

La aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano: ¿continuamos con la ritualización del proceso o hemos avanzado?

Application of the flexibility principle in Ecuador's arbitration system: are we still ritualizing the process or have we moved forward?

DANIELA ENDARA BASTIDAS*

Recibido / Received: 12/06/2023

Aceptado / Accepted: 18/08/2023

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3001>

Citación:

Endara Bastidas, D. “La aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano: ¿continuamos con la ritualización del proceso o hemos avanzado?” *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3001>

* ECIJA GPA, Asociada Junior del Área de Litigio y Arbitraje, Quito 170523, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: dendarab@outlook.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5351-2443>

RESUMEN

Este trabajo busca responder la interrogante sobre cómo se aplica actualmente el principio de flexibilidad en el arbitraje local ecuatoriano. Para ello, primero se brinda una perspectiva de cómo ha sido abordado este tema a lo largo de los años. Posteriormente, se realiza una breve descripción respecto del principio. Esto con la finalidad de avanzar hacia un análisis de los límites que establece la normativa de arbitraje ecuatoriana y la cultura arbitral del país para la aplicación del principio de flexibilidad. Después se observan los avances en este tema en los últimos años. Finalmente se contesta la pregunta inicial indicando que se ha avanzado en una debida aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano. Sin embargo, se plantea que todavía hay trabajo por hacer.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje ecuatoriano; principio de flexibilidad; procedimiento arbitral; proceso arbitral

ABSTRACT

This paper aims to answer the question of how the flexibility principle is being applied today in Ecuadorian local arbitration. To this end, it provides an overview of how this issue has been approached over the years. Subsequently, a brief description of the principle is provided to move towards an analysis of the limits established by Ecuadorian arbitration rules and the country's arbitration culture for an application of the principle of flexibility. Then, the progress that has been made in recent years is analyzed. And lastly, the initial question is answered by indicating that progress has been made in the proper application of the flexibility principle in Ecuadorian arbitration. However, there is still work to be done.

KEYWORDS

Ecuadorian arbitration; flexibility principle; arbitral procedure; arbitral process

1. INTRODUCCIÓN

El auge del arbitraje en Ecuador comenzó hace más de dos décadas, a finales de los años 90. Este suceso se generó por la necesidad de un mecanismo de resolución de disputas alternativo a la justicia ordinaria. Específicamente, se buscaba que las disputas de sectores comerciales y de inversiones, que habían tenido un crecimiento significativo en años anteriores, se lleven a cabo ante un foro más especializado, expedito y eficaz. Es por ello que, desde entonces y con la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) en 1997, se ha escrito mucho sobre una problemática que ha enfrentado este método alternativo de solución de conflictos en el país. Esta problemática se refiere a la ritualización del proceso arbitral y los formalismos que se han trasladado a este mecanismo desde la justicia ordinaria. Esto ha impedido que se aplique, a cabalidad y de forma unificada, uno de los principios más importantes y característicos del arbitraje: la flexibilidad.

En el año 2006 se realizó una codificación a la LAM, que llevó a una reforma y sistematización de varias disposiciones del cuerpo legal que siguen vigentes. Desde aquel entonces, la práctica del arbitraje ha evolucionado a gran escala. Por ello, varios practicantes en Ecuador se han cuestionado si la norma debe ser reformada¹ o cómo debe ser interpretada con la finalidad de adaptarse a las nuevas tendencias del arbitraje global. Entre estos cuestionamientos se encuentra muy presente el tema de la aplicación del principio de flexibilidad. Esto se debe a que, en la comunidad arbitral ecuatoriana, se encuentra presente el sentimiento de que muchos formalismos y ritualismos propios de la justicia ordinaria han sido trasladados de una u otra forma hacia el arbitraje. Aquello se ha dado por parte de los operadores jurídicos: abogados, jueces e incluso los mismos árbitros.² Si bien esto no sucede en todos los casos, es un tema que debe estar en constante evaluación y al cual debe prestarse mucha atención con el fin de salvaguardar uno de los principios básicos que rige al sistema arbitral.

Por esta razón, el presente texto realizará un análisis sobre la aplicación de la flexibilidad en los procedimientos arbitrales en Ecuador, los límites que presenta y proponer formas para superarlos. Para ello se realizaron cinco entrevistas a distintos practicantes activos del arbitraje (abogados de parte, secretarios arbitrales y árbitros) con la finalidad de obtener sus perspectivas sobre este tema.³ En las próximas líneas se plasmarán sus visiones y se las analizará

1 Edgar Ulloa, y Javier Jaramillo, "Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación tras más de dos décadas desde su publicación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 11 (noviembre 2020): 161-213, <https://doi.org/10.36649/rea11>.

