el ejercicio de la administración de justicia a través de los órganos estatales, se ha constituido en un trámite lento y engorroso, pese al interés de Jueces y Magistrados por evitar que los

procesos se acumulen, con mucha más razón por la falta de Juzgados, falta de personal que atienda la innumerable cantidad de juicios que ingresan y que en muchos de los casos al momento de resolver no resultan satisfactorios para los intereses de las partes, que terminan por último abandonando las causas por falta de agilidad.

4. Si, puesto que constituyen un replanteo de las formas clásica del manejo de los conflictos.
5. Si, ya que constituyen una nueva forma de responsabilidad ciudadana frente a los conflictos.

PREGUNTA NO. 3

CREE USTED QUE EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN SON UNA MANERA SIMPLIFICADA DE ADMINISTRAR JUSTICIA ACUDIENDO A LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACION PARA LA SOLUCION DE CONFLICTOS, EN ESPECIAL EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES:

Respuestas:

1. Si el arbitraje y la mediación, simplifican la administración de justicia, ya que da a los Juzgados un desahogo en los procesos.
2. Si porque las personas llegan con un conflicto que puede ser solucionado por la voluntad de las partes.
3. Si, generalmente en nuestro país se manejan la Mediación y el Arbitraje para dar solución a las controversias.
4. Si, tanto en la Mediación como en el Arbitraje, los procesos se han simplificado, dando celeridad a las causas.
5. Si porque en los Centros de Arbitraje y Mediación, existen personas profesional y técnicamente especializadas en el manejo de las causas.

PREGUNTA NO. 4

EN SU EXPERIENCIA PROFESIONAL HA INCURSIONADO USTED EN EL PATROCINIO DE LAS CAUSAS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES EN ALGÚN CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACION.

Respuestas:

1. Si he tenido experiencia en la defensa de causas en materia de Telecomunicaciones, las mismas que se han ventilando sobre todo en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito y en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.
2. Si he tenido experiencia en la defensa de causas en materia de Telecomunicaciones, que se han seguido en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito y en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.
3. Si he tenido experiencia en la defensa de procesos en materia de Telecomunicaciones, que se han tramitado ya sea en el Centro de

Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito y en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

4. Si he tenido experiencia en el patrocinio de procesos que se han seguido en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.
5. Si he litigado en causas de Telecomunicaciones, en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.

PREGUNTA NO. 5

Cree usted que tanto la mediación como el arbitraje en materia de telecomunicaciones han sido tramitados con imparcialidad, celeridad por personas especializadas en la materia y de manera eficiente:

Respuestas:

1. Si, puesto que la confidencialidad, imparcialidad, celeridad, son principios fundamentales del Arbitraje y la Mediación, sobre todo en materia de telecomunicaciones.
2. Si, ya que por ello acudimos al Centro de Mediación y Arbitraje, donde los conflictos que se tramitan son tratados con oportunidad, confidencialidad, imparcialidad, celeridad y responsabilidad.
3. Si, porque las causas en materia de telecomunicaciones, en donde se tramitan casos netamente comerciales, son tratadas con la suficiente confidencialidad, imparcialidad y celeridad.
4. Si, puesto que los Centros de Arbitraje y Mediación donde he acudido, guardan un Código de Ética y Profesionalidad, que mantienen los principios del Arbitraje y la Mediación intachables.
5. Si, ya que deben sujetarse a los principios del Arbitraje y la Mediación, sobre todo en materia de telecomunicaciones.

PREGUNTA NO. 6

Cree usted que el tribunal al que se someten las partes en el proceso deben ser elegidos voluntariamente por las mismas o debe ser sorteados:

Respuestas:

1. La Ley de Arbitraje y Mediación claramente señala en el Art. 16 que de no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el Director del Centro de Arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros para que de común acuerdo designen dentro de los tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.
2. Me parece que sería preferible que el Director del Centro de Mediación y Arbitraje debería sortear de la lista de árbitros a aquellos que van a conocer de la causa.
3. A mi modo de ver, debería siempre someterse a sorteo la lista de árbitros.

