

ESPECIALIDAD Y PREVALENCIA DE LA LEY ARBITRAL SOBRE LAS NORMAS DE DERECHO PROCESAL COMÚN

Íñigo Salvador Crespo

Abordaremos en este ensayo la naturaleza especial de las normas que regulan el procedimiento arbitral en relación a las normas procesales comunes y los efectos que de dicha especialidad se derivan.

Para hacerlo, debemos empezar por definir en qué exactamente consiste la especialidad de una norma y cuáles son las consecuencias de dicha naturaleza.

¿QUÉ ES UNA NORMA ESPECIAL?

En términos genéricos podemos decir que una norma es especial cuando se refiere a una materia determinada y específica. Así, tendremos tantas leyes especiales cuantos ámbitos temáticos aborden sus normas: leyes de aguas, leyes de propiedad intelectual, leyes de instituciones financieras, leyes de contratación pública, y un largo etcétera.

Estas normas se denominan "especiales" *"no solamente por la peculiaridad de su contenido, sino por apartarse de alguno de los códigos o textos fundamentales del ordenamiento jurídico de un país"*¹. De esta manera, podemos decir que, por ejemplo, la Ley de Aguas o la Ley de Propiedad Intelectual, son especiales en relación al

1. Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Buenos Aires, Heliasta, 1981, 18ª. ed., tomo V, p. 161.

Código Civil, pues la propiedad de las producciones del talento o del ingenio y la propiedad de los bienes nacionales de uso público, como el agua, están enunciadas en dicho Código (artículos 601, y 604 y siguientes, en su orden), pero requieren de normas de carácter más particular que expliciten y regulen el contenido general de aquéllas.

Incluso podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que toda ley es especial en relación a alguna otra, en la medida en que explicita el alcance de ésta.

Podríamos también decir que todas las leyes son especiales en relación a la ley fundamental, la Constitución del Estado, pues ésta busca enunciar los principios generales de las relaciones de la comunidad política dentro del estado de derecho, pero, dada su naturaleza cimental, ni puede ni es su vocación regular en detalle cada uno de los ámbitos de tales relaciones.

En cualquier caso, es claro que el carácter especial otorgado a una norma por el legislador obedece a que éste toma en cuenta un mayor número de elementos de la relación jurídica que la norma en cuestión está llamada a regular, de modo que la norma especial se adapta de manera más precisa a las circunstancias particulares y, por lo tanto, desplaza a la norma general en su aplicación a esas circunstancias.

ESPECIALIDAD Y PREVALENCIA

La especialidad de la ley es un criterio para determinar qué norma ha de tener prevalencia sobre otra, en caso de conflicto entre ellas. De acuerdo con el principio "*specialia generalibus derogant*", el conflicto entre normas se resuelve mediante la aplicación de la ley especial por sobre la ley general. Esto, naturalmente, se aplica solo entre normas de igual jerarquía.

(Recordemos, en cambio, que para normas de jerarquía distinta, hemos de aplicar el principio de la supremacía constitucional, recogido en los artículos 424 y 425 de la Constitución Política de la República del Ecuador, que consagran la prelación normativa ilustrada por Kelsen en su ya célebre pirámide:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. (...)

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía la Corte Constitucional, las juezas y los jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. (...)”.

Así, pues, como hemos dicho, en caso de conflicto entre dos normas de igual jerarquía, se aplicará aquélla de naturaleza especial. Este principio se encuentra recogido por nuestra legislación, particularmente en la Constitución y en el Título Preliminar del Código Civil.

La Constitución de 1998 lo consagraba por vía de exclusión. En efecto, el artículo 143 de la anterior norma fundamental, cuando regulaba el procedimiento de aprobación de las leyes orgánicas, en su inciso 2º decía:

“Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de ley especial.”

