

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Control Constitucional de Laudos Arbitrales: Procedencia y Efectos.

¿Cuáles son los efectos de la procedencia de la acción extraordinaria de protección frente a la ejecución de laudos arbitrales?

Daniel Robalino Orellana

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado de los tribunales de la República del Ecuador

Quito, Enero de 2010

Derechos de Autor
Daniel Robalino Orellana
2010

RESUMEN

Esta tesina denominada “Control Constitucional de Laudos Arbitrales: Procedencia y Efectos”, constituye un acercamiento al estudio de la intervención judicial en el arbitraje comercial, particularmente en el ámbito de la ejecución de laudos nacionales e internacionales en nuestro país. Mediante un análisis constitucional de las garantías jurisdiccionales del debido proceso en el Estado de Derechos; así como también de los principios informativos del arbitraje y su relación con el carácter inapelable de los laudos arbitrales; se lograrán apreciar los efectos que aquella intervención genera en el ámbito procesal, y consecuentemente a la intención de las partes estipulada en el convenio arbitral. El análisis enfatiza la importancia de la independencia del arbitraje frente a los órganos jurisdiccionales - salvo en los casos de auxilio judicial previstos por la LAM- para que sea factible obtener una debida ejecución de los fallos arbitrales extranjeros, sin que se puedan alegar cuestiones localistas que contravengan a los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador. Adicionalmente, se exponen las posturas referentes al tema de la ejecución de laudos extranjeros en nuestro país, como acerca de los métodos de interpretación en base al principio de proporcionalidad y ponderación de derechos en el modelo neo - constitucional.

ABSTRACT

The present thesis called “*Control Constitucional de Laudos Arbitrales: Procedencia y Efectos*”, constitute an approach to the study of the effects of judicial interference beside the commercial arbitration procedures. In particular, the analysis heart is the execution process of the arbitral award - including foreign awards - in Ecuador, and its relation with the extraordinary plea for constitutional protection. Considering the neo constitutional theories of the jurisdictional warranties of due process, in contrast with the impossibility of appealing an arbitral award as the *lex arbitri* determines; it would estimate the negative consequences of that interference and as a result the rupture of the nature of arbitral institution. This study remarks the undeniable *nexus* between law and arbitral process, but also recognize the conventional nature; been that the main reason for deny the precedence of the constitutional interference against the recognition and execution process for the foreign awards. The preceding is against international conventions and treaties ratified by Ecuador, among the execution of foreign arbitral awards. Finally, this project presents the mechanism for arbitral execution and the new theories for constitutional interpretation in our Country.

A mis Padres, Diego y Claudia; a mis Hermanos.

Su generosidad y fortaleza son mi ejemplo.

Agradecimientos:

*A mis profesores: en especial a Paula Córdova,
Farith Simon, Alejandro Ponce y Xavier Sisa.*

A mis amigos: en particular a Ana Germania.

Gracias por creer en mí.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	... 10
CAPÍTULO I	
Nociones Generales	
1.1. Definición	... 14
1.2. Fundamentos	... 16
1.3. Naturaleza Jurídica del Arbitraje	... 18
1.4. Breve Historia del Arbitraje en Ecuador	... 21
1.5. Clases de Arbitraje	... 23
1.5.1. Arbitraje Privado Interno	... 23
1.5.2. Arbitraje Privado Internacional	... 24
1.5.3. Arbitraje Comercial	... 26
1.6. El Arbitraje en la Práctica	... 28
1.6.1. Ventajas	... 29
1.6.2. Desventajas	... 30
CAPÍTULO II	
Aspectos Procesales del Arbitraje	
2.1. Principios Procesales	... 31
2.1.1. Principio de Oportunidad	... 32
2.1.2. Principio de Temporalidad	... 33
2.1.3. Principio de Favor Arbitralis	... 35
2.2. El Convenio Arbitral	... 40
2.2.1. Generalidades	... 40
2.2.2. Las Cláusulas Patológicas	... 43
2.2.3. Efectos	... 44
2.3. El Laudo Arbitral	... 46
2.3.1. Concepto y Naturaleza	... 46

2.3.2. Sobre la Inapelabilidad de los Laudos	... 48
2.3.3. Efectos	... 49
2.3.4. El Laudo Extranjero	... 50
2.3.4.1. Conceptos y Requisitos	... 50
2.3.4.2. La Cosa Juzgada en el Laudo Internacional	... 51
2.4. Intervención Judicial en el Arbitraje	... 53
2.4.1. La Normativa Internacional	... 54
2.4.2. La Acción de Nulidad	... 55
2.4.3. La Acción Extraordinaria de Protección	... 57
CAPÍTULO III	
Ejecución de Laudos Arbitrales	
3.1. Generalidades	... 63
3.2. Ejecución de Laudos Nacionales	... 66
3.3. Ejecución de Laudos Extranjeros	... 68
3.3.1. Respeto de los Laudos Internacionales	... 69
3.3.2. Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros	... 74
3.3.2.1. El Exequátur	... 76
3.3.2.2. El Procedimiento de Exequátur en Ecuador	... 78
CONCLUSIONES	... 80
BIBLIOGRAFÍA	... 83

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en una época en la que es cada vez más frecuente que los particulares y los Estados opten por resolver sus diferencias mediante los denominados métodos alternativos de solución de controversias, particularmente mediante arbitraje. Esto se debe a que los procesos arbitrales generan ciertos beneficios procesales como la celeridad y la especialización de los juzgadores según la materia.

Es por esto que el Ecuador, siguiendo con la corriente mundial, a partir de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 ha demostrado una actitud pro arbitraje, fomentado su uso y precautelando que las decisiones de los árbitros tengan por sí eficacia ejecutiva. Todo esto mediante la inclusión de innovadores principios procesales, sustentados en diversas corrientes doctrinarias, que han dado a la sociedad opciones efectivas y eficaces

de acceso a la justicia sin tener que incurrir en tediosos procesos judiciales ante los órganos de la Función Judicial. Desafortunadamente, al amparo de la Constitución 2008, la institución arbitral ve amenazada su eficacia, pues el Estado no tiene más actitud pro arbitraje.

El denominado proceso de globalización comercial trajo consigo la imperante necesidad de llevar a cabo un proceso de globalización jurídica, por lo cual, diversos Estados han suscrito y ratificado un sinnúmero de tratados y convenios Internacionales tendiente a regular la institución arbitral en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

Enfatizando así, la importancia de resolver futuros conflictos mediante arbitraje comercial internacional. Entre aquellas convenciones están el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrita en Nueva York, entre otras.

De esta manera, y con el transcurrir del tiempo, el arbitraje se ha constituido en uno de los mecanismos más utilizados para resolver controversias, entre los comerciantes, sea en el ámbito nacional o internacional.

Una de las características más importantes de los procesos arbitrales, es que el fallo denominado laudo, con el cual termina el proceso, tiene carácter de cosa juzgada y sus efectos se asimilan al de una sentencia judicial de última instancia. Esta aseveración consta en diversos cuerpos normativos como la Convención de Panamá, que le otorga el carácter definitivo al fallo arbitral, logrando que los Estados signatarios reconozcan y ejecuten los laudos extranjeros que cumplan con los requisitos previstos que la misma convención estipula.

Al tenor de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), en el Ecuador, los laudos se ejecutan de la misma forma que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio. Lo que ha llevado a la doctrina a señalar que es vinculante para las partes y consecuentemente que no admite recurso alguno, a excepción de la ampliación o aclaración y la acción extraordinaria de nulidad. Es decir, es inapelable e irrecurrible.

La irrecurribilidad del laudo ha generado extensos debates entre las distintas posiciones doctrinarias, pues algunos autores como LORCA NAVARRETE consideran que en el arbitraje se persiguen fines privados y consecuentemente el proceso y el laudo son también privados. Por lo cual no llega a tener la fuerza de sentencia judicial, negando así la posibilidad de intervención judicial en el arbitraje, teniendo a conocer el fondo del asunto.

Contrario sensu, posturas como la de BRISEÑO SERRA han llegado a señalar que los árbitros, durante el proceso, ejercen funciones jurisdiccionales que les han sido delegadas por vía legal, abriendo el debate a favor de la recurribilidad del laudo.

Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución ecuatoriana de 2008 acoge la teoría del denominado neo-constitucionalismo, en donde el Estado se convierte en garantista de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por tal motivo, adopta nuevas reglas de interpretación constitucional en base al principio de proporcionalidad y la ponderación de derechos.

Para materializar el modelo garantista, la carta política incluye en el capítulo de garantías jurisdiccionales, la denominada acción extraordinaria de protección, que permite a la Corte Constitucional intervenir ante sentencias o autos definitivos en los que se consideren vulnerados derechos fundamentales de las partes.

Por todo lo expuesto, nos encontramos ante la interrogante de si es o no procedente la acción extraordinaria de protección frente a los laudos arbitrales, sean estos nacionales o extranjeros.

A rasgos muy generales de lo que es la institución del Arbitraje en base a la LAM, y el espíritu del legislador en el año 1997, es concluyente que el laudo vincula a las partes, por el mismo hecho de que existe un convenio que los obliga y que además es reconocido por el Estado como final. Por esto, el dilema de si es posible que por una u otra causal se pueda impugnar el laudo, mediante la interposición de la acción constitucional, sin contravenir la naturaleza misma de la institución arbitral. Lo cual generaría efectos procesales no previstos por las partes, y que pretendían evitar al excluir su controversia de la jurisdicción ordinaria y del control constitucional.

La presente tesina tendrá en consideración la legislación nacional, así como también los tratados y convenios internacionales, que traten el tema de la ejecución de laudos nacionales e internacionales en materia comercial, como también a la normativa extranjera aplicable a modo de *soft law*, en un análisis de Derecho comparado. Pues no existe expresamente en la legislación ecuatoriana, norma alguna que presente la lógica del presupuesto planteado y tema central de debate.

El análisis se presenta estructurado en tres capítulos. El primero denominado “Nociones Generales sobre Arbitraje”, que trata fundamentalmente dos asuntos de importancia: la naturaleza jurídica del arbitraje y los tipos de arbitraje existentes al tenor de la legislación ecuatoriana. De igual forma, pretende dar una definición de lo que constituye la institución arbitral y su fundamento teórico, las diferentes posiciones doctrinarias sobre estos aspectos y una breve historia sobre el arbitraje en el Ecuador.

El capítulo segundo aborda los “Aspectos Procesales del Arbitraje”, con un acercamiento a los principios que lo informan, como también a sus etapas iniciales y finales; concretamente, se tratará el convenio arbitral, el laudo y sus efectos procesales inter-partes. Finalmente, este capítulo abordará la intervención judicial en el arbitraje, en donde se pretenderá absolver algunas dudas generales de lo que constituyen las garantías jurisdiccionales en el modelo neo-constitucional del Estado de Derechos.

Finalmente, el tercer y último capítulo hará un breve análisis sobre la ejecución de laudos arbitrales en el Ecuador, tanto en fundamento de la legislación nacional como en aplicación de los convenios y tratados internacionales que se entienden incorporados al ordenamiento jurídico nacional. Especialmente en atención a la Convención de Nueva York de 1958, con lo cual se diferenciarán los efectos procesales y la eficacia ejecutiva de los laudos nacionales frente a los laudos extranjeros.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DEL ARBITRAJE

1.1. Definición

En la doctrina nacional y extranjera podemos encontrar diversas definiciones sobre arbitraje, todas ellas ponen énfasis en las características más relevantes de aquel. Para efecto de este estudio se tratara de llegar a una definición completa y suficiente que sea aplicable a la legislación ecuatoriana.

Según el tratadista PATRICIO AYLWIN AZÓCAR, se entiende por arbitraje a aquel proceso en 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”¹. Por otro lado, MONGALVY dice que “el arbitraje es una jurisdicción que la voluntad de las partes o la ley da a simples particulares para pronunciarse sobre una o más controversias siempre que no sean de aquellas que por su naturaleza no pueden someterse a compromiso”². Complementando estas aproximaciones al concepto mismo del arbitraje, el profesor ERNESTO SALCEDO VERDUGA, en su obra “*El arbitraje: la justicia alternativa*” citando al colombiano JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, señala que el arbitraje es:

Un procedimiento jurisdiccional sui generis mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiende la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial³.

Desde un espectro amplio, podemos decir que el arbitraje es un método alternativo y extrajudicial que nos permite resolver controversias, existentes o futuras entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (arbitro o tribunal arbitral) cuyas facultades provienen del acuerdo de las partes; así como del reconocimiento que la ley hace a dichas funciones.

Debemos considerar que el arbitraje contiene una derogación de jurisdicción hecha por particulares para que sus litigios se tramiten ante los tribunales arbitrales establecidos en la forma determinada por la ley⁴. Razón por la cual, este método alternativo de solución de controversias es actualmente reconocido en la mayoría de las legislaciones del mundo, pues permite altos niveles de eficacia en la consecución de los objetivos de las partes y del Estado. Además, como señala el profesor MONROY CABRA el arbitraje “contribuye a la descongestión de los despachos judiciales y cumple la finalidad de coadyuvar la paz social,

¹ P. AYLWIN, *El juicio arbitral*, Colección de estudios jurídicos y sociales - Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958, p. 21.

² M. MONGALVY. *Tratado de arbitraje en materia civil y comercial*. Décima edición. París 1952, p. 1.

³ E. SALCEDO VERDUGA, Citando a Jorge Hernán Gil Echeverri, *El arbitraje: la justicia alternativa*, Distribub, Segunda edición, Guayaquil, 2007. p. 29.

⁴ Cfr. M. MONROY CABRA, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Segunda edición, Legis, Bogotá, 1998. p. 21.

puesto que ofrece la posibilidad de una solución rápida a las controversias entre particulares”⁵.

Cabe señalar que la aproximación que hasta aquí hemos hecho del arbitraje está ligada de forma general al arbitraje privado nacional, pues en los capítulos siguiente nos referiremos brevemente a lo que constituye el arbitraje internacional y extranjero; y desde luego, a sus efectos en cuanto al control constitucional en nuestro país.

1.2. Fundamentos.

Como sabemos, el Estado ejerce el poder jurisdiccional mediante del órgano judicial estatal, es decir, la justicia es un servicio público a cargo y cuenta del mismo Estado. Sin perjuicio de lo cual, según explica el profesor AYLWIN AZÓCAR,

Si el juzgamiento de los litigios, en general, tiene importancia colectiva y, por consiguiente, carácter público, la mayoría de las controversias solo afecta a los individuos entre los cuales se producen. En cada caso en particular en que esto ocurre, el Estado no puede desconocer a los interesados las facultades que poseen de disponer libremente de sus derechos y someterse a los jueces que les merezcan amplia confianza. Si una persona, por actos de propia voluntad, puede renunciar un derecho suyo o transigir las disputas que sobre él tenga sobre un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona. Y si en el hecho los litigantes así lo hacen, y, en ejercicio de su libertad de contratar acuerdan someter la controversia que les divide al fallo de un individuo cualquiera por ellos elegido, no hay motivo alguno para que el poder público desconozca la ley de este contrato.⁶

En razón de lo que señala el profesor AYLWIN, podemos entender que el Estado, mediante el órgano jurisdiccional, no es el único apto para resolver los conflictos de interés privado que pueden surgir entre particulares⁷. Siendo el fundamento principal que

⁵ *Ibíd*em, p. 24.

⁶ P. AYLWIN, *El juicio arbitral*, Colección de estudios jurídicos y sociales - Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958, p. 22.

⁷ Se debe considerar que los conflictos entre particulares pueden ser resueltos por órganos derivados de la voluntad de las partes, siempre y cuando no exista reserva de ley. Es decir, si el litigio es de interés público, social o de soberanía del Estado, entonces únicamente será competente para resolver dicho conflicto el órgano jurisdiccional Estatal. La ley de arbitraje y mediación del Ecuador prevé que dichos conflictos entre particulares sean expresamente, transigibles, para poder ser arbitrables.

da origen a la solución de controversias mediante mecanismos alternativos a los previstos por el órgano jurisdiccional, ya sean estos de autocomposición o heterocomposición.

Por autocomposición se entiende a la solución del conflicto, por los mismos interesados. Para efecto de lo cual la teoría ha previsto que esta solución de conflictos se puede dar por “renuncia si hay abandono de la pretensión, o transacción si las partes resuelven extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”⁸. Por otro lado, cuando las partes acuden a un tercero para que resuelva su litigio, se da la heterocomposición, como señala GUASP⁹.

Por lo que hemos señalado hasta aquí, está claro que el arbitraje constituye un proceso heterocompositivo ajeno al control jurisdiccional del Estado, mediante el cual las partes pretenden la tutela de sus intereses de manera célere. Sin embargo, para llegar a esta breve acepción, es fundamental entender en inicio que:

La controversia jurídica es un conflicto de intereses, pero no cualquier conflicto; es un conflicto cuya tutela jurídica pretende cada una de las partes, un conflicto de intereses cualificado por la contienda acerca de la tutela. En cambio, las controversias económicas son simples conflictos de interés, en los que las partes no pretenden la tutela jurídica ni discuten acerca de esa tutela. A la luz de esta distinción, se llama árbitro al que juzga res litigiosa, y se llama arbitrador al que decide o resuelve una controversia en la que las partes no persiguen ni pretenden la tutela jurídica¹⁰.

En fundamento de lo expuesto por el profesor CHILLÓN MEDINA, llegamos a la premisa de que el arbitraje es una suerte de juicio privado procesal, mientras que el arbitrio sería una suerte de juicio privado sustantivo. Por lo tanto, como señala MONROY CABRA al referirse a este tema, para que exista arbitraje “se necesita un litigio, y el litigio entraña un conflicto sobre tutela jurídica¹¹.

La ley de arbitraje y mediación ecuatoriana, en su artículo primero, señala que:

⁸ M. MONROY CABRA, *op.cit.*, p. 24.

⁹ J. GUASP, *El arbitraje en derecho español*. Editorial Bosch, Barcelona, 1956, p. 17.

¹⁰ J.M. CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Arbitraje privado interno e internacional*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 57.

¹¹ M. MONROY CABRA, *op .cit.*, 25.

Art. 1.- 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 (...)¹².

