

La acción de nulidad de los laudos arbitrales

Oswaldo Santos Dávalos*-**

Recibido/Received: 21/07/2017
Aceptado/Accepted: 24/07/2017

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Consideraciones generales. 2.1 Antecedentes. 2.2 Naturaleza. 2.3 Relación con el régimen de las nulidades procesales. 2.4 La acción de nulidad y el orden público. 2.5 Trámite. 2.6 Impugnación. 2.7 Legitimación en la causa. 3. Aplicación. 3.1 Efectividad. 3.2 Tipo de arbitraje. 3.3 Número de árbitros. 3.4 Intervención del Estado. 3.5 Quién intenta la nulidad. 3.6 En contra de quién se intenta. 3.7 Duración. 3.8 Efectos de la nulidad. 4. Causales. 4.1 Falta de citación. 4.2 Falta de notificación con las providencias dictadas por el tribunal. 4.3 No práctica de pruebas. 4.4 Incongruencia e incompetencia *ratione voluntatis*. 4.5 Indevida composición del tribunal. 4.6 Otras causales analizadas. 4.7 Causales que se debería incluir y posibles reformas. 5. Resumen y conclusiones.

PALABRAS CLAVE: acción de nulidad, arbitraje, laudos, Ley de Arbitraje y Mediación.

KEYWORDS: action of annulment, arbitration, arbitral awards, Arbitration and Mediation Law.

* Socio de Santos Burbano de Lara, Profesor titular de la Universidad San Francisco de Quito. Este artículo se basó en la monografía final presentada dentro de la especialización superior en métodos alternativos de solución de conflictos que el autor cursó en la Universidad Andina Simón Bolívar.

** El autor desea agradecer a Bernarda Muriel y Hugo García por haberle suministrado la mayor parte de las sentencias que se analizó; a Macarena Bahamonde, Juan Sebastián Baquero, Valentina Carrasco, Ana Cobo, María Gabriela Díaz, Ana Morales, María Gracia Naranjo, Camila Sánchez e Isabel Yepes por su ayuda en la investigación y en la elaboración de la base de datos utilizada en este artículo; y a Pablo Romero del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito por la información sobre el porcentaje de laudos de ese Centro que son impugnados.

RESUMEN: en este artículo se hace un análisis crítico de la acción de nulidad de los laudos arbitrales prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación. Incluye un estudio de la naturaleza de la acción de nulidad y de sus causales. Se analiza, además, una serie de sentencias dictadas dentro de acciones de nulidad.

ABSTRACT: This article studies the annulment of arbitral awards as enshrined in the Arbitration and Mediation Act. We assess the nature of the action for annulment and the grounds on which an award can be set aside. The article also studies several rulings entered by Ecuadorian courts in annulment proceedings.

1. INTRODUCCIÓN

La naturaleza convencional y alternativa del arbitraje exige que el control judicial de los laudos sea limitado. Es por eso que, a diferencia de las sentencias, los laudos son inapelables. El único mecanismo que usualmente se prevé para impugnarlos es la acción de nulidad.

La acción de nulidad es una de las instituciones más importantes del arbitraje. Quizás eso explique que su tratamiento haya alcanzado un cierto grado de uniformidad. Las leyes modernas de arbitraje establecen dos principios básicos con respecto al control de los laudos. El primero, como explicamos, es que la acción de nulidad es el único medio para impugnar un laudo. El segundo principio es que las causales por las que se puede intentar la acción de nulidad son específicas y taxativas¹.

Además, la mayor parte de ordenamientos tienen un enfoque similar con respecto a las razones por las que se puede anular un laudo arbitral². Algunos de ellos están inspirados en la Ley Mo-

1. C. CONEJERO ROOS, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, La Ley, 2009, p. 82.
2. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2da. Ed., Kluwer Law International 2014, p. 3163.

delo de la CNUDMI (Ley Modelo)³. En esencia, la acción de nulidad busca asegurar que se respete el debido proceso de las partes y su acuerdo sobre cómo tramitar el arbitraje⁴.

A través de la acción de nulidad se puede conseguir “que se corrijan eventuales errores ‘in procedendo’ que podrían haberse deslizado en la sustanciación de una causa”⁵. Como se dijo en otra oportunidad, “[e]l objeto de la acción de nulidad es un examen a posteriori de los errores *in procedendo* del fallo. Por lo tanto, no es posible que el órgano judicial entre al análisis de los errores *in iudicando* de los árbitros, ya que son cuestiones que afectan al fondo”⁶ del laudo.

En este artículo estudiaremos la acción de nulidad prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). Nuestra exposición está dividida de la siguiente manera: primero nos referiremos a algunas cuestiones generales sobre la acción de nulidad. Explicaremos, por ejemplo, cuáles son sus antecedentes normativos, su trámite y su naturaleza. Después expondremos los resultados del análisis que hicimos de algunas sentencias de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Veremos, por ejemplo, cuál es la correlación entre la participación del Estado en un arbitraje y la probabilidad que un laudo tiene de ser anulado, con qué frecuencia se anula laudos dictados por tribunales unipersonales y en contra de quién suele dirigirse las acciones de nulidad. Más adelante estudiaremos con detenimiento las causales de nulidad. Analizaremos el artículo 31 de la LAM y veremos cómo se ha aplicado cada una de esas causales. También nos referiremos a algunas causales que, en nuestro sentir, el legislador debería incluir. Terminaremos con un resumen de nuestro trabajo y con la exposición de nuestras conclusiones.

3. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Art. 34.
4. N. BLACKABY *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ta. Ed., Oxford University Press 2015, p. 569.
5. Sentencia de 18 de mayo de 2007 del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito dentro de la acción de nulidad intentada por Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral 003-005 tramitado ante el CAM.
6. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0015.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

2.1 Antecedentes normativos

La consagración de la acción de nulidad, tal como la conocemos hoy, es un hito relativamente reciente en el derecho arbitral ecuatoriano. Si bien el Código de Procedimiento Civil (CPC) contenía normas sobre la nulidad de la “sentencia arbitral”⁷, no existía una acción autónoma con la que buscar la anulación de la decisión tomada por los árbitros. El CPC permitía la apelación de esas “sentencias” y la nulidad se incluía dentro del recurso de apelación⁸. Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial establecía que tales “sentencias” eran inapelables⁹.

La acción de nulidad fue consagrada por primera vez en el artículo 31 de la LAM¹⁰. Fue reformada más adelante¹¹. En la actualidad, se puede pedir la nulidad del laudo si: **(i)** se irrespetó el derecho a la defensa de una de las partes; **(ii)** el tribunal falló sobre cuestiones no sometidas a arbitraje; **(iii)** el laudo es incongruente por *extra* o *ultra petita* o **(iv)** el tribunal fue constituido irrespetando el procedimiento acordado por las partes o el procedimiento previsto en la ley. Como veremos, se puede hacer algunas observaciones a la manera en la que esas causales han sido consagradas y, más todavía, a la forma en la que se las ha aplicado. Sin embargo, previo a estudiar en detalle cada causal, es conveniente que nos refiramos a otros aspectos de esa institución.

2.2 Naturaleza

Una exposición sobre la acción de nulidad de los laudos exige determinar cuál es la naturaleza de ese medio impugnativo. Ni la doctrina ni la jurisprudencia dan una respuesta uniforme. En

7. Codificación del Código de Procedimiento Civil, Art. 1047, RO Sup. No. 133, 07/02/1953.

8. Ídem, Art. 1048.

9. Ley de Arbitraje Comercial, Art. 17, RO No. 90, 28/10/1963.

10. Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 31, RO No. 145, 04/09/1997.

11. A través de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 417, 14/12/2006.

derecho comparado tampoco hay una solución única. Mientras que hay ordenamientos, como el colombiano o el peruano, que lo califican como un recurso¹², hay otros, como el español¹³ o el nuestro, que lo consideran una acción.

La doctrina procesal no es uniforme al distinguir entre los medios impugnativos que son recursos y los que no. Algunos autores, como ROCCO, por ejemplo, no distinguen entre acciones y recursos, sino entre medios de impugnación ordinarios o extraordinarios. En los medios de impugnación ordinarios se “lleva el examen de la cuestión ante un órgano jurisdiccional superior”¹⁴. Los medios extraordinarios, en cambio, llevan el “nuevo examen de la cuestión ante el mismo órgano que ha decidido ya una primera vez”. Como explican QUINTERO y PRIETO, ciertos tratadistas en cambio sí “distinguen entre recursos y acción impugnativa, en cuanto esta da vía a un nuevo proceso”¹⁵. AZULA CAMACHO considera que los recursos son medios de impugnación encaminados a que “se rectifiquen los errores cometidos al tomar cualquier decisión, ya sea que se produzcan como consecuencia de la aplicación equivocada de la norma sustancial o material, o bien por inobservancia de las formas procesales”¹⁶. Para CALAMANDREI, en las acciones de impugnación no se hace un nuevo examen de mérito, que se busca que se decida por primera vez por él sobre la acción de nulidad que el impugnante propone¹⁷. Según BACRE, los recursos son una especie de medio de impugnación que se otorga a la parte agraviada que no ha adquirido la fuerza de cosa juzgada para que “se subsanen los errores de hecho o de derecho que lo perjudican”¹⁸. Sin embargo, en su opinión, el de nulidad es un recurso que sirve para “enmendar los déficits adjetivos” de

12. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Art. 40, Diario Oficial 48.489, 12/07/2012.
13. Ley 60/2003 de Arbitraje de España, Art. 40, Boletín Oficial del Estado, 23/12/2003.
14. U. ROCCO, *Derecho procesal civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil*, Editorial Jurídica Universitaria, 2012, p. 212.
15. B. QUINTERO y E. PRIETO, *Teoría general del derecho procesal*, 4ta Ed., Temis, 2008, p. 635.
16. J. AZULA CAMACHO, *Curso de teoría general del proceso*, 3ra. Ed., 1986, pp. 447-448.
17. V. P. DE ZAVALÍA (Ed.), 1968, p. 54. En esa cita, CALAMANDREI se refiere al “recurso” de casación, al que califica como una acción de impugnación. Sin embargo, ese razonamiento resulta plenamente aplicable a la acción de nulidad como medio impugnativo. Citado por DE LA RÚA, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*.
18. A. BACRE, *Recursos ordinarios y extraordinarios*, Ediciones La Rocca, 1999, pp. 42, 51.

la resolución¹⁹. PALACIO estima que la acción de nulidad es una categoría de remedio procesal, distinta a los recursos “en sentido estricto”²⁰. ROJAS define al recurso como “los mecanismos de que dispone el justiciable para manifestar desacuerdo con las providencias judiciales en aras de su modificación o revocación”²¹. Según la exposición de motivos de la legislación española de arbitraje, en ella “se evita la expresión ‘recurso’, por resultar técnicamente incorrecta”, ya que “[l]o que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo”.

