

Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor *arbitralis*.

María Elena Jara Vásquez¹

Sumario

1. Aspectos Introdutorios. 1.1 Justificación para la formulación del principio favor arbitri o favor arbitrali. El arbitraje desde la perspectiva del derecho de tutela efectiva y el principio de la autonomía de la voluntad. 1.2 El contenido del principio favor arbitri o favor arbitralis. 2. Decisiones sobre el Favor competencial. 2.1 Decisiones sobre la exclusión de la jurisdicción ordinaria cuando existe convenio arbitral. 2.2 Decisiones sobre la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia. 3. Decisiones sobre el Favor del fallo. 3.1 Favor del fallo y acción de nulidad. 3.2 Favor del fallo y acción extraordinaria de protección. 4. Consideraciones finales.

1. ASPECTOS INTRODUTORIOS

El presente artículo analiza a la luz del principio *favor arbitri* o *favor arbitralis*, pronunciamientos relevantes de la justicia

1. Abogada y Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Quito; Especialista Superior en Tributación y Magister en Derecho, con mención en Derecho Económico, por la Universidad Andina Simón Bolívar-Quito; L.L.M. in *Dispute Resolution* por la University of Missouri-Columbia. Becaria Fulbright-LASPAU. Beneficiaria del *Blackwell Sanders Internship Program* en la *American Arbitration Association*, NYB. Actualmente docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar y coordinadora de la Especialización Superior en Derecho de la Empresa de esta misma Universidad y abogada en libre ejercicio. Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito desde 2005.

estatal ecuatoriana en los tres últimos años, sin perjuicio de realizar conexiones con decisiones judiciales anteriores, cuando así sea pertinente. El objetivo final consiste en aportar insumos para la evaluación de los aproximadamente catorce años de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación en el país (LAM).

En lo posterior, el término “justicia estatal”, debe entenderse inclusivo de “justicia ordinaria” y “justicia constitucional”.

1.1 Justificación para la formulación del principio *favor arbitri* o *favor arbitrali*. El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva y el principio de la autonomía de la voluntad

La Constitución de Montecristi recoge el derecho a la tutela efectiva (artículo 75),² de una forma más amplia que la Constitución de 1998 (artículo 24, num. 17).³ Sin desconocer las dificultades para definir los contornos del derecho a la tutela efectiva, al cual se lo ha caracterizado como un derecho complejo, nos referiremos a él como un derecho sustancial autónomo, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir el servicio de administración de justicia y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no del derecho material.⁴ La tutela efectiva impone no solamente una serie de garantías pro-

2. Artículo 75, C. E. 2008.- “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y efectiva de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será señalado por la ley”.

3. “Artículo 24, num. 17, C. E. 1998.- “Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y efectiva de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. Un antecedente relevante para la formulación de este derecho se encuentra en el artículo 24 de la Constitución española de 1978: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión.”

4. Ver AGUIRRE, Vanesa. “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y a su situación en el Ecuador”. En: *¿Estado Constitucional de Derechos?. Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2009*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala. Programa Andino de Derechos Humanos (compilador). 2010, pp. 13-35. La definición de tutela efectiva que hemos utilizado es una variación de la definición utilizada por AGUIRRE.

cesales, sino mecanismos adecuados para hacer efectiva la decisión de los juzgadores.

En el arbitraje, un medio de solución de conflictos reconocido inclusive a nivel constitucional,⁵ deben respetarse las reglas esenciales del debido proceso⁶ y los laudos arbitrales pueden ser sometidos a un proceso de ejecución, en forma similar a la sentencia expedida por jueces estatales. Consecuentemente, como se tiene bien establecido, el arbitraje es una vía idónea para la vigencia del derecho de tutela efectiva.

“La fuerza jurídica que el ordenamiento jurídico ha venido otorgando y otorga a la decisión arbitral, las garantías de los principios esenciales del proceso que se predicán y exigen del sistema arbitral en su conjunto, abogan por la consideración del arbitraje como uno de los medios de tutela que los

5. Art. 190, Ier. inc. C. E: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.”
6. La necesidad de someter al arbitraje a las reglas del debido proceso no admite discusión. Sin embargo, lo que sí se discute es la posibilidad de hablar de un “debido proceso arbitral”, en el cual las garantías esenciales del debido proceso si bien sirvan de límite a la autonomía de la voluntad, puedan ser adecuadas por este principio. Ver SANTIESTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y Constitución desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional de Perú.” En: *Revista Peruana de Arbitraje*. No. 2, Lima: Editorial Grijley, 2006. p. 65, disponible en http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_2_2006.pdf, 15-X-2010 “...Nada de lo anterior significa que el arbitraje no respete las reglas esenciales del debido proceso, en un marco de preeminencia de la autonomía de la voluntad y el derecho a la libre contratación que privilegia la eficacia, la flexibilidad y la menor rigidez legislativa...El Derecho Comparado nos permite aprovechar las lecciones de dos legislaciones recientes en las que, habiendo optado sus respectivos poderes legislativos por seguir la Ley Modelo CNUDMI-UNCITRAL, han establecido reglas sencillas que contengan la esencia del debido proceso arbitral. Sea la Ley No. 60/2003, de Arbitraje de España, que prevé un artículo especial en el que bajo el título de “Principios de igualdad, audiencia y contradicción” se expresa que debería tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. O sea la Ley No. 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, bajo el título de “Trato equitativo entre las partes”, precisa en su artículo 18 que se deberá tratar a las partes con igualdad y dar a cada una de ellas plena libertad de hacer valer sus derechos; añadiendo el artículo siguiente (“Determinación del Procedimiento”) que, con sujeción a las disposiciones de esa ley especial, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.” Ver también CREMADES, Bernardo. “El arbitraje en la doctrina constitucional española.” En: *Revista Lima Arbitration* No. 1, Lima: Circulo peruano de arbitraje, 2006, en <http://www.limaarbitration.net/>, 15-X-2011, p.187 “La libertad de configurar el procedimiento arbitral, no puede en ningún caso reemplazar la obligación de las partes y del árbitro de respetar tres principios constitucionales de carácter imperativo, aplicables a todo proceso: audiencia, contradicción e igualdad. Siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual los particulares pueden alcanzar los mismos objetivos que ante la jurisdicción civil, la Ley de Arbitraje exige un procedimiento equilibrado en el que las partes gocen de igualdad de armas para hacer valer sus pretensiones.”