Lo cual, en concordancia con lo expuesto anteriormente y con el inciso tercero del artículo cuarto¹³ de la misma ley, nos permite concluir que el arbitraje encuentra su fundamento principal en la autonomía de la voluntad de las partes y consecuentemente con este principio viene la idea de la renunciabilidad de los derechos subjetivos privados. Claro está, siempre que no se contravenga al orden público o el interés social, como señalamos en inicio.

Para cerrar esta sección es importante considerar a MONROY CABRA cuando dice que “los árbitros ejercen transitoriamente la función jurisdiccional y tienen los mismos poderes, deberes y facultades que la ley otorga a los jueces”¹⁴. Por lo cual, me permito concluir que el arbitraje y su reconocimiento en la legislación ecuatoriana, como veremos en las secciones siguientes, tiene su fundamento en el *ius dispositivum*, desde luego con aquellos límites que derivan del orden público como normas de carácter imperativo para que el Estado pueda mantener la paz y la estabilidad en su circunscripción territorial.

1.3. Naturaleza Jurídica del Arbitraje.

Como ya señalamos, el arbitraje contiene una derogación de jurisdicción hecha por particulares, en la forma prescrita por la ley. Esto permite el debate en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución del arbitraje, orientado a si es puramente contractual o jurisdiccional. Por lo cual en esta sección analizaré las posturas doctrinarias y la posición de la legislación ecuatoriana, al respecto.

¹² Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 145, del 4 de septiembre de 1997.

¹³ Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. “Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. 3º La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual (...).”

¹⁴ M. MONROY CABRA, *op. cit.*, 26.

En primer lugar, es fundamental determinar que cuando nos referimos a arbitraje, nos referimos a una institución, más no a un negocio jurídico (contrato). El profesor CHILLÓN MEDINA al respecto arguye que “La institución es un organismo que tiene fines de vida y medios de acción superiores en poder y duración a los individuos que lo componen.”¹⁵

Complementando lo anterior, y considerando a SAVIGNY entendemos el concepto de institución como el “conjunto de normas que regulan una parcela de Derecho”¹⁶. Por lo anterior, entonces podemos señalar que desde el ámbito ideológico, el arbitraje es un instrumento al servicio del Derecho y por lo tanto el laudo deviene en el punto de vista de los árbitros sobre la justicia. Por este motivo, el autor antes citado rechaza enérgicamente la idea de que el arbitraje sea una relación jurídica, sino que más bien lo considera un conjunto de relaciones que como unidad compleja configuran la institución jurídica.

En atención a esto, Salcedo Verduga dice que:

“El arbitraje es considerado como una institución compleja, que ha dado lugar – dentro de la doctrina – al surgimiento de una gran polémica respecto a su naturaleza jurídica. La complejidad deviene de sus diversos componentes contractuales, procedimentales y jurisdiccionales”.¹⁷

Por todo lo dicho, ya establecido que el arbitraje constituye una institución jurídica, es importante discutir si este pertenece a las concepciones normativas públicas, o por el contrario, a las privadas. Pues, si optamos por la primera, entonces se entendería que el arbitraje es una “institución pública al servicio de intereses privados, cuyos árbitros ejercen temporalmente funciones soberanas”¹⁸, como opta CHILLÓN MEDINA. Lo que en definitiva es una postura jurisdiccional ante el arbitraje privado. En relación a este particular, SALCEDO VERDUGA dice que

“No puede olvidarse que lo que la ley regula es la institución del arbitraje y que esta institución a pesar de las múltiples conexiones que puede tener con distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico, es esencialmente una institución procesal

¹⁵ Cfr. J.M. CHILLÓN MEDINA, *op. cit.*, p. 102.

¹⁶ *Ibidem*, p. 102.

¹⁷ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 92.

¹⁸ *Ibidem*, p. 108.

que está incardinada de manera inequívoca en el aparato jurisdiccional: por consiguiente se desarrolla y produce sus efectos en el ámbito procesal”¹⁹.

Por el contrario, si se sustenta que el arbitraje tiene su primera *ratio* en concepciones normativas privadas, entonces estaremos ante un verdadero contrato. Lo cual se conoce como la postura contractualista sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

Estudiadas ya las teorías clásicas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y considerando que ambas generan reparos desde el aspecto práctico, los doctrinarios se han visto en la necesidad de procurar una postura ecléctica, que si por una parte llega a refutar la jurisdicción de los árbitros como negocio privado, y por otra rechaza la posibilidad de asimilarla a los organismos del Estado, “establece, sin embargo, una constitución sui generis que en la técnica se denomina jurisdicción convencional”²⁰.

Resumiendo lo anterior, existen tres posturas claras en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje. Las dos primeras denominadas teorías clásicas (procesalista y privatista) mientras que la tercera deviene en una teoría ecléctica. Siendo para nuestro análisis, la mixtura de dicha naturaleza jurídica, la más acertada. Pues no es oportuno creer que el arbitraje es netamente jurisdiccional, olvidando la derivación convencional que dicho proceso tiene. De igual forma, tampoco es acertado decir que la institución jurídica del arbitraje sea únicamente contractualista o privatista, esto en razón de que dicha postura desconoce la atribución otorgada por ley a los árbitros para conocer y resolver conflictos jurídicos, los mismos que al dictarse el laudo tienen calidad de cosa juzgada.

En cuanto a esto, la legislación aplicable, concretamente la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana en sus artículos 4 y 7, respectivamente, determina que:

Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. (...). La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

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

¹⁹ Ibídem, p. 100.

²⁰ J.M. CHILLÓN MEDINA, *op. cit.*, p. 117 y 118.

Es decir, la naturaleza ecléctica del arbitraje se manifiesta positivamente, tanto en el mundo procesal como en la esfera privada del derecho. Lo cual tendrá alta importancia en el aspecto de la interpretación que se de al laudo en los capítulos siguientes, asimilándolo por sus efectos procesales a una sentencia derivada del poder jurisdiccional del Estado.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje debo señalar que mi postura recoge la influencia concepciones actuales del derecho procesal y coincide con la del profesor SALCEDO VERDUGA, en cuanto considero que se aplican de igual forma las normas procesales, tanto al sistema arbitral como al procedimiento judicial, y por lo tanto proporcionan las garantías necesarias para el adecuado desarrollo y eficacia del arbitraje. En atención a esto, el autor cree que en el arbitraje existe la concepción que prevalece en la denominada concepción garantista del derecho procesal “según el cual el proceso ampara, al mismo tiempo, 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”²¹.

Por todo lo cual, si bien en nuestra legislación prevalece la postura sobre la teoría mixta o ecléctica sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, este tiene amplios matices jurisdiccionales, lo cual será parte de nuestro análisis en las siguientes secciones.

1.4. El Arbitraje en el Ecuador.

En nuestro país, el arbitraje moderno tiene una corta historia. Esto sin perjuicio de aquellos antecedentes históricos que se remontan a épocas muy antiguas, como las leyes procesales del fuero juzgo de los años 689 – 701 cuya traducción española data del 4 de abril de 1.241 durante el reinado de Fernando III. Como señala SALCEDO VERDUGA “en esta recopilación la ley XIII establece que solo pueden ser jueces los nombrados por el Rey, los designados por otro juez, y los que nombren las partes de común acuerdo”²².

Retomando los antecedentes de arbitraje moderno en nuestra legislación, tenemos como primicia la promulgación del código de procedimiento civil aprobado el 31 de

²¹ SALCEDO VERDUGA, *El arbitraje: la justicia alternativa*, Distilib, Segunda edición, Guayaquil, 2007. p. 97.

²² *Ibíd*em, p. 40.

marzo de 1960²³, en la cual se incluyó el “juicio por arbitraje”. Luego, el 23 de octubre de 1963 se publica la Ley de Arbitraje Comercial, que limitaba el arbitraje a diferencias derivadas de operaciones o actos de comercio, exclusivamente. Dichas normas fueron derogadas por la ley de arbitraje y mediación vigente, promulgada el 21 de agosto de 1997 y publicada en el registro oficial N° 145 del 4 de septiembre de dicho año.

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente, según SALCEDO VERDUGA, “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”²⁴. Cabe destacar también, que la ley de arbitraje y mediación en concordancia con los diferentes tratados y convenios internacionales, permite la ejecución de laudos extranjeros o internacionales en el país, tal como prevé el artículo 42²⁵ de dicho cuerpo legal.

En el ámbito constitucional el arbitraje ha sufrido varias reformas que deben entenderse para objeto de este estudio, entre ellas, se destacan la carta política de 1998, cuando la Asamblea Constituyente reunida el 5 de junio de dicho año, aprobó el texto del artículo 91, el cual señalaba: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley”²⁶. Luego, en el año 2008, esta norma sería derogada por la carta política promulgada por la Asamblea Constituyente instaurada en el régimen del economista Rafael Correa. En cuanto al arbitraje, la actual constitución señala, entre otras normas que trataremos en los capítulos segundo y tercero de este ensayo.

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir²⁷.

²³ Código de Procedimiento Civil, publicado en el R.O. N° 81 del 8 de diciembre de 1960.

²⁴ Cfr. *Ibíd.*, p. 45.

²⁵ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo. 42. - El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. (...) Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.”

²⁶ Constitución Política del Ecuador, 1998.

²⁷ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

1.5. Clases de Arbitraje.

Tanto la doctrina como la legislación, a través de la historia, han determinado distintos tipos de arbitraje. Clasificados en base a diversos parámetros, todos ellos de gran utilidad. Por ejemplo, se ha clasificado al arbitraje como independiente o administrado; según sea o no llevado a cabo al amparo de una institución autorizada para tal efecto. Por otro lado, se ha clasificado también al arbitraje en derecho, o en equidad. Según la naturaleza de la decisión y la forma de actuar de los árbitros, entre otras clasificaciones que la doctrina ha dado a la institución del arbitraje.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es importante señalar que para efectos de este trabajo, las clasificaciones que interesan son aquellas que la doctrina ha señalado en virtud de la circunscripción territorial en la que se ha llevado adelante el proceso arbitral y se ha dictado el laudo, el lugar donde surtirá efectos; o porque no, el carácter supranacional de su decisión. Es decir, el arbitraje nacional, internacional y extranjero, sea comercial o no. Por la importancia de este criterio de clasificación, a continuación estudiaremos cada uno de los tipos de arbitraje mencionados anteriormente.

1.5.1. Arbitraje Privado Interno

Como señalamos en las secciones precedentes, la Constitución Política del Ecuador reconoce el arbitraje como medio de solución de controversias (Art. 190). De igual manera, la Ley de Arbitraje y Mediación vigente prevé en su articulado los diversos tipos de arbitraje, entre ellos el interno administrado o independiente, además del arbitraje internacional.

Es importante destacar que este tipo de arbitraje se da entre dos o más partes, sean personas naturales o jurídicas, dentro del territorio ecuatoriano y cuyos efectos, derivados del laudo o decisión arbitral, tendrán incidencia dentro del territorio nacional. En atención a esto, MONROY CABRA, dice:

El arbitraje interno se regula por la ley del respectivo Estado y no hay problema, por cuanto todos los elementos se producen dentro del mismo Estados, y por tanto no requiere exequátur²⁸.

Siendo lo anterior, la diferencia esencial con el arbitraje internacional privado. El mismo que estudiaremos en la sub-sección siguiente.

1.5.2. Arbitraje Privado Internacional

Como hemos visto, el arbitraje interno es aquel que está estrechamente ligado al territorio de un estado en particular, tanto por ser aquel el sitio donde se realiza, así como por que la eficacia del laudo se da en dicho territorio. Sin embargo, para entender claramente, es pertinente tomar las palabras de CHILLÓN MEDINA Y MERINO MERCHAN, cuando dicen que:

La proyección verdaderamente internacional del arbitraje supone que haya de adoptarse una fórmula válida para todos los ordenamientos jurídicos y sistemas nacionales, y capaz de englobar jurídicamente las posibles diferencias de concepto o nomenclatura²⁹.

Por lo anterior, es concluyente que el concepto de internacionalidad del arbitraje no difiere de su definición nacional, y se diferencian en que el segundo está regulado por tratados y convenciones internacionales. Dichas convenciones, como prevé MONROY CABRA, dan validez y eficacia al reconocimiento respecto de los ordenamientos de los Estados Parte³⁰.

Profundizando en el tema del arbitraje internacional, que será fundamental para entender el tema central de este trabajo, debemos considerar que el fin último de este tipo de arbitraje consiste, como señala SALCEDO VERDUGA, en resolver los conflictos mercantiles de manera privada:

Mientras el arbitraje interno tiene su última ratio en una razón de conveniencia u de hasta utilidad subjetiva – apartarse de la jurisdicción del Estado – el arbitraje internacional encuentra su fundamento en una razón imperativa o necesaria: el

²⁸ M. MONROY CABRA, *op. cit.*, p. 30.

²⁹ J.M. CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Arbitraje privado interno e internacional*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 259.

³⁰ Cfr. M. MONROY CABRA, *op. cit.*, p. 31.

arbitraje es casi la única institución de solución de conflictos mercantiles caracterizada por la presencia de elementos no nacionales³¹.

Por lo anterior, podemos inferir que “El carácter internacional del arbitraje tiene su importancia: él determina la aplicación al merito de la causa, de cierto ordenamiento jurídico, y eventualmente el reconocimiento del laudo depende de las reglas procesales territoriales que regulan el previo pase (exequátur) del laudo al país donde pretende ser reconocido y ejecutado”³².

Siguiendo con el argumento antes presentado, es necesario considerar que el legislador ha previsto, una regulación unitaria del arbitraje interno e internacional. Sin embargo, como estipula SALCEDO VERDUGA “tan solo respecto de algunos puntos concretos se incluyen disposiciones específicamente diseñadas para el arbitraje internacional.”³³

Concretamente, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación estipula que para la existencia de un arbitraje internacional no basta únicamente la voluntad de las partes, sino que se deben cumplir ciertos requisitos. Estos son, la existencia de elementos extranjeros o internacionales que puedan considerarse como factores de conexión, ente los que se destacan: domicilio de las partes en estados diferentes, cumplimiento de prestaciones contractuales fuera del estado en el cual está domiciliado uno de los contratantes, o, operaciones de comercio internacional.

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

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o,
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional.

³¹ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 75.

³² *Ibíd.*, p. 76.

³³ *Ibíd.*, p. 77.

Por lo hasta aquí estudiado, es concluyente que no existe diferenciación legislativa entre el arbitraje internacional y el arbitraje extranjero, sin embargo es fundamental ahondar en el último, para fines de este estudio.

1.5.3. Arbitraje Comercial

Si bien no existe, en la Ley de Arbitraje y Mediación ni tampoco en la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Naciones Unidas, una definición de lo que es el arbitraje comercial internacional, se debe dar una interpretación amplia a la expresión comercial para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. En atención a esto, se debe considerar la limitación del vocablo comercial, pues puede dar paso a confusión y asimilación con el arbitraje de inversión, que es distinto y no forma parte integral de nuestro estudio.

Por lo anterior, tomando las palabras de SALCEDO VERDUGA, podemos definir al arbitraje comercial internacional como:

“Aquel libremente consentido por las partes de una relación jurídica, contractual o no, considerada de índole mercantil por el derecho interno ecuatoriano, con el propósito de resolver en un Estado extranjero o en un sitio sometido a un ordenamiento jurídico sujeto al poder de un Estado extranjero cualesquiera o determinadas controversias que surjan o hayan surgido respecto al nacimiento, desarrollo o extinción de dicha relación.”³⁴

Cabe acotar que la importancia de esta definición radica en la seguridad jurídica que provee a quienes realizan actividades de comercio, para someter sus controversias a poderes independientes de los poderes políticos de uno u otro Estado

Antes de dar paso a la definición y el breve análisis que merece el ya mencionado arbitraje de inversión, se debe destacar que el arbitraje comercial puede ser, tanto nacional como extranjero. La distinción entre uno y otro radica en que el primero carece de elementos extranjeros o internacionales, tanto al momento de suscribirse el convenio arbitral, como al momento de instaurarse el proceso y ejecutarse el laudo. Es decir, no

³⁴ *Ibíd.*, p. 78.

cabe un análisis referente a un posible conflicto de leyes y de factores de conexión. Siendo esto último, el elemento fundamental de un proceso arbitral internacional en materia de comercio.

Es fundamental acercarse al concepto mismo del arbitraje en materia de inversión, pues doctrinariamente no es lo mismo que el arbitraje comercial. Incluso, la normativa internacional aplicable a ambos casos, no es la misma. Por tal motivo no será parte de nuestro análisis aquellos procesos estipulados en la convención de Washington, bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión.

Con lo anterior podemos definir al vocablo inversión como “movimiento económico, en la forma que sea, que un nacional de un Estado realice en otro Estado, eso sí, con una cierta vocación de permanencia”^{35,36}

A diferencia del arbitraje internacional de inversión, el arbitraje comercial internacional, que ya he definido, está previsto en el artículo II.1 de la Convención de Nueva York, concerniente a los asuntos que pueden ser resueltos por arbitraje en dicha materia. En cuanto a esto, LORCA NAVARRETE señala que, la atipicidad del vocablo comercial “favorece, sin duda alguna, el objeto sobre el que pueda proyectarse el arbitraje comercial internacional aun cuando existe un cierto incremento de normas en ese ámbito que impiden acudir al arbitraje, neutralizando la arbitrabilidad de su objeto”³⁷.

Por lo anterior, y considerando la norma antes señalada, se determina que existen tres objetos de arbitraje dentro del ámbito comercial internacional. Dichas cuestiones litigiosas son las denominadas: objetiva, subjetiva y mixta.³⁸

³⁵ Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho “ad referéndum” en Madrid el 11 de diciembre de 1997 (BOE de 11 de abril de 2005), según el cual: Artículo 1.- “Por inversión se entenderá todo tipo de activos (...). Ninguna modificación en la forma en la que los activos se hayan invertido o reinvertido afectará a su carácter de inversión a efectos del presente Acuerdo (...).”

³⁶ No obstante se ha fallado en contra en la resolución sobre jurisdicción dictada en el caso “*a Tokelés vs Ucrania*”. Caso CIADI ARB 02/18, disponible en: <http://www.investmentclaims.com/decisions/Tokios-Ukraine-Jurisdiction-29Apr2004.pdf>.

³⁷ A. M. LORCA NAVARRETE - J. SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de arbitraje Español*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 116

³⁸ Cfr. J.M. CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Arbitraje privado interno e internacional*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 387.