2 César Coronel Jones, "Arbitraje y Procedimiento", *Revista Iuris Dictio* 7, n.º 11 (octubre 2007): 37, <https://doi.org/10.18272/ii.v7i11.671>.

3 Los practicantes especializados en arbitraje entrevistados fueron Carla Cepeda, Javier Jaramillo Troya, Jaime Vintimilla Saldaña, María Teresa Borja y Xavier Andrade Cadena. Las entrevistas completas pueden encontrarse en los enlaces en la bibliografía.

junto con los cambios implementados en el arbitraje ecuatoriano durante los últimos años para responder a la pregunta planteada sobre si se continúa con la ritualización del proceso arbitral o si hemos avanzado en este tema.

El esquema que se seguirá para abordar los límites al principio de flexibilidad es el siguiente: primero se expondrá como se han definido y entendido las nociones generales de este principio, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en el país e internacionalmente. Después se realizará un análisis de los límites que impone la normativa de arbitraje y los dogmas culturales hacia la aplicación de la flexibilidad. Luego se plasmarán los avances que han sido implementados con el pasar de los años y se analizará si estos han sido significativos para dejar de lado los ritualismos y las formalidades que se han implementado desde el inicio del arbitraje en Ecuador. Con lo anterior se podrá contestar la interrogante planteada en el título de este trabajo al concluir cómo se ha desarrollado la aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano. Además, se plantearán algunos de los desafíos y retos a tomar en cuenta en la práctica arbitral para que se logre incluir el principio de flexibilidad de manera unificada en los procedimientos arbitrales.

2. LÍMITES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD EN EL ARBITRAJE ECUATORIANO

Para entender cuáles son los límites de aplicación que tiene el principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano, primero, se hará una explicación del principio en cuestión; posteriormente, se analizarán los límites que impone la normativa ecuatoriana para su aplicación; y, por último, se describirán los límites culturales por los cuales no ha sido suficientemente acogido.

2.1. DEFINICIÓN Y NOCIONES GENERALES

La flexibilidad es una de las características más llamativas que tiene el arbitraje y es considerada un principio del mismo. Born señala que la flexibilidad procedimental, la omisión de formalismos y la eficiencia son atributos claves del proceso arbitral y, además, fundamentales para que la comunidad empresarial prefiera el arbitraje.⁴ Al ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos, se encuentra investido por el principio de autonomía de la voluntad, algo que no sucede en el proceso judicial ordinario. Con base en este principio, las partes son libres de definir las reglas que guiarán su proceso para la solución de determinada controversia.⁵ Se entiende entonces que ambos principios se

⁴ Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021).

⁵ Sentencia n.º 2573-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25/08/2021, pp.59-68;

encuentran estrechamente ligados. Sin embargo, cabe mencionar que se deben respetar los límites que se le ha impuesto a la flexibilidad, como el debido proceso y el orden público, que se abordarán posteriormente.

Bajo este entendimiento, puede definirse a la flexibilidad como un principio que permite que las partes adecúen ciertas situaciones del procedimiento, previstas o no en la ley, para superar determinados escenarios con la finalidad de lograr un objetivo determinado. Además, como menciona Vargas, la flexibilidad representa una ventaja porque ayuda a que prevalezca el abordaje del fondo de la controversia sobre las formas y los ritualismos que pueden encontrarse dentro del ordenamiento jurídico.⁶ De nuevo, esto sucede por el carácter principalmente voluntario del arbitraje.

De acuerdo con lo anterior, la flexibilidad es un medio para garantizar justicia. En palabras de Rojí, “la flexibilidad no constituye un fin en sí misma, sino un medio a nuestra disposición para alcanzar con mayor eficiencia la verdad en el procedimiento arbitral que sirva para dictar un laudo que en derecho o equidad resuelva con justicia la controversia entre las partes”.⁷ Con esto se puede entender los límites que tiene el principio en cuestión.

