



## FACULTAD DE DERECHO

### Análisis Jurídico acerca de la Ejecución de los Laudos Arbitrales

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos para optar por el Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía: Dr. Pablo Zambrano

Autor: Andrés Manuel Velasco Tapia

2009

Quito, Ecuador.

## **DECLARACIÓN AUTORIA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citados las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

ANDRES MANUEL VELASCO TAPIA  
171362217-1

## **DEDICATORIA**

A mi padre Jaime Velasco Dávila,  
que con su sabiduría, experiencia,  
honestidad y ejemplo supo inculcar  
en mi los principios de ética y moral,  
y los valores que todo profesional debe llevar.

A mi madre Yolanda con todo mi amor,  
por su esfuerzo y cariño demostrados  
durante mi vida estudiantil;

A mis hermanos Yolanda y Jaime  
a mi cuñado José Manuel  
por su paciencia y compañía.

A todos gracias y mi reconocimiento  
porque con su apoyo me ayudaron  
a culminar mi carrera profesional.

## **AGRADECIMIENTOS**

Mi profundo y eterno  
agradecimiento al  
doctor Pablo Zambrano,  
por su colaboración  
dirección y paciencia,  
en la preparación  
de mi tesis de grado.

A todos mis profesores  
mi reconocimiento  
por haberme transmitido  
sus conocimientos.

## RESUMEN

En la historia de la humanidad los conflictos se resolvieron de una u otra forma, en donde la palabra fue lo esencial para dicha evolución, podemos citar al dialogo como instrumento para alcanzar acuerdos, modalidad que comienza a ser compartida con las formas violentas de resolver disputas.

Así con los conflictos nació una instancia en donde el Estado era el encargado de intervenir para la solución de dichas disputas, aplicando leyes y costumbres para el buen vivir de la colectividad.

Es así que la intervención del Estado y la conflictividad del ser humano saturó las instancias judiciales correspondientes, para lo cual se buscó una forma ágil y segura de tramitar los litigios y dar seguridad jurídica.

De esta medida nacieron los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, principalmente y materia de esta tesis el Arbitraje.

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o tribunal arbitral que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes.

Esta obra comprende el estudio de las instituciones o figuras jurídicas que marcan la evolución y las principales discusiones vigentes en el derecho arbitral contemporáneo. Es así que se abordan materias de recurrente discusión como la naturaleza jurídica del arbitraje y sus principales consecuencias, los límites al principio de privacidad y confidencialidad del proceso arbitral, entre otros.

El análisis crítico de las diferentes figuras jurídicas del derecho arbitral viene acompañado de referencias continuas a la doctrina, a las legislaciones, a los reglamentos arbitrales y a los precedentes judiciales considerados como pertinentes para la completa comprensión de la figura arbitral.

El propósito final de este esfuerzo radica en compartir con el lector un análisis crítico e integral de los temas básicos más relevantes de la materia arbitral, buscando que todo ello sea de su utilidad.

## INDICE GENERAL

<b>Preliminares</b>	i
Capítulo Primero- La administración de Justicia	1
1.1. La Administración de Justicia en el Ecuador	1
1.2. Órganos Reguladores de la Administración de Justicia	1
1.2.1 Corte Nacional de Justicia	2
1.2.2 Corte Provincial de Justicia	2
1.2.3 Juzgados de Primera Instancia	3
1.2.4 Consejo Nacional de la Judicatura	5
1.3. La Seguridad Jurídica en el Ecuador	5
1.4. Fallas de la Administración de Justicia	7
1.5. Jueces de Paz	9
Capítulo Segundo- Métodos Alternos de Solución de Conflictos	11
2.1. Reseña histórica de Solución de Conflictos	11
2.2. La Mediación	13
2.3. El Arbitraje	19
2.3.1. El Arbitraje Nacional	23
2.3.2. El Arbitraje Internacional	25
2.4. La Negociación Directa	30
Capítulo Tercero- El Arbitraje	33
3.1. Validez del Sistema Arbitral	33
3.2. Arbitraje Administrado o Independiente	34
3.3. Arbitraje en Equidad o Derecho	40
3.4. Capacidad para acudir al arbitraje	46
3.5. Definición de Convenio Arbitral	49
3.6. Otras Formas de Someterse al Arbitraje	51
3.7. Renuncia al Convenio Arbitral	53
3.8. Medidas Cautelares	54
3.9. Audiencia de Mediación	62
3.10. Designación de Árbitros	63
3.11. Constitución del Tribunal	65
3.11.1 Inhabilidades para ser Arbitro	66