En atención a la arbitrabilidad en razón de la cuestión litigiosa objetiva, se pueden determinar procesos relativos de conflictos derivados de operaciones de comercio internacional. Tales pueden ser contratos comerciales y otros actos de comercio internacional. Por otro lado, considerando la arbitrabilidad subjetiva, se pueden considerar procesos en los cuales el convenio arbitral que lo origina, tenga como partes personas naturales o jurídicas cuya residencia habitual o su sede en Estados contratantes diferentes.

Sin perjuicio de lo anterior, considero que la arbitrabilidad en materia de comercio internacional tiene una clasificación mixta. Es decir, subjetivo – objetiva. No es oportuno señalar que únicamente se deba aplicar uno de los dos parámetros. Además, en materia arbitral, refiriéndonos concretamente al convenio arbitral, este siempre mira a la calidad de las personas como a los hechos que generan el conflicto.³⁹

1.6. El Arbitraje en la Práctica: Ventajas y Desventajas.

En razón de las definiciones estudiadas en la primera sección de este capítulo, podemos destacar ciertas características doctrinarias del arbitraje, sea nacional o extranjero. Que son:

- a. El arbitraje tiene un origen contractual, pues necesariamente supone un convenio entre las partes, por medio del cual sustraen sus conflictos presentes o futuros, de la competencia de los tribunales jurisdiccionales para someterla a resolución de un tribunal arbitral⁴⁰.
- b. El arbitraje constituye un verdadero proceso, pues de otra forma no sería posible someter un conflicto a la resolución de un tribunal.
- c. El proceso arbitral concluye con la expedición del laudo correspondiente, con lo cual también concluye la existencia y vigencia del tribunal arbitral. Dicho laudo, tiene carácter de cosa juzgada material y no es recurrible, más allá de lo previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ E. SALCEDO VERDUGA, señala que el convenio arbitral es un contrato generador de obligaciones, también determina que su objeto es crear derechos y obligaciones personales, las mismas que se configuran en prestaciones con cargo a las partes en conflicto, *op. cit.*, p. 85.

Por todo lo expuesto, y considerando la cantidad de procesos arbitrales que se inician día a día, por la costumbre mercantil de incluir cláusulas compromisorias en los contratos, con el fin de evitar grandes pérdidas de dinero o tiempo en procesos tediosos ante los órganos jurisdiccionales permanentes, podemos apreciar las siguientes ventajas y desventajas del proceso arbitral, tanto para las partes como para el Estado.

1.6.1. Ventajas

- a. Mayor Garantía en la decisión: según MONROY CABRA, que las partes tengan la facultad de nombrar a los árbitros, da la posibilidad de una mayor garantía en la decisión⁴¹.
- b. Mayor Especialidad: una de las mayores ventajas que encontramos en los procesos arbitrales, constituye la especialidad de los árbitros en determinadas materias. Lo cual, según el mismo autor “los hace más idóneos para emitir una decisión”⁴².
- c. Celeridad del Proceso: indiscutiblemente, esta es la razón más influyente para que las partes acudan a los procesos arbitrales. Pues los procesos ordinarios de conocimiento pueden tardar varios años, especialmente en países con sistemas jurídicos poco tecnificados y carentes de personal cualificado, como el nuestro. En cuyo caso es aplicable el viejo aforismo que dice que la justicia tardía no es justicia, especialmente en una comunidad comercial dinámica como la actual.
- d. Privacidad de la Decisión: Aunque la publicidad es un factor determinante de la justicia, y de peso, los arbitrajes privados dan a las partes la opción de decidir si desean que sus controversias y consecuentemente el litigio, sea conocido o no por el público. Por lo cual, desde la visión de los comerciantes, este es un mecanismo eficiente para tener a buen recaudo el nombre comercial y el prestigio de las empresas.

⁴¹ Cfr. M. MONROY, *op. cit.*, p. 27.

⁴² *Ibíd.*

1.6.2. Desventajas

Si bien el arbitraje tiene claras ventajas para quienes lo utilizan como mecanismo célere, especializado y privado de solución de controversias; en su contra cara tiene serios inconvenientes que no permiten un mayor uso de este método. Por ejemplo, el arbitraje administrado tiene altos costos y consecuentemente es de difícil acceso para aquellas personas naturales o jurídicas que no tienen capacidad de pago suficiente. Por tal motivo, el arbitraje es visto como un método de solución de controversias elitista.

Además de lo antes dicho, actualmente existe en nuestro país un nuevo inconveniente para el arbitraje y para quienes han venido previéndolo en sus actos de comercio, es decir, la materia de este estudio: la intervención judicial en el arbitraje. Digo esto, en razón de que si bien el proceso arbitral es célere y no permite una devaluación excesiva del dinero (como en un proceso judicial ordinario), ahora la decisión o laudo arbitral podrá evitar su ejecución mediante solicitud de una de las partes, bien sea mediante la interposición de una acción de nulidad o una acción extraordinaria de protección. Esto último será debidamente estudiado y explicado en los capítulos segundo y tercero, respectivamente.

En virtud de lo expuesto en este capítulo, y con el fin de vislumbrar si es o no procedente la acción extraordinaria de protección frente a la ejecución de laudos extranjeros, damos paso al estudio de los aspectos procesales del arbitraje comercial.

CAPÍTULO II

ASPECTOS PROCESALES DEL ARBITRAJE

2.1. Principios Procesales del Arbitraje

Para adentrarnos en el estudio del Laudo arbitral, considerando que el arbitraje es una institución jurídica, y no únicamente un procedimiento. Y que además teniendo presente que este trabajo tiene como uno de sus fines, determinar los efectos procesales que deriven de un presunto control constitucional de los laudos arbitrales, entonces es fundamental estudiar primero los principios que informan el arbitraje (principios institucionales) y desde luego los principios procesales que le corresponden.

Concretamente, previo al estudio del laudo como acto final del proceso arbitral, me remitiré a los principios procesales denominados de oportunidad, temporalidad y de favor arbitralis. Además de considerar el principio de *kompetenz – kompetenz*.

2.1.1. Principio de Oportunidad

En palabras de CHOCRÓN GIRÁLDEZ, dos son las opciones que tienen un particular ante la “perturbación” de un interés privado. La autora señala que estas son la defensa o el consentimiento. Siendo la primera un acto consiente del interesado, mientras que la segunda implica un no hacer o falta de actividad procesal⁴³.

Por lo anterior, se determina que el requisito para que se de inicio al proceso arbitral es la existencia previa de un desacuerdo entre las partes, y que aquellas tenga la facultad voluntaria de acudir al proceso. Es decir, el arbitraje implica una alternativa a los métodos judiciales de solución de controversias, sin que esto último implique la existencia de un modelo de justicia privada. Pues el arbitraje constituye delegación expresa de la jurisdicción, por parte del Estado.

Es decir, lo importante de este principio radica en que el particular tiene la oportunidad de acudir a una u otra vía para resolver sus conflictos. Bien sea ante la justicia ordinaria o ante un tribunal arbitral. Por lo cual puedo llegar a una conclusión, que implica que el arbitraje se rige por el principio de oportunidad por ser una vía voluntaria y alternativa a las tradicionales previstas por el ordenamiento jurídico nacional, siempre que se cumplan con los requisitos previstos por la ley y cuando el asunto materia del litigio sea transigible.

Por lo cual, el sometimiento de las partes a un sistema arbitral debería necesariamente ser voluntario, y no se concibe entonces, el arbitraje obligatorio, pues aquello desnaturalizaría la naturaleza de la institución. En este particular cabe acotar que en nuestra legislación existió criterio en contrario, pues la Ley de Aduanas hasta el año 2001 en su artículo 76 señalaba que los conflictos derivados de la relación entre

⁴³ Cfr. A. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Los Principios Procesales en el Arbitraje*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 20.

importador y verificadores, debían someterse a arbitraje. Sin embargo, con la reforma de dicho cuerpo normativo publicada en el Registro Oficial 359 de 13 de julio de 1998, se reemplazo en el artículo 76⁴⁴ la frase "deberán someterse", por "podrían someterse", descartando la existencia de arbitraje forzoso en nuestro país.

2.1.2. Principio de Temporalidad

Como hemos señalado anteriormente, el arbitraje es un proceso heterocompositivo, en el cual las partes tienen como uno de los intereses la celeridad, es decir, esto constituye una de las ventajas de este proceso frente a la justicia ordinaria como quedo determinado en el capítulo primero.

Más aún, si consideramos que en el arbitraje existe una renuncia de las partes a la vía jurisdiccional (para la solución de un determinado conflicto), entonces necesariamente deberá existir una limitación en el tiempo de las funciones de los árbitros.

Es decir, mediante la suscripción de un convenio arbitral, las partes sustraen del conocimiento de los órganos jurisdiccionales los asuntos litigiosos que sean transigibles y que sean de libre disposición. Esto con el objeto de que un tercero (arbitro) las resuelva. Entonces, el árbitro o tribunal arbitral que avoque conocimiento de la causa se investirá de funciones jurisdiccionales, temporalmente. Siendo este el fundamento y la importancia del principio procesal que nos atañe actualmente.

En atención a este particular, CARRERAS LLANSANA dice:

“El convenio arbitral constituye el modo de ejercicio de un derecho de disposición y la renunciabilidad de derechos (...) En cualquier caso, el resultado será el siguiente: asunción por parte del árbitro de una actividad que viene siendo desempeñada normalmente por Magistrados y Jueces”⁴⁵.

⁴⁴ Ley Orgánica de Aduanas: Artículo 76.- Cuando las reclamaciones o controversias que se originen entre los importadores y las verificadoras o de éstas con el Gerente Distrital, versen sobre clasificación arancelaria, valoración, origen de las mercancías o re liquidación de tributos, **podrá acudir al arbitraje** de derecho como mecanismo de solución de conflictos con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación. (El resaltado me corresponde).

⁴⁵ J. CARRERAS LLANSANA, *Contribución al estudio de arbitraje: Ensayo de Derecho Comparado en Derecho Procesal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, p. 436.

Sin embargo, las funciones del árbitro o tribunal están limitadas en el tiempo, pues existe un término legal máximo de ciento cincuenta días para resolver, el mismo que puede ser prorrogable hasta por un periodo igual. Caso contrario los árbitros serán responsables ante las partes. En atención a esto la Ley de Arbitraje y Mediación señala:

Art. 25.- Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo.

El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio.

Dentro del análisis correspondiente de este principio procesal del arbitraje, cabe señalar que los árbitros a diferencia de los jueces o magistrados, tienen autoridad única y exclusivamente para un conflicto en particular, es decir, agotan su autoridad al expedir el laudo y consecuentemente, la facultad jurisdiccional que ostentan cuando aceptan el encargo de las partes, se consume cuando decurre el tiempo previsto por aquellas en el convenio para que resuelvan el litigio, o caso contrario hasta que se dé el término previsto en la ley. Cabe señalar que, sin perjuicio de que se de un laudo se dicte fuera de los términos previstos por las partes o la ley, las partes en cumplimiento del convenio arbitral, lo pueden acatar y cumplir de buena fe.

El principio de temporalidad, si bien ya hemos señalado, tiene como fin evitar la renuncia indefinida que hacen las partes a la justicia ordinaria, pero además trasciende en dos aspectos importantísimos. Primero, delimita la responsabilidad del tribunal y segundo, garantizar el derecho al debido proceso que tienen las partes, previsto en la Constitución Política del Estado.

En atención a los árbitros, el principio de temporalidad señala que los árbitros cesaran en sus funciones cuando se cumpla el plazo, pero además, esto nos lleva a dos premisas importantes. La primera, que decurrido el término legal, entonces la justicia ordinaria será competente para conocer y resolver sobre la materia que las partes acordaron resolver en arbitraje. Sin embargo, esto atenta contra la intención de las partes y les causa perjuicio. Por lo cual, presento la segunda premisa, si el laudo es extemporáneo,

deberá prevalecer la intención de las partes para resolver su conflicto en arbitraje, y consecuentemente, podrían designar un nuevo tribunal arbitral para que resuelva, sin perjuicio de iniciar acciones por daños y perjuicios contra los árbitros que incumplieron con el mandato de las partes para resolver oportunamente.

Enfocando el principio de temporalidad en lo pertinente a las partes, tomando en consideración las palabras de CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, “la vinculación de las partes con el plazo es más sustantiva que formal”⁴⁶. Digo esto en razón de que, como se dijo anteriormente, la intención de la ley consiste en precautelar los derechos de las partes procesales. Concretamente los derechos subjetivos constitucionales aplicables para todo proceso, sea judicial, arbitral o en sede administrativa. En consecuencia, los actos procesales emanados del árbitro fuera del término legal, no son vinculantes para las partes, pues este ya no está facultado para aquello. Esto último concatenado con el tema de los laudos extemporáneos que trataré en los acápites siguientes de este capítulo y a las causales de nulidad del mismo. Aquí se exceptúan las ideas presentadas en el párrafo anterior tendientes a precautelar la intención de las partes que acaten laudos extemporáneos de buena fe.

En conclusión, el principio de temporalidad recogido en el artículo 25 de la Ley de Arbitraje y Mediación, determina que el término para dictar el laudo, es un requisito obligatorio para el tribunal, y que, pasado este cesa la potestad de los árbitros y consecuentemente genera la nulidad de cualquier actividad procesal arbitral que le siga, si las partes presentan excepciones al respecto.

2.1.3. Principio de Favor *Arbitralis*

Para concluir con este primer bloque de los principios que informan la institución del arbitraje, en particular en cuanto a los aspectos procesales, es fundamental tratar brevemente el principio de “*favor arbitri*” o “*favor arbitralis*”, pues sin este sería posible frustrar el arbitraje previamente convenido, por una de las partes.

⁴⁶ A. CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, *Los Principios Procesales en el Arbitraje*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 44.

La Real Academia de la Lengua Española, define a la proposición *favor* como la acción “En beneficio y utilidad de alguien o de algo”⁴⁷. Así mismo, la ya citada CHOCRÓN GIRÁLDEZ refiriéndose a la terminología utilizada en este principio, afirma que “recuerda a un trato favorable, a un privilegio, a una tendencia a proteger de modo especial la libertad de las partes”⁴⁸. Concretamente, el principio de favor *arbitralis* tiene tres incidencias claras en la institución que tratamos. Primero, en cuanto a la competencia de los árbitros; luego en cuanto al fallo (*laudo*) y finalmente en relación a la ley como mecanismo potenciador de la institución arbitral.

El primero de los puntos mencionados, favor competencia, consiste en favorecer la competencia de los árbitros, frente a la competencia del órgano judicial estatal. Es decir, merma la competencia judicial en pro de la competencia arbitral. Lo anterior, en el sentido más extenso, constituye el *favor arbitri*. Como bien señala la autora antes citada se “antepone el arbitraje al derecho de la tutela efectiva”⁴⁹ que garantiza la constitución. Es fundamental tener en consideración la ligazón existente entre el principio de *favor arbitralis* y la acción de nulidad prevista en la ley. Pues el primero implica la tutela del proceso arbitral privilegiándolo por sobre el proceso judicial ordinario y consecuentemente evitando lentos y costosos litigios. Concretamente, el favor competencia consiste en hacer prevalecer la voluntad de las partes (debidamente estipulada en el convenio arbitral) por sobre segunda o ulteriores intenciones de una de aquellas para evitar el proceso y retardar la solución del conflicto existente.

En cuanto a la incidencia del principio del *favor arbitri* en atención al fallo, cabe señalar que este limita el control que pueda darse sobre la actividad misma del tribunal, sin que se den vías para analizar la “justicia del laudo o el modo de resolver la cuestión litigiosa”. Es decir, limita las causales de la acción de nulidad, prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación, impidiendo que en dicha acción la justicia ordinaria pueda conocer o resolver sobre el fondo del asunto en litigio. De aquí se deriva una de los efectos

⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición, Tomado de: www.rae.es.

⁴⁸ A. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 59.

procesales más importantes del arbitraje: ser irrecurrible e inapelable. Sin embargo, esto nos abre a una pregunta fundamental, que es parte de nuestro análisis y sin duda será parte fundamental de las conclusiones a las que se lleguen en el presente ensayo: ¿el laudo puede ser ilegal y al mismo tiempo irrecurrible?, aquí entra a debate la ya conocida acción extraordinaria de protección, prevista en la carta magna dentro del capítulo de garantías jurisdiccionales, que será estudiada en el capítulo siguiente.

En cuanto al principio de *favor arbitralis*, en relación al fallo, se debe dejar constancia de las dos posiciones existentes en la doctrina. Sin embargo, para entender aquellas es necesario tener en consideración las causales de nulidad del laudo previstas en la LAM. El artículo 30 de cuerpo legal antes citado señala que los laudos son inapelables, sin embargo, la norma signada con el número 31 de la misma ley dice que únicamente puede intentarse la acción de nulidad por las siguientes causales:

- 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; o,
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y éste hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o,
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; o,
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.

Considerando que la ley no prevé causal alguna para el caso de errónea aplicación de la ley por parte del tribunal, entonces se presentan las dos posturas antes mencionadas.

Por un lado, ALBALADEJO GARCÍA señala que sí cabe el control sobre el laudo que contraviene a las normas jurídicas, es decir, sostiene que este laudo es recurrible ante la

justicia ordinaria por considerarlo contrario al orden público⁵⁰. En este aspecto puedo decir que no necesariamente la contravención a la ley constituye un gravamen al orden público, por lo cual dicha postura es de difícil aplicación. Como sostendrán los desertores de la misma, y que explicaremos a continuación.

La teoría contraria a la antes mencionada, en voz de HINOJOSA SEGOVIA, prevé que la infracción del ordenamiento jurídico, al no estar contemplada en las causales que la ley prevé para la nulidad de los laudos, entonces es forzado pretender incluirla en el concepto de orden público. En atención a esto el autor afirma que “ni con la mayor generosidad exegética cabe extraer de la mención de orden público la consecuencia de que los árbitros lo vulneran cuando dictan resolución que no se ajuste a Derecho, aunque lo fuere de manera patente, ostensible y hasta escandalosa”⁵¹.