Los límites que tiene el principio de flexibilidad son el debido proceso y el orden público. El debido proceso, y las garantías que emanan del mismo, se encuentra prescrito en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE).⁸ Por su parte, el orden público se considera un límite a la autonomía de la voluntad y se entiende como “el conjunto de nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico”.⁹ En este sentido, dichos límites no pueden ser sobrepasados en aras de promover la flexibilidad. Además, la violación de las garantías de debido proceso contempladas en la CRE constituye causales de nulidad del laudo arbitral de acuerdo con las causales del artículo 31 de la LAM.¹⁰

En síntesis, la flexibilidad consiste en permitir que las partes configuren su procedimiento arbitral de la mejor forma que se ajuste a las necesidades de su caso en particular. Ello siempre respetando los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y salvaguardando los derechos de las partes. Una vez

6 Fernando N. Vargas, “La importancia de la flexibilidad del arbitraje,” *Revista Peruana de Derecho de la Empresa: Temas Actuales de Derecho Arbitral*, n.º 75 (noviembre 2021): 72, <https://rpde.tytl.com.pe/wp-content/uploads/2021/11/5-Articulo-Fernando-Nakaya-2.pdf>.

7 José M. Rojí, “Arbitraje: Flexibilidad y verdad”, *Món Jurídic*, n.º 318 (septiembre 2018): 57, <https://cms.law/en/media/local/cms-asl/files/news-information/press-coverage/ver-articulo-completo220>.

8 Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

9 Francisco González de Cossío, “Orden público y arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje”, *Revista Auctoritas Prædientium*, n.º 1 (agosto 2008): 217, <https://www.unis.edu.gt/ap/fecha/orden-publico-arbitrariedad.pdf>.

10 Artículo 31, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM] Registro Oficial n.º 417 de 14 de diciembre de 2006.

explicadas las nociones generales del principio se puede avanzar a analizar los límites que se encuentran previstos en la normativa de arbitraje.

2.2. LÍMITES NORMATIVOS A LA APLICACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD

En la legislación procesal ecuatoriana no se había prescrito a la flexibilidad como un principio aplicable a los procesos ordinarios o al arbitraje como tal. Este principio sí se ha encontrado presente en los reglamentos de los distintos centros de arbitraje del país; sin embargo, se lo había tomado en cuenta desde una perspectiva más doctrinaria. La única mención que existía hasta antes de 2021 se encuentra en el artículo 233 del Código Orgánico General de Procesos¹¹ (en adelante COGEP), que se refiere a la oportunidad de conciliación que deben brindar los jueces a las partes durante cualquier momento del proceso. Pero, cuando se expidió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante RLAM o Reglamento), esto cambió porque dicho cuerpo legal incluyó una mención expresa en la normativa al principio de flexibilidad. En el numeral 3 del artículo 1 del RLAM se establece que “en la interpretación y aplicación de las normas de la LAM y del reglamento se tomará en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, así como sus principios usos y prácticas” (énfasis añadido).¹² Mediante esta disposición se reconoció a nivel normativo el principio de flexibilidad como parte de la naturaleza del arbitraje. Sin embargo, la flexibilidad siempre ha sido reconocida por la doctrina como un principio propio del arbitraje. En este sentido, en los siguientes párrafos se analizarán los límites que la normativa de arbitraje ecuatoriana tiene para la debida aplicación del principio de flexibilidad.

El primer límite para la aplicación del principio en cuestión se encuentra en la forma de iniciar el procedimiento que determina la LAM. En su artículo 10 se establece que “la demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio”¹³ y señala el contenido que debe tener la misma.

Esta idea de iniciar el procedimiento con la presentación de la demanda deviene del formalismo y los ritualismos que han sido practicados e impuestos durante años en la justicia ordinaria. Y, en ciertos casos, puede llegar a funcionar, pero no siempre. Este punto fue abarcado por varios entrevistados, quienes convergieron en la idea de que esta disposición de la LAM representa

11 Artículo 233, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R. O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez en R. O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023.

12 Artículo 1, numeral 3, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], Registro Oficial n.º 165 Suplemento de 26 de agosto de 2021.

13 Artículo 10, LAM, 2006.

un límite al principio de flexibilidad en la etapa prearbitral.¹⁴ Al establecerse como obligatoriedad que el procedimiento arbitral inicie con la presentación de la demanda, al igual que en el procedimiento ordinario, se limita la implementación de prácticas que se manejan en el ámbito internacional, como iniciar el proceso arbitral con una notificación o solicitud de arbitraje. Además, se entiende que el principio de flexibilidad está siendo excluido totalmente de la fase prearbitral.

Sobre la notificación o solicitud de arbitraje, Ulloa y Jaramillo señalan que esta “constituye la forma en la que el demandante ejecuta y activa el convenio arbitral, señalando, de forma breve, la naturaleza de la controversia a ser sometida al conocimiento de los árbitros”.¹⁵ En ese sentido, dichas prácticas permiten que las partes tengan mayor flexibilidad en el manejo de su procedimiento de acuerdo con las características que el mismo presenta. Además, precautelan que el principio de flexibilidad se encuentre presente desde la fase prearbitral y sean los árbitros quienes precautelen dicho principio.