ordenamientos jurídicos han querido presentar a los ciudadanos. Ese medio de tutela, al que se acude por ejercicio de la libertad, es controlado por el Estado, tanto desde el punto de vista legislativo –es el poder legislativo el que aprueba la Ley de Arbitraje– como desde el punto de vista del poder judicial, a través de la posible anulación de un laudo en firme (...) o a través de la función de ejecutar lo juzgado por los árbitros”.⁷

En nuestro sistema jurídico, el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 17 reconoce que los árbitros prestan el servicio público de administración de justicia.⁸ Los ciudadanos pueden acceder al mismo por aceptar expresamente someterse a la justicia arbitral, al amparo del principio de la autonomía de voluntad y del derecho a contratar libremente.⁹ En otras palabras, *“cuando se escoge la vía arbitral no se está abdicando al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se está sustituyendo, voluntariamente, el sujeto con el deber de prestarla.”*¹⁰

Más aún, el arbitraje no constituye solamente un mecanismo idóneo para el ejercicio del derecho de tutela efectiva, sino la posibilidad que tienen los justiciables de escoger si su conflicto es conocido por jueces estatales o por árbitros, que bien pueden ser designados por las partes, es un contenido relevante de tal derecho. Así se ha pronunciado, por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela:

“...a través de mecanismos alternos al del procedimiento judicial, se logra el fin del Derecho como lo es la paz social en

7. BARONA VILAR, Silvia, citada por RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada. *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. 1era Edición. Barcelona: Bosch, 2010, p. 60.
8. Artículo 17COFJ, 2do inc.- “...El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público [de administración de justicia], al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.”
9. Artículo 66, num. 16 de la Constitución Ecuatoriana.- “Se reconoce y garantizará a las personas: ... 16. El derecho a la libertad de contratación.”
10. RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada. Op. cit. p. 60. La autora cita adicionalmente, la Sentencia de 17-I-2005, del Tribunal Constitucional español, el cual ha sostenido que el derecho a la tutela efectiva “...no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje”.

perfecta conjunción con el poder judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia.

A esta óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho de tutela jurisdiccional eficaz... En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente el arbitraje.”

(Sentencia de 28-II-2008, Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela)

La idoneidad del arbitraje para alcanzar tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, y la necesidad de proteger la autonomía de la voluntad, traducida para el caso en la opción de los justiciables para diseñar un procedimiento más expedito, mejor adecuado a sus necesidades, e inclusive escoger juzgadores que son más confiables ante sus ojos, justifican, en último término, la formulación del principio *favor arbitrio favor arbitralis*, a cuyo alcance nos referimos posteriormente. Esta justificación trasciende la visión del arbitraje como un instrumento apto para desahogar el sistema de justicia estatal, y consecuentemente, para coadyuvar en la superación de la crisis del mismo, visión que en gran medida motivó la expedición de leyes de arbitraje en Latinoamérica –incluida la ecuatoriana– durante los años noventa. Sin desconocer la utilidad del arbitraje como una alternativa frente a juzgados colapsados, necesitamos dimensionar debidamente a esta institución. Conforme lo anota CAIVANO, interesa pensar en el arbitraje de forma independiente a la crisis de la función judicial, porque la supervivencia del arbitraje es conveniente aún en caso de que tal problema no existiere.¹¹

11. Ver CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2da. Edición, Bs. Aires: Ed. Ad-Hoc, p. 30

1.2 El contenido del principio *favor arbitri* o *favor arbitralis*

Sin entrar en los profundos debates que giran en torno al concepto de “principio jurídico”, agudizados en las últimas décadas en el marco de la Teoría del Derecho, destacamos el carácter general inherente a esta categoría jurídica. En efecto, los principios pueden ser entendidos como pautas orientadoras en la formulación y la aplicación de reglas jurídicas, sentido próximo a la célebre definición de ALEXY, de los principios como “mandatos de optimización”, es decir, como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, atendiendo las realidades fácticas y jurídicas.¹² Desde esta perspectiva, nos referiremos en lo posterior al principio *favor arbitri* o *favor arbitralis*, como una directriz que orienta la formulación y la aplicación de normas que en última instancia precautelan el derecho a tutela efectiva de los ciudadanos mediante la conservación de la vigencia del convenio arbitral o del laudo arbitral frente a intervenciones de la justicia estatal.

El principio en cuestión ha sido considerado como uno de índole institucional, en cuanto “*caracteriza y afecta al arbitraje como institución jurídica*”,¹³ junto con los principios de oportunidad y temporalidad. Para algunos, este principio comporta un “blindaje” del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, tal blindaje no puede entenderse en términos absolutos, pues como se tiene bien establecido, cierto nivel de intervención de la justicia estatal resulta ineludible a fin de salvaguardar los derechos de los justiciables. Desde esta perspectiva, entendemos que el mencionado principio implica no una ausencia de intervención de la justicia estatal, sino una intervención mínima, reducida a lo estrictamente necesario a fin de precautelar los derechos de los ciudadanos.

12. Ver ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 85-86. La noción de los principios como mandatos de optimización ha sido sometida a profundo debate. Ver por ejemplo, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Sobre principios y reglas”. En: *Revista Doxa* No. 10, Alicante: Universidad de Alicante, pp. 101-120.

13. Ver CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 19.

La doctrina identifica tres importantes elementos del principio *favor arbitralis*:

- Favor competencial,
- Favor del fallo, y
- Favor legal

Los dos primeros, en los que se concreta este estudio, tienen que ver con la actividad jurisdiccional estatal. El tercero, orienta la actividad del legislador, en el diseño de normas que permitan el nivel de intervención estatal estrictamente necesario.