Sin perjuicio de lo anterior, como argumento a favor de la segunda exposición y considerando el principio informativo de la institución arbitral, que estudiamos en la sección presente, cabe señalar que el legislador de 1997 al redactar la Ley de Arbitraje y Mediación, ha pretendido restringir al máximo la intervención judicial en el arbitraje, para procurar así los efectos de celeridad pretendidos. Y por lo tanto el *favor arbitralis* en cuanto al fallo o laudo del tribunal, tiene dos aspectos fundamentales. Primero, evitar la incidencia del poder judicial en el proceso, y desde luego procurar que los laudos se ejecuten a la brevedad posible. Esto genera una presunta vulneración en el caso de laudos ilegales o contrarios al ordenamiento jurídico, pues puede contravenir derechos y libertades del reo, o, de ambas partes. En todo caso, ahondaremos en este aspecto al tratar la acción extraordinaria de protección y su procedencia ante la ejecución de laudos arbitrales.

Finalmente, en lo teniente al principio del *favor arbitralis* relacionado directamente con la ley, denominado también como “favor legal”, debemos señalar que esto implica “la tendencia a inclinar a las partes al arbitraje⁵²”. Es decir, el mismo Estado mediante la Ley

⁵⁰ Cfr. M. ALBALADEJO GARCÍA, *La ominosa tentativa de hacer irrecurrible al laudo de derecho que infringe las normas que debe aplicar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 61.

⁵¹ R. HINOJOSA SEGOVIA, *El recurso de Anulación contra los laudos arbitrales*, Edersa, Madrid, 1991, p. 106.

⁵² A. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *op. cit.*, p. 57.

⁵² *Ibíd.*, p. 63.

de Arbitraje y Mediación pretende optimizar los métodos alternativos de solución de controversias, y entre aquellos el que nos atañe: el arbitraje.

En nuestra legislación, concretamente en la Ley de Arbitraje y Mediación el favor legal queda recogido en el artículo 16⁵³, cuando trata los mecanismos de designación de los árbitros. Puesto que en caso de imposibilidad de acuerdo entre las partes para designarlos, entonces, este se elegirá por sorteo entre aquellos que consten en la lista de árbitros del centro en el cual se sustanciará el proceso. Es decir, se denota la intención del legislador por favorecer al proceso arbitral cuando regula de manera absoluta la formalización del proceso mismo, satisfaciendo la voluntad de las partes y permitiendo que estos obtengan un laudo. De igual forma, este principio queda determinado en el inciso segundo del artículo séptimo de dicho cuerpo normativo, cuando señala expresamente que:

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que has hayan originado, salvo en los casos de excepción provisto en esta ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje (...)⁵⁴.

Concretamente, tomando las palabras de Salcedo Verduga, lo que quiere el Estado es que el arbitraje no sea letra muerta y que quienes se sustrajeron a su jurisdicción, no la invoquen cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses, sino en casos muy extremos que tienen que ver por lo general con la vulneración de principios constitucionales o normas de orden público⁵⁵.

En conclusión, el principio de favor arbitralis pretende favorecer a la institución misma del arbitraje en pro de que aquella pueda consumir los efectos procesales que la ley le otorga. Señalado esto, es fundamental estudiar dentro de los aspectos procesales del arbitraje, tanto su origen como su punto final. Es decir, el convenio y el laudo arbitral, que serán estudiados en los acápite siguientes de este capítulo.

⁵³ Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 16.- (...) 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 (...).

⁵⁴ Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 7, inciso segundo.

⁵⁵ Cfr. E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p.104

2.2. El Convenio Arbitral

2.2.1. Generalidades

Como hemos señalado a lo largo de este estudio, el proceso arbitral siempre nace a raíz de la voluntad de las partes que deciden excluir su conflicto del conocimiento de la justicia ordinaria, para que lo resuelva un tercero llamado arbitro. Particularmente, esa voluntad se denomina “convenio arbitral”, según la Ley de Arbitraje y Mediación⁵⁶.

Genéricamente, a este acuerdo se lo denomina también como “acuerdo arbitral” o “pacto de arbitraje”, y como tal, puede estar representado en un solo acto o en dos sucesivos. En este último caso nos encontramos ante una clausula compromisoria y un posterior compromiso arbitral.

En este particular es fundamental determinar la diferencia entre la clausula compromisoria y el compromiso mismo. Pues la primera implica la inexistencia del conflicto a la fecha de pactarse el arbitraje, es decir, su finalidad “es expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje controversias futuras”⁵⁷. Concretamente, esta clausula compromisoria está estipulada dentro de un contrato (ya se nominado o innominado), y únicamente especifica ciertas reglas procedimentales que acatará el tribunal como también el órgano en donde se llevara a cabo el proceso.

Por otro lado, el compromiso arbitral es el acuerdo en el cual las partes someten a arbitraje y ponen en consideración de un determinado tribunal, un conflicto ya existente, que sea transigible y susceptible de resolverse por la justicia arbitral. Es decir, el compromiso es un contrato y no una clausula, en el mismo que se deberá determinar tanto el conflicto que deberá conocer el tribunal, además de las demás reglas procedimentales que fijen las partes y el tipo de arbitraje que será, en derecho o en equidad.

Si bien la clausula compromisoria como el compromiso arbitral son distintos desde el punto de vista conceptual, el propósito que buscan es el mismo y consiste en excluir del

⁵⁶ Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

⁵⁷ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p.104.

conocimiento de la justicia ordinaria los conflictos inter-partes para que los resuelva un tercero llamado árbitro.

La distinción doctrinaria que se ha realizado en la teoría del arbitraje, entre la cláusula y compromiso, ha generado la disquisición de que si es la cláusula un contrato preliminar que únicamente obliga a las partes a celebrar el compromiso, o si sus efectos son suficientes para dar paso al arbitraje. En atención a esto GIL ECHEVERRY ha dicho que “Ambas formas – cláusula compromisoria y compromiso - son dos posibilidades, dos modos o especies de creación contractual del arbitraje, pertenecientes al género convención arbitral y que tienen los mismo efectos jurídicos”⁵⁸.

En consecuencia de lo anterior, tanto la doctrina como la legislación ecuatoriana han definido al convenio arbitral como “el contrato mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originado en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria”⁵⁹. Razón por la cual las partes pueden pactar el convenio arbitral de dos formas, ya sea mediante la cláusula compromisoria o por el compromiso arbitral.

Siguiendo con la línea argumental antes presentada, SALCEDO VERDUGA señala que la ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana “ha eliminado la formalización judicial y la diferencia que existía entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, unificando los conceptos en una nueva figura que denomina convención arbitral”⁶⁰. Esto es particularmente importante en razón de que sin importar si es una cláusula compromisoria o un compromiso, los jueces no podrán conocer los conflictos derivados de las relaciones sometidas a arbitraje. Es decir, aquí también podemos observar claramente estipulado el principio de favor arbitralis que estudiamos en los acápites precedentes. Pues en el artículo

⁵⁸ J. H. GIL ECHEVERRY, *Curso Práctico de Arbitraje*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1993, p. 14 - 15.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁰ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 106.

7 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina que “El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria”⁶¹.

Finalmente, considerando que el convenio arbitral es un contrato generador de obligaciones cuya prestación consiste en un hacer jurídico para asignar una jurisdicción especial y temporal a quienes actuarán como árbitros, entonces, este debe cumplir con aquellos requisitos de existencia y validez comunes a todos los actos y contratos al tenor de lo previsto en el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1461⁶²), que son:

- i. Consentimiento libre de vicios: error, fuerza o dolo.
- ii. Capacidad legal de los contratantes.
- iii. Objeto y causa lícita.

De igual manera, según lo prescrito por la LAM⁶³ y los convenios internacionales suscritos y ratificados por Ecuador, entonces, el convenio arbitral deberá constar por escrito, es decir, es un acto formal. Concretamente, la convención de Nueva York de 1958 determina que el “acuerdo por escrito”⁶⁴ mediante el cual las partes se obligan a someter sus diferencias a arbitraje, es el convenio arbitral.

En este particular, el ya citado SALCEDO VERDUGA afirma que “lo que la ley persigue con el requisito de la formalidad documental del convenio, es asegurarse de que las partes estén conscientes de que se han sometido a un arbitraje”⁶⁵, entonces es concluyente que nos encontramos ante una solemnidad *ad-probationem*, más no *ad-solemnitatem*. Esto último es aplicable tanto para aquellas cláusulas compromisorias que van incluidas dentro de un contrato o para los compromisos arbitrales que constituyen

⁶¹ Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 7.

⁶² Código Civil Ecuatoriano: Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

⁶³ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 5, citado previamente.

⁶⁴ Cfr. Convención de Nueva York, Artículo II numeral primero.

⁶⁵ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 121.

documentos distintos y accesorios al contrato principal. Por esta razón, en pro del arbitraje, no se requiere del otorgamiento de escritura pública para la validez del convenio, y basta cualquier medio de comunicación escrito. Por lo cual, al tenor de la ley de la materia⁶⁶, en nuestro país incluso cabría un convenio arbitral electrónico. Todo aquello con el fin de agilizar el tráfico comercial.

2.2.2. Las Clausulas Patológicas.

Las clausulas patológicas son aquellas que obstaculizan el desarrollo normal del proceso arbitral, pues no delimitan su alcance o incluyen “cuestiones sumamente complejas que presentan una altísima probabilidad de ocasionar serios problemas”⁶⁷ en el decurso del proceso. Es decir, en pueden ser “defectuosas, imperfectas, ambiguas, contradictorias o incompletas”⁶⁸ e impiden a los árbitros declararse competentes para conocer el fondo del asunto o materia del litigio. De las clausulas patológicas resultan los siguientes tipos de convenios, que por sus efectos son :

- i. Convenio Nulo:
- ii. Convenio Ineficaz
- iii. Convenio Inaplicable

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, tomando en consideración que la presente monografía está orientada a determinar si es procedente o no el control constitucional de los laudos extranjeros en el Ecuador, entonces, las clausulas patológicas en atención a lo dispuesto por la Convención de Nueva York (1958), se trataran en el capítulo III del presente documento. Concretamente en atención al artículo II (3) del convenio, referente a los acuerdos nulos, ineficaces e inaplicables como impedimentos para la ejecución de laudos extranjeros en el Estado receptor.

⁶⁶ Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 6.- Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas **o de cualquier otro medio de comunicación escrito** que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje.(Las negrillas me corresponden)

⁶⁷ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 121.

⁶⁸ *Ibíd.*

2.2.3. Efectos del Convenio Arbitral.

Según la doctrina, nacional e internacional, el convenio arbitral tiene dos efectos. Estos son los denominados efectos positivo y negativo. El primero, que hemos visto brevemente en los párrafos anteriores, consiste en la obligación de las partes para someter a arbitraje las diferencias que surjan de una relación contractual o extracontractual según se prevea en el convenio. Pues así dispone la LAM en su artículo quinto. Luego, el denominado efecto negativo que obliga a los jueces (o en general los órganos de la función judicial) a abstenerse de conocer las controversias sometidas a arbitraje. Como bien hemos estudiado esto en el acápite referente al principio de favor arbitralis.

Siguiendo con este particular, es necesario referirnos brevemente al principio *kompetenz – kompetenz*, pues la clausula arbitral tiene un carácter autónomo y por lo tanto los árbitros pueden decidir sobre su propia competencia.

Generalmente, el convenio arbitral es parte integrante de un contrato principal, es decir, en una determinada relación jurídica, las partes incluyen el pacto arbitral porque este conviene a sus intereses. Y desde luego, dicho contrato que incluye el convenio queda sujeto a la interpretación de los árbitros, previo a que estos puedan declararse competentes. Es decir, el convenio, a excepción de que se determine la existencia de una o varias clausulas patológicas, es válido independiente del contrato principal. Lo que se pretende es lo siguiente: Aunque el contrato principal sea declarado nulo, este viciado o sea ineficaz por uno u otro motivo; el convenio arbitral no se lo considera accesorio y por lo tanto la ineficacia, o nulidad del primero no afecta al segundo.

Este principio contraviene claramente el principio de la unidad contractual, y por lo tanto, el aforismo jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Todo aquello con un fin claro y directo: evitar un conflicto de intereses de los árbitros en caso de que se ataque al contrato principal, pues caso de este modo también se atacaría a su competencia. La legislación ha recogido este principio, en el artículo 5 inciso tercero de la LAM, al determinar que “La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”⁶⁹.

⁶⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 5.

En este particular, CHILLÓN MEDINA considera que el mayor desarrollo del Derecho de los contratos en el ámbito del arbitraje comercial internacional ha acabado asentando la doctrina de la autonomía del convenio arbitral accesorio ante una eventual nulidad del contrato principal⁷⁰, por tener tanto el contrato principal como el convenio arbitral, funciones distintas. El primero respecto del negocio sustantivo, mientras que el segundo tiene por fin evitar la jurisdicción ordinaria para esa determinada relación jurídica.

En cuanto a este principio, relativo al convenio arbitral y sus efectos procesales, debo señalar que es trascendental para el desarrollo del arbitraje comercial internacional que atañe a nuestro estudio. Así lo afirma GONZÁLEZ CAMPOS al decir que “la autonomía de la cláusula compromisoria, tanto sustantiva como a los fines del derecho internacional privado, es un elemento esencial para el desarrollo del arbitraje comercial internacional”⁷¹.

Cabe señalar que tanto la ley modelo UNICITRAL⁷² como la Convención de Washington⁷³ ratifican este principio y lo recogen en su normativa, entre otras normas de Derecho Internacional Privado, como el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrito en Ginebra en 1961⁷⁴.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, el aspecto procesal de la autonomía sustantiva de la cláusula compromisoria (convenio arbitral), es incluso más

⁷⁰ Cfr. J.M. CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Arbitraje privado interno e internacional*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 253.

⁷¹ JD. GONZÁLEZ CAMPOS, *Sobre el Convenio de Arbitraje en el Derecho Internacional Privado*. en *Anuario de Derecho internacional*, vol. II, Pamplona, 1975, p. 39.

⁷² Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985, Artículo 16 (1).- El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

⁷³ Convención de Washington, 1965. Artículo 41.- (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

⁷⁴ Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ginebra, 21 de abril de 1961. Artículo V, numeral 3.- “A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme la *lex fori* contra el indicado laudo del tribunal del árbitros ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fuera impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato, transacción y otra operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso.”

profunda que aquella prevista en la doctrina del arbitraje privado nacional. A lo antes dicho, la doctrina le ha denominado “autonomía conflictual”, y consiste en que “la validez de la clausula compromisoria pueda quedar sometida a una ley distinta a la que rige el contrato”⁷⁵, es decir, que la validez no dependa de una u otra ley estatal.

Todo lo anterior implica que el convenio arbitral a modo de clausula compromisoria, es independiente y esta deslindado por previsión expresa de la ley, del contrato principal del cual forma parte. Más aún, cuando se trata de contrato de carácter internacional sean o no mercantiles y sin importar el factor de conexión que les de el carácter de internacional, entonces la clausula compromisoria que incluyan también será autónoma en el sentido de que puede quedar sometida a una ley distinta de aquella que le es aplicable al contrato principal que celebraron las partes, logrando así que el tribunal avoque conocimiento del proceso y en base al principio de *kompetenz – kompetenz*, pueda o no declararse competente para resolver sobre el fondo sin que exista impedimento alguno, en caso de haberse iniciado proceso de nulidad del contrato principal, ante la justicia ordinaria, o cuando la *lex loci contractus* sea distinta de aquella que regula al convenio arbitral.⁷⁶

2.3. El Laudo Arbitral

2.3.1. Concepto y Naturaleza

El proceso arbitral, según dispone la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, puede terminar bien sea por transacción⁷⁷ o en el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo (transacción) entonces el proceso concluirá con el fallo del juzgador, que en el caso del arbitraje se denomina laudo o sentencia arbitral. Con estos antecedentes puedo definir al laudo como la decisión arbitral que pone término al proceso de manera definitiva.

⁷⁵ B. GOMARD, *Decisión Arbitral del caso ELF Aquitaine*, Publicado en Revue de L'Arbitrage, París, 1984, p. 414.

⁷⁶ Cfr. Ibídem.

⁷⁷ Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 28.- En el caso de que el arbitraje termine por transacción, ésta tendrá la misma naturaleza y efectos de un laudo arbitral debiendo constar por escrito, conforme al artículo 26 la misma Ley.

En este sentido, LORCA NAVARRETE señala que “el laudo desde una vertiente sustantiva y formal a la vez, es el único modo posible de poner término al procedimiento arbitral regularmente tramitado y que, resolviendo definitivamente acerca de las cuestiones planteadas en la instancia arbitral, pone término a la misma”⁷⁸. Por lo expuesto, es concluyente que el laudo es un acto jurisdiccional, tanto por su contenido formal como por el sustancial, es decir, equivale a una sentencia ejecutoriada y tiene el carácter de cosa juzgada⁷⁹, pues como señala BARRIOS DE ANGELIS, resuelve las cuestiones prometidas y transforma la inconformidad en satisfacción jurídica⁸⁰.

Este acto procesal, además de poner término al proceso, también finaliza la facultad jurisdiccional del tribunal arbitral e implica que aquellos cumplieron con su encargo. Cabe señalar que en el arbitraje sería ideal que no procedan los fallos inhibitorios, pues en principio los árbitros deberán resolver sobre todas las cuestiones planteadas en la *litis*. Sin embargo, este punto es debatible, pues existen casos en los cuales siguiendo con las formalidades previstas en la ley, los tribunales arbitrales dictan laudos inhibitorios⁸¹. En este particular VERÓNICA ROSAS señala que si bien el laudo no resuelve sobre el fondo de la *litis*, sigue siendo un laudo y consecuentemente tienen calidad de cosa juzgada. Por tal motivo, los fallos inhibitorios dictados conforme a la ley, podrían bloquear las acciones procesales de las partes⁸². Es decir, la justicia ordinaria ya no puede resolver sobre el fondo del asunto y sería poco acertado considerar que un segundo tribunal arbitral avoque

⁷⁸ A. M. LORCA NAVARRETE – J. SILGUERO ESTAGNAN, *op. cit.*, p. 919.

⁷⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 32.- Ejecutoriada el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada. **Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada** y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo. (negritas me corresponden)

⁸⁰ Cfr. BARRIOS DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 61

⁸¹ Se debe considerar que un tribunal se puede declarar competente para conocer y resolver un conflicto debidamente previsto en un convenio arbitral, y que, en el proceso conozca elementos extraños que excedan su competencia o la existencia de procesos judiciales pendientes de resolución que le impiden resolver sobre el fondo del asunto. De igual forma pueden darse fallos inhibitorios cuando existen terceras partes afectadas que no fueron parte del proceso.