3.11.2. Reemplazo de Árbitros	67
3.11.3 Recusación de Árbitros	68
3.12. Duración del Arbitraje	69
3.13. Inapelabilidad de los Laudos Arbitrales	69
3.14. Nulidad de los Laudos Arbitrales	70
3.15. Ejecución de los Laudos Arbitrales	78
3.15.1. Medidas Cautelares	79
3.15.2. Procedimiento ante el Juez Ordinario	81
3.15.3. Teoría de la Cosa Juzgada	81
3.15.4. Confidencialidad del Proceso Arbitral	83
Capítulo Cuarto- Casación del Laudo Arbitral	85
4.1. Análisis del artículo del Doctor Eduardo Carmigniani	85
4.2. Decisiones impugnables en Casación	86
4.3. Naturaleza del Laudo Arbitral	89
Capítulo Quinto- Propuesta	91
Capítulo Sexto- Conclusiones y Recomendaciones	95

## **Bibliografía**

## Capítulo Primero

### La Administración de Justicia

#### 1.1. La Administración de Justicia en el Ecuador.-

Históricamente la administración de justicia en el Ecuador siempre ha sido un botín para la mayoría de personas que han pasado por la conformación de sus salas y juzgados; es por esto que la justicia ecuatoriana ha ido en un declive año tras año sin tener una solución clara, concreta y precisa para los problemas que afrontan cada uno de sus integrantes en la llamada administración de justicia; es por esto que se creó se podría decir una justicia paralela llamada negociación de conflictos que su único propósito era la búsqueda de celeridad en los procesos judiciales y se trataba de dar una solución extra judicial a los problemas generados entre partes litigantes.

#### 1.2. Órganos Reguladores de la Administración de Justicia.-

En referéndum aprobatorio realizado el 28 de septiembre del 2008 el pueblo ecuatoriano decidió que la Constitución debatida en la ciudad de Montecristi sea aprobada y constituida en la carta soberana del Ecuador, la misma que fue publicada en el registro oficial el 20 de octubre del 2008 N° 449.

El Art. 178 de la Constitución de la República del Ecuador señala que:

“Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia y serán los siguientes:

1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las Cortes Provinciales de Justicia.
3. Los Tribunales y Juzgados que establezca la ley.
4. Los Juzgados de Paz.

El Consejo Nacional de la judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. “.....<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 178 de la Constitución de la República del Ecuador.

### 1.2.1. Corte Nacional de Justicia.-

La Corte Nacional de Justicia ex Corte Suprema de Justicia es la encargada de conocer los recursos de casación y revisión, y de los demás según su competencia y jurisdicción establecidas en la ley.

La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas.

Una de las funciones fundamentales es la de desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentados en los fallos de triple reiteración, precedente fundamental para que se pueda juzgar de una manera uniforme y sin choque de normas.

Así mismo es función de los jueces o juezas de la Corte Nacional de Justicia conocer mediante sorteo en la sala especializada de lo penal las causas que se inicien contra las servidoras y servidores públicos que gocen de fuero.

Además una tarea conferida a los jueces o juezas de la Corte Nacional es la de presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

### 1.2.2. Cortes Provinciales de Justicia.-

Las Cortes Provinciales de Justicia estarán conformadas por el número de juezas y jueces necesarios para atender las causas, que provendrán de la carrera judicial, el libre ejercicio profesional y la docencia universitaria. Las juezas y jueces se organizarán en salas especializadas en las materias que se correspondan con las de la Corte Nacional de Justicia.