2. DECISIONES SOBRE EL FAVOR COMPETENCIAL

Esta faceta del principio *favor arbitri* resulta identificable con el famoso principio *competence-competence*, y acarrea dos importantes consecuencias:

- La exclusión de jurisdicción ordinaria cuando existe convenio arbitral; y,
- La facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia.

2.1 Decisiones sobre la exclusión de la jurisdicción ordinaria cuando existe convenio arbitral

Para las partes, el convenio arbitral comporta una obligación de no hacer: no someter el conflicto a la jurisdicción ordinaria,¹⁴ y desplaza la facultad jurisdiccional a los árbitros que las partes designen, o que sean designados conforme a Derecho, quienes, como subrayamos, prestan un servicio público.¹⁵ Para la

14. Para ampliar este punto ver MORALES, María Cristina. "Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional". En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A. y Universidad del Rosario, 2005, p. 697.

15. Ver artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial en supra 9.

justicia ordinaria, por su parte, se genera la obligación de abstenerse de conocer un caso en el cual existe convenio arbitral, efecto negativo del principio *competence-competence*, recogido en el Art. 7 de nuestra LAM.¹⁶ Esta norma consagra adicionalmente el principio *in dubio pro arbitri*, al disponer que en caso de duda, el órgano judicial debe entender que el conflicto se encuentra sometido a arbitraje.

La herramienta procesal para precautelar la vigencia del convenio arbitral ante el intento de desconocerlo por una parte, consiste en la oposición de la excepción de existencia del mismo. Al plantearse tal excepción, el juzgador ordinario está obligado a pedir la prueba de la existencia del convenio arbitral y dar por terminado el proceso, en caso de verificar que tal convenio existe, regla plasmada en el artículo 8 LAM.¹⁷ La terminación temprana del proceso fundamentada en la existencia de convenio arbitral es una consecuencia de la falta de competencia del juzgador ordinario, y constituye un régimen excepcional, pues en nuestro sistema procesal, desde 1978, las excepciones dilatorias y las perentorias deben proponerse y resolverse conjuntamente en sentencia, conforme se establece en el artículo 106 CPC.¹⁸

A pesar de la claridad del artículo 8 LAM, la judicatura ordinaria no siempre admite la excepción de existencia de convenio arbitral para inhibirse del conocimiento de una causa, particular-

16. Artículo 7 LAM.- "El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días."

17. Artículo 8 LAM.- "... En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales."

18. Artículo 106 CPC.- "Las excepciones y la reconvencción se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltas en la sentencia." Mediante las reformas introducidas en 1978 al CPC, se derogó en el Ecuador el sistema mediante el cual las excepciones dilatorias se tramitaban previamente. Con relación a este punto ver CRUZ BAHAMONDE, Armando. Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil, Vol. II. 2da Ed. Quito: Edino, 2001, p.118.

mente en los casos sometidos al procedimiento verbal sumario, vía procesal frecuente para los litigios comerciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 828 CPC.¹⁹ En algunos casos, la justicia ordinaria, ha inaplicado el artículo 8 LAM, bajo el argumento de que al amparo del artículo 844 CPC (antes 859 CPC), no cabe la suspensión del trámite verbal sumario por ningún tipo de incidente.²⁰ Sobre este particular, citamos el siguiente fallo de casación, por considerarlo relevante en la materia que estamos analizando:

“Debe entenderse que el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación reformó el artículo 859 (hoy 844) del Código de Procedimiento Civil, en cuanto obliga al Juez ante quien se plantea la excepción señalada a pronunciarse previamente sobre ella y no esperar para hacerlo al momento de dictar sentencia.”

(Resolución No. 261-2003, Primera Sala de CSJ, R.O. 262, 29-I-2004)

Coincidimos con esta consideración, pues de entenderse de otra manera, el procedimiento expedito contemplado en el artículo 8 LAM no tendría eficacia alguna para la solución de conflictos comerciales, para los cuales la vía arbitral es particularmente idónea. Sin embargo, la misma Sala, dentro del mismo fallo, estableció un antecedente que minimizó el efecto de la

19. Artículo 828 CPC.- “Están sujetas al trámite que esta Sección establece [juicio verbal sumario] las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, o entre arrendatario y subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial.”
20. Artículo 844 CPC.- “Ningún incidente que se suscitare en este juicio [juicio verbal sumario], sea cual fuere su naturaleza, podrá suspender el trámite. Todo incidente será resuelto al tiempo de dictar sentencia.” El Dr. Alejandro PONCE, plantea otro caso: Corte Provincial de Pichincha de Quito, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, 15-X-2009. En este caso el juez de primera instancia no dio trámite a la excepción de existencia de convenio arbitral, por lo cual la parte que se creyó perjudicada, apeló. La Corte Provincial ordenó que se sustancie previamente el incidente. Acatando esta orden, el Juzgado Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha dio paso a la oposición formulada por la parte demandada, y luego de la prueba, se inhibió de continuar conociendo la causa. Ver PONCE MARTÍNEZ, Alejandro: “Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana”. En: “La cláusula arbitral”, de CAIVANO, Roque, 1era. Edición. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, p. 441.

inobservancia por parte de los jueces ordinarios del mencionado artículo 8 LAM:

“Es indudable que en este caso se ha producido por lo mismo una violación del trámite que acarrearía la nulidad del proceso que podría declararse aun de oficio, de acuerdo al artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil; pero como este mismo artículo señala, la declaración de nulidad procede cuando la violación del trámite hubiere influido o podido influir en la decisión de la causa, lo cual no aparece en este caso.” (el subrayado es nuestro).