⁸² Cfr. V. ROSAS BERASTAIN, *Un Laudo Inhibitorio*, Lima, 2005, p.330-350. Tomado de: www.castillofreyre.com.

conocimiento sobre un tema resuelto. En este particular opera el principio de preclusión procesal. Esto tiene relevancia, en razón de que, si el laudo inhibitorio cumple con los requisitos legales, sin concurrir en alguna de las causales necesarias para la acción de nulidad, entonces el litigio quedaría sin solución y consecuentemente no se satisfacen las necesidades de las partes.

Por otro lado, en la legislación nacional, el laudo se considera eficaz desde el momento en el que se dicta, desde luego sin perjuicio de la acción de nulidad que estudiaremos más adelante. Es decir, el laudo surte todos los efectos por sí mismo sin necesidad de trámite judicial alguno a *posteriori*, y por lo tanto es ejecutable. Por los motivos expuestos y al tenor de lo prescrito por el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación antes citado, se infiere que el laudo vincula a las partes con la decisión arbitral para que la cumplan “de buen grado” y de manera inmediata.

2.3.2. Inapelabilidad de los Laudos

Para el arbitraje privado nacional, la LAM⁸³ prevé que los laudos causen ejecutoria luego de transcurridos tres días desde la audiencia en la que se de lectura al instrumento, siendo luego de esto inapelable e inmodificable por parte del tribunal arbitral que resolvió, de forma similar que en las sentencias judiciales.

Sin perjuicio de lo anterior, el mismo cuerpo normativo antes citado determina que las partes pueden solicitar la aclaración o ampliación del laudo, luego de su notificación a las partes. En este particular vale la pena decir que los recursos de ampliación o aclaración no implican que los tribunales arbitrales puedan revocar el laudo, pues aquello implicaría excederse en sus facultades⁸⁴.

⁸³ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 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 éste mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en éste 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.

⁸⁴ Cfr. E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 268.

Estipulado el carácter de inapelabilidad de los laudos, damos paso al estudio de los efectos que tiene dicho acto procesal.

2.3.3. Efectos del Laudo

Los estudiosos del arbitraje han determinado que una vez que el laudo se encuentra en firme, surte tres efectos. Aquellos son el de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, de eficacia ejecutiva y los denominados efectos económicos del laudo. En particular es de interés para este estudio de la eficacia ejecutiva del laudo, que será tratado a fondo en el siguiente capítulo, referente a la ejecución de laudos nacionales e internacionales en Ecuador.

La teoría procesalista dice que la firmeza de una sentencia consiste en que no se puede impugnar la sentencia dentro del mismo proceso que se dictó, en etapas “ulteriores” o mediante recursos extraordinarios como el de la casación. Es decir, implica que han precluido todas las opciones de impugnación posterior al laudo. CAIVANO afirma que:

“Firme o consentido el laudo, las decisiones que contiene devienen irrevisables e improponibles en otras instancias, no pudiendo las partes volver a plantearlas ante ningún otro tribunal, ni judicial ni arbitral. Adquieren la firmeza propia de un acto jurisdiccional”⁸⁵.

Por lo anterior, es determinante que el laudo al ser irrevocable adquiere el carácter de cosa juzgada (*res iudicata*), tanto formal como material. En este particular la cosa juzgada formal hace inimpugnable la sentencia, mientras que la cosa juzgada material la hace invariable, es decir, la primera implica que no procede recurso alguno contra el laudo. Mientras que la cosa juzgada material hace imposible iniciar un proceso en base a los mismo hecho aludidos (*non bis in ídem*), es decir, es inadmisibile proponer otro proceso ante un órgano judicial o arbitral sobre la misma cuestión litigiosa que fue resuelta en el laudo.

Cordón Moreno refiriéndose a efecto de cosa juzgada de los laudos señala:

“La intención del legislador ha sido atribuir al laudo la misma eficacia de cosa juzgada material que a las sentencias. En consecuencia, será aplicable al mismo, la

⁸⁵ R. CAIVANO, *Recursos en el arbitraje*, Revista de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, N° 2, marzo de 1999, págs. 271, 352.

doctrina sobre los efectos positivo (o prejudicial) y negativo – non bis in ídem – de la cosa juzgada, tanto en un proceso judicial posterior como en un procedimiento arbitral⁸⁶.

Finalmente, en cuanto a los efectos económicos de los laudos, aunque la LAM no regula expresamente sobre las costas y honorarios de los abogados defensores (o patrocinadores), las partes pueden pactar en el convenio arbitral el modo en el que se cubrirán las mismas, caso contrario, no habiendo acuerdo al respecto, el tribunal resolverá sobre el asunto con la posibilidad de acoger lo previsto en el Código de Procedimiento Civil⁸⁷ referente a los litigantes temerarios. A quienes en tal caso, se los podrá condenar al pago de costas. Esto también se prevé en la LAM⁸⁸, en cuanto a la falta inexcusable de las partes a la audiencia de mediación.

2.3.4. El Laudo Extranjero

2.3.4.1. Concepto y Requisitos

Como hemos estudiado a lo largo de este capítulo, respecto de los laudos, y en virtud de la hipótesis de esta monografía, se considera fundamental estudiar a fondo el laudo derivado de procedimientos arbitrales internacionales o extranjeros. Pues aquellos tienen particularidades propias de la naturaleza de los procesos que les dan vida.

Al igual que en los procesos privados nacionales, los laudos internacionales son la resolución de los árbitros que decide sobre la controversia existente entre las partes y pone fin al procedimiento. De igual manera, deberán cumplir con al menos dos requisitos que se encuentran contemplados en los convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador. Estos son el de motivación y congruencia, como veremos a continuación.

⁸⁶ F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje en el Derecho Español*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1995, p. 136 – 139.

⁸⁷ Código de Procedimiento Civil. Artículo 287: “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”.

⁸⁸ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 15, inciso final: “(...) Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas”.

La convención de Nueva York, contempla el principio de congruencia de los laudos. Concretamente señala que es una causa de oposición para la ejecución de laudos por parte del Estado receptor que “la sentencia se refiera a una diferencia no previstas en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria o contienen decisiones que exceden de los términos del compromiso”⁸⁹. Es decir, el principio de congruencia implica que tanto el laudo como el procedimiento estén conformes a lo previsto por la partes en el convenio arbitral.

Respecto del requisito de la motivación, cabe señalar que aquel consiste en que el laudo sea debidamente fundamentado y exponga las consideraciones del tribunal, bien el procedimiento haya sido en derecho o en equidad. Pues que el arbitraje sea en equidad no implica que el tribunal no deba realizar un ejercicio de sustento argumentación coherente en el fallo. Si bien este principio no se expone expresamente en la convención de Nueva York, si se encuentra en el Convenio de Ginebra que hemos citado anteriormente y señala que “se presumirá que las partes han convenido en el acuerdo o compromiso arbitral que el laudo deberá ser motivado”⁹⁰.

2.3.4.2. La Cosa Juzgada en el Laudo Internacional

A lo largo de este estudio hemos señalado que el arbitraje tienen una naturaleza ecléctica, es decir, tiene tintes negóciales como también jurisdiccionales. En atención a aquello y con respecto del efecto de cosa juzgada del laudo, LORCA NAVARRETE afirma que el carácter de cosa juzgada del laudo no puede ser jurisdiccional, contrario a lo que han estipulado ORMAZÁBAL SÁNCHEZ como también SALCEDO VERDUGA.

“Se ha de insistir en que el dictum de los árbitros posee su origen en la voluntad de las partes y surge en el instante mismo en el que se estipula el convenio arbitral (...) la firmeza del laudo arbitral es distinta a la firmeza de las resoluciones judiciales”⁹¹.

⁸⁹ Convención de Nueva York, 1965. Artículo V, numeral 1 literal D.

⁹⁰ Convenio de Ginebra, *op. cit.*, Artículo VIII.

⁹¹ Cfr. A. M. LORCA NAVARRETE – J. SILGUEIRO STAGNAN, *op. cit.*, p. 969.

Sin embargo, por los motivos expuestos en el capítulo primero referente a la naturaleza jurídica del arbitraje, y por ser las facultades de los árbitros otorgadas por la ley, entonces concordamos con la teoría ecléctica sobre la naturaleza del arbitraje y consecuentemente con la del laudo. Señalado esto, a continuación estudiaremos el efecto de cosa juzgada en los laudos internacionales.

Los laudos internacionales pueden a su vez ser nacionales, como hemos estudiado anteriormente, los laudos derivados de convenios arbitrales que contemplan factores de conexión relativos al Derecho Internacional Privado, también son nacionales en caso de dictarse dentro del territorio ecuatoriano y cuando sus efectos estén circunscritos al territorio nacional. Por tal motivo, el efecto de cosa juzgada material y forma, para este caso, es idéntico al de los laudos nacionales. Es decir, causa ejecutoria luego de transcurrido los términos previstos para la interposición de los recursos determinados en la Ley de Arbitraje y Mediación.

En cuanto a los laudos extranjeros, el debate es más complejo. Pues por un lado está la posición clásica de que el laudo necesariamente debe ser reconocido para tener eficacia ejecutiva, mediante un proceso de exequátur. Sin embargo, las posiciones más avanzadas consideran que aquellos laudos extranjeros tienen efecto de cosa juzgada desde el momento en el que se dictan, y por lo tanto deben ejecutarse de la misma forma que las sentencias de última instancia por la vía de apremio. Este debate en particular sobre la eficacia ejecutiva de los laudos extranjeros será tratado a detalle en el capítulo referente a la ejecución. Sin embargo, es necesario señalar que en el Derecho Comparado, como en el caso de España, el estatus de cosa juzgada queda supeditado exclusivamente al exequátur. Así el autor antes citado señala “la atribución de la autoridad de cosa juzgada es una prerrogativa de la Ley española sujeta a la declaración jurisdiccional de su exequátur”⁹².

Habiendo expuesto a breves rasgos los aspectos procesales del arbitraje, a continuación se tratará acerca de la intervención judicial en el arbitraje, particularmente el caso ecuatoriano.

⁹² *Ibíd.*, p. 976.

2.4. Intervención Judicial en el Arbitraje: Caso Ecuador

Como hemos afirmado anteriormente, los árbitros ejercen una jurisdicción temporal, cuando avocan conocimiento y se declaran competentes en un determinado proceso arbitral. De igual manera, esta jurisdicción temporal deviene de la facultad que la ley le otorga al árbitro y consecuentemente al reconocimiento que le da al fallo que de aquel provenga. En razón de esto, es determinante la existencia de una dependencia de la institución del arbitraje frente al ordenamiento jurídico nacional. Más aún, hay que considerar que el Estado reconoce y favorece al arbitraje con la intención de precautelar los derechos de las partes, el debido proceso y el orden público nacional.

Por otro lado, el Estado tiene el monopolio de la fuerza, lo que implica que los árbitros carecen del elemento *imperium* que es característico de la jurisdicción estatal, y consecuentemente requieren en ciertos casos del auxilio de los órganos estatales para compeler ciertos actos, como es el caso de la ejecución forzosa de los laudos. Además del tema de la ejecución forzosa, la LAM determina expresamente cuando es procedente la intervención judicial en el arbitraje, que es la denominada acción de nulidad de los laudos arbitrales.

Sin perjuicio de lo anterior, en este capítulo se expondrán también las diversas teorías existentes alrededor de la denominada acción extraordinaria de protección, prevista en la Constitución 2008, que se constituye como una garantía jurisdiccional distinta al amparo constitucional conocido en la teoría clásica constitucional. Sin embargo, previo al estudio particular de cada una de estas instituciones, es necesario considerar algunos aspectos generales de la intervención judicial en el arbitraje.

El profesor LORCA NAVARRETE afirma que “El mejor arbitraje es aquel que en ningún momento de su desarrollo necesita de la intervención de los jueces y tribunales estatales. A pesar de ello, la LA prevé esa intervención para cuando las partes no se pongan de acuerdo (...)”⁹³. Es decir, la intervención judicial que prevé la teoría arbitral tiene tintes pro arbitraje y pretende únicamente salvaguardar que el procedimiento arbitral se lleve a cabo, por lo cual, la intervención de los órganos del Estado deberá ser mínima y

⁹³ *Ibíd.*, p. 641.

cuando exista petición de parte, pues los órganos judiciales no podrán actuar de oficio. En este particular, el mismo autor, citando a GABRERI LLOBREGAT considera que desde el punto de vista procesal, dicha intervención deviene en “una actividad de jurisdicción voluntaria”⁹⁴. En este punto debe enfatizarse que la intervención judicial en el arbitraje tiene tintes garantistas (del proceso), sin convertirse así en un inconveniente para quienes buscan someter sus controversias a arbitraje excluyéndolas de la esfera de la justicia ordinaria.

Así XIOL RÍOS establece que “los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de la institución (arbitral)” y consecuentemente del principio de autonomía de la voluntad que llevo a las partes a excluir la jurisdicción ordinaria.

2.4.1. Intervención Judicial en la Normativa Internacional

Por un simple ejercicio de lógica jurídica, sería sensato afirmar que no es procedente la intervención judicial en aquellos procedimientos arbitrales internacionales, pues la jurisdicción del Estado tiene su primera barrera en sus fronteras territoriales del país sede del arbitraje. Por otro lado, en cuanto a aquellos laudos de carácter internacional dictados dentro del territorio nacional, entonces solamente se los tratará como laudos nacionales, y no existe mayor debate al respecto. Sin embargo, en aquellos procedimientos internacionales, en los cuales los Estados puedan ser parte, los convenios y tratados internacionales han previsto que no se podrá invocar el derecho nacional para evitar la ejecución del fallo. Disminuyendo así, el control judicial del Estado receptor en el procedimiento, post laudo. Concretamente, convenio internacional que prevé aquello es el Convenio CIADI, bajo lo previsto en el artículo 54 (3)⁹⁵.

He señalado anteriormente que la ejecución forzosa es uno de los tipos de intervención judicial en el arbitraje, reconocido por la ley. Sin embargo, este particular se

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Convenio CIADI. Artículo 54 (3): el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

tratará en el acápite referente a la ejecución de laudos en Ecuador, por lo cual a continuación expondremos brevemente la acción de nulidad y la nueva y polémica acción extraordinaria de protección.

2.4.2. La Acción de Nulidad de Laudos Arbitrales

Acorde a las reglas procesales, en los procesos judiciales, los fallos de primera instancia son en su mayoría recurribles y revisables por instancias superiores. Sin embargo, es característica del procedimiento arbitral su inapelabilidad e impugnabilidad, como ya hemos estipulado. Esto implica que el arbitraje consiste en una sola instancia procesal.

En el procedimiento arbitral únicamente caben los recursos previstos en la ley de la materia, sin querer redundar, cabe señalar que son el de aclaración y ampliación⁹⁶, pues así lo determina el artículo 30⁹⁷ de dicho cuerpo normativo. SALCEDO señala que “estos recursos de ampliación y aclaración no deben ser pretexto para modificar, alterar o revocar el laudo arbitral”⁹⁸. A criterio del abogado LEONELLO BERTINI CHIRIBOGA considerando lo expuesto por LORCA Y SILGUERO, de la imposibilidad de revisar el fondo del laudo arbitral derivan importantes consecuencias⁹⁹.

Si bien la acción de nulidad de los laudos no faculta al accionante para pretender la revisión del fondo del laudo, es un mecanismo fundamental para anular aquellas decisiones arbitrales en las cuales existan violaciones al debido proceso, siendo así una acción garantista del debido proceso, exclusivamente. Estipulados estos antecedentes cabe tomar la definición que da HUGO ALSINA a dicha acción:

La acción de nulidad de laudos arbitrales es un medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral, existe en la generalidad de legislaciones y constituye una figura sui generis fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso ordinario y sin parangón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces. Tal acción de nulidad provoca un juicio de control a posteriori sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y

⁹⁶ Los recursos de ampliación y aclaración, son recursos horizontales, por lo cual no son contrarios a la naturaleza misma del arbitraje.

⁹⁷ Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 30.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte (...).

⁹⁸ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 139.

⁹⁹ Cfr. L. BERTINI CHIRIBOGA, *La acción de nulidad de laudos arbitrales*, Editorial Conejo, Quito, 2008, p. 33.

formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las acciones arbitrales¹⁰⁰.

Por lo expuesto, la acción de nulidad garantiza que el procedimiento arbitral se rija por el marco legal, bien el proceso sea en derecho o en equidad. Es decir, no constituye una violación al principio de inapelabilidad de los laudos, característico de la institución arbitral, pues dicha acción es extraordinaria y solamente permite al presidente de la Corte provincial revisar la actuación de los árbitros *in procedendo*, más no *in iudicando*. En este particular cabe considerar lo que hemos señalado en páginas anteriores, pues la exclusión que hacen las partes de la jurisdicción ordinaria, no implica que al someterse a arbitraje renuncien a la tutela judicial, que es un derecho fundamental de los ciudadanos.

Al respecto, SALCEDO VERDUGA afirma que:

“El laudo dictado por los árbitros producirá válidamente efectos de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, siempre que se hayan respetado las normas de orden público del debido proceso por las que se rige el arbitraje, orientadas a garantizar la igualdad de las partes y el libre ejercicio de la legítima defensa. De no ser así, los litigantes tendrán derecho a invocar la tutela judicial mediante la interposición de la acción de nulidad (...) considerada dogmáticamente como instrumento de fiscalización del arbitraje celebrado”¹⁰¹.

Entonces, por lo expuesto, deberá tipificarse una (o varias) de las causales taxativas que prevé la LAM¹⁰², que son:

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

¹⁰⁰ Corte Superior de Justicia, Quinta Sala, Sentencia de 9 de diciembre de 2003. Citando a Hugo Alsina.

¹⁰¹ E. SALCEDO VERDUGA. *op. cit.*, p. 292.

¹⁰² Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 31.

- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; o,
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.
- e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, y como se debatió anteriormente, el orden público es centro de debate en cuanto pueda ser alegado como causal de nulidad.