En cada cantón existirá al menos una jueza o juez especializado en familia, niñez y adolescencia, y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores, de acuerdo con las necesidades poblacionales.

El Art. 206 del Código Orgánico de la Junción Judicial señala que: “En cada provincia habrá una Corte Provincial de Justicia integrada por el número de juezas y jueces necesarios para atender las causas, según lo resuelva motivadamente el Consejo de la Judicatura...”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Art. 206 del Código Orgánico de la Junción Judicial

Cabe señalar que luego de la aprobación de la Constitución del Ecuador varias leyes tiene que ser reformadas ya que en su mayoría están contraposición con la Carta Magna.

Son atribuciones de las cortes provinciales conocer, en primera y segunda instancia, de toda causa penal que se promueva contra los Gobernadores, Alcaldes, Prefectos, Vocales de los Tribunales Electorales Provinciales, Consejeros, Concejales, Administradores de Aduanas, Jueces de lo Penal, Jueces de lo Civil, de la Familia, Agentes Fiscales y los demás determinados por el Código Orgánico de la Función Judicial.

Además son facultades de los jueces o juezas de las Cortes Provinciales conocer de los recursos que son presentados en sus judicaturas y resolverlos motivadamente.

### 1.2.3. Juzgados de Primera Instancia.-

En cada provincia deberá existir el número de jueces que determine la ley y lo que la colectividad requiera para que la justicia sea accesible a todos los ciudadanos.

#### **Atribuciones y deberes de los jueces de lo Penal.**

Son atribuciones de los jueces y juezas de lo penal conocer de todas las causas penales de su jurisdicción, así como conocer en primera instancia, desde las instrucción del sumario de las causas que por su mal desempeño en el ejercicio de sus funciones o por delitos comunes, se promuevan contra tenientes políticos y los secretarios de los juzgados, cuyo conocimiento no esté atribuido por ley a otra autoridad, y de los demás señalados por la ley y por otros reglamentos.

#### **Atribuciones y deberes de los jueces de lo Civil.**

Los jueces de lo civil conocerán en primera instancia de las causas civiles o comerciales y en los cantones en donde no hubieran jueces del trabajo o de inquilinato, o éstos se hallaren impedidos de intervenir, también conocerán de los asuntos correspondientes a dichos jueces de conformidad con las reglas de subrogación, sin perjuicio de la competencia provincial del juez de trabajo.

Son atribuciones de los jueces y juezas de lo civil conocer y resolver, en primera instancia, los asuntos contenciosos y de jurisdicción voluntaria, cuyo

conocimiento no esté atribuido a otra autoridad, además de conocer de las acciones sobre indemnizaciones de daños y perjuicios que se deduzcan contra los tenientes políticos y los demás que señala el Código de la Función Judicial.

#### **Atribuciones y deberes de los jueces de la Familia.**

Son atribuciones de los jueces o juezas de la familia conocer sobre las materias del Código Civil, comprendidas desde el Título del Matrimonio hasta el correspondiente a la Remoción de los Tutores y Curadores.

Además las que se refieren a las uniones de hecho, en base a lo previsto en la ley que las regula.

Será además de la competencia de los jueces y juezas de la familia las materias contempladas en la ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, sin perjuicio de la competencia de los comisarios de la mujer y la familia de los intendentes, comisarios nacionales y tenientes políticos.

#### **Atribuciones y deberes de los jueces del Trabajo.**

Corresponde a los jueces y juezas del trabajo conocer y resolver, en primera instancia, los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad.

#### **Atribuciones y deberes de los jueces de Inquilinato.**

Son atribuciones de los jueces y juezas de inquilinato conocer y resolver, en primera instancia, de las demandas y reclamaciones sometidas a su competencia de acuerdo con la ley.