4. Creo que está mejor si los árbitros son sorteados.
5. No hay ningún inconveniente en que las partes de común acuerdo designen los árbitros.

PREGUNTA NO. 7
CREE USTED QUE EN NUESTRO MEDIO, HAN TENIDO ACEPTACIÓN TANTO LA MEDIACIÓN COMO EL ARBITRAJE ESPECIALMENTE EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES:

Respuestas:

1. Si han tenido aceptación en nuestro medio tanto la Mediación como el Arbitraje, puesto que se han agilitado enormemente los procesos, a diferencia de los juicios que se tramitan en la Función Judicial, en donde los procesos son largos y engorrosos.
2. Si han sido generalmente aceptados en nuestro medio tanto la Mediación como el Arbitraje, puesto que se ha visto que los trámites fluyen con más celeridad.
3. Creo que si han tenido aceptación en nuestro medio la Mediación y el Arbitraje, pero sería conveniente que tengan las actas de mediación y los laudos arbitrales la fuerza de ley como para hacer que se ejecuten de inmediato y no se requiera acudir a la Función Judicial para su cumplimiento.
4. Si han tenido aceptación en nuestro medio los dos procesos extrajudiciales, puesto que se han agilitado enormemente los procesos, a diferencia de los juicios que se tramitan en la función Judicial, en donde los procesos son largos y engorrosos.
5. Si han tenido aceptación en nuestro medio tanto la Mediación como el Arbitraje, pero es necesario que se de más apertura a los medios alternativos para la solución de conflictos, que se cambie de manera de pensar, que el Abogado abra su mente para el acuerdo, que vaya eliminando las viejas barreras del enfrentamiento caduco y esté predispuesto para el diálogo y la solución rápida a los procesos.

PREGUNTA NO. 8
DE SU EXPERIENCIA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE ENCUENTRA DIFERENCIAS CON EL PROCEDIMIENTO DE OTROS PAISES:

Respuestas:

1. De lo que tengo conocimiento es que en Colombia existe la Conciliación y que en nuestro país la Mediación es un procedimiento en el cual el Mediador no propone una solución de controversia sino las partes ayudados del mediador, en cambio en la Conciliación, el Conciliador puede proponer una fórmula de solución del conflicto.

2. Tengo conocimiento que en Colombia se maneja la amigable composición como sinónimo del Arbitraje.
3. Se que en Colombia se denomina Conciliación y que el Conciliador, propone a las partes una fórmula de arreglo al conflicto, en cambio en nuestro país se denomina Mediación y el Mediador no propone fórmulas de arreglo sino que maneja la mediación a través de preguntas, para que las partes directamente propongan un arreglo al conflicto.
4. No tengo conocimiento.
5. No conozco.

<p>PREGUNTA NO. 9 RECOMENDARIA USTED PARA QUE PERSONAS NATURALES O JURIDICAS SE SOMETAN AL ARBITRAJE O A LA MEDIACIÓN.</p>
--

Respuestas:

1. Si, ya que con la experiencia que hemos tenido, sabemos que en telecomunicaciones especialmente los casos han sido resueltos por personas que conocen de la materia, cosa que en la Justicia Ordinaria no sucede, ya que el Juez tiene conocimientos generales en esta materia.
2. Claro que si, puesto que dan celeridad a los procesos, que son manejados por personas especializadas en la materia, con la confidencialidad del caso y que son resueltos con la prontitud que se espera.
3. Si, ya que con el Arbitraje, estamos ahorrando mucho tiempo, evitando que los procesos en la Función Judicial se resuelvan inclusive hasta en diez años.
4. Si, puesto con el Arbitraje y la Mediación tenemos la seguridad de que las causas se tramitarán como es debido.
5. Si, ya que tenemos la garantía de que tanto la Mediación como el Arbitraje son administrados por personas especializadas en la materia.