A modo de breve conclusión, si bien la ley otorga a las partes un margen de libertad para determinar en el convenio los aspectos sustantivos como formales que serán considerados en la decisión arbitral, también delimita aquella libertad negocial. Pues incluye los principios del debido proceso de la justicia ordinaria como son los de inmediación, contradicción e igualdad. Lo anterior, según SALCEDO VERDUGA, es la “manifestación, proyectada al arbitraje, de los principios constitucionales y de orden público del derecho a la defensa y al de ser oídos antes de ser juzgados”¹⁰³.

Finalmente, para concluir con el tema de la acción de nulidad como uno de los modos previstos por la LAM de intervención judicial en el arbitraje, debo señalar que dicha acción no es un recurso, es decir, constituye un nuevo proceso y no una segunda instancia del procedimiento arbitral. Razón por la cual no es factible la revisión del laudo en cuanto al fondo.

2.4.3. La Acción Extraordinaria de Protección

Para entender la garantía jurisdiccional denominada acción extraordinaria de protección, es necesario entender ciertos elementos de lo que lo que constituye el control constitucional al amparo de la Constitución 2008. En especial en cuanto a la garantía de derechos y el principio de proporcionalidad en relación a la interpretación constitucional.

¹⁰³ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 304.

En base a lo anterior, el presidente¹⁰⁴ del entonces Tribunal Constitucional ha señalado que:

El Estado, una vez que se toma como propio el constitucionalismo garantista, la ciudadanía cambia de papel frente al texto de la Constitución y todas las personas se transforman en intérpretes y garantes de la Constitución. Por su parte, desde la perspectiva teórica, la decisión de la Asamblea Constituyente implica la eliminación del Estado legislativo; el establecimiento de una verdadera “jurisdicción” constitucional, que garantice la normatividad de la Constitución y permita el ejercicio de los derechos; y la adopción de una nueva teoría del derecho que asuma la función crítica y no solamente descriptiva de lo jurídico.¹⁰⁵

En pro de garantizar los derechos fundamentales, la Constitución 2008 incluye la acción extraordinaria de protección. Estipulada en su artículo 94:

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

Si bien la norma constitucional no prevé expresamente que sea procedente contra laudos arbitrales nacionales, entonces es necesario remitirse a los mecanismos de interpretación constitucional, pues considerarse que el laudo es un auto con fuerza de sentencia y consecuentemente que es sujeto de control constitucional. Por este particular a continuación se analizará el denominado principio de proporcionalidad y de ponderación de Derechos.

¹⁰⁴ Patricio Pazmiño Freire. Presidente del Tribunal Constitucional (2007). Sobre el tema dice: El neo constitucionalismo es una ideología, una teoría jurídica y una praxis social que busca establecer a los derechos fundamentales, como el eje central del sistema jurídico, y como sustento de fundamentación y legitimidad del Estado. Para ello, coloca a la Constitución como nuevo orden de valores que deja atrás su función formal para convertirse en la norma orientadora y en el fundamento de la convivencia ciudadana de nuestros días. El neo constitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo, incluidos) a la Constitución y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir, que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 10.

MIGUEL CARBONEL, uno de los exponentes de las teorías neo constitucionalistas, afirma que:

El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.¹⁰⁶

Por otro lado, para completar la idea de Carbonel y tomando las palabras de ROBERT ALEXY, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización “relativa a las posibilidades jurídicas”¹⁰⁷, por lo cual a la interpretación constitucional actual únicamente interesa la ponderación de derechos como mecanismo para evitar la intervención en los derechos fundamental. En cuanto a la ponderación, el mismo autor señala que cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro¹⁰⁸. Es decir, se busca un equilibrio casi perfecto entre los derechos de unos y otros.

En cuanto a la ley de la ponderación antes vista, cabe una duda, ¿quién pondera?, ¿quién valora los derechos?. La respuesta lógica viene a ser que es el juez constitucional, lo que entonces generaría un carácter subjetivo en la decisión que no asegura el espíritu garantista de derechos que pretende ser la carta magna. Sin embargo, la teoría neo constitucionalista con el fin de debatir dicho argumento, considera que la ponderación deberá ser el resultado de un análisis racional¹⁰⁹ y argumentado.

¹⁰⁶ M. CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, en la obra colectiva dirigida por M. CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia, Quito, 2008, p. 11.

¹⁰⁷ R. ALEXY, *La fórmula del peso*, en la obra colectiva dirigida por M. CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia, Quito, 2008, p. 15.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibidem*.

¹⁰⁹ Según Carlos Bernal El concepto de racionalidad es ambiguo. En el nivel más abstracto, la racionalidad alude a dos dimensiones: una teórica y una práctica. La racionalidad teórica establece las condiciones que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerada o considerado como racional. La racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción. Por su parte, la racionalidad practica determina las condiciones que un acto

Por otra parte, el Código Orgánico de la Función Judicial, vigente desde el 9 de marzo de 2009, en su artículo 7¹¹⁰ determina que los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, acorde a la Constitución y la ley. Así mismo, el artículo 17¹¹¹ de dicho cuerpo normativo afirma que el arbitraje es un tipo de servicio público, refiriéndose a la administración de justicia. Es decir, el arbitraje es jurisdiccional en la actualidad.¹¹²

Expuesto lo anterior, es factible, más aún se han dado ya casos en los cuales la Corte Constitucional admite acciones extraordinarias de protección presentadas en contra de laudos arbitrales nacionales. Así las reglas de competencia y de procedimiento de la Corte Constitucional para el periodo de transición señalan:

humano debe reunir para ser racional. La racionalidad practica expresa un sentido evaluativo de racionalidad que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas. Cfr. C. BERNAL, *La racionalidad de la ponderación*, en la obra colectiva dirigida por M. CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia, Quito, 2008, p. 51.

¹¹⁰ Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 7.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley. Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. **Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.** No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

¹¹¹ Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 17.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes. **El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia** que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades. En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje.

¹¹² Al tenor de la Constitución Política de 1998, en concordancia con la LAM de 1997, el arbitraje se entendía como un ejercicio de la potestad judicial, sin embargo, el proceso se consideraba derivado de la convención de las partes. En consecuencia, los árbitros ejercían una jurisdicción convencional reconocida y garantizada por el Estado. Con estos antecedentes, el ex – Tribunal Constitucional, consideró que “los actos emanados de la jurisdicción convencional no atentan contra ningún derecho constitucional (...); y por lo tanto no son susceptibles de acción de amparo constitucional”. Lo anterior, sumado a la imposibilidad de interponer la acción de amparo ante decisiones judiciales, constituyen las diferencias fundamentales entre la acción de amparo de 1998 y la acción extraordinaria de protección (2008). Tomado del fallo dictado por la segunda sala del Tribunal Constitucional, con fecha 2 de diciembre de 1998, propuesto por la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos días contra el laudo arbitral que siguió en contra de Urbanizadora del Salado S.A.

Art. 52.- Requisitos de procedibilidad.- La acción extraordinaria de protección procede de manera excepcional, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas;
- b) Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos fundamentales; y,
- c) Que se hayan agotado todos los medios procesales de impugnación previstos para el caso concreto dentro de la jurisdicción ordinaria, salvo el caso de que la falta de interposición de los recursos no fuere imputable a la negligencia del titular del derecho fundamental vulnerado.¹¹³

En atención a las normas antes citadas, la Corte Constitucional en el fallo signado como 0204-09-EP presentado por Galo Vallejo Salas en su calidad de Gerente General de la Compañía Hidrosan Cía. Ltda., en contra del laudo arbitral dictado por el doctor Hernán Quevedo, ha señalado que:

Para la procedencia de la acción extraordinaria de protección se requiere que el accionante demuestre que en el juzgamiento se han violado por acción u omisión el debido proceso y otros derechos constitucionales (...) dicho requisito es de carácter sustancial.

Por otro lado, la misma Corte Constitucional en la resolución de la acción extraordinaria de protección signada como 0046 – 09 – EP, presentada por el ingeniero Abdón Vicuña Izquierdo en su calidad de gerente general de la compañía Transelectric S.A. en contra del laudo arbitral dictado por el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Quito dentro del proceso arbitral número 27 – 2007; en cuanto a los requisitos de forma para la procedencia de señala que:

En el caso en concreto, la demanda no reúne los requisitos de forma señalados en el considerando anterior. A fojas 2 a 48 consta el laudo arbitral, mismo que no se acompaña en copia certificada. La copia certificada del laudo arbitral debe ser emitida por el propio Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito. Por las razones anteriormente expuestas, y de conformidad con el Art. 6 inciso primero de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, se dispone ordenar al accionante COMPLETAR la presente acción en el término de 3 días.

¹¹³ Reglas de Procedimiento para la Corte constitucional en el periodo de transición. Tomado de: tribunalconstitucional.gov.ec

Lo último, permite entrever que si es factible la interposición de dicha acción frente a un laudo. Además, nos deja una interrogante, ¿es la acción extraordinaria de protección una nueva instancia para los procesos, judiciales y arbitrales? Por lo cual conviene citar a GRIJALVA JIMÉNEZ en su estudio denominado “*Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional*”, cuando señala:

En efecto, la creciente difusión internacional del control constitucional de decisiones judiciales responde a una lógica incontrastable y a una necesidad estructural. Si en un país regido por una Constitución, el Tribunal o Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación y control constitucional, para cumplir esta función debe tener también la posibilidad de controlar la constitucionalidad de actos del poder judicial. Para tal objetivo, debe actuar estrictamente cuando hay realmente un problema constitucional, como la violación al debido proceso, pues de otra manera violaría el principio de independencia judicial y se arrogaría funciones de la justicia ordinaria¹¹⁴.

Es decir, siempre queda abierta la posibilidad de que la acción extraordinaria de protección se convierta en una instancia de tintes casacionistas, si se mantiene independiente del poder político. Sin embargo, la teoría neo constitucional disiente de aquello y afirma que no existe riesgo de tener una doble instancia con la acción extraordinaria de protección.

Por todo lo expuesto, es claro que la acción extraordinaria de protección procede contra los laudos arbitrales nacionales, siempre que se hayan concluido los recursos (ampliación y aclaración) previstos en la LAM.

¹¹⁴ A. GRIJALVA JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 274.

CAPÍTULO III

EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

3.1. Generalidades

Como estudiamos en el capítulo anterior, el laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone fin al proceso arbitral, dando solución definitiva a las controversias que las partes pusieron en su conocimiento. Por lo expuesto y tomando las palabras del profesor SALCEDO VERDUGA, “el laudo equivale a una verdadera sentencia”¹¹⁵, mirándolo tanto desde su contenido formal como sustancial. Por esta razón, el alcance y los efectos del laudo son aquellos que existen para una sentencia.

¹¹⁵ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 257.

En este aspecto, BARRIOS DE ANGELIS dice:

La sentencia arbitral o laudo, es el acto jurisdiccional por el cual los árbitros cumplen con su encargo, declaran el derecho o la equidad del caso, resuelven las cuestiones prometidas y transforman la inconformidad en satisfacción jurídica¹¹⁶.

Considerando esa definición, y por ser el laudo un acto de naturaleza procesal, entonces, el tribunal siempre debería resolver de manera definitiva sobre todas las cuestiones planteadas en la litis. Esto se sustenta, como señala el mismo autor, en que “la obligación de fallar en forma definitiva constituye el motivo que impulsa a las partes para que acudan al juicio arbitral, convencidos de que sus controversias serán decididas mediante un fallo de fondo y definitivo y no por uno que simplemente postergue la solución del conflicto”¹¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, y como señalamos en los capítulos precedentes, en la práctica se dan fallos inhibitorios, sin embargo, por lo general los laudos, sean en equidad o en derecho, son declarativos. Los laudos declarativos pueden ser de tres tipos, según su contenido: constitutivos, meramente declarativos o de condena, dependiendo siempre del tipo de pretensión que hayan ejercido las partes. Esto último, como señala el profesor ANDRADE UBÍDIA¹¹⁸, es fundamental para conocer el tipo de laudos extranjeros que serán ejecutables en nuestro país, pues únicamente surtirán efectos los que tienen contenido condenatorio. Este particular será estudiado a fondo en la sección referente a la ejecución de laudos extranjeros, de este capítulo.

Dentro de los aspectos generales relativos a la ejecución de laudos arbitrales de carácter comercial, debemos tomar en consideración que la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, expedida en el año de 1997, prevé que la sola resolución que pone fin a la controversia jurídica sometida a conocimiento del tribunal, constituye por sí mismo el laudo arbitral. Razón por la cual tiene toda la eficacia que la ley prevé para este, sin necesidad de homologación o aprobación de autoridad judicial alguna. Esto último es

¹¹⁶ D. BARRIOS DE ANGELIS, *El juicio arbitral*, Facultad de Derecho de Montevideo, Montevideo, 1956, p. 61.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 62.

¹¹⁸ Cfr. A. UBÍDIA, *op. cit.*, p. 37.

objeto de discusión, pues en otras legislaciones¹¹⁹ los laudos nacionales deben ser reconocidos por autoridad judicial para ser eficaces y tener fuerza ejecutiva. Sin perjuicio de esto, nosotros únicamente entraremos a discutir si la fuerza ejecutiva y la eficacia que prevé la ley para los laudos, incluye a aquellos de carácter extranjero o internacional y consecuentemente si aquellos deben ejecutarse por la vía de apremio al tenor de la Ley de Arbitraje y Mediación o mediante el reconocimiento previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Es pertinente señalar que la norma del cuerpo legal mencionado es el artículo 32, y cuyo fin consiste en que el laudo luego de causar la debida ejecutoria, vincule a las partes y dote al instrumento de la suficiente eficacia legal para que sea cumplido de manera inmediata.

Art. 32.- Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada. Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo. (El subrayado me pertenece)

Estudiado el primer inciso del artículo arriba citado, y para procurar un mejor entendimiento de la ejecución de laudos en nuestro país, debemos referirnos hacer un breve recuento de los efectos que produce un laudo, concretamente al denominado efecto de eficacia ejecutiva, porque siendo ejecutoriado y con efecto de cosa juzgada, el laudo se convierte en título apto para ser ejecutado del mismo modo que las sentencias de última instancia. Es decir, lo anterior determina un nuevo efecto, la ejecutividad forzosa del laudo, de modo idéntico al previsto para las sentencias judiciales en firme.

¹¹⁹ Caso de México: El laudo solo puede convertirse en ejecutivo por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional, que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido, de suerte que, entonces el laudo se equipara a jurisdiccional. El laudo solo puede reputarse como una obra de lógica jurídica que es acogida por el Estado

Por lo expuesto, y considerando lo estudiado en el capítulo segundo de esta monografía, a continuación estudiaremos la ejecución de laudos arbitrales de carácter privado, tanto nacionales como extranjeros, al tenor de la legislación nacional aplicable como en base a los tratados y convenios internacionales que son del caso.

3.2. Ejecución de Laudos Nacionales

Para entender los temas relativos a la ejecución de laudos nacionales, es fundamental tener claro el concepto de jurisdicción. En este aspecto, el código de procedimiento civil, artículo primero, dice:

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 magistrados y jueces establecidos por las Leyes.

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

Es decir, el concepto de jurisdicción consiste en “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”¹²⁰, por lo cual, es concluyente que el ejercicio de la jurisdicción contiene dos elementos: la cognición y la ejecución propiamente.

En lo que concierne a la fase cognoscitiva, en aquella predomina el razonamiento, la valoración de los fundamentos de hecho y derecho y la lógica del juzgador para determinar el derecho aplicable. En este punto, y como mencionamos anteriormente, cabe la distinción entre sentencias meramente declarativas, constitutivas de derechos y de condena, en concordancia con el derecho procesal civil.

Siguiendo esto último, es fundamental considerar que en materia procesal civil, el conflicto originario se soluciona únicamente con la declaración del derecho, como es el caso de las sentencias constitutivas y meramente declarativas. Sin embargo, en otros casos, la declaración del derecho no soluciona el conflicto y más aún, lo deja subsistente. Este es el caso de las sentencias de condena, pues en aquellas el fallo *per sé* no va a satisfacer las

¹²⁰ F. CORDÓN MORENO, *El arbitraje en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 2005, p. 288.

pretensiones del acreedor y requiere que el juez obligue el cumplimiento de la obligación al deudor.

Esto último no abarca mayores inconvenientes en la justicia ordinaria, pues existen los mecanismos procesales para obligar al reo a cumplir las sentencias de condena, estos mecanismos son parte de las atribuciones que tienen los jueces por ser parte del poder jurisdiccional. Como señala SALCEDO VERDUGA, “frente al demandado renuente, el juez tiene a su servicio la fuerza legal para que sus decisiones sean obedecidas”¹²¹. Es decir, lo anterior implica la existencia de la denominada fase de apremio o ejecución forzosa de las sentencias.

Sin perjuicio de que antes he señalado que la Ley de Arbitraje y Mediación da al laudo un valor equivalente al de la sentencia dictada dentro de un proceso judicial, incluyendo los efectos de ejecutividad y cosa juzgada, a los árbitros solo se les da la facultad de juzgar, más no la de hacer ejecutar lo juzgado.

Es decir, los árbitros cuando actúan como jueces, carecen de *imperium*, pues en caso de incumplimiento del laudo por parte del vencido, la ejecución forzosa siempre está atribuida a los jueces ordinarios.

Es importante entender que existe una reserva de ley en cuanto al elemento ejecución que contiene la jurisdicción, pues como ha señalado la doctrina, “si bien el arbitraje toma pleno sentido como un sustituto o equivalente del proceso, tal hecho no concede a los árbitros aquella fuerza o poder de imposición”¹²², pues dicho poder de imposición está expresamente reservado para los órganos jurisdiccionales del Estado¹²³.

Por todo lo expuesto es concluyente que en la legislación ecuatoriana, concretamente en la Ley de Arbitraje y Mediación; el laudo tienen un valor equivalente al de la sentencia emitida por un juez ordinario; razón por la cual no requiere de requisitos particulares para que tenga carácter ejecutivo. Sin embargo, también es determinante que el tribunal arbitral carece de capacidad coercitiva para obligar su ejecución. Entonces, si la

¹²¹ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p 275.

¹²² F. CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*. Tomo I. Ejea, Buenos Aires, 1959, p. 116.

¹²³ Cfr. E. Salcedo Verduga, *op. cit.*, p. 275 Esta tesis deviene de la distinción del derecho romano entre auctoritas y potestas.

parte vencida no acata el laudo, será necesario someterse a los jueces ordinarios del lugar en donde se tramita el proceso arbitral para solicitar su ejecución, siguiendo la vía de apremio prescrita en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, inciso segundo.