La actual Constitución ha omitido esta precisión en su artículo 133. Sin embargo, como decía, por exclusión, el derogado

precepto constitucional debía ser interpretado en el sentido de que toda ley especial prevalecerá sobre otra general, excepto en el caso de que una de ellas fuera orgánica y la otra ordinaria, evento en que siempre primará la orgánica.

El Código Civil es bastante más explícito al respecto. En efecto, su artículo 12 establece que:

“Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales.”

Aunque en este caso el Código Civil no se refiere a dos cuerpos normativos distintos, uno general y otro particular, sino a disposiciones generales y particulares dentro de una misma ley, debe entenderse que es una consagración del principio *specialia generalibus derogant* en la medida que se refiere a normas de jerarquía idéntica y se pronuncia por la prevalencia de las especiales.

ESPECIALIDAD VS. SUPLETORIEDAD

De este mismo principio se deriva también la naturaleza supletoria de la norma general. La supletoriedad de una norma es, efectivamente, la otra cara de la medalla de la especialidad: lo que no está previsto o regulado en una norma especial se regirá por la ley general. Con una condición: que la propia ley, especial o general, expresamente establezca esta naturaleza supletoria.

Igualmente es el Código Civil el que, también por exclusión, establece su propia naturaleza supletoria, cuando en el artículo 4 dice:

“En el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de esas leyes.”

De este modo, se aplicarán las disposiciones del Código Civil como normas supletorias en caso de ausencia de normas especiales.

Es a la luz de esta aseveración que se ha dicho que los títulos preliminares de los Códigos Civiles de nuestros países, en cuanto regulan el concepto, ciclo vital, efectos e interpretación de la ley, constituyen norma supletoria para todas las demás normas del ordenamiento jurídico, incluidas, claro está, las de los propios Códigos Civiles (pero excluida, por supuesto, la Constitución).

ESPECIALIDAD VS. POSTERIORIDAD

Hasta la codificación del Código Civil realizada por la Comisión de Codificación y Legislación del Congreso Nacional en mayo de 2005, salvo disposición derogatoria expresa, la ley especial prevalecía incluso sobre la ley general ulterior, en clara excepción a ese otro principio básico para la determinación de la prevalencia entre normas: *lex posteriori priori derogat*, la ley posterior prevalece sobre la anterior. En efecto, el artículo 12 del Código Civil establecía:

“La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa”.

A partir de la referida codificación esta oración fue suprimida, de modo que se puede inferir que desde entonces es el principio de temporalidad el que prima sobre el de especialidad.

ESPECIALIDAD DE LA NORMA ARBITRAL

Esta relativamente larga introducción nos permite, ahora sí, entrar en materia, partiendo con el planteamiento de una pregunta básica: ¿por qué es especial la norma arbitral?

Desde un punto de vista estrictamente temático, podemos decir que es especial la norma arbitral (en el caso concreto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, toda norma contenida en la Ley de Arbitraje y Mediación) porque regula un procedimiento específico, distinto de los procedimientos regulados en la norma general –inmediatamente más general– que es el Código de Procedimiento Civil.

Vista desde esta óptica, la Ley de Arbitraje y Mediación no es más especial que, por ejemplo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ambas normas regulan procedimientos que no están previstos en el Código de Procedimiento Civil y que por sus peculiaridades y especificidad merecen tratamiento en norma especial aparte.

Podemos decir también que la Ley de Arbitraje y Mediación es norma especial en relación al Código de Procedimiento Civil, puesto que es un desmembramiento de aquél. En efecto, la Ley de Arbitraje y Mediación regula un tipo de proceso que antes estaba previsto en la Sección XXX (trigésima) del Título II del Libro II de aquél cuerpo normativo y que fue expresamente derogado por la Ley de Arbitraje y Mediación.

NORMAS SUPLETORIAS A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

La Ley de Arbitraje y Mediación es también norma especial en función de lo que determina su artículo 37, que dice:

“En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate de arbitraje en derecho”.