Adicionalmente, un segundo límite hacia la fase prearbitral se encuentra en el artículo 11 de la LAM, que establece que los directores del centro o los árbitros independientes calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, quien tendrá diez días para dar su contestación.¹⁶ Mediante esta disposición se constituye un límite a la flexibilidad debido a que el artículo no prevé la posibilidad de ampliación del plazo por acuerdo de las partes en el convenio arbitral. Para casos complejos puede resultar bastante limitado e incluso considerarse una posible vulneración al derecho a la defensa del demandado¹⁷. En la misma línea, el artículo 13 de la LAM también establece un plazo específico de cinco días para modificaciones a la demanda o a la contestación. Dicho plazo constituye de igual forma un límite a la flexibilidad debido a que no permite ser ampliado por acuerdo de las partes. Árbitros muy formalistas podrían llegar a aplicar estos plazos de manera incisiva y no permitir que, aunque exista acuerdo entre las partes, los mismos sean ampliados.

Un tercer límite que impone la normativa de arbitraje en Ecuador se encuentra en el artículo 14 de la LAM. Este prescribe que, una vez transcurrido el tiempo para contestar la demanda, con la contestación —o sin ella— los directores del Centro o los árbitros independientes deben convocar a las partes

14 Entrevista realizada a Javier Jaramillo Troya, 20 de abril de 2023. Disponible en https://drive.google.com/file/d/1i-J7fQ0Z7USq88hJITcQW66NR3I-iwkRG/view?usp=share_link; ver entrevista realizada a María Teresa Borja, el 04 de mayo de 2023. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1n2Ux-D0S4bPOXKfhyAMXkU6ggRAaSXYU/view?usp=share_link.

15 Ulloa y Jaramillo, “Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación”, 169.

16 Artículo 11, LAM, 2006.

17 Ulloa y Jaramillo, “Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación”, 167-8.

a una audiencia de mediación.¹⁸ Se puede considerar a esta disposición como un límite al principio de flexibilidad debido a que la norma indica que debe realizarse un proceso de mediación obligatoria antes de dar inicio el proceso arbitral como tal. La mediación obligatoria, si bien puede ser beneficiosa debido a que permite que el sistema arbitral no se obstruya, también va contra el principio fundamental que rige a los métodos alternativos de solución de conflictos: la autonomía de la voluntad.¹⁹ Por la conexión entre el principio de flexibilidad y el principio de autonomía de la voluntad, la disposición contenida en el artículo 14 de la LAM puede ser considerada como un límite a este último principio. Sin embargo, no se cuestiona que la disposición puede llegar a ser muy efectiva en la práctica y ayudar a que el sistema arbitral no se sature.

Como cuarto límite podría considerarse a la disposición contenida en el artículo 19 de la LAM, que establece las inhabilidades para ser árbitro y se refiere a que las causales de recusación y excusa de árbitros son las mismas que se encuentran previstas en el COGEP.²⁰ Al referirse expresamente a la normativa procesal ordinaria, debe analizarse esta normativa. El texto del artículo 22 del COGEP prevé una lista de causales de recusación o excusa taxativas, por lo que se entiende que no podrían ser consideradas aquellas que no estén dentro de la lista. Al aplicar el artículo 19 de manera literal en el proceso arbitral se estaría limitando el principio de flexibilidad, debido a que existen cuerpos normativos de *soft law* que podrían ser aplicados también para tipificar causales o estándares de excusa o recusación de árbitros. El RLAM ayuda a superar este límite al establecer, en el artículo 10.1, que:

[L]as partes podrán pactar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones [...] A falta de acuerdo, [...] el tribunal decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso pudiendo para esto recurrir a los principios y prácticas de uso común en materia de arbitraje.²¹

Con la inclusión de este artículo en el Reglamento, se reafirma lo establecido en el artículo 38 de la LAM: que las partes son libres de establecer cuáles serán las reglas aplicables a su procedimiento.

En síntesis, dentro de la LAM se encuentran varios límites para la aplicación del principio de flexibilidad. Estos límites están principalmente en la etapa prearbitral. Es importante señalar que la flexibilidad debe estar presente durante todo el procedimiento arbitral y no solo en determinadas etapas. Por lo tanto, se considera que las disposiciones de la LAM —cuestionadas en

18 Artículo 14, LAM, 2006.

19 Dorcas Quek, "Mandatory mediation: An oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program", *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 11, n.º 2 (septiembre 2010): 484, <https://static1.squarespace.com/static/60a5863870f56068b0f097cd/t/60a69ac1e780cb5f5e59e89f/1621531329817/479-510.pdf>.