En este aspecto, cabe señalar que al igual que en todos los procesos de carácter civil, el juez ordinario que conoce la solicitud de ejecución de un laudo, podrá ordenar el embargo de bienes del deudor, o también de aquellos que hayan sido materia de las medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral, según dispone el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Finalmente viene al caso determinar que la acción en la cual se pretenda la ejecución de un laudo arbitral, únicamente puede ejercerse a petición de parte. Es decir, los jueces ordinarios no pueden ejecutar un laudo de oficio, pues la legitimación activa recae sobre la parte a quien interese o se beneficie de la condena determinada por el tribunal arbitral, y cuando el laudo no haya sido acatado estando ejecutoriado.

3.3. Ejecución de Laudos Extranjeros e Internacionales.

Como señalamos anteriormente, los laudos extranjeros no son lo mismo que los laudos internacionales. Concretamente, los primeros son aquellos cuyo laudo proviene de un tribunal que tiene como sede cualquier lugar fuera del territorio ecuatoriano, a diferencia de los laudos internacionales que son aquellos en los cuales existe un factor de conexión determinable. En atención a esto, considerando lo previsto en el artículo 41 de la ley de arbitraje y mediación, podemos señalar que los laudos internacionales son aquellos que provienen de un arbitraje en el cual las partes así lo hayan previsto.

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

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o,
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional.

Es decir, el criterio diferenciador consiste en que el laudo extranjero únicamente atiende al lugar del arbitraje, señalando como requisito a cualquiera fuera del territorio nacional, mientras que en el ámbito del arbitraje internacional existen otros factores de conexión, como el domicilio de las partes (*lex domicilii*), la ley del lugar en donde se celebró el acto (*lex loci celebrationis*) o la ley de la ejecución de las prestaciones contractuales (*lex loci executionis*), entre otras.

Sin perjuicio de la clasificación aquí dada, será tema de esta sección determinar primero, si las reglas para la ejecución de los laudos internacionales y los extranjeros, en nuestro país, son distintas o no. Y en tal caso, si aquellos pueden ejecutarse por la vía de apremio como determina la ley de arbitraje y mediación, o requieren de previo exequátur, según lo previsto en el Orgánico de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Civil.

3.3.1. Ejecución de Laudos Internacionales

Como hemos previsto anteriormente, la Ley de Arbitraje y Mediación¹²⁴ determina que los laudos dictados dentro de un procedimiento arbitral de carácter internacional, se ejecutaran de la misma forma que los laudos nacionales.

Dicha norma asimila los efectos de los laudos internacionales con los efectos de los laudos nacionales, tanto de ejecutoriedad como de cosa juzgada, caso contrario no sería procedente que los laudos internacionales se ejecuten por medio de la vía de apremio. Es decir, que no requieren homologación.

La ley de Arbitraje y Mediación únicamente prevé que, para que sea posible que un laudo internacional sea ejecutable por la vía de apremio, deberá cumplir con los requisitos previstos en el artículo 41 antes citado, y desde luego, con los convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador.

En este particular debemos aclarar una cuestión fundamental, el último inciso del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación puede ser interpretado de dos formas.

¹²⁴ Cfr. Artículo 42 inciso segundo de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Primero, que únicamente se refiere a aquellos procesos que de carácter internacional provenientes de un tribunal arbitral con sede en el territorio ecuatoriano. Es decir, los laudos pueden ser internacionales por disposición de las partes y sin perjuicio de que se emitan por tribunales asentados dentro de nuestro territorio. Sin embargo la segunda postura nos permite inferir que la ley dota de carácter ejecutivo a los laudos internacionales, así profesor SALCEDO VERDUGA, en este tema considera que “no hay mayor dificultad para aplicar lo que dispone la regla (artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación), esto es, que se ejecutará el laudo de igual forma que cualquier sentencia judicial ejecutoriada y con fuerza de cosa juzgada”¹²⁵. Entonces, si bien la Convención de Nueva York fija los mínimos necesarios para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, también deja abierta la puerta para que los Estados parte puedan, mediante ley, fijar parámetros pro arbitraje más amplios y consecuentemente en nuestro país dichos laudos podrían ejecutarse directamente.

Por lo anterior, podemos determinar la existencia de dos tipos de laudos internacionales, en cuanto al lugar de la sede del tribunal que los emita. Estos son: tribunales nacionales que conocen un procedimiento internacional y tribunales extranjeros que conocen un procedimiento arbitral internacional, cuyos laudos deben ejecutarse en nuestro país.

Ahora, cuando el asunto trate sobre la ejecución de laudos dictados por tribunales arbitrales extranjeros, entonces, los requisitos previstos por los artículos 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, deberán concordarse con los tratados, protocolos y convenios de derecho internacional aplicables, que forman parte del ordenamiento jurídico nacional y detallo a continuación:

- i. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, sobre Derecho Procesal, también llamados CIDIPS. En palabras del profesor SALCEDO VERDUGA¹²⁶, estos tratados “potencian” los laudos extranjeros, y los asimilan, previo un control con las sentencias nacionales.

¹²⁵ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 278

¹²⁶ Cfr. *Ibidem*.

- ii. Código Sánchez de Bustamante de 1928. El código de Derecho Internacional Privado, determina y diferencia entre sentencias judiciales y laudos arbitrales de carácter extranjero¹²⁷.
- iii. Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, de 1958. También conocida como la Convención de Nueva York. Esta convención trata a los laudos rigurosamente y fue ratificada por nuestro país únicamente en la parte aplicable a las sentencias arbitrales en materia comercial. En cuanto a esto, LARREA HOLGUÍN dice: ‘Si no fuera por esta reserva, la convención sería aplicable a toda clase de materias civiles, en sentido amplísimo (civil, comercial, trabajo, entre otras)’¹²⁸.
- iv. Convenciones Interamericanas de Panamá (1975) y Montevideo (1979) sobre arbitraje comercial internacional. Particularmente la segunda que trata sobre la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales extranjeros. Es fundamental considerar que estas convenciones asimilan los efectos del laudo arbitral con los de las sentencias judiciales extranjeras.

Continuando con la línea argumental propuesta para el tema de los laudos internacionales provenientes de tribunales extranjeros, es fundamental considerar el sistema de la regularidad del fallo. Dicho principio de Derecho Internacional Privado, determina que los Estados acepten y reconozcan las sentencias extranjeras, incluyendo laudos, siempre que cumplan con ciertos requisitos. Según el autor antes citado, estos requisitos son:

- i. La competencia internacional del juez que resolvió el conflicto.
- ii. La citación a la demanda y el derecho a la legítima defensa del reo.

¹²⁷ Código Sánchez de Bustamante, Artículo 432: Art. 432.- El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores, se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables compondores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso, conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite.

¹²⁸ Cfr. J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Internacional Privado*, 3ra Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1986, p. 347.

- iii. Que dicha sentencia, laudo en nuestro caso, este ejecutoriada según la legislación nacional del lugar en donde se dicto.
- iv. Que para la ejecución en otro país se presente debidamente legalizada.

Sin embargo, en nuestro país se incluye el requisito de orden público, pues al tenor del Código de Procedimiento Civil, artículo 424, si la sentencia extranjera es contraria al orden público, no podrá ser ejecutable.

Art. 424.- Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier Ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados vigentes.

A falta de tratados, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo:

- a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y,
- b) Que la sentencia recayó sobre acción personal.

Complementando lo anterior, la Convención de Nueva York de 1958, en su artículo quinto, determina en aquellos casos en los cuales un Estado puede denegar la ejecución de un laudo internacional. Para efecto de lo cual, la parte que pretende evitar el reconocimiento y ejecución deberá probar ante la autoridad ecuatoriana competente que existió en el proceso arbitral, lo siguiente:

- i. Incapacidad de las partes para comprometer el conflicto a árbitros.
- ii. Falta de citación legal al reo.
- iii. Que el laudo resolvió cuestiones ajenas al convenio arbitral.
- iv. Que la constitución y proceder del tribunal fue contrario a la *lex arbitri* del lugar en el cual tiene la sede el tribunal.
- v. Que el laudo no está ejecutoriado.
- vi. Que el arbitraje versaba sobre asuntos no transigibles o imposibles de someterse a arbitraje según las leyes del lugar en donde se pretende su ejecución.
- vii. Que el laudo es contrario al orden público del lugar en donde se pretende ejecutar.

Por lo expuesto, es fundamental realizar un breve análisis del artículo quinto de la convención de Nueva York de 1958, pues la convención citada, no manda a que se niegue el reconocimiento y ejecución de laudos que incurran en una de las causales antes señaladas. Incluso puede abrirse a debate, aunque no sea parte del tema principal de este estudio, si es factible que exista ejecución de laudos anulados en el país de origen.

Por lo cual, se puede interpretar dicha convención en el sentido de que la denegación es una mera facultad del juzgador dentro del proceso de homologación, es decir, los Estados no están llamados a rechazar tales acciones y la procedencia o no del exequátur; depende de la apreciación e interpretación de los artículos previamente citados por parte de los Estados.¹²⁹

Por todo lo dicho y considerando que el exequátur es un procedimiento inspirado en el principio de soberanía de los Estados. Considero acertadas las palabras de MASSÉ al decir que “es una regla fundamental de derecho en todas las naciones, que una sentencia pronunciada en Estado extranjero, no es de derecho, obligatorio en otro”¹³⁰. Entonces, en nuestro país, al tenor del código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico de la Función Judicial, la nacionalización del laudo internacional proveniente de tribunal extranjero es obligatoria para que sea eficaz¹³¹ y consecuentemente ejecutable.¹³² A diferencia de la postura que no considera necesarios más requisitos que los previstos por la

¹²⁹ En este particular, cabe citar el caso de Chromalloy Aeroservices Vs. el Ministerio de Defensa de la República Árabe de Egipto, en el cual las partes suscribieron un contrato con el fin de suministrar, mantener y reparar helicópteros y que fue anulado antes de que se pretenda su ejecución en los Estados Unidos de Norte América. Sin embargo, la Corte del Estado de Columbia, decidió ejecutar el laudo, porque el texto en inglés de la Convención de Nueva York “...no le impone al tribunal del Estado requerido la obligación de rechazar la solicitud de reconocimiento y ejecución cuando el laudo ha sido anulado en el país de origen, sino que le concede una facultad discrecional para admitir o rechazar la solicitud aunque se haya demostrado la anulación del laudo”. Además dicha Corte señaló que la Convención de Nueva York (artículo VII), determina que la anulación de un laudo no está prevista en la Federal Arbitration Act para la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo, entonces estos debían concederse. Tomado de : <http://www.herbertsmith.com/NR/rdonlyres>

¹³⁰ Cfr. *Ibidem*. Cita del doctor Salcedo Verduga al internacionalista Massé.

¹³¹ Cfr. *Ibidem*. El profesor Salcedo Verduga, en la obra ya citada (páginas 284 y 285), señala que el exequátur es un axioma necesarísimo para la ejecución de laudos extranjeros.

¹³² De lo estudiado en las secciones precedentes, podemos inferir que los laudos no homologados (por la justicia ecuatoriana) tendrían vigencia más no eficacia. Es decir, serían válidos pero no ejecutables.

LAM para la ejecución de laudos internacionales por estar revestidos de eficacia ejecutiva, mediante mandato legal (ejecución directa).

3.3.2. Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros

Como hemos señalado anteriormente, los laudos extranjeros son aquellos dictados por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio ecuatoriano. De igual forma, se puede establecer que los laudos extranjeros carecen de carácter ejecutivo para nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, como señala el código de procedimiento civil, existe la posibilidad de ejecutar dichas sentencias extranjeras (artículo 414). Es decir, para que los laudos extranjeros tengan fuerza ejecutiva deberán ser reconocidos u homologados por el órgano jurisdiccional ecuatoriano¹³³.

La homologación de la que hablamos se da a través del procedimiento reglado denominado “exequátur”, el mismo que mediante una resolución estimatoria dota de fuerza ejecutiva al laudo o sentencia extranjera.

El exequátur de los laudos extranjeros está vigente en nuestra legislación desde la ratificación de la convención de Nueva York de 1958, y se rige por la misma, desde luego, sin perjuicio de que existen otros instrumentos internacionales sobre la materia que forman parte integrante del ordenamiento jurídico nacional. En este particular y considerando que el presente estudio se refiere a laudos internacionales, es fundamental considerar que los arbitrajes amparados por el convenio de Washington de 1965¹³⁴ no se regulan por la convención de Nueva York. Las diferencias sometidas a la normativa CIADI, se amparan bajo el sistema denominado “de reconocimiento automático”¹³⁵, por lo cual, no puede el Estado someter dichas resoluciones arbitrales al procedimiento de

¹³³ Se debe tomar en cuenta que los conceptos de reconocimiento y ejecución son distintos, aunque han sido tratados de manera similar por la doctrina. Particularmente esta distinción es aplicable en base a la CNY.

¹³⁴ El Convenio de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversión, crea el CIADI. Fue propuesto por el Banco Mundial y aprobado el 18 de marzo de 1965.

¹³⁵ Cfr. G. TAWIL, *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias: Concepto y Diferencias*, en la obra colectiva dirigida por E. ZULETA, *El Arbitraje Comercial Internacional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 39.

homologación o reconocimiento. En este particular, encajan perfectamente en el presupuesto de la LAM en cuanto se refiere a arbitrajes internacionales.

Concretamente, los laudos dictados dentro de un proceso de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, son de carácter vinculante para las partes y consecuentemente obligatorios¹³⁶. Es decir, se ejecutan sin necesidad de homologación alguna, lo que en derecho de inversión se ha denominado como “*self contain*”.

Previo a estudiar la figura del exequátur, conforme lo establecido en la convención de Nueva York, cabe señalar que esta se aplica exclusivamente a los laudos extranjeros y no a los laudos internacionales, pues así lo prevé el artículo primero de el mencionado convenio.

Sin perjuicio de lo anterior, dando un criterio más amplio, el artículo 1.1, de la convención de Nueva York, determina que en los casos de arbitraje que regula, se incluyen aquellas “sentencias arbitrales que no sean consideradas como nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento”. Es decir, además de basarse en un estricto criterio de territorialidad, por interpretación, también regularía los laudos derivados de procesos arbitrales internacionales si el ordenamiento nacional así lo prevé.

SALCEDO VERDUGA explica lo anterior alegando que la disposición citada tiene su fundamento en razón de que existen algunos países como Alemania “que consideran un laudo nacional o extranjero sin acudir al principio de la territorialidad”. Es decir, en dichas legislaciones no interesa el lugar de donde provenga el acto, sino únicamente el de la *lex arbitri* aplicada para regular el arbitraje, esto en la doctrina del Derecho Internacional Privado se denomina como factor de conexión *lex causae*.

Debo mencionar que Ecuador suscribió el Convenio de Nueva York, acogiéndose al principio de reciprocidad, es decir, la aplicación de dicha normativa para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros es restringido, únicamente procede

¹³⁶ Según SALCEDO VERDUGA, el Convenio de Washington se aplica en virtud de que el Banco Mundial mantiene relaciones con Ecuador en calidad de organismo internacional, mediante convenio marco y que aquellos contemplan el arbitraje como método de solución de controversias.

cuando las sentencias que se pretendan ejecutar en nuestro país sean derivadas de litigios que el ordenamiento interno nacional los considere de carácter comercial.

Por todo lo expuesto, es concluyente que al tenor del Convenio de Nueva York, los laudos dictados por un tribunal arbitral con sede en Ecuador, aunque las partes hayan previsto que sea de carácter internacional, será considerado como arbitraje nacional. Mientras que los laudos extranjeros al tenor de la definición dada anteriormente, se le aplicara la convención mencionada con la reserva antes dicha.

3.3.2.1. El Exequátur: Aspectos Generales

Según el internacionalista GONZÁLEZ CAMPOS, el exequátur es “el acto de un órgano jurisdiccional, dictado en un proceso seguido a instancia de parte, por el que se autoriza que una sentencia extranjera produzca efectos en determinado ordenamiento jurídico como acto jurisdiccional”¹³⁷.

De igual forma, el procedimiento de exequátur que incluye tanto el reconocimiento como la homologación ha sido determinado por la jurisprudencia ecuatoriana, que ha dicho:

“El juez exhortado debe proceder a homologar o conceder el exequátur a la sentencia extranjera cuya ejecución se solicita, o sea a calificar que dicha sentencia esté conforme al derecho público ecuatoriano, a las leyes nacionales y a los tratados internacionales, en caso de haberlos, tanto en el fondo como en la forma. O, en caso contrario a no admitir su ejecución”¹³⁸.

Siguiendo con el análisis y considerando las tesis de ANDRADE UBÍDIA¹³⁹ a favor del exequátur como requisito para ejecutar sentencias extranjeras, y considerando que la jurisdicción emana de la soberanía del Estado, y que por lo tanto esta está limitada a la circunscripción territorial de dónde provino, entonces los laudos extranjeros no producen efectos jurídicos *ipso iure* en el Estado donde se pretende ejecutarla. En atención a esto, el

¹³⁷ J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Civitas, Oviedo, 1983, p. 330.

¹³⁸ Registro Oficial número 378, de 27 de julio de 2001. P. 30.

¹³⁹ S. ANDRADE UBIDIA, *En torno al tema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales*, en la obra colectiva dirigida por JOSÉ VICENTE TROYA, *Foro*, Corporación editora nacional, Quito, 2006, p. 60.

autor concluye que si bien todos los estados reconocen las sentencias y laudos extranjeros y permiten su ejecución como si fueran dictados por sus propios tribunales, exigen requisitos especiales. Siendo así que al tenor del derecho internacional el exequátur es el por qué se les da ese valor a las sentencias extranjeras, y el derecho procesal interno únicamente determina como se debe valorar a las mismas.

En virtud de lo expuesto, el exequátur le da valor formal al contenido del acto jurisdiccional extranjero. Lo cual nos permite distinguir entre el acto formal del reconocimiento, frente al acto material dictado por una autoridad extranjera. En este particular caben las palabras de MORELLI cuando señala que “el acto formal emana del juez del Estado receptor, pero éste asume el contenido de la sentencia extranjera que pasa a ser el contenido de su acto formal”¹⁴⁰. Es decir, el juez que conoce el proceso de ejecución aplica lo que resolvió el tribunal arbitral.