Si, de acuerdo con el artículo antes citado, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, etc. son normas supletorias de la Ley de Arbitraje y Mediación, así como antes demostrábamos

que la supletoriedad es la otra cara de la medalla de la especialidad, siguiendo el mismo razonamiento, también podemos lógicamente concluir que ésta es ley especial, al menos respecto de aquéllos cuerpos normativos. Claro que la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil respecto de la norma arbitral se referirá principalmente a las normas procesales –adjetivas– aplicables en caso de vacío de la norma arbitral; mientras que la supletoriedad del Código Civil, el Código de Comercio y “otras leyes conexas” aludirá más bien a las normas sustantivas que el órgano arbitral deberá aplicar para la resolución del fondo del problema que le ha sido sometido.

Desde el punto de vista rigurosamente procesal podemos, entonces, colegir que cuando el órgano arbitral no encuentre en la Ley de Arbitraje y Mediación una norma de procedimiento específica para aplicar a la situación que se le presenta, ha de aplicar las normas que el Código de Procedimiento Civil contiene para solucionar situaciones similares.

Son numerosos los aspectos en que la Ley de Arbitraje y Mediación es insuficiente para regular todas las incidencias del proceso arbitral. A manera de ejemplo extraído de mi experiencia profesional en procesos arbitrales, señalaré que la Ley de Arbitraje y Mediación no contiene normas específicas respecto de la evacuación de pruebas, más allá de disponer que éstas deberán ser adjuntadas a la demanda arbitral o su práctica ser solicitada en ella (artículo 10). En el caso específico del arbitraje del ejemplo, en el cual debí solicitar la comparecencia de testigos para abonar la pretensión de mi representada, el tribunal arbitral, sirviéndose de la naturaleza supletoria del Código de Procedimiento Civil, debió echar mano del artículo 207 y siguientes de ese cuerpo normativo para calificar la idoneidad de los testigos propuestos.

REFERENCIAS EXPRESAS DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil no solamente que es norma supletoria de la Ley de Arbitraje y Mediación, sino que también es objeto de referencia expresa permanente por parte de la propia ley y en ese caso la norma del Código de Procedimiento Civil deja de ser norma supletoria para convertirse en norma especial, de idéntica jerarquía que la ley arbitral. Así, la Ley de Arbitraje y Mediación explícitamente se remite a las normas del Código de Procedimiento Civil para regular los siguientes aspectos: la ejecución de medidas cautelares (artículo 9 LAM), los documentos habilitantes y pruebas preparatorias que se deben acompañar a la demanda arbitral con referencia expresa al artículo 68 del CPP (artículo 10 LAM), los requisitos que debe reunir la contestación a la demanda (artículo 11 LAM), la justificación de la imposibilidad de determinación del domicilio del demandado para efectos de la citación con la demanda (artículo 11, inciso 2° LAM), las causas de excusas de los árbitros referidas a las de los jueces ordinarios (artículo 19, inciso 2° LAM) y las causas de recusación de los árbitros también referidas a las de los jueces ordinarios (artículo 21 LAM).

Esta realidad torna inevitable plantearse la pregunta: si el Código de Procedimiento Civil es norma supletoria de la Ley de Arbitraje y Mediación ¿hacen falta las referencias expresas a las normas de ese Código, que, como hemos visto, son tan abundantes en la Ley arbitral? ¿no habría sido preferible dejar que el órgano arbitral y los centros de arbitraje apliquen la norma procesal supletoria, ya que la propia ley arbitral la designa? O, en su defecto ¿no habría debido la Ley de Arbitraje y Mediación contener normas procesales específicas y dejar el menor número de vacíos posible?

¿OPERA LA SUPLETORIEDAD EN EL ARBITRAJE EN EQUIDAD?

Estos cuestionamientos y reflexiones tienen pertinencia cuando hablamos del arbitraje en derecho, pero no olvidemos que la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil según el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación opera “siempre que se trate de arbitraje en derecho”, es decir, parecería que la referida naturaleza supletoria de las normas procesales ordinarias no opera en casos de arbitraje en equidad.