4.5 LINEAMIENTOS GENERALES:

El presente numeral tiene por objeto confirmar y verificar los resultados obtenidos en las entrevistas, con la hipótesis planteada en la investigación:

“El Arbitraje permite agilizar el trámite procesal y evitar que los procesos en la jurisdicción ordinaria se demoren en su tramitación y resolución.”, y comprobar si el mismo responde a los resultados obtenidos, para lo cual es necesario realizar las siguientes observaciones:

Las entrevistas fueron realizadas a funcionarios que desempeñan sus actividades en calidad de Abogados Patrocinadores en la Operadora de Telecomunicaciones más importante del país y que se encuentran patrocinando causas, tanto en la Función Judicial como en los Centros de Arbitraje y Mediación.

Se ha obtenido como resultado digno de tomar en cuenta la coincidencia de todos en estimar que la administración de la justicia ordinaria en Ecuador, se encuentra saturada de procesos largos, engorrosos y lentos y que por esta razón es necesaria la adopción de un sistema alternativo de solución de conflictos que sea ágil, dinámico, accesible, confidencial, consensual y especializado que esté acorde con las necesidades actuales.

Que de igual manera todos tienen pleno conocimiento de lo que son los mecanismos alternativos para la solución de controversias y que tienen práctica en la defensa de procesos en materia de telecomunicaciones, que es una materia netamente comercial, acudiendo a la Mediación y al Arbitraje, para la solución ágil de sus conflictos.

El procedimiento del arbitraje es mucho más abreviado, existente de la celeridad intrínseca de obtener de mayor o menor manera la resolución de dicho conflicto y o controversia y sobre todo que parte de la confidencialidad en el proceso.

De lo manifestado en la segunda pregunta, está comprobado que el ejercicio de la administración de justicia a través de los órganos estatales, se ha constituido en un trámite lento y engorroso, pese al interés de Jueces y Magistrados por evitar que los procesos se acumulen, con mucha más razón por la falta de Juzgados, falta de personal que atienda la innumerable cantidad de juicios que ingresan y que en muchos de los casos al momento de resolver no resultan satisfactorios para los intereses de las partes, que terminan por último abandonando las causas por falta de agilidad.

Que por esta razón se acude al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y al Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, que son los que más tienen conocimientos en causas de telecomunicaciones para solución de conflictos.

Se comprobó además que las personas se encuentran satisfechas con la tramitación

de los procesos ya sea en arbitraje o mediación y que recomendarían a otras personas naturales o jurídicas para que se sometían en caso de conflicto a éstos mecanismos alternativos.

Para concluir es necesario recabar las consideraciones Finales que Hernany Veytia realiza en la obra de las Coordinadoras Nuria González y Sonia Rodríguez⁷², en la obra “Arbitraje Comercial Internacional que dice:

“Lo humano es perfectible, nunca perfecto. La imperfección, el no llegar nunca a alcanzar aquel estado que la fantasía y el deseo ponen siempre más adelante que la más lograda de las realizaciones, lo que da a la vida vivida su humanidad: el sabor de la aventura, el incentivo del riesgo, la incertidumbre y el estupendo retorno a la inversión en materia de telecomunicaciones, es lo que ha generado fuertes inversiones en el sector. Esperemos que quienes hoy logren grandes utilidades con estos servicios lo inviertan en un desarrollo sustentable para lograr una mayor competitividad en la región, en lugar de querer seguir lucrando con las necesidades de los más pobres.

Por lo antes expuesto, es un hecho –no juicio de valor- que los contratos que son redactados en el extranjero no siempre responden a las exigencias contingentes del mercado local, y al mismo tiempo no siempre en el mercado local se encuentra la eficiencia y especialidad que tienen los estudios legales globales. No sólo se han globalizado las telecomunicaciones, sino también cada vez más los servicios legales. Basta ver el nombre de los despachos estadounidenses que están participando en las grandes transacciones de telecomunicaciones en Latinoamérica.