(Resolución No. 261-2003, Primera Sala de CSJ, R.O. 262, 29-I-2004)

De conformidad con esta línea de razonamiento, la inobservancia del trámite previsto en el artículo 8 LAM, y el juzgamiento por parte de los jueces ordinarios de un caso en el que existe convenio arbitral, no influye en la decisión de la causa, y por lo tanto, no acarrea la nulidad de lo indebidamente actuado. Discrepamos con tal criterio. El no observar el procedimiento previsto en el Art. 8 LAM sí genera nulidad procesal, pues, como se ha señalado,

“el alcance del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional estatal puede ubicarse en el plano de un verdadero impedimento procesal, con el fin de no permitir el avance del proceso jurisdiccional que se inicia para la solución del mismo conflicto previsto para ser resuelto mediante el arbitraje; puede erigirse como una causal de nulidad procesal para eliminar la eficacia del proceso jurisdiccional ya iniciado, o puede constituirse en una convención para finalizar un proceso en curso.”²¹

La obligación de los jueces de inhibirse del conocimiento de causas en las cuales el demandado ha opuesto la excepción de existencia de convenio arbitral, constituye una garantía del debido proceso. En esta línea, la Corte Constitucional para el perío-

21. MORALES, María Cristina. op. cit, p. 698.

do de transición, en un pronunciamiento expedido dentro de una acción extraordinaria de protección, con claros efectos pro arbitraje, ha sido contundente en admitir que el hecho de continuar con un procedimiento ante la justicia ordinaria pese a la existencia probada de un convenio arbitral genera una violación del derecho del accionante al debido proceso, pronunciamiento con el cual coincidimos:

“Una vez que... se configuró un convenio arbitral con todos sus efectos, la justicia ordinaria estaba impedida, por no tener jurisdicción ni competencia para este caso, de conocerlo y resolverlo. Pues bien, como a pesar de este impedimento, tanto el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, la Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha, hoy Corte Provincial de Justicia, y la Segunda Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, fallaron en el caso en mención, atribuyéndose una competencia que no la tenían, vulneraron claramente el derecho del accionante al debido proceso en lo que respecta a ser juzgado por un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento” (el subrayado es nuestro)
(Sentencia 0006-10-SEP-CC, Caso 172-09 EP, R.O. 159-S, 26-V-2010 –caso Cobo vs. Misle Zaidan).

2.2 Decisiones sobre la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia.

En su formulación inicial, bajo la vertiente alemana, el principio *Kompetenz-Kompetenz*, implicaba una facultad absoluta de los árbitros para decidir sobre su competencia. La formulación más moderna de este principio, ha implicado entenderlo como uno limitado, en el cual los árbitros tienen prioridad temporal para conocer de su propia competencia, sin perjuicio de que posteriormente, las cortes puedan revisar esta decisión.²²

22. Ver SILVA ROMERO, Eduardo. "Breves observaciones sobre el principio *Kompetenz-kompetenz*". En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A. y Universidad del Rosario, 2005, p. 580.

En nuestro sistema, la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia ha sido reconocida en el artículo 22 LAM,²³ sin que la ley establezca recurso alguno para impugnar tal declaratoria. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 31 LAM,²⁴ norma que establece taxativamente las causales para la procedencia de la acción de nulidad del laudo, la falta de competencia no es causal para la interposición de tal acción, único medio de impugnación del laudo arbitral ante la justicia ordinaria posible en nuestra legislación. Esta realidad nacional contrasta con lo que acontece en el Derecho Comparado. Como lo manifiesta CAIVANO, "...es admitido, casi universalmente, que la determinación de los árbitros acerca de su propia competencia está sujeta a control judicial".²⁵ En esta línea, la Ley Modelo UNCITRAL establece que la procedencia de impugnación frente a la declaratoria de competencia resuelta como cuestión previa.²⁶ Siguiendo estas pautas, la Ley de Arbitraje peruana de 2008, por ejemplo, consigna la posibilidad de impugnar la admisión o el rechazo de la excepción de falta de competencia por parte del Tribunal.²⁷ Por

23. Artículo 22, 1er. Inc. LAM.- "Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia."

24. Artículo 31 LAM.- "Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. ..."

25. CAIVANO, Roque, ob. cit., p. 364.

26. Artículo 16 (3) Ley Modelo de UNCITRAL.- "El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo."

Artículo 6 Ley Modelo de UNCITRAL.- "Las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y 34 2) serán ejercidas por ... [Cada Estado especificará, en este espacio, al promulgar la Ley Modelo, el tribunal, los tribunales o, cuando en aquélla se la mencione, otra autoridad con competencia para el ejercicio de estas funciones]."

su parte, la Ley de Arbitraje colombiana establece la posibilidad de plantear recurso de reposición del auto por el cual el Tribunal resuelva sobre su propia competencia.²⁸ De lo dicho, se deduce que en la ley ecuatoriana el principio de que son los árbitros quienes deben decidir sobre su propia competencia ha sido acogido con particular fuerza, sin las posibilidades de impugnación que se admiten en otras legislaciones, alejándose en este punto de la Ley modelo de UNCITRAL. Desde nuestra perspectiva, la posición de las leyes que ofrecen algún mecanismo de impugnación de la resolución sobre competencia garantiza de mejor manera el derecho de las partes a ser juzgado por el juez que le corresponde, y es un punto a considerarse para una próxima reforma.²⁹

A continuación, exponemos algunos pronunciamientos de la justicia estatal que desde nuestro punto de vista atacan esta faceta del favor competencial:

Caso a). Atribución de facultades por parte de la justicia estatal para evaluar la eficacia del convenio arbitral

En este sentido, encontramos la Res. 151-2008 (R.O. 224-S, 29-VI-2010) de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia,³⁰ pronunciándose dentro de un recurso extraordinario de casación:

27. Artículo 41, Ley de Arbitraje peruana.- "Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.- ...4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo. 5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia."
28. Artículo 147, num. 2, Ley de Arbitraje colombiana.- "2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición."
29. La ausencia de mecanismos legales para la impugnación de la decisión de los árbitros sobre competencia ha generado el uso de otras alternativas, como juicios de competencia o acciones extraordinarias de protección (frente a la declaratoria de incompetencia), cuya pertinencia es absolutamente debatible.
30. Hoy Corte Nacional de Justicia.