En efecto, si consideramos que en el arbitraje en equidad los árbitros actúan según “su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica” (artículo 3, inciso 2º LAM) –concepto este último que también ha sido tomado prestado del Código de Procedimiento Civil– y que, contrariamente a los árbitros en derecho, no “deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina” (artículo 3 LAM), queda la impresión de que el árbitro en equidad podrá suplir los vacíos procesales de la ley arbitral según se lo dicte su propio criterio.

Más razonable sería concluir, a mi parecer, que el árbitro en equidad podrá prescindir de las normas supletorias de índole sustantiva (o sea “el Código Civil, el Código de Comercio y otras leyes conexas” a que se refiere el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación) para **resolver el fondo del asunto según su leal saber y entender**; pero que, en cuanto tiene que ver con las normas supletorias procesales (o sea el Código de Procedimiento Civil), el árbitro en equidad debe servirse de ellas para asegurar de alguna manera las garantías del debido proceso.

Como alternativa, Sir Michael Mustill y Steward Boyd, en su obra “*Commercial Arbitration*” sugieren algunas características que el proceso arbitral no debe dejar de tener aún a falta de norma expresa y que, podríamos considerar en esta oportunidad, *mutatis mutandis*, puesto que estos autores comentan la realidad inglesa:

“No se exige al árbitro que siga minuciosamente el procedimiento como si se tratara de la Corte Suprema, pero en la medida en que adopte un procedimiento que cumpla con las características esenciales del proceso contradictorio (*adversarial procedure*), el árbitro puede usar de amplia discreción. Sugerimos que las más importantes de estas características son:

1. Debe realizarse una audiencia en que las partes o sus representantes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos y valorar su evidencia.
2. El árbitro no debe considerar evidencia o argumentos de una parte sin conocimiento de la otra.
3. El árbitro debe decidir solamente sobre la base de evidencia que pudiera ser aceptada por un juez de la jurisdicción ordinaria.
4. Cuando el tribunal está conformado por más de un árbitro, todos deben actuar como jueces hasta el final; no deben asumir el papel de amigables compondores o de representantes de las partes.
5. El árbitro no debe llevar adelante sus propias investigaciones sin el consentimiento de las partes. Si obtiene tal consentimiento, el árbitro debe exponer los resultados de sus investigaciones y dar a las partes la oportunidad de comentarlos y de confrontar con ellas su propia evidencia”².

LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE, RESULTADO DE LA ESPECIALIDAD DE LA NORMA ARBITRAL

La prevalencia de la norma arbitral por sobre las normas procesales comunes halla una de sus expresiones más trascendentes en el efecto que tiene el convenio arbitral de sustraer de la jurisdicción ordinaria el litigio sometido a arbitraje.

El convenio arbitral, en efecto, conlleva dos efectos principales:

2. Michael J. Mustill y Stewart C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Butterworths, Londres, 1989, p. 289.

1. uno positivo, que consiste en la obligación de las partes de someter a arbitraje las cuestiones litigiosas que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica, así como la obligación de cumplir el laudo arbitral; y,
2. de mayor interés para nuestro propósito, un efecto negativo, que radica en que la justicia ordinaria no puede conocer un asunto litigioso respecto del cual existe ya un convenio arbitral, es decir, lo que en la terminología procesal del arbitraje se conoce como la "litispendencia arbitral" o "excepción de arbitraje"³.

La litispendencia arbitral tiene que ver con la concepción misma del arbitraje, que según el tratadista francés Robert es la "institución de una justicia privada gracias a la cual los litigios se sustraen de las jurisdicciones de derecho común para que [los individuos] queden revestidos, en la ocasión, de la misión de juzgarlos"⁴. En efecto, concluido el convenio arbitral, el proceso ante los tribunales ordinarios deviene inadmisibile.