Concretamente, el exequátur da al laudo extranjero la calidad de título ejecutivo, pues al ser la sentencia del exequátur de naturaleza constitutiva en el sentido procesal, permite al laudo extranjero concretar sus efectos jurisdiccionales en territorio ecuatoriano, pues al reconocerse se recibe a dicho fallo en el ordenamiento propio proveyéndolo de los mismos efectos que a los laudos nacionales.

Finalmente, antes de dar paso al estudio del exequátur en nuestra legislación, cabe señalar que existe un criterio opuesto al antes determinado. Es decir, hay autores que consideran que el exequátur no es requisito fundamental para la ejecución de laudos extranjeros. En cuanto a esto GARCÍA FERAUD dice “que no cabe imponer para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros otras condiciones de procedibilidad que no sean las señaladas en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación”¹⁴¹. Por lo cual podrían ejecutarse por la vía de apremio al igual que los laudos nacionales sin necesidad de reconocimiento y homologación.

Con estos antecedentes doy paso al estudio del procedimiento del exequátur en la legislación ecuatoriana.

¹⁴⁰ G. MORELLI, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Ediciones Jurídicas EA. Buenos Aires, 1953, p. 27.

¹⁴¹ G. GARCÍA FERAUD, *Cuestiones Jurídicas*. Edino, Guayaquil, 2004, p. 284.

3.3.2.2. El Procedimiento de Exequátur en Ecuador

Como señale anteriormente, el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano determina los requisitos obligatorios para que se de la ejecución de sentencias extranjeras, incluyendo laudos. Es decir, que no contravengan el Derecho Público Ecuatoriano y la ley nacional en general, además de ser acordes a los tratados y convenios internacionales.

Todo lo expuesto en concordancia con el artículo 59 del mismo cuerpo normativo, determinaría que para que se de la homologación, será necesaria la instauración de un proceso de conocimiento (juicio ordinario) a petición de parte, ante el juez de primera instancia del domicilio del demandado. Luego, si el juzgador lo determina, procederá a su ejecución¹⁴².

Sin embargo, debo señalar que en la actualidad el exequátur es un proceso reglado, por lo cual no será de conocimiento de los jueces ordinarios de primera instancia. Así el Código Orgánico de la Función Judicial determina:

Art. 143.- El conocimiento de las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, corresponderá a la sala de la corte provincial especializada en razón de la materia del distrito del demandado. Una vez ejecutoriada la sentencia que declare el reconocimiento u homologación de la sentencia extranjera, la ejecución de la misma corresponderá a la jueza o el juez de primer nivel del domicilio del demandado, competente en razón de la materia.

Por lo expuesto, se colige que existen dos momentos procesales en el exequátur, primero la homologación, en el cual se verificara el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, sin posibilidad a que el juez de la Corte Provincial que avoque conocimiento de la demanda de reconocimiento pueda revisar el fondo del laudo proveniente de un tribunal extranjero. Es decir, en este primer momento únicamente podrá realizar un control en el que se determine que el laudo no es contrario al Derecho Público, la legislación nacional y los tratados internacionales u otros instrumentos internacionales vigentes.

¹⁴² Fallo de la Corte Suprema de Justicia. Registro Oficial número 378 del 27 de julio de 2001. P. 30.

El segundo momento constituye la ejecución propiamente. En esta etapa procesal, si el laudo extranjero cumple con los requisitos previstos por el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil se considerará homologado y “equiparado” con la sentencia nacional, por lo cual es ejecutable siguiendo la vía de apremio.

Por lo anterior, no cabe confundir entre el proceso de exequátur que concluye con una sentencia meramente declarativa “del reconocimiento de los efectos de la sentencia extranjera y de su ejecutoriedad”¹⁴³, con el trámite de la ejecución forzosa.

Por lo hasta aquí estudiado, es determinante que la Convención de Nueva York de 1958, condiciona el proceder de los jueces del Estado en el cual se pretende ejecutar un laudo extranjero, pues aquel debe verificar los presupuestos tanto de índole formal como de fondo que prevé el tratado.

Los requisitos formales consisten en aparejar a la demanda, el original o copia auténtica del laudo arbitral. La copia puede ser legalizada mediante vía consular o apostillada en caso de que el país en el que se llevo a cabo el arbitraje extranjero sea miembro del tratado de la Haya. Además, deberá presentar la parte que solicite el procedimiento de exequátur, el convenio arbitral legalizado o apostillado como dispone el artículo segundo de la Convención de Nueva York. De igual forma, si el laudo y el convenio están en idiomas distintos del castellano, entonces se deberá acompañar la traducción certificada al tenor del artículo cuarto de dicha convención.

Los requisitos de fondo son aquellos que dicen qué el laudo que pretende ejecutarse, según el artículo quinto numeral segundo literal a de la Convención de Nueva York, versen sobre materia susceptible de arbitraje según la *lex arbitri* del Estado receptor. De igual forma los requisitos de fondo que deben constar en una demanda de exequátur al tenor de la misma convención ya citada, son aquellos que determinan que el laudo extranjero no sea contrario al derecho público y a las leyes nacionales. En nuestro caso se suma que no contravenga los tratados y convenios internacionales vigentes.

¹⁴³ E. SALCEDO VERDUGA, *op. cit.*, p. 286.

CONCLUSIONES

Es indudable que la sede arbitral se ha convertido en el foro óptimo para la solución de controversias derivadas de operaciones de comercio, ya sean nacionales o internacionales, pues proveen a las partes mecanismos procesales que satisfacen sus intereses y favorecen al comercio por su agilidad y eficacia.

Por su naturaleza jurídica, el laudo arbitral es inapelable e irrecurrible y tiene calidad de cosa juzgada. Sin perjuicio de que para satisfacer la intención de las partes y precautelar la garantías del debido proceso, acepte la intervención judicial. Tanto para la ejecución forzosa, como en relación a la acción de nulidad debidamente fundamentada en las causales que determina la ley, y siempre que tenga el carácter de extraordinaria, limitada y prohibida de conocer sobre el fondo materia de la controversia.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros; se deberá tener en cuenta los tratados y convenios internacionales que se consideran incorporados al ordenamiento jurídico nacional, en particular la convención de Nueva York. Pues obligan al Estado a reconocer los laudos arbitrales internacionales válidamente emitidos, y consecuentemente a ejecutarlos sin interponer razones localistas que contravengan al principio pro arbitraje auspiciado por la LAM.

En cuanto a la vía de ejecución de laudos extranjeros en el país, existen dos posiciones contrarias. Aquellos que sostienen, incluyendo el criterio reiterativo de la ex – Corte Suprema de Justicia, que no se pueden ejecutar los laudos extranjeros en el país por la vía de apremio, pues consideran que no están revestidos de eficacia ejecutiva y consecuentemente necesitan una homologación previa. De manera distinta, posturas más modernas, coinciden en que no es factible imponer –al proceso de ejecución de laudos extranjeros- mayores requisitos que los previstos en la LAM. Por lo cual, se ejecutarán por la vía de apremio de la misma forma que los laudos nacionales.

En este particular, considero acertada la segunda y menos acogida teoría, pues la Ley de Arbitraje y Mediación reviste de carácter ejecutivo al laudo internacional, y consecuentemente el juez que conozca el proceso de ejecución deberá verificar que el laudo cumpla con los requisitos mínimos para la ejecución de laudos extranjeros, previstos en los convenios y tratados internacionales, tal como la regularidad del fallo y la competencia del tribunal que lo dicte, entre otros.

Al tenor de la Constitución 2008, la discusión de si el laudo es o no equiparable a la sentencia judicial, no tiene cabida. Estamos ante un modelo garantista de Derechos, y los principios de proporcionalidad y ponderación de Derechos prevalecen por sobre la interpretación exegética de la ley. Más aún, el Código Orgánico de la Función Judicial determina el carácter jurisdiccional del laudo. Es por este motivo que, la Acción Extraordinaria de Protección, como mecanismo de garantía jurisdiccional procede contra los laudos arbitrales nacionales (agotado el recurso de ampliación y aclaración), tengan o no factores de conexión que le den tintes internacionalistas. Más no procede contra los

laudos extranjeros, pues en tal caso se contravendría los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado, en la materia.

Finalmente, considero que la procedencia de la Acción Extraordinaria de Protección frente a los laudos arbitrales nacionales, constituye una instancia de tipo casacionista que desnaturaliza a la institución arbitral. Desvirtuando así la voluntad de las partes expresada en el convenio que dio origen al proceso; consistente tal intención en excluir las controversias de la jurisdicción ordinaria. Por lo cual, las ventajas procesales de celeridad y eficacia que caracterizan a dicha institución, se perderán con el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

Textos

AGUIAR DE LUQUE, L.: *Justicia Constitucional en la actualidad*, Corporación editora nacional, Quito, 2002.

ALBALADEJO GARCÍA, M. : *La ominosa tentativa de hacer irrecurrible al laudo de derecho que infringe las normas que debe aplicar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

ANDRADE UBIDIA, S.: *Temas de derecho constitucional*, Ediciones Legales, Quito, 2003.

ARAGÓN REYES, M.: *Constitución y control del poder*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

AYLWIN AZÓCAR, P.: *El juicio arbitral*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2005.

BARRIOS DE ANGELIS, D.: *El juicio arbitral*, Facultad de Derecho de Montevideo, Montevideo, 1956.

BERTINI CHIRIBOGA, LEONELLO.: *La acción de nulidad de laudos arbitrales*, Editorial Conejo, Quito, 2008.

CALVO CARAVACA, A, L. *Exequátur entre España y países iberoamericanos*, Madrid, 2006.

CANTUARIAS SALAVERRY, F.: *Arbitraje comercial y de las inversiones*, UPC, Lima, 2007.

CARBONELL, MIGUEL.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, en la obra colectiva dirigida por M. CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia, Quito, 2008.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones del Proceso Civil*. Tomo I. Ejea, Buenos Aires, 1959.

CARRERAS LLANSANA, J.: *Contribución al estudio de arbitraje: Ensayo de Derecho Comparado en Derecho Procesa*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992.

CHILLÓN MEDINA, J.M.: *“Tratado de arbitraje interno e internacional”*, Civitas, Madrid, 1991.

CHOCRÓN GIRALDÉZ, AM.: *Los Principios procesales en el arbitraje*, José María Bosch editor, Barcelona, 2000.

CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Arazandi, Navarra, 1994.

EISNER, G.: *Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer, Montevideo, 2007.

GARCÍA FERAUD, G.: *Cuestiones Jurídicas*. Edino, Guayaquil, 2004.

GIL ECHEVERRY, J. H.: *Curso Práctico de Arbitraje*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1993.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Civitas, Oviedo, 1983.

GRIJALVA JIMÉNEZ, A.: *Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional*, en la obra colectiva dirigida por R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Desafíos Constitucionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

GUASP, J.: *El arbitraje en derecho español*. Editorial Bosch, Barcelona, 1956

HINOJOSA SEGOVIA, R.: *El recurso de Anulación contra los laudos arbitrales*, Edersa, Madrid, 1991.

LARREA HOLGUÍN, J.: *Derecho Internacional Privado*, 3ra Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1986.

LEATHLEY, C.: *International dispute resolution in Latin America*, Kluwer law, New York, 2007.

LORCA NAVARRETE, A. M Y SILGEURO ESTAGNAN, J.: *Derecho de arbitraje español*, Dykinson, Madrid, 1994.

MAEKELT, T. *Eficacia de las sentencias extranjeras en el sistema venezolano*, Caracas, 2006.

MANTILLA SERRANO, F.: *Arbitraje internacional: tensiones actuales*, Legis, Bogotá, 2007.

MAYORGA LORCA, R. Y MORALES GODOY, J.: *Inversión extranjera: régimen jurídico, y solución de controversias*, José María Bosch editores, Madrid, 2005

MCLACHLAN, CAMPBELL: *International investment arbitration*, Oxford University Press, New York, 2007.

MONGALVY, M.: *Tratado de arbitraje en materia civil y comercial*. Décima edición. París 1952.

MONROY CABRA, M.G.: *La interpretación constitucional*, Ediciones librería del profesional, Bogotá, 2002.

MONROY CABRA, M.G. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Segunda edición, Legis, Bogotá, 1998. p. 21.

MORELLI, G.: *Derecho Procesal Civil Internacional*, Ediciones Jurídicas EA. Buenos Aires, 1953.

MUCHLINSKY, PETER Y OTROS.: *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, New York, 2008.

OPPETTI, BRUNO.: *Teoría del arbitraje*, Legis, Bogotá, 2007.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G.: *La ejecución de laudos arbitrales: el laudo como título ejecutivo*, José María Bosch editor, Barcelona, 1996.

ORTINO, F.: “*Nationality and investment treaty claims*”, en la obra colectiva dirigida por THE BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, *Investment treaty law: current issues*, BIICL, London, 2007.

OYARTE MARTÍNEZ, R.: *Curso de derecho constitucional*, Fundación Andrade y Asociados, Quito, 2007.

PEREZ LUÑO, A, E.: *Estado de derecho y constitución*, 6ta edición, Tecnos, Madrid, 1999.

PIAGGI, A, I.: *UNCITRAL y el futuro derecho comercial: El arbitraje comercial.*, Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004.

PRO JUSTICIA.: *Debido Proceso y razonamiento judicial*, Projusticia, Quito, 1998.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *Arbitraje y proceso internacional*, Librería Bosch, Barcelona, 1987.

ROBINS, N. Y KINSELLA, S.: *International investment, political risk and dispute resolution*, Oceana Publication, New York, 2005.

ROCA MARTÍNEZ, J.M.: *Arbitraje e instituciones arbitrales*, José María Bosch editor, Barcelona, 1992.

RUBINO SAMMARTANO, M.: *International Arbitration Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, New York, 1990

SALCEDO VERDUGA, E.: *El arbitraje: la justicia alternativa*, Jurídica Migue Mosquera, Guayaquil, 2001.

SILVA, J. A.: “*Algunas resoluciones judiciales de los tribunales mexicanos en torno al reconocimiento de un laudo arbitral*”, en la obra colectiva dirigida por A. DREYZIN DE KLOR, *Arbitraje*, Zavalia, Buenos Aires, 2004.

URDANETA, M. “*Impacto de la jurisprudencia constitucional en el arbitraje comercial*”, Caracas, 2007.

VAN HARTEN, G.: *Investment treaty arbitration and public law*, OUP, New York, 2007.

Artículos

ALEXY, R.: *La fórmula del peso*, en la obra colectiva dirigida por M. CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia, Quito, 2008.

ANDRADE UBIDIA, S. “*En torno al tema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales*”, en la obra colectiva dirigida por JOSÉ VICENTE TROYA, Foro, Corporación editora nacional, Quito, 2006.

CAIVANO, R.: *Recursos en el arbitraje*, Revista de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, N° 2, marzo de 1999, págs. 271, 352.

CREMADES, B, M.: *Enforcement of arbitration agreements in Latin America: papers presented at the 1998 Vancouver IBA Conference*. International Bar Association, Porrúa, Mexico, 2004.

GOMARD, B.: *Decisión Arbitral del caso ELF Aquitaine*, Publicado en Revue de L'Arbitrage, París, 1984.

GONZÁLEZ CAMPOS, JD.: *Sobre el Convenio de Arbitraje en el Derecho Internacional Privado*. en Anuario de Derecho internacional, vol. II, Pamplona, 1975.

MARCHESINI, G, M. "Recurso de casación en el arbitraje". La Ley – Córdoba", Año 22; N° 1; Febrero de 2005.

MARCHESINI, G, M. *Revisión judicial de los laudos arbitrales nacionales*. La Ley – Córdoba", Año 20; N°3; junio de 2003.

ROSAS BERASTAIN, VERÓNICA. *Un Laudo Inhibitorio*, Lima, 2005. Tomado de: www.castillofreyre.com

TAWIL, G.: *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias: Concepto y Diferencias*, en la obra colectiva dirigida por E. ZULETA, *El Arbitraje Comercial Internacional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

Normativa Nacional

Código Civil Ecuatoriano

Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano

Código Orgánico de la Función Judicial.

Constitución 2008.

Constitución Política del Ecuador, 1998.

Ley de Arbitraje y Mediación, 1997. Codificación 2005.

Ley Orgánica de Aduanas

Reglas de Competencia para la Corte Constitucional en el periodo de transición.

Reglas de Procedimiento para la Corte Constitucional en el periodo de transición.

Normativa Internacional

Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho “ad referéndum” en Madrid el 11 de diciembre de 1997 (BOE de 11 de abril de 2005)

Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante

Convención de Ginebra

Convención de Montevideo

Convención de Panamá

Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, Nueva York 1958. Disponible en www.uncitral.org

Convenio CIADI, disponible en www.worldbank.org/icsid

Ley Modelo CNUDMI / UNCITRAL, sobre el arbitraje comercial internacional. Disponible en www.sice.oas.org

Jurisprudencia

Caso CIADI ARB 02/18, Tokios Tokeles vs Ucrania, disponible en: <http://www.investmentclaims.com/decisions/Tokios-Ukraine-Jurisdiction-29Apr2004.pdf>.

Corte Constitucional: Caso 0046 – 09 – EP, Acción Extraordinaria de Protección presentada por el ingeniero Abdón Vicuña Izquierdo en su calidad de gerente general de la

compañía Transelectric S.A. en contra del laudo arbitral dictado por el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Quito dentro del proceso arbitral número 27 – 2007

Caso Chromalloy Aeroservices Vs. el Ministerio de Defensa de la República Árabe de Egipto. Disponible en:

Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de protección N° 0204-09-EP presentado por Galo Vallejo Salas en su calidad de Gerente General de la Compañía Hidrosan Cía. Ltda., en contra del laudo arbitral dictado por el doctor Hernán Quevedo

Fallo Jurisprudencial de la Corte Superior de Justicia, Quinta Sala, Sentencia de 9 de diciembre de 2003.

Fallo Jurisprudencial de la Corte Superior de Justicia. Registro Oficial número 378 del 27 de julio de 2001.

Fallo dictado por la segunda sala del Tribunal Constitucional, con fecha 2 de diciembre de 1998, propuesto por la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos días contra el laudo arbitral que siguió en contra de Urbanizadora del Salado S.A.