"3.6.2. ... es evidente que las partes no establecieron inequívocamente, entre otras circunstancias, quien o quienes debían resolver las divergencias, ni tampoco las reglas de procedimiento que regularían el arbitraje –si es que esa era su intención–, ni el caso en que nunca llegaren a ponerse de acuerdo en nombrar la terna de tres árbitros, razones demás suficientes para considerar que las provisiones contractuales previstas por las partes en los numerales 3.3 y 3.4 del convenio de 9 de abril de 1999, resultan inoperantes e inejecutables al momento de pretender someter los desacuerdos a la resolución del Ing. P. y/o de tres "árbitros" nombrados de mutuo acuerdo. (...) 3.7. Por lo analizado hasta aquí, esta Sala llega al convencimiento de que en la especie no existió convenio arbitral en términos que hicieren viable y ejecutable un eventual proceso ante árbitros respecto de la interpretación, ejecución e incumplimiento del Convenio de 9 de abril de 1999, por lo cual se desechan los cargos basados en las normas cuya violación se alega y fundamenta la causal 2 del Art. 3 de la Ley de Casación."

En este fallo, la Corte Nacional de Justicia convalidó lo actuado en instancias inferiores, en las que se desatendió la excepción de existencia de convenio arbitral, lo que motivó que la Corte Constitucional admita la acción extraordinaria de protección resuelta mediante Sentencia 0006-10-SEP-CC, Caso 172-09 EP, (R.O. 159-S, 26-V-2010) a la que se hizo previa referencia. En este fallo la Corte Nacional violenta el principio *competence-competence* cuyo efecto es permitir a los árbitros "*resolver cualquier controversia relativa a la existencia, a la validez o al alcance del contrato de arbitraje.*"³¹

Caso b). La resolución favorable dentro de un juicio de competencia en el que un juez ordinario pedía la inhibición de un tribunal arbitral

Al respecto, es interesante revisar la Sentencia de 31-VIII-2011, expedida por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

31. Ver SILVA ROMERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 581.

En este caso, la parte que se sintió afectada por la calificación de una demanda por parte de la Directora del Centro de Arbitraje y posterior declaratoria de competencia de un Tribunal Arbitral, inició un juicio de competencia que en sorteo correspondió a la Jueza Vigésimo Tercera de Pichincha, quien anunció su competencia al Tribunal Arbitral, y pidió que se excluya del litigio arbitral a la parte que inició el juicio de competencia. Por su parte, el Tribunal rechazó tal pedido con base en el Art. 190 de la Constitución –norma previamente citada–, en el carácter especial de la LAM y en la vigencia del principio *competence-competence*. Siguiendo el procedimiento establecido en el CPC, el expediente pasó a conocimiento de la Corte Provincial de Pichincha, que se pronunció de la siguiente manera

“PRIMERO.- Aceptar la postura del Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, demandado, pugna con el organigrama jurídico institucional vigente en El Ecuador, pues la Constitución y la Ley, si bien les faculta la implementación y ejercicio de medios alternativos de solución de conflictos, que se remiten a los artículos 169, 190 de la Constitución de la República, 8, 17, 22 y más de la Ley de Arbitraje y Mediación, no les ha otorgado condición de Estado paralelo, exento del control de legalidad por parte de los Tribunales Ordinarios, pues de acuerdo con las normas que citan, todos los procedimientos y facultades son “de conformidad con la ley”. Siendo como son jueces convencionales, son de aquellos contemplados en el Art. 17 del Código de Procedimiento Civil, que funcionan bajo las normas de una Ley especial como es la Ley de Arbitraje y Mediación, que ciertamente le autoriza a resolver sobre su propia competencia, (Art. 22 de la Ley de la materia), lo que no equivale a la derogatoria otras instituciones y acciones independientes y autónomas. Por tanto de ninguna manera pueden desconocer y menos desatender a los procesos correlativos a su ejercicio jurisdiccional.- SEGUNDO.- ...Dicha Ley [LAM], no dice, que éstos tribunales están exentos, de tales procedimientos [juicios de competencia], por tanto en una aplicación técnica del ordenamiento jurídico vigente, rige el mandato del artículo 8 del Código Civil, que

dispone "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley"... Si en la Ley de Arbitraje y Mediación, no se encuentra prevista la forma de proceder en relación con LOS JUICIOS COMPETENCIA, (acción independiente) la lógica jurídica determina que ha de procederse en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil. ...Considerando que es la Constitución de la República la que debe ser aplicada, sobre cualquier norma de inferior jerarquía, y siendo garantía del debido proceso, el derecho a no ser demandado son ante el juez de su fuero, que redundan en la necesidad procesal de asegurar la competencia del juez para pronunciarse sobre la especie que ha de juzgar, y no habiéndose sometido contractualmente a su fuero,... ADMINISTRANDO JUSTICIA... se excluye de la competencia del Tribunal Arbitral demandado el tratamiento de la especie sometida a proceso, en la parte que corresponde a HCR, pudiendo pronunciarse libremente en cuanto cobija el convenio arbitral".

Desde nuestra perspectiva, esta sentencia de la Corte Provincial de Pichincha conlleva una abierta violación del principio *competence-competence*, pues está atribuyéndose una facultad que la ley reserva a los árbitros. Las formas de impugnación admisibles en materia arbitral deben ser las contempladas en la Ley especial sobre la materia. La LAM no ha previsto la posibilidad de entablar acciones de competencia desde la justicia ordinaria a la arbitral o viceversa. Si lo hiciera, la eficacia del arbitraje sería absolutamente menoscabada. Coincidimos en este punto con Guillermo LOHMAN LUCA DE TENA,³² quien rechaza la posibi-

32. LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo. "Interferencia judicial en los arbitrajes". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 1, Lima, 2005, p. 276. Este autor concluye lo siguiente: "el Código Procesal Civil no autoriza el conflicto de competencia por inhibición sino solamente entre Juzgados iguales... o entre Salas Superiores de distinto territorio. Es impensable el conflicto de competencia positivo (inhibición) entre órganos judiciales de distinta jerarquía o entre uno de estos y una institución jurisdiccional no judicial". En la misma línea, rechazando el pronunciamiento de la Corte Provincial de Pichincha se pronunció también Rodrigo Jijón, en la conferencia que tuvo lugar en el IV Seminario Internacional de Arbitraje, organizado por la Procuraduría General del Estado, en octubre de 2011. En contra, ver Alejandro PONCE MARTÍNEZ. Op. Cit., p. 437: "No puede desconocerse que el arbitraje está sujeto a control jurisdiccional y que una forma de control es la de recurrir a los jueces competentes para que decidan, previamente, si una persona que alega no haberse sometido a arbitraje, debe ser parte o no en un proceso arbitral. Esta es la contrapartida a la obligación de los jueces de inhibirse en los casos en los cuales hay una cláusula compromisoria... Esta posibilidad no viola el principio de que los árbitros deciden sobre su competencia, puesto que los jueces, en el caso propuesto, se limitan a

lidad de entablar juicios de competencia desde la justicia ordinaria a la arbitral, y viceversa.

En otro caso, ante el planteamiento de juicio de competencia frente a un tribunal arbitral, la judicatura ordinaria se abstuvo de continuar con el trámite.³³ Si bien estas son buenas noticias, llama la atención el inicio de nuevos juicios de competencia que se registran actualmente frente a tribunales arbitrales. Ante esta realidad, una posible reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación debería contemplar expresamente la imposibilidad de proseguir juicios de competencia.

Caso c). Medidas cautelares constitucionales orientadas a impedir que un tribunal arbitral se pronuncie sobre su competencia

Mediante providencia de 9-XII-2010, del Juez Suplente encargado del Juzgado Octavo de Garantías Penales del Guayas, en funciones de juez constitucional, ordenó al Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito la suspensión de un proceso en la etapa pre-arbitral, al resolver una petición de medidas cautelares constitucionales.

El argumento del accionante en este caso fue que se le estaba obligando a comparecer a un juicio arbitral sin que exista cláusula para ello, y por esta razón, se estaba violando sus derechos a ser demandado en su domicilio, libertad de contratación y buen nombre. Sorprendentemente, la judicatura estatal admitió estas razones. Desde nuestra perspectiva, esta decisión desconoce abiertamente el principio *competence-competence*, pues se dirige a impedir que un tribunal arbitral se pronuncie sobre su

excluir a una persona de la jurisdicción convencional según los principios constitucionales de que 'corresponde a la autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes' y de que 'nadie podrá ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto' (Art. 76, l y 76, y, k)".

33. Rodrigo JIJÓN, en el mencionado IV Seminario Internacional de Arbitraje, cita al caso *Socyetiseg vs. Repsol*, en el cual, después de la contestación del Arbitro Único, el Juez ordinario procedió a abstenerse de tramitar el caso por incompetencia de su parte.

propia competencia. Más aún, tal acción constituye un abuso de la figura de medidas cautelares, pues de ninguna manera puede considerarse que el proseguir con un proceso arbitral, en el cual el tribunal está obligado a analizar el convenio, implique una amenaza a un derecho constitucional, a cuyo impedimento está orientada la acción de medidas cautelares constitucionales.³⁴ En este caso, se ha negado la solicitud de revocatoria planteada por el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. La parte afectada por la decisión del juez, interpuso una acción extraordinaria de protección, sin que al momento de entrega de este artículo se conozca los resultados de esta acción. Este caso amerita particular seguimiento.

3. DECISIONES SOBRE FAVOR DEL FALLO

Esta arista del principio *favor arbitralis* tiene relación con la limitación del control que la justicia estatal puede realizar sobre laudos arbitrales. Tal control se produce mediante dos instrumentos: la acción de nulidad de laudos arbitrales, que es conocida por el Presidente de la Corte Provincial competente, y la acción extraordinaria de protección, que es conocida por la Corte Constitucional. A continuación, nos referiremos a pronunciamientos relevantes recientes en cada uno de estos campos.

34. Artículo 87 CE.- "Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho."

Artículo 26 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- "Finalidad.- Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad."

3.1 Favor del fallo y acción de nulidad

Un análisis de los resultados de las acciones de nulidad nos lleva a la conclusión de que en el medio jurídico ecuatoriano, la declaratoria de nulidad de un laudo arbitral es una situación absolutamente excepcional.³⁵ Esto es en principio, muy favorable para el desarrollo del arbitraje. Sin embargo, adentrándonos en el tema, nos encontramos frente a una absoluta indefinición del proceso a seguirse al plantear una acción de nulidad. La obscura redacción del artículo 31 de la LAM ha generado una serie de interrogantes, frente a las cuales se han producido pronunciamientos contradictorios de las altas Cortes. Los justiciables no conocen con certeza el procedimiento de impugnación de laudos arbitrales que debe ser observado, y adicionalmente, el tiempo para que un laudo surta efectos definitivos puede tomar varios años. A continuación, haremos referencia a las respuestas que se han dado desde la justicia estatal a importantes preguntas con relación al trámite de impugnación de laudos vía acción de nulidad:

a) El trámite que debe observar el Presidente de la Corte Provincial que conoce la acción de nulidad ¿es ordinario o especial?

Sobre este asunto han existido pronunciamientos contradictorios. En varios casos la hoy Corte Nacional de Justicia admitió que el trámite a seguirse era uno especial,³⁶ posición a la que nos

35. Diego ROMERO, en el IV Seminario Internacional de Arbitraje, presentó la siguiente información: el total aproximado de arbitrajes en Quito en el periodo 2008-octubre de 2011 fue de 600 casos. De éstos, se han planteado aproximadamente 54 acciones de nulidad, habiéndose admitido la nulidad en apenas un 1%.