¿Cuál es la naturaleza de la impugnación que persigue la nulidad del laudo? En un inicio se la calificó como recurso²². Más adelante, empero, se reformó su denominación, para categorizarla como una acción. Sin embargo, en al menos un fallo se ha considerado que las voces “acción” y “recurso” son sinónimas²³. A diferencia de las acciones, los recursos buscan la revisión procesal por el inmediato jerárquico del juez para que corrija las irregularidades que pueden existir²⁴. Por eso, SALCEDO VERDUGA, refiriéndose al mecanismo impugnativo en contra de los laudos, considera que debe llamárselo “acción” y no “recurso” de nulidad, porque el juez no es el superior jerárquico del tribunal arbitral y, además, a diferencia de los recursos, la acción de nulidad se propone una vez que el laudo ha causado ejecutoría²⁵.

Es evidente que la nulidad tiene diferencias muy marcadas con la apelación, que es el recurso emblemático. Mientras que la apelación permite que el *ad quem* revise el fondo de la decisión tomada por el juez, la acción de nulidad tiene una naturaleza “extraordinaria y limitada”²⁶ y no permite “hacer ningún análisis del

19. Ídem, p. 362.

20. L. E. PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, 14ta Ed., Abeledo-Perrot, 1998, p. 580.

21. M. E. ROJAS, *La teoría de proceso*, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 194.

22. Por ejemplo, en la sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 31 de agosto de 2004, se calificó a este medio impugnativo como un recurso.

23. Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dictada el 6 de marzo de 2009 dentro de la acción de nulidad intentada por Banco del Agro S.A., en Saneamiento, en contra del laudo arbitral de 23 de febrero de 2007 dictado dentro de un proceso arbitral tramitado ante el CAM.

24. E. SALCEDO VERDUGA, *El arbitraje: la justicia alternativa*, Efecto Gráfico, 2001, p. 153.

25. Ídem, p. 155.

26. Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de 5 de junio de 2015 dictada dentro del expediente No. 17100-2012-0105. Véase también la sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-00016.

fondo del asunto²⁷ ni constituye “una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo²⁸”.

En nuestra opinión, si el criterio para distinguir entre acciones y recursos es la posibilidad de que se revisen los errores *in iudicando*, no hay duda de que la nulidad es una acción, ya que es un medio impugnativo que aplica al presentarse errores *in procedendo* o cuando se ha irrespetado la voluntad de las partes de cómo constituir el tribunal arbitral. Además, es cierto que el juez que conoce la acción de nulidad no es el superior jerárquico del tribunal arbitral, como sí ocurre con el juez que conoce la apelación. Finalmente, el carácter extraordinario de este medio impugnativo se pone de manifiesto cuando se considera que procede únicamente en contra de laudos ejecutoriados, tal como explicaremos más adelante.

2.3 Relación con el régimen de las nulidades procesales

Como ha dicho nuestra jurisprudencia, “no toda anomalía en el proceso acarrea per se la declaratoria de nulidad del acto irregular²⁹”. La acción de nulidad de los laudos arbitrales es un medio impugnativo “estrictamente de carácter procesal³⁰ que, como tal, se debería informar por los principios que rigen a la teoría de las nulidades procesales: trascendencia, especificidad y el principio de convalidación.

Especificidad. No hay nulidad sin texto legal expreso³¹. Por lo tanto, no debería poder anularse un laudo por motivos distintos a los previstos en la LAM. Se ha dicho que “[l]os motivos de nu-

27. Sentencia de 25 de agosto de 2008 dictada dentro del expediente 17100-2004-0001.

28. Sentencias dictadas dentro de los expedientes 17100-2012-0105 y 17100-2015-0007.

29. Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 27 de marzo de 2007 publicada en la Gaceta Judicial (año CVIII. Serie XVIII, No. 3, p. 861). Véase también, la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil el 17 de junio de 2003 dentro del expediente 165, RO No. 147, 14/08/2003.

30. Sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro de la causa No.17100-2014-0078.

31. Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 27 de marzo de 2007, N. 29.

lidad se encuentran taxativamente establecidos en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y a ellos debe contraerse la acción contra el laudo arbitral³². No obstante, como explicamos más abajo, en varias ocasiones se ha tomado en consideración causales distintas a las previstas en la LAM.

Trascendencia. No cualquier infracción procesal acarrea la nulidad del laudo porque el proceso no es un fin en sí mismo. Para que haya nulidad no basta “la infracción a la norma, sino que, dicha infracción haya producido un efectivo perjuicio a los derechos del sujeto procesal interesado”³³. En materia de nulidad de los laudos, se ha dicho que la afectación causada por el vicio procesal debe ser sustancial³⁴.

Convalidación. Los actos procesales irregulares pueden convalidarse cuando, por ejemplo, no se ha alegado la nulidad en el tiempo oportuno³⁵. La normativa colombiana establece que ciertas causales de nulidad aplican si es que la parte afectada “hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”³⁶. Como se dijo en un fallo, “el momento para objetar la competencia del Tribunal Arbitral; y, solicitar la nulidad de la cláusula arbitral estipulada era dentro del procedimiento arbitral”³⁷. También se ha dicho que hay ciertas alegaciones sobre la validez del proceso que deben formularse previo a la emisión del laudo: “[e]l Árbitro Único resolvió de manera motivada el pedido de nulidad de la actora, en la etapa procesal correspondiente, dejando saneado el procedimiento previo para poder continuar con el saneamiento”³⁸.

32. Sentencia de 1 de julio de 2009 del Presidente de la Corte Provincial de Justicia dentro de la acción de nulidad entablada por Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Pichincha en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral 019-2003 dictado por un tribunal del CAM.

33. Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 27 de marzo de 2007, N. 29.

34. Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha de 6 de marzo de 2009 dentro de la acción de nulidad intentada por Banco del Agro S.A., N. 23.

35. Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 27 de marzo de 2007, N. 29.

36. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Art. 41, N. 12.

37. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2013-0090.

38. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0019.

2.4 La acción de nulidad y el orden público

Otra interrogante que se debe responder al estudiar la acción de nulidad es su relación con el orden público y el principio dispositivo. Hay medios impugnativos, como el recurso de apelación, donde el principio dispositivo está presente con una claridad incuestionable: la apelación puede ser declarada desierta si es que el apelante no la sustenta dentro del término de ley, el principio de personalidad dicta que la apelación interpuesta por una parte no aprovecha ni perjudica a los demás³⁹, se puede declarar el abandono de la instancia, etc.

Las relaciones entre el principio dispositivo y la acción de nulidad no han sido uniformemente reconocidas por nuestra jurisprudencia. Por un lado, varias sentencias han consagrado expresamente que la nulidad se rige por el principio dispositivo y, en consecuencia, han sostenido que los jueces no pueden analizar causales distintas a las invocadas por el solicitante. Según esos fallos, la actuación de los jueces está limitada a analizar “las causales de nulidad alegadas puntualmente por los referidos comparecientes, de conformidad con el principio dispositivo”⁴⁰. Otros jueces han aceptado la transacción en el curso de la acción de nulidad⁴¹. Finalmente, hay causas en que se ha declarado el abandono.

Por otro lado, hay sentencias en que se ha establecido que el juzgador debe examinar de oficio la solicitud de nulidad, incluso por causales distintas a las invocadas por las partes o cuando la

39. El artículo 336 del Código de Procedimiento Civil establecía lo siguiente: “[c]uando son varias las personas interesadas en el juicio sobre un derecho común divisible, la apelación interpuesta por cualquiera de ellas no aprovecha ni perjudica a las demás”. En el mismo sentido, véase: E. COUTURE, *Fundamentos de Derecho procesal civil*, 4ta Ed., 3ra reimpresión; J. C. FAIRA (Ed.), 2009, pp. 300-301; E. FALCÓN y J. COLERIO, *Tratado de Derecho procesal, civil y comercial*, Vol. VIII, pp. 200-201; L. E. PALACIO, N. 20, p. 64.

40. Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de 5 de junio de 2015 dictada dentro del expediente No. 17100-2012-0105. Véase también, la sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dictada el 6 de marzo de 2009, N. 23, en la que se dijo que “El Presidente de la Corte Provincial de Pichincha, es competente únicamente para conocer y resolver si en el proceso existe o no el motivo de nulidad alegado, el cual debe estar expresamente consignado en la proposición de la acción”.

41. Sentencia dictada dentro del expediente 1700-2006-127.

solicitud no ha sido suficientemente fundamentada⁴². La Corte Constitucional ha sostenido que “el operador de justicia jamás puede someter a la literalidad de las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, sin serias reflexiones en el bloque normativo”⁴³ previsto en el artículo 76 de la Constitución. Se ha dicho además que en la nulidad intersecan el orden público y el principio dispositivo. La Corte Provincial, citando a SALCEDO VERDUGA, ha sostenido lo que sigue:

existe entonces una convergencia de interés privado [...] con el interés público [...] que se hace evidente en la misma sentencia que resuelve la acción de nulidad del laudo: la parte dispositiva de ella interesa a los intervinientes en el proceso porque allí se dispone la procedencia o no de la anulación del laudo. Y, por otro lado, la parte motiva pertenece al interés público del Estado porque allí se explican las razones o fundamentos jurídicos por los cuales se anulan el laudo arbitral, en defensa de la garantía constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva y de los principios del debido proceso que establece la misma Ley Suprema, que son, indiscutibles, interés de orden público⁴⁴.

Es indiscutible que la aplicación de la acción de nulidad muestra que en ella se intersecan consideraciones de orden privado y otras de orden público. Creemos que no se puede encasillar a la acción de nulidad plenamente dentro de una u otra categoría. Si bien es cierto que los jueces se han mostrado generalmente reticentes a hacer una aplicación extensiva de la acción de nulidad, lo que explica, parcialmente, que la mayor parte de las nulidades intentadas no sea aceptada, también es cierto que, a diferencia de otras legislaciones, no queda a discreción del juez anular un laudo cuando se verifiquen las causales invocadas⁴⁵. Además, al contrario de lo que

42. Sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 17 de febrero de 2004 dentro de la acción de nulidad intentada por Dineagro Corporation Industrial S.A. en contra del laudo dictado dentro del arbitraje contra de Grupexport Cía. Ltda.