Para mal de muchos contadores, ingenieros de sistemas, eléctricos, electrónicos y mecatrónicos, y de los pocos abogados y consultores en riesgos intangibles, auguro la mejor de la suertes al desarrollo del arbitraje en la región. Pero no porque marchen mal las telecomunicaciones, sino porque hay un fuerte crecimiento del sector. Posiblemente, de cien contratos uno presente problemas, y éstos se compliquen y hagan gran ruido, pero sólo a un extraterrestre se le ocurriría describir la especie humana por las descripción de una sala de terapia intensiva de un hospital.”

⁷² Hernany Veytia, Artículo incluido en la obra “Arbitraje Comercial Internacional” de Nuria González y Sonia Rodríguez, Editorial Porrúa, México, pág. 284

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

1. El procedimiento del arbitraje es mucho mas abreviado, existente de la celeridad intrínseca de obtener de mayor o menor manera la resolución de dicho conflicto y o controversia, los costos resultan ser moderados y sobre todo parte de la confidencialidad en el proceso.
2. En el área de las telecomunicaciones, por ser un negocio en constante evolución, prácticamente nuevo, que no está sujeto a los esquemas tradicionales de los negocios, tampoco puede sujetarse a una estructura caduca del derecho adjetivo para la solución de los conflictos, es menester para ello encontrar una solución viable, rápida, que de mutuo acuerdo las partes, sometan las controversias susceptibles de transacción a los tribunales arbitrales, para que sean resueltas de manera confidencial por personas calificadas y especializadas, con conocimiento en telecomunicaciones.
3. El Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, es una de las organizaciones en donde se han resuelto varios casos en materia de telecomunicaciones, realmente no han sido innumerables los procesos sujetos a resolución, pero su crecimiento sigue en aumento.
4. La tendencia internacional actual, demuestra que el arbitraje es más importante que la justicia ordinaria por su capacidad, especificidad y celeridad, especialmente en materia de telecomunicaciones.
5. Los mayores avances en Arbitraje se han dado en materia de comercio nacional e internacional, en el que sin duda se encuentra el sector de las Telecomunicaciones, en el cual es necesario contar con soluciones atinadas, realistas y efectivas.
6. Es importante destacar que el trabajo de campo realizado, se basó en entrevistas a Abogados, cuya labor primordial es la de llevar la defensa y patrocinio de una de las operadoras más grandes del país, que tienen a su cargo la tramitación de los procesos en Arbitraje y Mediación en las Cámaras de Comercio, de la Construcción, en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado; y, ante los Juzgados y Tribunales de Justicia de la República.

De la experiencia demostrada en cada uno de ellos, se determinó que los procesos llevados a cabo ante los Tribunales de Arbitraje, son recomendables por su confiabilidad, rapidez, seguridad jurídica, especialidad, que convierten a la Mediación y el Arbitraje en los mecanismos alternativos idóneos para la solución de las controversias; sobre todo las de índole comercial, en donde ante el conflicto que surge de una relación de negocios requiere de una solución urgente y rápida; que demuestran que el Derecho cada día va evolucionando, que los conflictos que surjan entre las partes no pueden dormir el sueño de los justos en los Juzgados y Tribunales de Justicia y que confirman el *POSTULADO DE QUE LA MEDIACION Y EL ARBITRAJE CONSTITUYEN EL MECANISMO IDÓNEO PARA LA SOLUCIÓN DE*

CONTROVERSIAS SOBRE TODO EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.