36. Por ejemplo, en la Res. 242-2007, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: "3.2. El procedimiento especial de la acción de nulidad del laudo arbitral se encuentra establecido en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que se publicó en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997 y cuya codificación vigente se publicó en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre del 2006, y su objetivo no es otro que el verificar la existencia o no de determinados vicios anulatorios en el procedimiento arbitral (literales a), b), c) y c), Art. 31 Ley de Arbitraje y Mediación) y/o determinar si la resolución arbitral fue o no extra o ultra petita (literal d, ibidem) lo cual impide a los órganos jurisdiccionales que conocen tal acción, el dictaminar sobre el fondo del asunto sometido al procedimiento arbitral ya que lo que en éste se resuelve, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada"

adherimos porque de otra manera no puede alcanzarse el objetivo de celeridad que prima en la justicia arbitral, y concretamente, el término de treinta días previsto en el artículo 31 LAM para que exista resolución al plantear acciones de nulidad de laudos arbitrales.³⁷ Sin embargo, por algún tiempo se impuso la tesis de que el trámite a seguirse era el ordinario, como lo sostuvo la misma Corte,³⁸ con fundamento en el artículo 59 del CPC.³⁹ Posteriormente, la Corte Constitucional en el año 2009, se pronunció reconociendo el carácter especial del procedimiento que debe seguirse en la tramitación de la acción de nulidad del laudo arbitral, al resolver la solicitud de inaplicabilidad del artículo 59 del CPC planteada por el Presidente de la Corte Superior:

“La ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, pues el Presidente de la Corte Superior, facultado para el efecto, debe resolverlo en el término de 30 días, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas causas, como en efecto ha aplicado el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, sin que para estas pueda aplicarse el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, ya que este precepto es aplicable a aquellos casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial”
(Res. No. 0008-2008-DI, R.O. 605-S, 4-VI-2009)

37. Artículo 31 LAM: “...Presentada la acción de nulidad, el árbitro o Tribunal Arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la Corte Superior de Justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa...”
38. Un caso emblemático al respecto es el caso *Pacifictel S.A. vs. Negocios y Telefonía NEDETEL S.A.* En este caso, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente: “...esta falta de determinación del trámite que debe darse al proceso que se origina en la acción de nulidad del laudo arbitral es suplida por el artículo 59 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil...” (Res. de Recurso de Hecho en juicio 107-07, 20-VIII-2007, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia)
39. Artículo 59CPC.- “Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario”.

b) ¿Cabe apelación de la sentencia que dicte el Presidente de la Corte Provincial?

También sobre este punto, existen pronunciamientos contradictorios. Revisamos los más recientes:

- En la sentencia que expidió la Sala principal de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, Exp. 327-2009, caso MASGAS vs OILCORP, la Corte afirmó que dentro del proceso de nulidad arbitral deben agotarse dos instancias antes de acudir a casación. Recordó que el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Función Judicial –hoy sustituida por el Código Orgánico de la Función Judicial– establecía con claridad que la primera instancia estaba a cargo del Presidente de la Corte Provincial de Justicia y la segunda instancia a cargo de una Sala de la Corte Provincial de Justicia.⁴⁰ En ausencia de tal norma, razonó la Corte, debe tenerse en cuenta la exigencia de doble instancia como garantía básica del debido proceso, al tenor de lo dispuesto en el Art. 76, num. 6to, lit. m) de la Constitución y en el Art. 8, num. 2, lit. h) del Pacto San José de Costa Rica.
- Por otro lado, en la sentencia que expidió la Sala de Conjuces de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, Exp. 124-2008, caso ASEC vs MINISTERIO DE TURISMO, la Corte realizó un razonamiento diametralmente opuesto. Los principales argumentos que sostuvo son los siguientes:
 - Los artículos 30 y 31 LAM, no establecen posibilidad de apelación de fallo de Presidente CPJ. Un estudio histórico de la norma tampoco revela esta intención.

40. La Ley Orgánica de la Función Judicial fue derogada y sustituida por el Código Orgánico de la Función Judicial (R.O. 544-S, 9-III-2009). El antiguo Art. 24 de la ley derogada decía “Cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, la segunda instancia será de competencia de la Sala a la que no pertenece el Presidente, o a la que le corresponda por sorteo, si existieren más de dos Salas, sin tomar en cuenta la del Presidente. Si existiere una sola Sala, para la segunda instancia intervendrá el conjuce correspondiente.”

- La interpretación de la normas que regulan la acción de nulidad debe ser de tipo restrictiva sin dar paso a la aplicación supletoria de normas ni analogías y teniendo siempre como horizonte uno de los principales objetivos del arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, que es la celeridad en la solución de conflictos.
- El proceso de nulidad de laudo arbitral es uno de los procesos de conocimiento, de única instancia, establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.
- El recurso de casación, permite que se cumpla la garantía de doble instancia en juicios de nulidad de laudos arbitrales y en otros juicios de instancia única.

La interpretación de la Sala de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia si bien aligera el trámite que la Sala principal había establecido, todavía es cuestionable. Como se tiene bien establecido en doctrina, la garantía de doble instancia no tiene carácter absoluto,⁴¹ y el legislador bien puede establecer ciertos procedimientos excepcionales de instancia única. Si la LAM no contempla la posibilidad de plantear recurso de casación, la interpretación de tipo restrictivo que la Sala de conjuces invoca, conduce a negar la admisibilidad de tal recurso, lo cual nos lleva a la siguiente interrogante.

c) ¿Cabe casación en el procedimiento de impugnación de laudos arbitrales?