43. Sentencia No. 302-15-SEP-CC de la Corte Constitucional, RO Sup. No. 725, 04/04/2016.

44. Voto salvado del juez Juan Toscano Garzón de 12 de mayo de 2011 dentro del expediente 17111-2010-0011. El voto salvado en cuestión se limita a indicar que la cita corresponde a la obra intitulada “El Arbitraje”. Asumimos que se refiere a la obra “El arbitraje: la justicia alternativa”, publicada en 2007 por DISTRILIB.

45. El artículo 34 de la Ley Modelo establece que el laudo “podrá” ser anulado cuando se alegue y pruebe alguna de las causales establecidas allí. La legislación española, inspirada en la Ley Modelo, establece lo mismo.

ocurre en otros ordenamientos⁴⁶, la LAM no contempla la posibilidad de renunciar a la acción de nulidad.

2.5 Trámite

La acción de nulidad debe intentarse dentro del término relativamente corto de 10 días posteriores a la ejecutoria del laudo. Se la interpone ante el tribunal arbitral que lo dictó. El tribunal no puede hacer análisis alguno de la fundamentación de la acción; debe limitarse a remitir el expediente al Presidente de la corte provincial respectiva. El Presidente tiene 30 días para resolver a partir del momento en que avoca conocimiento de la acción. El accionante puede solicitar que la ejecución del laudo quede en suspenso si es que rinde caución suficiente. El monto de la caución queda a criterio del tribunal.

Se discutió cuál es el trámite que debe darse a la acción de nulidad. Primero se dijo que aplicaba el trámite ordinario⁴⁷. Más tarde se sostuvo que se debía aplicar un trámite especial, tomando en consideración la naturaleza del arbitraje⁴⁸. El Código Orgánico General de Procesos no contiene norma alguna sobre el tema. Por ese motivo, pocos meses atrás, la Corte Nacional de Jus-

46. Ley 26572 General de Arbitraje del Perú, Art. 126.

47. El fundamento de esa posición era que el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil establecía que toda causa que no tuviera un trámite especificado debía sustanciarse por el trámite ordinario. Son varios los casos que se tramitaron por la vía ordinaria, en los que incluso se abrió un término de prueba. Por ejemplo, en la sentencia de 14 de mayo de 2007, dictada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia dentro de la acción de nulidad intentada por Hotel Quito S.A. en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral No. 014-2004 tramitado ante el CAM, se dijo lo siguiente: “[c]omo en la indicada Ley no se ha establecido el trámite al que debe someterse la acción de nulidad del laudo arbitral, se debe aplicar el precepto del Art. 59 del Código de Procedimiento Civil, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 58 de 12 de julio del 2005, esto es seguirse en la vía ordinaria”.

48. La Corte Constitucional sostuvo que el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable al arbitraje porque “la Ley en la materia establece un procedimiento especial”. La resolución de la Corte obedeció a un informe presentado por el entonces Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito a la Corte Constitucional sobre su decisión de inaplicar el artículo 59 del CPC, por considerarlo inconstitucional. La Corte consideró que, si bien el artículo en mención es constitucional, es cierto que no se lo puede aplicar a la acción de nulidad. Resolución 008-2008-DI publicada en el RO Sup. No. 605, 4/06/2009. La Corte Provincial de Pichincha había manifestado sus reparos a aplicar el trámite ordinario, como se explicó más arriba. En un fallo, por ejemplo, se sostuvo que el trámite ordinario no es aplicable “pues se busca que [la acción de nulidad] sea un mecanismo ágil y que no este sujeto a los largos trámites de los procesos ordinarios dentro de la Función Judicial [sic]”. Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dictada el 6 de marzo de 2009, N. 23.

ticia emitió una resolución en la que se refirió al respecto⁴⁹. La resolución dispone que el Presidente debe verificar si la acción fue interpuesta dentro del término correspondiente. En caso afirmativo, debe ponerla en conocimiento de la contraparte para que la conteste en el término de 5 días. Más adelante se debe convocar a una audiencia única que debe tener lugar dentro del término de 30 días contados desde que el juez tuvo conocimiento de la acción. En esa audiencia se deben practicar las pruebas anunciadas por las partes. El juez debe dictar su sentencia de forma oral en la misma audiencia.

Como explicamos más abajo, la evidencia demuestra que las acciones de nulidad no se resuelven dentro del término previsto en la ley.

2.6 Impugnación

A pesar de que no hay duda de que los laudos son inapelables, hubo una discusión sobre si es posible presentar una apelación en contra de la sentencia de nulidad⁵⁰. Algunos consideraban que sí era posible⁵¹. Sin embargo, la Corte Constitucional⁵² y la

49. Resolución No. 08-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, RO No. 983, 12/04/2017.
50. Por ejemplo, en la sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0010 aceptó la apelación presentada por ese entonces la Superintendencia de Bancos y Seguros y la Procuraduría General del Estado. En el expediente 17111-2009-0293, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales de la Corte Provincial de Pichincha tramitó la apelación presentada por Repsol YPF del Ecuador S.A. en contra de la sentencia dictada por el Presidente de esa Corte, que confirmó un laudo arbitral en contra de esa compañía. Sin embargo, la Sala rechazó la apelación.
51. Como explica CHIRIBOGA, el fundamento parecía ser que la ya derogada Ley Orgánica de la Función Judicial así lo permitía. En efecto, el artículo 35 de esa ley, al normar las atribuciones de los ministros de las cortes superiores, establecía lo siguiente: “Corresponde al Ministro de Sustanciación dictar los decretos de trámite, aunque esté ya relatada o fallada la causa. Queda expedita la apelación para ante los Ministros restantes de la misma Sala, cuya resolución causará ejecutoria”. Además, el artículo 24 establecía que “cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, la segunda instancia será de competencia de la Sala a la que no pertenece el Presidente”, V. CHIRIBOGA ARTETA, *La problemática actual de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales*, Tesina de grado para la obtención del título de abogada, 2012, p. 61.
52. Como se sostuvo en la sentencia No. 173-14-SEP-CC de 15 de octubre de 2014, RO Sup. No. 406, 30/12/2014: “la acción de nulidad surge como consecuencia de las causales previstas en el artículo 31 respecto del laudo arbitral, lo que no genera ni da lugar a considerar que la acción de nulidad es una acción independiente del laudo que tiene un trámite adicional al previsto en el artículo mencionado, ya que por el contrario surge de éste, conforme lo determina la ley. Siendo así, la restricción impuesta en el artículo 30 –inapelabilidad laudo arbitral– genera un efecto directo también en la acción de nulidad, ya que caso contrario la Ley hubiera establecido la facultad de recurrencia de la sentencia que resuelva dicha acción”.

Corte Nacional de Justicia se han pronunciado en el sentido contrario⁵³ (aunque la Corte Constitucional no ha sido consistente⁵⁴).

También se debatió si era posible presentar el recurso de casación en contra de la sentencia del Presidente de la Corte Provincial. Hubo casos en los que se admitió a trámite tales recursos y otros casos en los que no⁵⁵. Actualmente, ya no hay discusión de que la casación en contra de esas sentencias no procede⁵⁶. Finalmente, se ha discutido sobre la procedencia de la acción extraordinaria de protección en contra de las sentencias de nulidad⁵⁷, aunque cabe mencionar que la resolución de la Corte Nacional establece que no cabe “recurso” alguno en contra de tales decisiones.

2.7 Legitimación en la causa

Según se ha dicho en varias sentencias, “las acciones de nulidad deben dirigirse en contra de todas las personas a quienes afectaría la declaratoria de nulidad en caso de producirse”⁵⁸. Además, la jurisprudencia es unánime al sostener que los árbitros “no

53. El artículo 4 de la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia establece que “[d]e la sentencia que dicte la o el Presidente de la Corte Provincial, no habrá recurso alguno, salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación”.
54. En la sentencia 325-15-SEP-CC se dijo que si bien existe una “limitación normativa para formular un recurso de apelación frente a un laudo arbitral, pero aquello no implica que la sentencia de nulidad del laudo arbitral no sea apelable”. La sentencia fue publicada en el RO No. 643, 7/12/2015.
55. Véase, por ejemplo, la resolución 207-2003 dictada el 2 de octubre de 2003 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, RO No. 259, 26/01/2004, citada por A. ORTIZ HERBENER en su artículo intitulado “La acción de nulidad de los laudos arbitrales”. En el caso 17111-2010-0011 citado más arriba, la mayoría de la Sala consideró que no procede la casación por no tratarse de un proceso de conocimiento. En voto salvado, el juez hizo mención a la sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex - Corte Suprema de Justicia en la Resolución No. 77-2002, de 23 de abril de 2002, dictada dentro del expediente No.78-2002, en la que se dijo que “En el fondo, ha primado en la Sala la consideración de que está frente a una acción de nulidad de laudo y no frente a un recurso dentro del proceso de arbitraje, por lo que la sentencia de la Corte Superior pone fin al proceso de nulidad”.
56. Como explicamos más arriba, el artículo 4 de la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia establece que “[d]e la sentencia que dicte la o el Presidente de la Corte Provincial, no habrá recurso alguno, salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación”.
57. Por ejemplo, en la sentencia N°164-14-SEP-CC se admitió la acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial.
58. Véase también las siguientes sentencias: sentencia de 8 de febrero de 2010 dictada en el expediente 17100-0069-2008; sentencia de 20 de marzo de 2015 dictada dentro del expediente No. 17100-0068-2014.

son legítimos contradictores, porque no son titulares del derecho procesal de contradicción”⁵⁹.

Sin embargo, en un caso se estimó que los árbitros sí pueden ser condenados en costas si el accionante lo solicita. En otro caso se aceptó la demanda a pesar de que, al parecer, únicamente los árbitros fueron demandados⁶⁰.

3. APLICACIÓN

En esta sección expondremos los resultados del análisis de algunas sentencias dictadas dentro de acciones de nulidad. La información recabada da luces sobre la efectividad de ese medio impugnativo, la duración del trámite y la correlación que existe entre la anulación de los laudos y algunas variables de interés, como el número de árbitros o el tipo de laudo sometido a examen, entre otros aspectos.

Analizamos 61 sentencias dictadas por la Corte Provincial de Pichincha. Las sentencias, en su mayoría, versan sobre laudos dictados por tribunales conformados bajo las reglas del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (CAM). No incluimos fallos en particular de manera deliberada con el fin de no afectar la representatividad de la muestra. Eso supuso omitir algunas sentencias muy conocidas, a las que, sin embargo, nos referiremos más adelante. Obtuvimos cierta información sobre el arbitraje que culminó con el laudo impugnado y sobre la sentencia de nulidad en sí⁶¹. Consideramos que es altamente probable que la muestra sea representativa para Pichincha, pero no podemos decir lo propio con respecto a todo el país.

59. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0009.

60. Sentencia de 28 de junio de 2008 de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Quito dentro de la acción de nulidad intentada por el Programa de Protección Social del Ministerio de Bienestar Social (sic) en contra del laudo dictado el 31 de enero de 2006 dentro del proceso arbitral 014-2005, tramitado ante el CAM.

61. La base de datos estará disponible en el sitio web, <www.santosburbano.com>. Se la irá actualizando periódicamente.

3.1 Efectividad

Con respecto al número de acciones que tienen éxito, los resultados son muy decisivos: la acción de nulidad *no fue aceptada* en el 88,52% de los casos analizados (es decir en 54 de 61). Decimos que *no fue aceptada* y no que fue rechazada porque hubo casos en que se declaró el abandono o las partes llegaron a un acuerdo que puso fin al proceso de nulidad. Además, se debe tomar en consideración que hubo casos en que el tribunal no se pronunció sobre el fondo de la alegación de nulidad. Una razón frecuente para que los jueces dictaran sentencias *non liquet* fue que la acción había sido dirigida exclusivamente en contra de los árbitros a quienes, tal como explicamos, nuestra jurisprudencia no considera legítimos contradictores. Hubo también casos en que la acción fue rechazada porque se estimó que el actor no satisfizo la carga de probar la causal de nulidad invocada.

Con respecto al porcentaje de laudos que es impugnado, contamos con dos fuentes de información. Bertini realizó un análisis de los laudos dictados por el CAM entre 1998 y julio de 2006. Según sus hallazgos, el porcentaje de laudos impugnados es del 27,1%⁶². De acuerdo con información proporcionada por el CAM, entre 2012 y 2016 se dictó 269 laudos, y se intentó la nulidad de 56, es decir el 20,81%. Si la muestra que obtuvimos del CAM es representativa, eso quiere decir que aproximadamente el 2,4% de los laudos es anulado.

3.2 Tipo de arbitraje

Todos los casos analizados corresponden a arbitrajes administrados. En 53 de ellos se pudo establecer si el arbitraje fue en equidad o en derecho. De ese número, el 39,62% de las sentencias (21) versó sobre laudos dictados en arbitrajes en equidad y el 60,37% (32) sobre laudos dictados en arbitrajes en derecho. Encontramos 6 sentencias de nulidad total y una en la que se declaró la nulidad parcial. En todas se pudo determinar si el arbitraje fue

62. L. BERTINI CHIRIBOGA, Acción de nulidad de laudos arbitrales, Editorial El Conejo. 2008, p. 92.

en derecho o en equidad, con excepción de un caso de anulación total. De los casos de anulación total, 4 se refirieron a arbitrajes en derecho y 1 a un arbitraje en equidad. El único caso de anulación parcial que encontramos se refirió a un arbitraje en equidad.

La razón entre las sentencias que anularon laudos dictados en equidad y el número de arbitrajes en equidad es del 9,52% (2 de 21). La razón correspondiente a los arbitrajes en derecho es del 12,5% (4 de 32). Eso quiere decir que, según nuestra muestra, un laudo en derecho tiene una probabilidad un 31,3% mayor que un laudo en equidad de ser anulado. Si bien correlación no significa causación, en al menos un fallo parece haberse insinuado que el examen de los laudos en equidad es menos estricto que el que se realiza a los laudos en derecho. Cuando el arbitraje es en equidad, "el Tribunal no debe sujetarse estrictamente a la literalidad de la ley, aunque es evidente también, que no la puede transgredir". También se ha sostenido, al analizar un laudo dictado en equidad, que "[e]l Tribunal Arbitral no está sujeto a la rigurosidad judicial, ni al tramitar una causa ni al expedir su laudo"⁶³. En otra sentencia se citó lo siguiente:

de acuerdo con la intrínseca naturaleza del arbitraje de equidad, los árbitros no tienen la necesidad de acomodarse al rigor de las normas sustantivas y por tal razón no es oportuno en este tipo de arbitraje aludir a "alteraciones de la litis" o a "modificaciones del objeto de arbitraje", ni tampoco a "un concepto de congruencia procesal rígido y formalista", que justifica que los árbitros, en su función decisora, puedan considerar comprendidas en las cuestiones a decidir aquellas pautas que se hallen íntimamente vinculadas a la misma y que sean consecuencia lógica y obligada de lo que se ha planteado, ya que el arbitraje de equidad no se somete a formas legales in procedendo"⁶⁴.

63. Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Quito de 7 de noviembre de 2001 dentro de la acción de nulidad intentada por Compañía Inmobiliaria del Pacífico Impacsa S.A. en contra del laudo dictado dentro del arbitraje No. 99-28.

64. Sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales el 18 de mayo de 2010 dentro del expediente 17100-2004-0444R.

Según nuestra jurisprudencia, el estándar para analizar la incongruencia del laudo dictado en equidad también parece ser menos severo. En un caso se sostuvo que, como consecuencia del principio *iura novit curia*, el juez está vinculado

por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercidas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatidas en el proceso, **mas aun cuando se trata de arbitraje en equidad**⁶⁵. [El énfasis no pertenece a original].

Como la acción de nulidad se refiere a errores *in procedendo* y no al fondo del asunto, el estándar de revisión de los laudos no debería variar dependiendo de si el laudo fue dictado en equidad o en derecho. Por lo tanto, el examen que se haga de un laudo no puede ser menos estricto por el simple hecho de que los árbitros hayan resuelto la controversia según su leal saber y entender.

3.3 Número de árbitros

Se pudo determinar el número de árbitros en 46 de los casos analizados. De ellos, el 80,43% (37) correspondió a tribunales de 3 árbitros y el 19,56% (9) a tribunales de un árbitro. De los 7 casos de anulación encontrados, en 6 se pudo determinar el número de árbitros. En el 16,6% de esos casos (1 de 6) el laudo fue dictado por tribunales de un árbitro. El 83,3% restante fue dictado por tribunales de tres árbitros. Por lo tanto, con base en la muestra analizada, el 11,1% (1 de 9) de los laudos dictados por tribunales de un árbitro es anulado. En el caso de los tribunales de tres árbitros, el porcentaje es del 13,15% (5 de 38).

65. Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dictada el 6 de marzo de 2009, N. 23.

3.4 Intervención del Estado

El Estado intervino en 8 de los casos analizados (es decir, el 13,11%). No tomamos en consideración tres en los que, si bien se menciona al Estado, concluir que hubo tal participación es discutible⁶⁶. El Estado fue parte en 3 de los 6 casos en que se anuló el laudo. Por lo tanto, con base en la muestra analizada, el 37,5% de los casos (3 de 8) que involucra al Estado culmina en anulación. Obtuvo un resultado favorable en 1 caso y un resultado desfavorable en 2⁶⁷.

El Estado fue el accionante en 3 de los casos en los que intervino y obtuvo la anulación del laudo en 1 de ellos. Su porcentaje de éxito al obtener la nulidad (33,3%) es un 190,3% superior al promedio (que es del 11,47%) y un 194,16% mayor al de los particulares (si no se toma en consideración las acciones intentadas por el Estado, el porcentaje de éxito de las acciones de nulidad es del 11,32% (6 de 53)). Si se analiza además las resoluciones de los recursos de apelación de las sentencias de nulidad, ese porcentaje seguramente sería incluso mayor.

66. En el primer caso, Banco del Agro S.A., una entidad financiera saneamiento, demandó a un fideicomiso. El demandado adujo que la entidad financiera tenía que ser representada por la Agencia de Garantía de Depósitos, por tratarse de una entidad financiera en saneamiento. La Procuraduría General del Estado señaló casillero tanto en el arbitraje como en el proceso de nulidad, pero no hay constancia de que haya intervenido en ellos. Este caso culminó con la anulación parcial del laudo. La sentencia de nulidad fue dictada el 6 de marzo de 2009. En el segundo caso la acción de nulidad fue intentada por Sociedad Industrial y Comercial EICA S.A., una compañía cuyas acciones fueron incautadas por el Estado ecuatoriano. La Procuraduría parece no haber intervenido durante el arbitraje o la acción de nulidad. La acción de nulidad fue rechazada. La sentencia fue dictada el 7 de abril de 2015 dentro del expediente 17100-2013-0090. En el tercer caso, el señor José Wagner Zambrano Mendoza demandó a un fideicomiso. El fideicomiso adujo que el convenio arbitral era nulo porque, dado que el fideicomiso contaba con fondos públicos, se sujetaba a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y requería, por tanto, la aprobación previa por parte de la Procuraduría General del Estado. La Procuraduría General del Estado consta como uno de los accionantes en la información que se tiene sobre la sentencia, pero no se evidencia que haya intervenido en el arbitraje o que haya intentado la acción de nulidad. La sentencia de nulidad fue dictada el 22 de junio de 2016 dentro del expediente 17100-2015-0013.
67. Entendemos que el resultado le fue favorable si la demanda de anulación intentada por la contraparte fue rechazada o si su demanda fue aceptada. Aquí es necesario hacer una acotación. En Cotecna Inspection S.A. en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, el tribunal rechazó la pretensión de la actora pero concedió una “pretensión subsidiaria” en contra de esa entidad pública. El accionante fue Cotecna. Pidió la nulidad del laudo amparándose en la causal d). La Corte anuló el fallo por incongruente. Sin embargo, la decisión incongruente al parecer beneficiaba a la parte actora. Siendo así, bien podría decirse que la decisión de nulidad, dejando todo lo demás igual, benefició a la entidad pública.

3.5 Quién intenta la nulidad

Según nuestra muestra, la parte actora intentó la nulidad en 19 casos (31,14%). En 41 (67,2%) casos la acción fue intentada por el demandado. En un caso (1,63%) fue intentada por ambos. La Procuraduría intentó la nulidad en dos casos (3,27%)⁶⁸. (La sumatoria supera el 100% porque no distingue los casos en que la Procuraduría intentó la nulidad conjuntamente con las partes).

Es verosímil suponer que, dejando todo lo demás igual, la parte demandada tendrá un incentivo mayor para intentar la nulidad de la parte actora. No siempre que se rechaza la demanda el laudo adquiere la autoridad de cosa juzgada material, por lo que el actor podría volver a intentarla. Además, en ciertos casos intentar la acción de nulidad puede ser patentemente inconveniente para el actor porque el tiempo que tome la tramitación de la impugnación no suspende la prescripción que corre en su contra. No ocurre lo mismo con el demandado, para quien la nulidad puede ser su única opción en caso de recibir un laudo desfavorable. Sin embargo, incluso tomando eso en consideración, la información obtenida parece indicar que la mayor parte de demandas es aceptada, lo que explicaría que las acciones de nulidad sean intentadas desproporcionadamente por los demandados.