20 Artículo 19, LAM, 2006.

21 Artículo 10.1, RLAM, 2021.

este acápite— deben ser reformadas para que el principio de flexibilidad sea aplicado de manera uniforme en la normativa arbitral. Con este antecedente pasaremos a analizar los límites culturales que existen en nuestro país respecto de la aplicación de este principio.

2.3. LÍMITES CULTURALES A LA APLICACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD

La normativa siempre podrá ser reformada o interpretada para incorporar de manera uniforme una correcta aplicación del principio de flexibilidad. Sin embargo, existen otros límites, como los culturales, que deben ser abordados de diferente manera con el fin de generar un cambio real en el sistema. Por ello, en esta sección se tratarán cuáles son estos límites que han impedido que se aplique el principio de flexibilidad en el arbitraje local ecuatoriano y han generado que se implementen ritualismos y formalismos propios de la justicia ordinaria.

Antes de entrar a analizar los límites es importante tomar en cuenta cómo es la cultura jurídica dentro del país. Esto se debe a que la cultura de litigio varía dependiendo de la región en donde se practique. Por ejemplo, las costumbres de ciudades de la Sierra como Quito y Cuenca son diferentes a las de ciudades de la Costa como Guayaquil. Esta cultura de litigio afecta directamente para determinar la cantidad de formalismos y ritualismos que se emplean en las diferentes regiones de Ecuador. Teniendo esto en consideración, el análisis de los límites se plasmará de manera general tomando en cuenta que en todas las regiones existe, de una u otra forma, un traslado de los ritualismos y formalismos que son propios de la justicia ordinaria hacia el procedimiento arbitral.

Se puede catalogar como primer límite cultural —por el que se han trasladado las formas y ritualismos de la justicia ordinaria al arbitraje— a la falta de cooperación que existe entre el sistema ordinario de justicia y la comunidad arbitral local para garantizar la efectividad del mecanismo alternativo.²² En este sentido, existe un indebido entendimiento y una falta de preparación por parte de los jueces ordinarios en materia arbitral. Por ello, en muchas ocasiones, el sistema ordinario de justicia ha impedido que se aplique correctamente el principio de flexibilidad, imponiendo que las prácticas en el arbitraje se realicen de la misma forma que en el juicio ordinario. El ejemplo más reciente es la sentencia de nulidad del laudo arbitral dictada por el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro del proceso n.º 17100-2021-00021,²³ en la cual se estableció que no realizar la práctica de la prueba documental en el arbitraje, de acuerdo con lo establecido en el COGEP, constituye una causal de nulidad del laudo.²⁴ Esto va en contra del principio de flexibi-

22 Eduardo Carmigiani, Carla Cepeda, y Bernarda Muriel, “Del procesalismo rígido a la modernización del arbitraje en el Ecuador: Aplicación de normas no domésticas en el arbitraje local”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 9 (agosto 2017): 201, <https://doi.org/10.36649/rea9>.

23 Causa n.º 17100-2021-00021, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 12 de enero de 2022.

24 Artículo 196, COGEP, 2015.

lidad porque las partes tienen la autonomía de acordar libremente cómo se realizará la práctica de la prueba durante su procedimiento. En caso de falta de estipulación en el convenio arbitral o acuerdo de las partes, esta decisión podrá ser adoptada directamente por el tribunal arbitral. Esta sentencia genera cierto temor en cuanto a que, si no se practica la prueba documental de la forma establecida en el COGEP, el laudo pueda llegar a ser sujeto a nulidad. Se ve claramente una limitación al principio de flexibilidad, que se da por la existencia de una deficiente preparación en asuntos arbitrales por parte de los operadores de justicia a quienes les corresponde resolver, entre otras, acciones de nulidad de laudos.

De esto se desprende un segundo límite, que es el temor de alejarse de los ritualismos y las formalidades, permitiendo que estos primen sobre el fondo de la controversia. Esto se da en cierta medida debido a la formación que han tenido algunos operadores de justicia, que solamente han ejercido su práctica en la justicia ordinaria y desconocen los principios propios de la justicia arbitral. Uno de los sentimientos de los practicantes entrevistados es que aquello ha sido superado de cierta manera en el último tiempo.²⁵ Los cambios se han dado debido a que en la actualidad existen más árbitros y abogados de parte jóvenes, así como una mayor difusión de las prácticas más actualizadas en el arbitraje. Sin embargo, todavía sigue siendo —en determinados casos— una limitante para la aplicación del principio de flexibilidad durante todas las etapas del procedimiento arbitral.