#### **Atribuciones y deberes de los jueces de Transito.**

Corresponde a estos jueces el juzgamiento de las infracciones de acuerdo con lo establecido por la ley de transito.

#### **1.2.4. Consejo de la Judicatura.**

El Art. 179 de la Constitución de la República del Ecuador señala que: “El Consejo de la Judicatura se integrará por nueve vocales con sus respectivos suplentes, que durarán en el ejercicio de sus funciones seis años y no podrán ser reelegidos; para su conformación se propenderá a la paridad entre hombres

y mujeres. El Consejo designará, de entre sus integrantes, una presidenta o presidente y su vicepresidenta o vicepresidente, para un periodo de tres años <sup>3</sup>

Son funciones del Consejo de la Judicatura:

1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial,
2. Conocer y aprobar la pro forma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos,
3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensión y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas, y
4. Administrar la carrera y profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial, Velar por la transparencia y eficacia de la Función Judicial.

### 1.3. La Seguridad Jurídica en el Ecuador.-

Es uno de los principios más enunciados pero menos comprendidos y aplicados. Más aún, constituye una genuina aspiración de la sociedad. Pero, hay quienes dicen que la seguridad jurídica es una excusa para mantener el statu quo, y un argumento para defender privilegios y obstaculizar el cambio. Semejante tesis implica colocar al poder sobre el Derecho y confundir la legitimidad con el aval de una ideología, significa instrumentalizar la Constitución y las leyes y someter los derechos fundamentales a la arbitraria interpretación del Estado.

Son muchas las ideas relacionadas con la Seguridad Jurídica es por esto que varias de las mismas se han incluido en textos constitucionales como la Constitución del Ecuador del 1998 y que son actualmente incluidos en la nueva Carta Constitucional, para citar varios ejemplos:

- **Seguridad Jurídica.-** Es un derecho ciudadano inspirado en el debido proceso, este concepto es el hilo conductor consagrado en el Art. 11 de la constitución numeral 9 que dice: “ El más alto deber del Estado

---

<sup>3</sup> Art. 179 de la Constitución de la República del Ecuador

consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela jurídica efectiva, y por las violaciones del los principios y reglas del debido proceso”<sup>4</sup>.

- **La Seguridad Jurídica en la economía y en los contratos.-** El Estado tiene la tarea de garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza, es decir, que el mercado debe operar en una red institucional y con instrumentos legales estructurados, que eliminen la discrecionalidad de los agentes económicos y de la autoridad. Adviértase que la actuación del Estado debe hacerse “mediante un orden jurídico”, lo que es distinto de la simple intervención discrecional de la administración pública. La Ley es, pues, el referente de carácter fundamental en esas tareas estatales.

La seguridad jurídica es el sustento de todos los contratos, ya sean administrativos o privados, de compraventa o de trabajo. Si este principio no se respeta, las relaciones jurídicas quedan sujetas al arbitrio de cada cual. Sin un mínimo de estabilidad legal y certeza contractual, el abuso del derecho, el abuso en la contratación y la interpretación interesada de las cláusulas sería la norma.

Lamentablemente, esta tendencia se ha afianzado en el Ecuador, donde es cada vez más frecuente que una de las partes, y hasta el Estado, se arrepientan de lo que se ha pactado, con los más inverosímiles argumentos, basados incluso en el difuso discurso de la ‘legitimidad’.

- **La Seguridad Jurídica en lo judicial.-** El principio de la unidad jurisdiccional y el derecho a impugnar judicialmente todos los actos de la administración pública y la institución de la cosa juzgada, son otras manifestaciones del principio de seguridad jurídica, porque solo

---

<sup>4</sup> Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador numeral 9

sometiendo la revisión de la idoneidad de los actos y resoluciones administrativas a los tribunales, se puede asegurar, aunque fuese relativamente, que el Estado, o la contraparte de un contrato, obren con sujeción al Derecho y no en forma arbitraria. Solo con seguridad jurídica hay firmeza en las sentencias. En el presupuesto de la seguridad jurídica se basa todo el sistema de administración de justicia. El mismo fundamento tiene el recurso de casación, cuyo objetivo final es examinar la legalidad de los fallos y ajustar las decisiones judiciales a los preceptos de la Ley.