RECOMENDACIONES:

1. Nos encontramos ante un sistema cuyos efectos jurídicos tienen un alcance que va más allá de la sola voluntad de las partes y de simple actividad procesal, y, que por lo mismo, debería tener la consolidación de los procesos judiciales, es decir, debería dársele IMPERIUM o Fuerza de ley para que se ejecuten los laudos arbitrales.
2. El Arbitraje en el Ecuador, especialmente en el sector de las telecomunicaciones, es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares, es un procedimiento privado, convencional y oneroso, que surge a partir de la controversia suscitada entre dos partes que celebraron un contrato comercial, en que se estableció voluntariamente, que las mismas deciden que en caso de controversia actual o futura, debe ser sometida al conocimiento de un tercero llamado Tribunal Arbitral, por lo tanto deben sujetarse las partes a la decisión del Tribunal.
3. El arbitraje se encuentra establecido en la Constitución de la República como alternativa idónea para facilitar el derecho de los ciudadanos a solucionar sus conflictos de Derecho Privado y por tanto sus normas deben perfeccionarse constantemente para estar de acuerdo con las exigencias de agilidad y eficiencia que todos los sectores necesitan en especial el de las telecomunicaciones.
4. El Arbitraje es una alternativa al Poder judicial que busca una mayor eficacia en la solución de las controversias privadas de índole patrimonial, y en el caso de las telecomunicaciones de índole comercial, por lo tanto no busca la confrontación con la función judicial, pues entre los dos existe un propósito común que es la aplicación de la Justicia.
5. En la ley de Arbitraje y Mediación existen algunas deficiencias que deben corregirse para evitar que afecten, a la larga, la práctica del sistema arbitral y lleguen a convertirse con el tiempo en obstáculos que atenten contra la rapidez y la eficacia del arbitraje, que son precisamente las Características básicas de la institución que la hacen elegible por los interesados frente a la lentitud de la justicia ordinaria.
6. La Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador no es explícita en cuanto se refiere a la "acción de nulidad del laudo", al trámite del mismo que debe dársele ante la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje. Creo que no debería someterse al conocimiento de la Corte Superior de Justicia (actual Corte Provincial) del distrito a que corresponde el laudo, pues el trámite -por falta de procedimiento expreso- se resolvería por la vía ordinaria de conformidad con el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, lo cual desnaturalizaría el espíritu de la Ley que busca la celeridad y la eficacia del sistema arbitral.
7. Del estudio realizado en el presente trabajo, se observó que en la Legislación Colombiana, constó como proyecto de Ley, que la Superintendencia de

Telecomunicaciones intervendría en calidad de Árbitro en los conflictos que surgirían entre los operadores, el mismo que no tuvo la acogida suficiente y se diluyó; retomando el proyecto Colombiano que en definitiva, es el que sirvió de base para la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, no estaría por demás que la Superintendencia de Telecomunicaciones en el Ecuador, tomara este ejemplo y creara un Centro de Arbitraje y Mediación al igual que la Procuraduría General del Estado, en donde se ventilen los conflictos que surjan en el sector de las telecomunicaciones, ya sea entre operadores o entre operadores y terceros, e interviniera como Árbitro o Mediador, ya que tiene profesionales capacitados y con suficiente experiencia como para dirigir cualquier centro de mediación.

- 8.** Por último. Es una realidad, que el Abogado está preparado para la confrontación y el litigio; en telecomunicaciones, que es un sector en constante cambio se requiere de la agilidad del arbitraje, por tanto debe abrir su mentalidad hacia el ACUERDO, a la solución rápida y no a la CONTROVERSIA LARGA Y TEDIOSA.

5 .BIBLIOGRAFÍA:

- **ALEGRIA Héctor, BUERES, J. Alberto, HIGHTON, Helena**, *Revista de Derecho Comparado, Tomo 11- Arbitraje-*, Editores Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires Argentina, 2005.
- ARAGONESES, Pedro**, *Doctrina Procesal Contencioso- Administrativa del Tribunal Supremo*, Editorial Guerra- Aguilar S.A. Ediciones, Madrid España, 1963.
- ARIAS, José**, *Nociones Elementales de Derecho Romano*, Librería y Editorial “La Facultad” Bernabé y Cía, Buenos Aires, Argentina, 1937.
- AYLWIN, Azócar, Patricio**, *El Juicio Arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, Santiago- Chile.
- BRISEÑO, Sierra Humberto**, *El Arbitraje Comercial- Doctrina y Legislación*, Editorial Limusa S.A., Balderas 95, México, D.F., 1999.
- CABANELLAS, Guillermo**, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomos I y III*, Editorial Heliasta, S.R.L., 16 Edición.
- CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACION**, *Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano- Americana*, Quito - Ecuador.
- CODIFICACION AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**, Comentarios, Legislación conexas, concordancias, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizada a enero del 2006, Novena Edición.
- **CREMADES Javier, FERNANDEZ ORDÓÑEZ Miguel Ángel, ILLESCAS Rafael**, *Régimen Jurídico de Internet*, Colección de Derecho de las Telecomunicaciones, Gráficas Muriel, Edición Enero 2002, Madrid- España.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA**, Tomo XVII.
- FELDSTEIN de Cárdenas Sara; LEONARDI de Herbón Hebe**, *El Arbitraje*, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires – Argentina.
- **FISHER Roger, URY William y Patton Bruce**, *SI ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Traducción de Eloísa Vasco Montoya y Adriana Hassan, Grupo Editorial Norma, Bogotá – Colombia, Segunda Edición.
- FISHER Roger, ERTEL Danny**, *SI ¡de acuerdo! En la Práctica, Guía paso a paso para cerrar con éxito cualquier negociación.*, Traducción de Aída Santapau, Grupo Editorial Norma, Bogotá – Colombia, Segunda Edición.

-GONZÁLEZ, de Cossío Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura*, Editorial Porrúa, Primera Edición, México- México.

-GONZÁLEZ, Martín Nuria, RODRÍGUEZ, Jiménez Sonia, *Arbitraje Comercial *Internacional*, Editorial Porrúa, Primera Edición, 2007, México- México.

-LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Ley No. 000. Reg. Of. /145 de 4 de septiembre de 1997.

-MERINO Pérez Gonzalo, Dr. *Enciclopedia de Práctica Jurídica, Apéndice XV*, Librería Magnus 2007, Guayaquil- Ecuador.

-MEZA, Barros Ramón, *Manual de Derecho Civil, De las fuentes de las obligaciones, Tomo I*, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago- Chile, Sexta Edición, 1979.

-OCHOA, Ortiz Francisco, *Comentarios a la Ley Orgánica de la función Judicial*, Fundación Antonio Quevedo, Quito- Ecuador, 1988.

- **MONTESINOS, García Ana,** *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra – España 2007.

- **MORÁN, Sarmiento Rubén Elías,** *Derecho Procesal Civil Práctico, Tomo I*, Edición actualizada, corregida y aumentada, 2009, Edilex S.A., Lima- Perú, Guayaquil- Ecuador.

-OPPETIT, Bruno, *Teoría del Arbitraje*, Legis Editores S.A., 2006, Bogotá- Colombia

-PALLARES, Bosa Jorge. *Arbitraje Conciliación y Resolución de Conflictos, Teoría, Técnicas y Legislación.* Editorial Leyer, Bogotá- Colombia.

-PONCE, Martínez Alejandro, *Derecho Procesal Orgánico*, Editorial Mendieta, Quito – Ecuador, 1991.

- **TAMA, Manuel,** *Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil*, Edilex Editores, Guayaquil- Ecuador.

- **SALCEDO, Verduga Ernesto Dr.,** *El Arbitraje- La Justicia Alternativa*, Editorial DistriLib, Segunda Edición Actualizada, 2007, Guayaquil- Ecuador.

-SÁNCHEZ, Quintero Esther, *El arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en el sector de telecomunicaciones*, pág. 26, Universidad Andina “Simón Bolívar, COD.D-0082 53.

-SILVA, Romero Eduardo; MANTILLA Espinosa Fabricio, *El Contrato de Arbitraje*, Legis Editores S.A., Bogotá- Colombia.

-VELASCO, Céleri Emilio Dr., *Sistema de Práctica Procesal Civil, Tomo I*, Publicaciones de Legislación Cía. Ltda. Pudeleco Editores, Quito- Ecuador, 1996