Como hemos visto, la Corte Nacional en sus fallos recientes no cuestiona la procedencia del recurso de casación de las sen-

41. Ver por ejemplo Sentencia C-542/10, 30-VI-2010, de la Corte Constitucional colombiana: "El principio de la doble instancia no tiene carácter absoluto en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial sea susceptible de ser apelada o consultada, 'pues su aplicación práctica queda supeditada a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, pero sin rebasar el límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe con el principio de igualdad'. Así, pues, es facultad del legislador señalar en qué casos los procesos judiciales se tramitarán en dos instancias y cuáles no, salvo en los casos en que la Constitución haya dispuesto expresamente lo contrario como es el caso de la impugnación de la sentencia condenatoria y de las decisiones adoptadas en ejercicio de la acción de tutela".

tencias del Presidente de la Corte Superior, y es más, lo considera indispensable para la vigencia de la garantía del doble conforme. Esta es una línea de razonamiento opuesta a pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia, que rechazaba la procedencia de recursos de casación en juicios de nulidad de laudos arbitrales bajo el argumento de que los juicios de nulidad no constituyen procesos de conocimiento, siendo por tanto, no casables las sentencias en ellos expedidas, según el artículo 2 de la Ley de Casación.⁴² La siguiente sentencia resume tal línea de razonamiento:

“En la especie, el auto de 18 de junio del 2001, dictado por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, no es una sentencia definitiva que ponga fin a un proceso principal, por el contrario se trata de un recurso incidental que pretende anular la validez o eficacia de un laudo arbitral al que se han sometido en forma voluntaria las partes procesales que aún en el evento de admitirse esta acción no extingue el vínculo de la obligación principal. Al respecto, esta Sala ha emitido criterio respecto a que la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el artículo 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión, y cuya existencia impide a la función judicial conocer de las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje...”

(Res. 401-2001, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 562, 24-IV-2002)

La definición de este aspecto requiere una respuesta definitiva por parte de la judicatura nacional. Lo lógico es que se respete el procedimiento de impugnación previsto en la Ley de

42. Artículo 2 Ley de Casación.- “Procedencia.- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.”

Arbitraje, que contempla exclusivamente una acción de nulidad. Lo que importa, por lo tanto, es la revisión de las causales de nulidad, teniendo presente que no cabe un examen de fondo del laudo.

3.2 Favor del fallo y acción extraordinaria de protección

La Constitución de 2008 introdujo en nuestro sistema la acción extraordinaria de protección, que procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.⁴³ Según el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la procedencia de esta acción está sujeta a que confluayan tres requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular (en el caso de particulares que prestan servicios públicos, como el caso del arbitraje, según hemos destacado); y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

A raíz de la entrada en vigencia de la Constitución se plantearon varias preguntas en la materia que nos interesa: ¿Cabe la interposición de una acción extraordinaria de protección respecto de laudos arbitrales? ¿Cabe, con relación a sentencias del Presidente de la Corte Provincial, que resuelven acciones de nulidad de laudos arbitrales? ¿Cuál es el proceso que debe agotarse antes de interponer una acción de esta naturaleza, en la materia de estudio?

Al respecto, teniendo los laudos arbitrales los mismos efectos que una sentencia dictada por jueces ordinarios, se han plan-

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

teado ya varias acciones extraordinarias de protección que involucran laudos arbitrales, y la Sala de Admisiones de la autoproclamada Corte Constitucional ha admitido algunas de estas, aunque hasta el momento no haya resoluciones de fondo. Si se analizan varios de los autos de esta sala de admisiones, desde nuestra perspectiva no queda del todo claro la línea de distinción entre asuntos de “mera legalidad” –que determinan el rechazo de la acción– y casos que sí representan una vulneración de derechos constitucionales en el razonamiento de la Sala de Admisiones de la Corte Constitucional para el período de transición.

En relación al procedimiento que debe agotarse para admitir una acción extraordinaria de protección, es interesante el siguiente pronunciamiento de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el período de transición dentro de la causa 1585-10-EP, MEGADATOS Cía. Ltda. contra Corporación Ecuatoriana de Información y Cultura ECUACULTURA, auto de 11-III-2011:

“ CUARTO.- Del análisis del libelo de demanda y de la revisión del proceso, la Sala observa que el recurrente no ha agotado los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el ordenamiento jurídico para este tipo de procesos, como tampoco ha demostrado que tales recursos sean ineficaces o inadecuados, o que la falta de interposición no se deba a su negligencia. Al efecto la Ley de Arbitraje y mediación prevé el recurso de nulidad de los laudos, cuando se han cumplido las condiciones allí establecidas”.

La sala plantea confusamente como recurso a la acción de nulidad. En el fondo, lo que sostiene es que deben agotarse todos los mecanismos de impugnación posibles. De este pronunciamiento se infiere que el examen de la Corte se restringiría a los vicios del laudo que motivan la acción de nulidad, fundamentalmente vicios *in procedendo*, pero el asunto no es absolutamente claro. En este punto se requiere, definitivamente, mayor esclarecimiento.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Este documento no ha pretendido de ninguna manera agotar la discusión con relación a los temas planteados, sino favorecer el debate de los mismos a través de la revisión de los pronunciamientos de la justicia estatal que quedan citados. Cabe concluir lo siguiente:

1. Es evidente que la relación arbitraje–justicia estatal ecuatoriana experimenta tensiones. Sin embargo, al final, el saldo sobre la vigencia del principio *favor arbitralis* es positivo: el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el caso *Cobo vs. Misle Zaidán* es particularmente relevante desde la perspectiva del favor competencial; y el bajo número de nulidades arbitrales aceptadas, es importante desde la perspectiva del favor del fallo. Los problemas más complicados están dados por la falta de un procedimiento claro con relación a la acción de nulidad y por la falta de certidumbre sobre el alcance del pronunciamiento que la Corte Constitucional puede tener sobre acciones extraordinarias de protección que involucran laudos arbitrales.
2. Desde nuestra perspectiva es necesaria una reforma legal que aclare varios aspectos sobre la práctica que se está presentando: No caben juicios de competencia desde la justicia ordinaria a la arbitral (y viceversa); una posibilidad clara de impugnación de la decisión de competencia de los árbitros debe ser incluida; y nuevamente, el procedimiento de la acción de nulidad debe ser detallado.
3. El uso que se ha hecho hasta el momento de medidas cautelares constitucionales a fin de suspender procedimientos arbitrales ha sido abusivo. La Corte Constitucional debería reversar esta situación.
4. La posibilidad de escrutinio constitucional de los laudos requiere mayores certidumbres. La motivación de la Sala de Admisiones de la Corte Constitucional en período de transición es escasa e inclusive contradictoria en los

autos de admisión de acciones extraordinarias de protección que involucran laudos arbitrales. Las sentencias que expida esta Corte en las acciones de protección que se encuentran en trámite deben ser materia de especial análisis.