De los 7 casos en que se declaró la nulidad, el demandado fue el accionante en 5. La proporción entre las nulidades obtenidas por los demandados y las nulidades obtenidas por los actores es muy similar a la proporción de acciones de nulidad intentadas por demandados y actores, respectivamente, lo que parece indicar que cuál sea la parte que impugne el laudo no tiene incidencia significativa en la probabilidad que tiene el laudo de ser anulado. Eso llama la atención si se toma en consideración que algunas causales de nulidad (i.e. la falta de citación y la incongruencia por *ultra petita*) no pueden perjudicar al actor⁶⁹.

68. No tomamos en consideración el expediente 17100-2013-0090 porque, como explicamos más arriba, la Procuraduría se limitó a señalar casillero.

69. La parte actora podría verse perjudicada por la incongruencia *extra petita* si lo que el tribunal concede es menos conveniente que lo pretendido por él. Eso fue lo que sucedió en el caso Cotecna, al que aludimos más arriba.

3.6 En contra de quién se intenta

Como explicamos, la jurisprudencia ha reiterado en varias ocasiones que los árbitros no son legítimos contradictores de la acción de nulidad. Sin embargo, encontramos que se demandó a los árbitros en el 33,33% de los casos en los que se lo pudo determinar (18 de 54). En algunos de esos casos la demanda fue rechazada precisamente por ese motivo. Encontramos un caso en que se demandó al Centro. Hubo varios casos en que se demandó al Centro y a la contraparte conjuntamente. De todos los casos en que los árbitros fueron demandados, solo en uno de ellos se anuló el laudo (a pesar de que la Corte reconoció que los árbitros no son legítimos contradictores).

3.7 Duración

En 56 casos pudimos determinar el tiempo transcurrido entre el momento en el que fue dictado el laudo y el momento en el que se pronunció la sentencia o el auto que puso fin al proceso de nulidad. Un solo caso (1,78%) duró menos de 6 meses. El laudo fue dictado el 11 de mayo de 2009 y la sentencia de nulidad fue dictada el 22 de octubre del mismo año⁷⁰. Once casos (19,64%) duraron más de 6 meses y menos de un año. Nueve casos (16,07%) duraron más de un año y menos de 18 meses. Finalmente, 35 casos (62,5%) duraron más de 18 meses. En el caso que más tiempo tomó, el laudo fue dictado el 17 de febrero de 2003 y la sentencia fue dictada el 18 de mayo de 2010, esto es siete años, tres meses y un día después.

3.8 Efectos de la nulidad

El efecto de la nulidad debería variar dependiendo de la causal que la haya originado. Por regla general, debería declararse la nulidad desde que tuvo lugar el vicio que la causó. Así, la nulidad

70. Sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 22 de octubre de 2009 dentro del trámite 17100-2009-0088.

por incongruencia *extra* o *ultra petita* debería afectar únicamente al laudo; la nulidad por haber violado los procesos para integrar el tribunal podría suponer anular todo el proceso arbitral desde la calificación de la demanda⁷¹ o desde la designación del tribunal; la nulidad por falta de citación debería retrotraer el proceso hasta el momento en que debió citarse con la demanda; etc.

Sin embargo, en algunas sentencias se ha tomado decisiones sumamente cuestionables sobre cuál es el momento desde el que debe operar la nulidad. En un caso se concluyó que se debía anular todo el proceso, a partir del momento de la integración del tribunal, porque el laudo era incongruente: “el laudo resolvió sobre cuestiones que no estaban sometidos al arbitraje, y con ello, anuló todo el proceso arbitral, pues ese, y no otro es el objetivo que persigue la acción o recurso de nulidad, que se anule lo actuado, con el fin de que otro Tribunal, constituido de acuerdo con las normas pertinentes, conduzca el proceso arbitral, luego de su designación y posesión, desde la audiencia de sustanciación”⁷².

En otros casos no es claro qué se anuló. Por ejemplo, en un caso se estimó que el tribunal no debió haber tomado en cuenta ciertas pruebas supuestamente inadmisibles. Como consecuencia de ello, la Corte declaró la nulidad del laudo, sin especificar si los árbitros podían o no volver a pronunciarse sobre el tema, si era necesario constituir un nuevo tribunal o si el acto debía intentar su demanda nuevamente⁷³. En otro, en el que se estimó que debió citarse al “Estado ecuatoriano” y, supuestamente, se verificó la causal a) del artículo 31 de la LAM, la Corte asimismo declaró la nulidad del “laudo”, sin indicar a qué momento debía retrotraerse la nulidad⁷⁴.

71. Eso ocurriría si un arbitraje se tramitara como si fuera administrado debiéndose tramitar como un arbitraje independiente.

72. Sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 17 de febrero de 2004, N. 42.

73. Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Quito de 27 de abril de 2007 dictada dentro de la acción de nulidad intentada por Patricio Llerena Calderón en contra del Ministerio de Obras Públicas y la Procuraduría General del Estado.

74. Sentencia de 28 de junio de 2008 de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Quito dentro de la acción de nulidad intentada por el Programa de Protección Social del Ministerio de Bienestar Social (sic) en contra del laudo dictado el 31 de enero de 2006 dentro del proceso arbitral 014-2005, tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

4. CAUSALES

En esta sección analizaremos cada una de las causales previstas en el artículo 31 de la LAM. Veremos también cómo se las ha aplicado y qué críticas se les puede formular.

4.1 Falta de citación

Se puede intentar la nulidad del laudo cuando “[n]o 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”.

La razón de ser de esa causal es evidente. La falta de citación con la demanda quizás sea la vulneración al debido proceso más grave que se puede cometer dentro de un arbitraje.

Según nuestro estudio, el 8,19% de los casos analizados (5 de 61) se refirió a esta causal. De esos casos, en el 40% (2 de 5) se declaró la nulidad. En el primer caso se declaró la nulidad de un laudo dictado en contra de una entidad pública sin personalidad jurídica⁷⁵. En ese arbitraje, el tribunal dispuso de oficio que se cuente con la Procuraduría General del Estado porque la entidad demandada no tenía personalidad jurídica. En un fallo muy difícil de entender, el juez concluyó que el proceso era nulo porque la demanda debía dirigirse en contra del “Estado Ecuatoriano, por medio del Procurador General del Estado, Representante Judicial del mismo (sic)”. No obstante, la Procuraduría General del Estado sí había señalado domicilio para notificaciones. Además, no es cierto que la demanda en ese caso haya tenido que dirigirse en contra del “Estado”. A pesar de que los árbitros opusieron la excepción de falta de legítimo contradictor, el juez anuló el laudo de todas maneras. Además, si es cierto que el “demandado” no tenía

75. *Ibidem*.

personalidad jurídica, no se explica cómo pudo interponer la acción de nulidad.

En el segundo caso se anuló un laudo dictado dentro de un proceso en que una de las demandadas no fue citada debidamente⁷⁶. Sin embargo, la nulidad afectó únicamente al laudo y, al parecer, no retrotrajo el proceso arbitral al momento de la citación. La demandada que fue afectada por la falta de citación sí compareció al arbitraje y opuso excepciones que, al parecer, no fueron tomadas en cuenta. Además, en ese caso el juez también analizó la congruencia del laudo y concluyó que el tribunal había otorgado a los actores algo distinto a lo que habían reclamado.

En nuestra opinión, se puede hacer algunas observaciones a esa norma. Primero, la causal exige que el “juicio” haya terminado en rebeldía. Los procesos arbitrales no son juicios porque los árbitros no son jueces. Segundo, parece ser que la LAM incurre en una contradicción. Los supuestos que menciona la norma *no se pueden verificar simultáneamente*. Como explicamos, la LAM exige (i) que el proceso haya terminado en rebeldía y que (ii) el demandado haya reclamado por la falta de citación al momento de intervenir en la controversia. El proceso arbitral termina en rebeldía si es que el demandado no comparece en ningún momento del arbitraje. Sin embargo, el arbitraje no puede terminar en rebeldía si el demandado interviene en la controversia. Por lo tanto, no es posible que un proceso arbitral termine en rebeldía y que, además, el demandado reclame al momento de intervenir en la controversia.

Esa aporía parece deberse a que el legislador, al redactar esa causal, se basó en disposiciones del CPC que no podían aplicarse al mismo tiempo. El CPC contenía normas sobre la nulidad de las *sentencias* y sobre la nulidad de los *juicios* por la falta de citación. Cuando se refería a la nulidad de los juicios, establecía que el demandado debía reclamar por la falta de citación al intervenir en

76. Sentencia de 6 de junio de 2015 dictada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Pichincha dentro del expediente 17100-2013-116, en la acción de nulidad intentada por Marco Hidalgo López et al. en contra de Francisco Granda Garzón y Gerritje Krol.

la controversia. Cuando aludía a la nulidad de las sentencias ejecutoriadas, exigía que el demandado no hubiere intervenido en la controversia. Si procedía la nulidad de la sentencia por falta de citación entonces no era posible pedir la nulidad del juicio, porque la nulidad del juicio exigía la intervención del demandado en la controversia.

Tercero, esta causal podría ser reemplazada por una que indique que procede la nulidad cuando se ha vulnerado el derecho a la defensa de alguna de las partes. Una disposición así podría reemplazar las primeras tres causales del artículo 31 de la LAM.

4.2 Falta de notificación con las providencias dictadas por el tribunal

Se puede intentar la acción de nulidad también cuando “[n]o se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte”. Esta causal también busca precautelar el derecho a la defensa de las partes. Es evidente que la falta de notificación con una providencia dictada por el tribunal puede traer como consecuencia que la parte afectada se vea impedida de ejercer su defensa cabalmente.

Esta causal fue invocada en siete de los casos analizados (el 11,47%). Según nuestra jurisprudencia, para que esta causal aplique se deben verificar tres requisitos: **(i)** el tribunal debe haber dictado una *providencia*, lo que quiere decir que no aplica a actuaciones anteriores a la constitución del tribunal; **(ii)** segundo, “debe existir falta de notificación a una de las partes con dicha providencia, lo cual se puede verificar de la revisión de los recaudos procesales”; y **(iii)** “esta falta de notificación debe limitar el derecho a la defensa de la parte”⁷⁷.