Un tercer límite, que podría asociarse con el aspecto cultural, es la falta de entendimiento del arbitraje como mecanismo principalmente negocial. Este límite tiene mucho que ver con los dos mencionados anteriormente, y su base se encuentra en la falta de preparación en materia de arbitraje que existe en el país por parte de los operadores de justicia ordinaria. Si bien este límite está siendo superado gracias a la colaboración de la comunidad arbitral junto con las diferentes facultades de derecho de las universidades locales, todavía no se entiende completamente el concepto de que el arbitraje es un mecanismo principalmente negocial en el que las partes son dueñas de su proceso.

En la práctica del arbitraje local, la cultura ha tendido a asemejarse a la cultura judicial por el hecho de que comúnmente es el árbitro quien impone el procedimiento o las reglas a las partes; y no estas últimas quienes toman ciertas decisiones procedimentales en conjunto. Cabe recalcar que con esto no se quiere decir que la extrema flexibilidad sea buena. La naturaleza del arbitraje es heterocompositiva, esto es, que “se caracteriza porque una persona individual o colegiada, e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada [...] el

25 Carla Cepeda, Javier Jaramillo Troya, Jaime Vintimilla Saldaña, María Teresa Borja y Xavier Andrade Cadena. Las entrevistas completas pueden encontrarse en los enlaces en la bibliografía.

tercero imparcial, actúa supra partes, imponiendo su decisión”.²⁶ En este sentido, el árbitro es quien impone su decisión a las partes. Sin embargo, gracias al carácter negocial del arbitraje, las partes pueden tomar decisiones respecto a cómo se va a llevar el procedimiento. En relación con el carácter negocial, el tribunal constituido en el proceso arbitral n.º 004-2016 llevado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ambato y Cámara de Industrias de Tungurahua hizo referencia a este, indicando que:

Es importante notar que, al reconocer el artículo 38 de la LAM al acuerdo de las partes como una fuente normativa, se reconoce que la naturaleza jurídica de las normas procesales en el arbitraje es negocial y no de Derecho público. Esto está en la esencia del arbitraje pues es lo que le permite ser flexible y distinto a los procesos judiciales. Esto no quiere decir que estas normas negociales no observen un límite común al del Derecho Público, esto es, las garantías al debido proceso y el derecho a la defensa.²⁷

En ese sentido, cuando se habla del carácter negocial del arbitraje, se hace referencia a que las normas procesales pueden ser modificadas por el acuerdo entre las partes. Este carácter negocial es justamente lo que permite la aplicación del principio de flexibilidad. Sin embargo, esto último no ha sido entendido del todo en el país por parte de ciertos profesionales que no practican comúnmente arbitraje y operadores de justicia presentes en el sistema ordinario, lo que constituye un límite a la aplicación del principio de flexibilidad.

Por otra parte, un cuarto límite que se encuentra arraigado de manera general en la cultura de litigio judicial, y se traslada al desarrollo del procedimiento de litigio arbitral, es ocasionar incidentes o dilatar el procedimiento. Esto afecta directamente al principio de flexibilidad porque, si este no se aplica de forma correcta, se puede dar paso a que dichas prácticas lleven a uno de los dos extremos del principio: a una extrema flexibilidad, que no es buena porque minimiza por completo el deber de los árbitros de precautelar que el procedimiento se lleve a cabo en apego al debido proceso, o a una falta de aplicación del principio de flexibilidad por tratar de mantener la rigidez del proceso, en la que los árbitros no den paso a prácticas que pueden ayudar a que el proceso se desenvuelva de forma eficiente. Pero no solo los árbitros tienen en sus manos llevar el principio de flexibilidad a uno de sus extremos no deseables, sino también los abogados de parte. A estos últimos corresponde precautelar el principio, evitando las prácticas de dilatar el proceso u ocasionar incidentes hacia la justicia arbitral como estrategia procesal.

26 Susana San Cristóbal Reales, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: Negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* XLVI (diciembre, 2012): 48.

27 Proceso Arbitral Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Ambato y Cámara de Comercio de Industrias de Tungurahua, n.º 004-2016.