Partiendo de una óptica jurisdiccionalista del arbitraje –la doctrina jurisdiccionalista sostiene que el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional, pues es el Estado, por vía legal, el que reconoce los efectos de una decisión tomada por jueces privados, en virtud de un contrato entre las partes en el litigio⁵–, la ley arbitral, de naturaleza especial frente a las normas procesales generales, reconoce el efecto negativo del convenio arbitral, a saber: la sustracción del litigio en cuestión a la jurisdicción ordinaria.

La excepción de arbitraje o litispendencia arbitral puede entonces ser planteada por la parte demandada ante la justicia ordinaria respecto de un litigio en relación al cual las partes ya habían suscrito un convenio arbitral.

3. Ver Alvaro Galindo, "El convenio arbitral", *Ruptura*, No. 40, 1997, p. 167.

4. J. Robert, *Traité de l'arbitrage*, París, 1955, p. 5.

5. Ver Carlos Larraeátegui M., *Contribución al estudio del arbitraje privado*, Quito, 1982, p. 32.

La especialidad de la norma arbitral juega en este caso un papel sumamente importante, pues es en virtud de esa norma especial que la jurisdicción ordinaria pierde la capacidad de conocer el litigio en cuestión.

La Ley de Arbitraje y Mediación consagra de forma explícita en su artículo 7 que:

“El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.”

Es interesante señalar, además, que el propio Código de Procedimiento Civil en su artículo 346, incluye como la primera de las solemnidades sustanciales cuya omisión produce la nulidad del proceso, la de la “jurisdicción de quien conoce el juicio”. Partiendo de lo dicho anteriormente, habíamos sostenido, cuando no había sino este sustento legal para hacerlo, que es nulo un proceso sustanciado ante la justicia ordinaria en relación a un litigio respecto del cual preexiste un convenio arbitral, pues no se habría cumplido la primera de las solemnidades sustanciales, la de la jurisdicción de quien conoce el juicio, ya que en ese caso la jurisdicción está radicada ante árbitros.

A partir de las reformas introducidas a la LAM mediante la Ley Reformativa publicada en el Registro Oficial N°. 532 de 25 de febrero de 2005, el principio de preeminencia de la jurisdicción arbitral en virtud de la especialidad de la LAM se encuentra plenamente consagrado en la legislación ecuatoriana.

En efecto, la referida ley reformativa añadió un segundo inciso al artículo 7, el cual introduce el principio llamado “pro arbitraje”:

“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 respec-

tivo 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”.

Este artículo encuentra su contrapartida en el artículo 8 de la LAM, según el cual, en cambio, ha de entenderse como renuncia tácita al convenio arbitral, el que, cuando una de las partes hubiere demandado ante un juez ordinario respecto de relaciones sujetas a un convenio arbitral, la otra parte no haya planteado excepción de incompetencia del juez. Con ello, la especialidad de la jurisdicción arbitral pierde efecto.

CONCLUSIONES

A manera de recapitulación, digamos entonces:

1. La Ley de Arbitraje y Mediación es norma especial, y por lo tanto prevalece, respecto del Código de Procedimiento Civil porque regula un procedimiento específico distinto de los previstos en ese código.
2. La Ley de Arbitraje y Mediación es norma especial, y por lo tanto prevalece, en relación al Código de Procedimiento Civil, puesto que es un desmembramiento de aquél.
3. La Ley de Arbitraje y Mediación es norma especial, y por lo tanto prevalece, respecto del Código de Procedimiento Civil en virtud de la supletoriedad expresa de éste, consagrada en el artículo 37 de aquélla.
4. El árbitro en equidad podrá prescindir de las normas supletorias de índole sustantiva para resolver el fondo del asunto, pero debe servirse de las normas supletorias de índole procesal para garantizar el debido proceso.

5. Quizás la más importante manifestación de la prevalencia de la Ley de Arbitraje y Mediación sobre el Código de Procedimiento Civil es la imposibilidad del juez ordinario de conocer un asunto respecto del cual se haya suscrito antes un convenio arbitral.