Se ha estimado que esta causal se puede verificar cuando no se notifica a las partes con la convocatoria a la audiencia de me-

77. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-00016.

diación⁷⁸, pero no cuando se refiere a la falta de notificación con las transcripciones de la audiencia de sustanciación⁷⁹.

Consideramos que esta causal merece dos observaciones. Primero, el irrespeto al derecho del debido proceso puede ocurrir antes de que los árbitros se posesionen. No obstante, esta causal aplica cuando es el tribunal quien conculcó el derecho a la defensa de las partes, es decir, después de que el tribunal tomó posesión. Segundo, como explicamos más arriba, esta causal debería reemplazarse por una que se refiera, en general, al irrespeto al derecho a la defensa de las partes.

4.3 No práctica de pruebas

Se puede intentar la acción de nulidad “[c]uando 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”. Como ha explicado la jurisprudencia, “esta causal de nulidad, que es estrictamente de carácter procesal, trata de evitar que las partes queden en indefensión por falta de prueba”⁸⁰.

De acuerdo con nuestro estudio, esta causal fue invocada en 20 de los 61 casos analizados (el 32,78%), incluyendo dos casos en que se declaró la nulidad. Sin embargo, en solo uno de esos dos casos se anuló el laudo por esa causal en particular. En esa ocasión, se concluyó que la falta de firma del perito designado en el arbitraje en cuestión acarreaba la nulidad del informe que había presentado. Como dijo la Corte, “[los] árbitros en la expedición de su laudo no repararon ni tomaron en cuenta que la falta de firma y rúbrica de responsabilidad en el informe pericial del perito designado [...] carece de valor legal y por consiguiente lo con-

78. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0019. Como se dijo en esa oportunidad: “se infiere con meridiana claridad que en ningún momento se ha dejado en indefensión a la [accionante], en la medida en que el Centro de Arbitraje y Mediación le hizo conocer con la debida anterioridad del caso, todas las fechas en las que se iban a llevar a cabo las audiencias [sic] de mediación”.

79. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2016-0011

80. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0078.

vierte en inexistente, máxime si este informe se basaba en fotocopias simples que adolecen de todo valor probatorio”⁸¹. Eso impidió que el tribunal pudiera justificar “los hechos que sirvieron de base para la expedición del laudo”. Según la Corte, “si el presente laudo es fundado en derecho y se ha pretendido justificar los hechos con diligencias probatorias que carecen de eficacia es obligación, tanto de los árbitros como de los juzgadores el fijar taxativamente los medios de pruebas, establecer las reglas lógicas impuestas por la Ley, la doctrina y la jurisprudencia”⁸². Los reparos que se puede hacer a esa sentencia saltan a la vista. Primero, lo relativo a la admisibilidad de la prueba es distinto al respeto al derecho a la defensa, que se refiere a la oportunidad de *contradecir* la prueba. Segundo, el juez no puede analizar si el proceso de valoración de la prueba del tribunal fue adecuado.

Ha habido también casos en que esta causal ha sido invocada pero la Corte la ha rechazado por estimar, por ejemplo, que la prueba solicitada por el accionante, y negada por el tribunal, era impertinente⁸³.

Se puede hacer algunas observaciones a esa norma. Primero, es difícil de entender: *no indica a qué se debió convocar*. La jurisprudencia ha entendido que se refiere a la audiencia de sustanciación⁸⁴, pero la LAM no lo dice expresamente.

Segundo, tal como está redactada, aparenta ser parcialmente redundante. Incluso si se interpretara esa norma para concluir que se refiere a la convocatoria a la audiencia en que se practicarán las pruebas, hay problemas. Por regla general, las pruebas se

81. Sentencia de 27 de abril de 2007 de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Pichincha dictada dentro del expediente 17111-2004-0440, dentro de la acción de nulidad intentada por Patricio Llerena Calderón en contra del laudo dictado el 7 de julio de 2004 dentro del proceso No. 046-2002 tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

82. *Ibidem*.

83. Sentencia dictada el 6 de octubre de 2009 dentro de la acción de nulidad intentada por Douglas Klein Rutherford en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral 2005-005 tramitado ante el CAM. En ese caso se dijo lo siguiente: “el Tribunal, en uso de sus atribuciones, ha considerado innecesario el peritaje solicitado por Douglas Rutherford, que no cuestionaba la veracidad de sus firma y rúbrica, por lo que ha procedido en el marco de sus atribuciones legales, habiendo despachado todas las pruebas pertinentes al caso”.

84. Sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 17 de febrero de 2004, N. 42.

anuncian con la demanda o con la contestación y se ordena su práctica en la audiencia de sustanciación. Cuando la ley dice “no se hubiere convocado” parece indicar que *no se practicó una diligencia probatoria pedida por las partes*. Siendo así, no habría diferencia alguna entre “no haber convocado” y “luego de convocada, no se hubiere practicado las pruebas”.

Tercero, se superpone con la causal b). No haber “notificado la convocatoria” de la audiencia en que se practicarán las pruebas se subsumiría en la causal b) que analizamos más arriba. Como explicamos, esa causal se refiere a los casos en que no se hubiere notificado a una de las partes con una providencia dictada por el tribunal, cuando eso suponga una limitación al derecho a la defensa de las partes.

Cuarto, no es clara. La acción de nulidad bajo esta causal procede *si y solo si* hubo hechos que justificar. Sin embargo, el rechazo de la práctica de una prueba puede resultar procedente incluso si es que existe un tema de prueba. Supongamos, por ejemplo, que el vendedor reclama el pago del precio y el comprador se opone aduciendo que cumplió oportunamente. Supongamos que el tema de prueba queda limitado a establecer si el comprador cumplió su obligación. Asumamos, finalmente, que el comprador pide como única prueba la realización de un dictamen contable para demostrar que la cosa dada en venta presenta vicios redhibitorios. Esa prueba no debería practicarse por ser inconducente e impertinente. Sin embargo, en un caso así sí habría hechos que justificar. Sin embargo, como anotamos más arriba, hay casos en que se ha rechazado la invocación de esta causal incluso cuando no se ha practicado la prueba pedida por las partes porque, a criterio de la Corte, tal prueba resultaba impertinente⁸⁵.

Quinto, es incompleta. Como explicamos más arriba, el literal c) parece referirse a la no realización de la audiencia en que se practicarían las pruebas pedidas por las partes. No obstante, puede que en un arbitraje no haya una audiencia señalada exclusivamente para la práctica de las pruebas, como ocurriría si todas

85. *Ibidem*.

las pruebas fueran de índole documental y fueran agregadas al proceso en la audiencia de sustanciación. Interpretada de manera literal, esa norma dejaría de lado supuestos en que el tribunal en la audiencia de sustanciación se negara arbitrariamente a incorporar una prueba pedida por las partes.

4.4 Incongruencia e incompetencia *ratione voluntatis*

El literal d) indica que se puede intentar la nulidad cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas a arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. Esa causal “tiene sentido lógico, en cuanto la jurisdicción convencional que nace de un convenio arbitral, es excepcional y únicamente faculta a quienes fueron nombrados árbitros, a tratar solo y exclusivamente los temas sometidos a *litis* [...]”⁸⁶. Se ha dicho también que “la autoridad de los árbitros se funda en el acuerdo de las partes enfrentadas”, por lo que su actuación “debe ceñirse al contrato o acuerdo de voluntades de las partes [...]”⁸⁷. Tiene lugar “si el laudo arbitral no se halla en consonancia con las pretensiones formuladas por el actor en la demanda, o con las excepciones que aparezcan probadas y hubiesen sido invocadas por el demandado [...]”⁸⁸.

Ese literal se refiere a dos supuestos claramente diferenciados. Por “cuestiones no sometidas a arbitraje” la LAM se refiere a materias que no están cobijadas por el convenio arbitral, es decir que se refieren a la competencia del tribunal *ratione voluntatis* (y, también, *ratione personae*). Las cuestiones sometidas a arbitraje versan sobre la competencia *ratione voluntatis* cuando aluden a los límites del convenio arbitral. Se refieren a las controversias que las partes han acordado someter a arbitraje. Hay quienes consideran que esa causal alude también a la arbitrabilidad objetiva, es decir los asuntos que pueden someterse a arbitraje⁸⁹, pero no-

86. Sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales de la Corte Superior de Justicia dentro de la causa 17100-2004-0083.

87. Sentencia de 15 de junio de 2016 dictada por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro del expediente 17100-2014-0078.

88. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-002.

89. E. SALCEDO VERDUGA, N. 24, p. 151.

sotros discrepamos. Estimamos que hay que distinguir entre las consecuencias “sometidas a” y las controversias “susceptibles de” arbitraje. Lo primero alude a un supuesto concreto; lo segundo, a uno abstracto. Por lo tanto, las materias “sometidas a” arbitraje son las que están cobijadas por el convenio arbitral. Las controversias “susceptibles de” son las que podrían ser arbitrables. En nuestro ordenamiento, el fundamento de la arbitrabilidad objetiva es la transigibilidad y eso no depende del acuerdo de las partes.

En cambio, el laudo “concede más allá de lo reclamado” cuando es incongruente por *extra* o *ultra petita*. La segunda parte del literal d) se refiere parcialmente al vicio de incongruencia. La congruencia es una consecuencia del principio dispositivo. Si las partes disponen del proceso, entonces también marcan los límites de la decisión de los árbitros. Eso significa que los árbitros no pueden conceder más, menos o algo distinto a lo reclamado. Sin embargo, el literal d) se refiere únicamente a la incongruencia por *ultra* o *extra petita*, es decir cuando el tribunal concede más o algo distinto a lo reclamado⁹⁰.

Resulta inexplicable que no se mencione la incongruencia por *citra petita*. Quizás el legislador consideró que la incongruencia por *citra petita* se puede solucionar a través del recurso horizontal de ampliación. No obstante, la posibilidad de pedir la ampliación no necesariamente garantiza que el laudo no presente esa incongruencia.

Esta es la causal más frecuentemente invocada en la práctica. Se la invocó 40 de los casos estudiados (el 65,57%). El laudo fue anulado por la verificación de esta causal en 3 de las sentencias analizadas (es decir, en el 42,85% de los casos en que se declaró la nulidad). También encontramos un caso en que se aceptó esta causal en apelación.

90. Aunque, se debe admitir, “más allá de lo reclamado” parece referirse únicamente a la incongruencia por *ultra petita*, ya que supone que sí se dio a la parte lo que pidió, y más. Sin embargo, la incongruencia por *extra petita* supone que el actor no recibió lo que pidió, sino algo diferente.