En suma, la transformación en términos culturales debe continuar para sobrepasar los límites mencionados en los párrafos anteriores. El traslado de los formalismos y ritualismos propios de la justicia ordinaria y su temor a dejarlos de lado, además de la falta de entendimiento del arbitraje como mecanismo principalmente de carácter negocial y la cultura de ocasionar incidentes o dilatar el procedimiento generan una afectación en la aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje local ecuatoriano. La difusión de información a través de instituciones y la crítica hacia prácticas ajenas al arbitraje ayudan a que se siga dando un cambio en la cultura. Por lo tanto, la tarea sigue en manos de los participantes activos en el foro arbitral.

3. ¿AVANZAMOS HACIA UNA DEBIDA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD?

El objeto del presente trabajo es observar si —desde que se dio el auge del arbitraje en Ecuador, hace más de veinte años— se ha avanzado en una debida aplicación del principio de flexibilidad. Para ello se realizaron cinco entrevistas a abogados de parte, secretarios arbitrales y árbitros, con el fin de obtener sus perspectivas sobre este tema. En ese sentido, para responder a la cuestión planteada se realizó la siguiente pregunta a los entrevistados: “En una escala de 1 a 10, ¿qué tan flexibles han sido los arbitrajes en los que han estado involucrados?”. Siendo que 1 corresponde a que no se ha respetado en absoluto el principio de flexibilidad o no se lo ha tomado en consideración y 10 representa que se ha respetado y aplicado el principio de flexibilidad. Esto último con la salvedad de que el criterio 10 no es la flexibilidad extrema mencionada en el acápite anterior.

Calculando la media de las respuestas brindadas se obtuvo que la puntuación sobre flexibilidad es 6,5/10.²⁸ Esa calificación, junto con lo analizado en la sección anterior, brinda luces para contestar a la interrogante planteada, pero no es suficiente. Por esta razón se analizarán aquellas cuestiones que han permitido que poco a poco se aplique de mejor manera el principio de flexibilidad en el arbitraje local.

Recién en el año 2021, con la expedición del RLAM, se reconoció a nivel normativo la naturaleza flexible del arbitraje. Antes de esa fecha, el principio se encontraba presente, pero el reconocimiento que tenía estaba en un nivel doctrinario. La realidad es que la implementación del Reglamento constituyó un avance importante para la regulación del arbitraje local, ya que “es una recopilación de las mejores prácticas en arbitraje que ya se habían consagrado

²⁸ Carla Cepeda, Javier Jaramillo Troya, Jaime Vintimilla Saldaña, María Teresa Borja y Xavier Andrade Cadena. Las entrevistas completas pueden encontrarse en los enlaces en la bibliografía.

en muchas decisiones de cortes y tribunales arbitrales”.²⁹ Las disposiciones que contiene el Reglamento ayudan para que se aplique de mejor manera el principio de flexibilidad. Por ejemplo, se incluyó el reconocimiento normativo de la figura del árbitro de emergencia para procedimientos de medidas cautelares.³⁰ Este reconocimiento tiene relación con el principio de flexibilidad debido a que, a través del mismo, se abrió paso a la implementación de esta práctica que ya estaba presente en el mundo y que flexibiliza que —en determinadas circunstancias— se realice un arbitraje más expedito con la finalidad de obtener de forma rápida las medidas cautelares para salvaguardar una correcta ejecución de un laudo en un procedimiento arbitral posterior. Ello permite un mejor desarrollo del procedimiento de acuerdo con las necesidades y circunstancias de las partes.

También se reconoce de manera más clara la libertad de regulación de las actuaciones, indicando que son las partes quienes podrán pactar libremente las reglas procesales a las que debe sujetarse el tribunal arbitral.³¹ Esto último permite romper con el dogma cultural sobre si las partes pueden pactar normas no domésticas en el arbitraje local ecuatoriano. En este sentido se puede concluir que, después de casi veinte años sin cambios a la normativa de arbitraje local, la expedición del Reglamento constituyó una gran ayuda para que prácticas más modernas sean aplicadas en el arbitraje ecuatoriano y significó un avance hacia una debida aplicación del principio de flexibilidad.

De la mano de la expedición del RLAM se realizaron cambios en los reglamentos de arbitraje de los distintos centros del país. Estos han ayudado a una mejor aplicación del principio en cuestión. Por ejemplo, el reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (en adelante Reglamento AMCHAM) fue el primero en incluir la regulación de la figura del árbitro de emergencia meses después de que se expidió el RLAM.³² Posteriormente, el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil (en adelante Reglamento CAC) también incluyó la regulación de la figura.³³ Recientemente, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito incluyó dicha figura en su nuevo Reglamento (en adelante Reglamento CCQ) expedido el 26 de julio de 2023.³⁴ Asimismo, tanto el Reglamento AMCHAM como el Reglamento

29 Hugo García Larriva, y Bernarda Muriel Bedoya, “Tras bastidores del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 12 (octubre, 2021): 230, <https://doi.org/10.36649/rea12>.