En el primer caso, que ya analizamos más arriba, la Corte anuló, al parecer, todo el proceso porque el tribunal se refirió a un aspecto que no había sido incluido dentro de las pretensiones formuladas en la demanda⁹¹.

En otro caso, la Corte anuló el laudo porque consideró que el tribunal se excedió cuando designó a un perito para que liquidara los montos que el demandado había sido condenado a pagar⁹². La Corte analizó la causal de oficio porque el accionante no la invocó al intentar la nulidad.

En el tercer caso, que ya mencionamos más arriba, el tribunal consideró que no se citó debidamente a uno de los demandados pero analizó además la incongruencia del laudo⁹³.

A pesar de que la causal se refiere a dos supuestos distintos, en algunas ocasiones se ha considerado que versan sobre lo mismo⁹⁴. Por ejemplo, en una ocasión se dijo que “[l]a nulidad del laudo arbitral se justifica cuando el Tribunal de Arbitraje [...] dicta un fallo sobre cuestiones no sometidas a arbitraje, esto es, cometiendo los vicios de ultra petita o extra petita”⁹⁵.

Encontramos pocos casos en los que la impugnación versaba sobre la incompetencia del tribunal *ratione voluntatis*. En uno de ellos, la Corte Provincial resolvió que el tribunal sí era competente en vista de que “las partes sometieron ‘cualquier controversia’ que se derive del contrato a la jurisdicción convencional”⁹⁶.

91. Sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 4 de diciembre de 2003 dentro de la acción de nulidad intentada por Cotecna Inspection S.A. en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral No. 2000-011 tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

92. Sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 17 de febrero de 2004, N. 42.

93. Sentencia de 6 de junio de 2015 dictada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Pichincha dentro del expediente 17100-2013-116, en la acción de nulidad intentada por Marco Hidalgo López *et al.* en contra de Francisco Granda Garzón y Gerritje Krol.

94. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2009-0293.

95. Sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil Inquilinato y Residuales de la Corte Provincial de Pichincha el 19 de marzo de 2009 en contra del laudo dentro del arbitraje 2003-0015 tramitado ante el CAM.

96. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0009.

En un caso muy llamativo, la Corte se negó a anular un laudo incongruente por *citra petita* porque lo contrario habría significado un enriquecimiento sin causa para el actor. En sus palabras:

lo que hizo el Tribunal, en ejercicio de sus facultades no fue ordenar el pago de una suma de dinero, sino deducir del monto de daños y perjuicios la cantidad que corresponde a gastos de publicidad, supliendo, de esta manera, la omisión de la parte actora [...] al formular la demanda arbitral, en la cual, por un principio de lealtad y buena fe procesal, debió reconocer estos gastos. A criterio de la suscrita Jueza no existe incongruencia en la fijación del monto indemnizatorio, en la medida en que la resolución considera que una rebaja no reconocida por el actor en la demanda arbitral –debiéndolo hacer–, pues con ello se evitó que la indemnización se constituya en un mecanismo de enriquecimiento sin causa⁹⁷.

A pesar de que en varias resoluciones se ha sostenido que la acción de nulidad no es “una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo”⁹⁸, ha habido sentencias en las que se ha hecho un examen de la valoración de la prueba realizada por el juez. En un caso, por ejemplo, se rechazó la acción intentada “al no haber sustento procesal que determine que la actuación del Tribunal Arbitral se haya alejado del principio de la verdad procesal, según la cual la autoridad correspondiente resolverá ‘únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes [...]’”⁹⁹.

En otro caso se dijo que “se puede determinar claramente que el Tribunal para acoger la pretensión de la parte actora valoró cada una de las pruebas aportadas por las partes, razón por la cual, la alegación del actor [...] para que se declare la nulidad del laudo basándose en un supuesto vicio de *extra petita*, no se encuentra justificado [sic] [...]”¹⁰⁰. En otra ocasión se dijo que “se puede apreciar que no existe ningún sustento jurídico que determine que la actuación del Árbitro Único se haya alejado del prin-

97. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0015.

98. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2012-0105.

99. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0002.

100. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0007

cipio de la verdad procesal, pues este ha resuelto únicamente con base en los elementos sobre los que se trabó la litis y respecto de los cuales declaró su competencia para hacerlo¹⁰¹.

Se ha dicho que esta causal no aplica a los laudos *non liquet*, aunque, inexplicablemente, la Corte se ha “inhibido” de conocer al menos una de esas acciones¹⁰². También se ha sostenido que no aplica a los errores de cálculo, aunque sean “evidentes”, y sin perjuicio de haber exhortado al tribunal a corregirlos¹⁰³. Finalmente, se ha dicho que los errores mecanográficos no constituyen incongruencia¹⁰⁴.

Esta causal ha sido aplicada para motivos distintos a la incongruencia o a la competencia *ratione voluntatis*. En una ocasión, por ejemplo, se la invocó al analizar la nulidad del convenio arbitral. El arbitraje en cuestión involucró a una entidad pública y, al parecer, no se había solicitado la autorización del Procurador General del Estado para que esa entidad se sometiera a arbitraje¹⁰⁵.

101. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0019.

102. Se dijo que: “[a] haber resuelto el Tribunal de Arbitraje por mayoría desechar la demanda y por lo mismo al no haberse referido en ningún momento en su resolución a cuestiones no sometidas al arbitraje, ni tampoco han concedido nada y peor más allá de lo reclamado, ya que como los árbitros que hicieron mayoría bien expresan, repito, no expidieron “un pronunciamiento de fondo”; esta presidencia no puede establecer si los árbitros incurrieron o no en las alternativas contempladas en el literal d) del Art. 31 ya antes citado. Por lo expuesto y por cuando no existe por parte del Tribunal Arbitral resolución de fondo sobre la acción incoada, no le es posible al Juzgador establecer tampoco ningún pronunciamiento; por lo tanto *esta Presidencia se inhibe del conocimiento de la acción de nulidad planteada*” (énfasis añadido). Sentencia dictada el 13 de abril de 2009 dentro de la acción de nulidad intentada por Planisal & Asociados Cía. Ltda. en contra del laudo dictado el 19 de julio de 2007 dentro del proceso 007-06 tramitado ante el CAM.

103. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-1999-183. En ella se dijo lo siguiente: “Este informe pericial, no impugnado por la Cía. Digicon Geophysical Corp. Sucursal Ecuador, demostraría que el Tribunal de Arbitraje cometió un evidente error de cálculo, al liquidar los derechos y obligaciones económicos de las partes, por lo que mandó a que se le pague algo que no adeudaba” “ADMINISTRANDO [sic] JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza la demanda, sin perjuicio de que el Tribunal Arbitral, de considerar procedente, esto es, en el caso de estimar que existe un error de cálculo, lo corrija, en uso de la facultad consignada en el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil”.

104. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-002. En ella se dijo lo siguiente: “[s]i bien es cierto que existe un error mecanográfico en [la petición del actor] [...] es lógico y se deduce que los –intereses– [sic] que solicitan los actores, es a consecuencia del –incumplimiento de las obligaciones– [sic] contraídas de las promesas de compraventa suscritas por los contratantes [...]”. A continuación, la Corte explicó que no se podía sacrificar la justicia por la sola inobservancia de formalidades, tanto más cuando el derecho de la parte actora no podía ser “excluido” por el “incumplimiento notablemente visible” del contrato.

105. Sentencia de 26 de noviembre de 2015 de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha dentro del expediente 17100-2014-0010.

4.5 Indebida composición del tribunal

También se puede anular el laudo cuando se hayan violado los procedimientos previstos por la ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. No se abarca reclamos sobre la competencia del tribunal o la nulidad del convenio arbitral¹⁰⁶. Esta causal fue invocada en 10 de los 61 casos analizados (el 16,39%).

En un caso altamente cuestionable la Corte resolvió anular un laudo en el que las partes habían acordado someterse a un arbitraje en derecho y habían dispuesto, además, que uno de los árbitros debía ser constructor¹⁰⁷. Según la Corte, “no cabe la posibilidad que un profesional sea al mismo tiempo abogado y constructor”. Por ese motivo, en su decir, el director del centro respectivo debió abstenerse de calificar la demanda. Sin embargo, contradictoriamente, ordenó reponer el proceso al estado de poner en conocimiento de las partes la lista de árbitros respectiva. Dijo, además, que en la lista deben incluirse los árbitros con dos profesiones: abogados ingenieros, abogados arquitectos o abogados constructores, a pesar de que, en sus palabras, “no cabe la posibilidad que un profesional sea al mismo tiempo abogado y constructor”. No conocemos qué ocurrió después con ese arbitraje pero no debería sorprender que haya resultado imposible constituir el tribunal como lo dispuso la Corte.

En otro caso, que no fue materia de nuestro análisis, se anuló un laudo porque uno de los miembros no estaba en el país al momento en el que se lo suscribió. Como se preguntó la Corte, “[c]uál sería el efecto de una sentencia dictada por una de las Salas de la Corte Provincial de Justicia, si se comprobare que uno de los jueces que componen la misma no estuvo en el país al momento de su expedición y de su notificación y que de ello se ha dado fe pública? Lógicamente que la respuesta es una sola, en forma inmediata se alegaría la nulidad de dicho acto procesal y

106. Sentencia de 7 de agosto de 2015 dictada por el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha dentro del expediente 17100-2014-0010. Es la sentencia de primera instancia del trámite de nulidad mencionado más arriba.

107. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0006.

la justicia ordinaria estaría en la obligación ineludible de así declarararla”¹⁰⁸. En nuestra opinión, esa conclusión es insostenible. Primero, no se explica cómo la ausencia de un árbitro al momento de firmar el laudo tiene que ver con la “constitución” del tribunal. La constitución del tribunal alude al momento en el que nace. La no presencia en el país de uno de los miembros del tribunal no quiere decir que el tribunal haya dejado de ser. Segundo, tampoco se explica por qué el análisis de la nulidad de un laudo tiene que tomar como base el análisis de la nulidad de una sentencia judicial.

En nuestra opinión, la principal crítica que se puede hacer a esta causal es que no está completa. No debería referirse únicamente a la composición del tribunal sino, en general, a que el arbitraje no se haya tramitado según lo acordado por las partes. Por ejemplo, si un tribunal resolviera en equidad debiendo fallar en derecho, no habría causal alguna que aplique, a pesar de que un laudo así claramente contravendría un aspecto fundamental del acuerdo de las partes sobre cómo tramitar el arbitraje. Se debería adoptar el texto de la Ley Modelo e indicar que se puede pedir la nulidad del laudo cuando “la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes”¹⁰⁹.

4.6 Otras causales analizadas

A pesar de que en algunos fallos se ha sostenido que no procede analizar causales distintas a las previstas en la LAM, ha habido casos en los que se ha analizado, en ocasiones a título de *obiter dicta*, otros motivos invocados por las partes.

Capacidad de las partes. En una sentencia se rechazó la alegación de que el accionante había suscrito el contrato materia de la controversia abusándose de su vulnerabilidad producto de su

108. Sentencia de 12 de mayo de 2011 dentro del expediente 17111-2010-0011.

109. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, N. 3, Art. 34(2)(a)(iv) (el énfasis no pertenece al original).

edad avanzada. La Corte sostuvo que esa alegación no “constituye argumento válido para justificar una posible nulidad del laudo”¹¹⁰.

Validez del convenio arbitral. La nulidad del “compromiso” solía ser una causal de nulidad de las “sentencias arbitrales”¹¹¹. La LAM no hace mención alguna a ello, a pesar de que algunas legislaciones, incluyendo la Ley Modelo, sí. Según una sentencia, “la nulidad del convenio arbitral y la consecuente incompetencia alegada por el accionante no se encuentra enunciada como una causa de nulidad [...]”¹¹². Sin embargo, en otro caso, ya expuesto, se dijo que la validez del convenio arbitral debe analizarse bajo la causal d)¹¹³.

Competencia del tribunal. Hay fallos en los que se ha sostenido que la incompetencia del tribunal no es motivo para pedir la anulación. Según se dijo en una oportunidad, “en el Ecuador no se le puede plantear [la acción de nulidad] alegando incompetencia de los árbitros, pues tal incompetencia no está prevista en la Ley de Arbitraje como una de las cinco causales de nulidad del laudo que en ella se contempla”¹¹⁴. Sin embargo, en un fallo muy polémico, la Corte Constitucional sostuvo que la incompetencia del tribunal es una causal de nulidad del laudo¹¹⁵. La Corte consideró que el tribunal en cuestión no era competente porque el contrato en el que se había incluido el convenio arbitral había terminado. Ese fallo es sumamente preocupante porque, a más de referirse a causales no previstas en la LAM, desconoce el principio de la separabilidad del convenio arbitral, una de las instituciones elementales del arbitraje.

110. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2016-0011.

111. Codificación del Código de Procedimiento Civil, Art. 1047(1), N. 7.

112. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0013.

113. Sentencia de 26 de noviembre de 2015 de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha dentro del expediente 17100-2014-0010.

114. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2009-0293 dentro de la acción de nulidad dictada en el arbitraje 052-2004 dictado por un tribunal del CAM.

115. Sentencia No. 302-15-SEP-CC de la Corte Constitucional, publicada en el RO Sup. No. 725, 04/04/2016.

Motivación. La Constitución establece que las resoluciones de los poderes públicos deben estar motivadas, so pena de ser nulas. A pesar de que no es una causal prevista en la LAM, algunas sentencias han analizado la motivación del laudo como una causal de nulidad. Se dijo en una oportunidad que “[d]e conformidad con el principio procesal de especificidad, aplicable en forma general a los procesos judicial y arbitral, se considerarán únicamente las causas de nulidad de laudo arbitral es decir la falta de motivación, establecida como causa de nulidad en [la Constitución] [...]”¹¹⁶. Se ha dicho también que la acción de nulidad busca “que no se haya violado el procedimiento previsto en la ley de la materia, así como tampoco que se haya trasgredido ninguna garantía básica del derecho al debido proceso o la garantía de la motivación”¹¹⁷. En al menos dos casos se ha sostenido que los árbitros deben motivar su declaratoria de competencia. En uno de ellos, la Corte Provincial no anuló el laudo porque concluyó que “consta debidamente motivado el razonamiento esgrimido por el Tribunal para declararse competente y resolver fundado en la equidad”¹¹⁸. Sin embargo, en otro caso analizado por la Corte Constitucional, mencionado más arriba, se declaró la nulidad de un laudo porque, a criterio de la Corte, los árbitros debían motivar su declaratoria de competencia¹¹⁹.

Seguridad jurídica. Hay algunas sentencias en las que se ha indicado que el objetivo de la nulidad es velar porque el juez haya respetado el derecho al debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica¹²⁰. Como establece el artículo 82 de la Constitución, ese derecho implica “la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Consideramos preocupante que se analice las vulneraciones a la seguridad jurídica al determinar si el laudo debe ser anulado, ya que eso podría suponer examinar errores *in iudicando* como ocurriría, por ejemplo, si en el laudo se hubiera aplicado una norma retroactivamente.

116. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0015.

117. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0078.

118. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0002.

119. Sentencia No. 302-15-SEP-CC de la Corte Constitucional, RO Sup. No. 725, 4/04/2016.

120. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2016-0019.

Functus officio. Según el CPC, las “sentencias arbitrales” podrían ser anuladas “[p]or habérselas expedido después de terminado el compromiso, o por uno o más árbitros que hubiesen perdido ya su jurisdicción”¹²¹. En la legislación peruana se puede intentar la nulidad en contra del laudo que “se ha expedido fuera de plazo”¹²². Según la LAM, los árbitros deben dictar el laudo en el término máximo de 150 días que puede ser prorrogado por un período igual. No es claro si transcurrido ese plazo el tribunal está *functus officio*, es decir, si pierde su competencia, o si simplemente es responsable civilmente frente a las partes. En al menos dos casos ha analizado la alegación de que el laudo debía anularse por haber sido dictado después de vencido el término que el tribunal tenía para dictarlo¹²³. En el primer caso la Corte consideró que ese supuesto se subsume en la causal b). No obstante, resolvió no anular el laudo porque consideró que el tribunal había suspendido justificadamente el término para laudar con ocasión de la renuncia de uno de sus miembros. En otro caso sí se declaró la nulidad, amparándose la causal d), porque el tribunal había laudado 301 días después de declararse competente¹²⁴. El vencimiento del término que tiene el tribunal para laudar no está contemplado en el artículo 31 de la LAM como una causal de nulidad. Por lo tanto, anular un laudo por ese motivo carece de fundamento.

4.7 Causales que se debería incluir y posibles reformas

En nuestra opinión, es indiscutible que convendría reformar el artículo 31 de la LAM. Se debe incluir una causal que se refiera a no haber tramitado el arbitraje según el acuerdo de las partes. También se debe incluir la nulidad por incongruencia *citra petita* y por la falta de motivación del laudo (a pesar de que, como indicamos, en la práctica sí se ha considerado que la falta de motivación acarrea la nulidad).

121. Codificación del Código de Procedimiento Civil, Art. 1047(4), N. 7.

122. Ley 26572 General de Arbitraje del Perú, artículo 73(1).

123. Sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales dentro del expediente 17100-2004-0083.

124. V. CHIRIBOGA ARTETA, *La problemática actual de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales*, Tesina de grado para la obtención del título de abogada, 2012, pp. 57-58.

Debería analizarse la conveniencia de incluir una causal por trasgredir el orden público o por la invalidez del convenio arbitral. También debería discutirse si conviene contemplar la nulidad cuando el laudo sea dictado fuera de término.

En cuanto a otras posibles reformas, podría analizarse la conveniencia de aumentar el término que se tiene para interponer la acción de nulidad. Se debería examinar si acoger la Ley Modelo y establecer que, ante la verificación de una causal, la anulación del laudo quede a discreción del juez. También debería establecerse desde dónde opera la nulidad porque, como hemos visto, las decisiones de nuestra jurisprudencia al respecto son un tanto discutibles.

5. RESUMEN Y CONCLUSIONES

A pesar de que están por cumplirse dos décadas desde que entró en vigencia, son pocas las afirmaciones categóricas que se puede hacer sobre la aplicación de la acción de nulidad prevista en la LAM. La evidencia sugiere que es un mecanismo impugnativo relativamente poco utilizado y que difícilmente culmina con la anulación del laudo impugnado. Además, no es cierto que se tramite en el término previsto en la ley.

También podemos afirmar que ha habido mucha incertidumbre sobre varios aspectos relativos a esta institución. Como vimos, se discutió cuál es la naturaleza de ese medio impugnativo, qué trámite se le debe dar y qué tipo de impugnaciones cabe en contra de la sentencia de nulidad. Parece ser que esas discusiones han quedado zanjadas: se trata de una acción y no de un recurso, debe dársele el trámite señalado por la Corte Nacional de Justicia, y la sentencia de nulidad no admite recurso alguno.

Encontramos también que parece haber una correlación significativa entre el tipo de laudo, la intervención del Estado

y la declaratoria de nulidad. Aparentemente, los jueces analizan con menos severidad los laudos dictados en equidad. Además, la probabilidad de éxito del Estado en las acciones de nulidad es mayor que la de los particulares. En cambio, no parece haber incidencia de importancia en la probabilidad de que el laudo sea anulado dependiendo del número de árbitros que conforman el tribunal y cuál sea la parte que intenta la acción de nulidad.

El análisis que hemos realizado también nos permite determinar que no puede afirmarse que la nulidad sea un mecanismo que concierna al interés privado únicamente. Aunque la mayor parte de sentencias ha sostenido que las causales de la LAM son taxativas, en otras ocasiones se ha analizado motivos de nulidad distintos a los previstos en la LAM. Además, si bien generalmente se ha exigido que el accionante invoque puntualmente las causales por las que pide la anulación, en otros casos se ha analizado esas causales de oficio.

Como vimos, se puede hacer muchos reparos al artículo 31 de la LAM. Las primeras tres causales podrían reemplazarse por una que se refiera al respeto al derecho a la defensa; la primera causal *no se puede verificar* si se la interpreta y aplica literalmente; la tercera causal no es, propiamente, una proposición; la cuarta causal debería incluir todos los vicios de incongruencia; etc.

Finalmente, sería deseable analizar la conveniencia de añadir otras causales, basándose en la Ley Modelo y el derecho comparado, incluyendo la invalidez del convenio arbitral, que el arbitraje no se haya tramitado según lo acordado por las partes y la incongruencia por *citra petita*.

El escrutinio judicial que trae consigo la acción de nulidad puede permitir que se encuentre el equilibrio adecuado entre celeridad y justicia¹²⁵, lo que hace que su importancia para el arbi-

125. H. ABEDIAN, "Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration—A Case for an Efficient System of Judicial Review", *Journal of International Arbitration*, Vol. 28(6), p. 553.



traje sea incuestionable. Eso reclama que el foro continúe siendo vigilante y crítico con quienes están llamados a aplicarla. Amerita también que cualquier reforma que se plantee en el futuro a esta institución sea analizada con meticulosidad y cautela.