30 Artículo 8, RLAM, 2021.

31 Artículo 10, RLAM, 2021.

32 Artículo 19, Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana AMCHAM Quito, 1 de enero de 2022.

33 Artículo 25, Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Cámara de Comercio de Guayaquil, 1 de octubre de 2022.

34 Capítulo X, artículos 121 a 138, Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito [Reglamento de Arbitraje y Mediación CCQ], 26 de julio de 2023.

CAC y el Reglamento CCQ han mejorado sus disposiciones respecto al manejo del procedimiento arbitral, permitiendo que exista una mayor flexibilidad en los procesos en los que se pacten dichas normas.

Sin embargo, todavía existen algunas cuestiones que pueden ser mejoradas o ampliadas para garantizar una mejor aplicación del principio de flexibilidad. Por ejemplo, los reglamentos de los centros de arbitraje podrían incluir disposiciones para la tramitación de un procedimiento expedito o abreviado para los casos que lo requieran. Esta práctica es comúnmente regulada por los reglamentos de los centros de arbitraje internacionales y es ampliamente aceptada por la comunidad arbitral.³⁵ El nuevo Reglamento CCQ incursiona en la implementación de este tipo de procedimiento en el país, que se encuentra regulado en el capítulo XI y comprende los artículos 139 a 145.³⁶ El objetivo de tener procedimientos abreviados es acortar la duración del arbitraje y reducir sus costos para determinados procedimientos. La implementación de esta práctica en el arbitraje local encaminaría a una debida aplicación de la flexibilidad.

Se puede observar que en el último tiempo se han implementado cambios de índole normativos que brindan nuevas herramientas para aplicar de mejor forma el principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano. Estos cambios, junto con su difusión, pueden ayudar a que el cambio se dé también a nivel cultural. Sin embargo, todavía hay cuestiones que pueden ser mejoradas para avanzar.

4. CONCLUSIONES

La respuesta a la pregunta inicial es que sí se ha avanzado en la aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano desde que comenzó el auge del arbitraje en Ecuador con la promulgación de la LAM hace más de dos décadas. El problema planteado desde sus inicios no es solo de índole normativa, sino también cultural. A pesar del avance que se está dando, todavía existen cuestiones que limitan la aplicación del principio de flexibilidad. El principio de flexibilidad debe ser aplicado en todos los momentos del proceso arbitral. Del análisis realizado sobre los límites normativos se puede observar que la regulación ecuatoriana ha logrado que la etapa prearbitral sea más inflexible que las demás. Sin embargo, dichas limitaciones pueden ser superadas a través de reformas a la LAM que implementen prácticas internacionales aceptadas en gran escala o a través de la implementación de dichas prácticas en los reglamentos de los centros de arbitraje del país.

35 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur; Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong; y Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

36 Capítulo XI, Reglamento de Arbitraje y Mediación CCQ.

Con respecto a los límites culturales la situación es diferente. Si bien el sentimiento de que se ha avanzado en dejar de lado los ritualismos y las formalidades del proceso ordinario es grande, todavía existen casos como el mencionado en el acápite segundo que generan dudas. La principal manera de atacar este tipo de límites es a través de la formación en arbitraje y difusión del mecanismo de solución de controversias a través de distintos canales como las universidades, charlas, seminarios, conferencias, escritos de divulgación, entre otros. Poco a poco, las ideologías y los dogmas culturales irán cambiando. Pero es deber de toda la comunidad arbitral continuar trabajando en ello.

Si bien los avances han sido positivos y han permitido desarrollar el principio de flexibilidad en el país, todavía queda trabajo por hacer. El sentimiento de flexibilidad en el arbitraje local todavía no alcanza niveles deseables. Esto quiere decir que se podrían realizar cambios —principalmente normativos— para equiparar el nivel de flexibilidad en el arbitraje local con aquel que existe en el resto del mundo con las prácticas mencionadas en el presente artículo, por ejemplo, iniciar el procedimiento con una solicitud o notificación de arbitraje, permitir la ampliación de plazos para la presentación de escritos y permitir la implementación de prácticas internacionales para la etapa probatoria. Las mismas permiten salvaguardar que se respete el principio de flexibilidad a lo largo de todo el procedimiento, desde la fase prearbitral hasta la emisión del laudo. Sin embargo, todavía no han sido implementadas en el país. Por esta razón, se debe continuar cuestionando y reflexionando sobre este tema.