En algunas legislaciones como es la Española, su carta constitucional señala en su Preámbulo a la seguridad jurídica de tal modo y con tanta fuerza que un autor la llamó “el principio general inspirador de todo el ordenamiento jurídico”, de modo que no solamente es un valor y un derecho esencial, como lo son la libertad, la justicia, la igualdad, etc., sino que, además, la seguridad jurídica es la condición esencial del Estado de Derecho; lo que significa que sin previsibilidad y certeza respecto de las conductas del Estado y de la aplicación de las normas, no es posible la vida civilizada. La seguridad jurídica es el alma del ordenamiento jurídico, lo que lo explica y legitima.

#### 1.4. Fallas de la Administración de Justicia.

Con justa razón la comunidad, los medios de comunicación, las organizaciones sociales reclaman a la Función Judicial una mejor y más pronta atención en la solución de los procesos que llegan a ella. Y se quejan y acusan de inoperancia, de tardanza, por lo que es necesario determinar las causas para que ello ocurra.

Se las puede identificar y reducir a las siguientes:

1. La carga de Trabajo.
2. La carencia de recursos económicos.
3. La forma de designación de Jueces y juezas.
4. La estabilidad.
5. La capacitación.
6. El control.

**La Carga de Trabajo.-** El número de causas que ingresa a cada una de las judicaturas de diferentes instancias es uno de los grandes problemas que

existe en la administración de justicia, debe anotarse además que por diferentes factores, entre los que están el incremento de población y la creciente actividad industrial y mercantil, y la conflictividad, se traduce en mayor número de litigios en todos los niveles judiciales. Además que varios procedimientos judiciales o procesales ya son caducos los mismos que se requiere para ayudar con la celeridad de los litigios en las dependencias de la justicia.

**La Carencia de Recursos Económicos.-** Uno de los grandes problemas de la Administración de Justicia es la falta de una política de estado para dotar de un presupuesto que vaya de la mano con las exigencias de la Función Judicial, ya que contando con el dinero se podrían abrir juzgados y demás oficinas que son necesarias para que exista una celeridad en el despacho de causas de acuerdo a las necesidades de la colectividad.

Desde luego, debemos convenir que el solo incremento de juzgados no es la solución al problema, sino un cambio estructural de la Administración de Justicia.

**Forma de Designación de Jueces y Juezas.-** En los últimos años se ha establecido como sistema de designación de jueces y juezas, e incluso de otros funcionarios, el concurso de oposición y merecimientos; lamentablemente según comentarios de personas involucradas en los mismos, no ha existido la transparencia necesaria, es por esto se ha creado en los diferentes concursos una etapa de impugnación, además que pueda existir veedurías nacionales e internacionales a los diferentes concursos.

**La Estabilidad.-** En lo relativo a la estabilidad se reconoce y garantiza la carrera judicial cuyas regulaciones determinará la ley, el único problema es que esta ley nunca se ha dictado, ya por falta de interés de los legisladores o por descuido de sus organizaciones representativas, quedando en consecuencia como una declaración, es de desear que esa ley sea elaborada y dictada cuanto antes para garantizar la estabilidad de los servidores judiciales.

**La Capacitación.-** El estudio, la investigación, el aprendizaje no deben cesar nunca en la vida de un profesional responsable y más aun de un juez, ya que solamente con ellos pueden actualizar sus conocimientos, su preparación para desempeñar en la forma más eficiente sus labores. El juez o jueza jamás puede abandonarse al rutinarismo cómodo.

**El Control.-** Este es necesario tanto en el orden disciplinario cuanto en el de las labores, no solo para jueces sino para todos los judiciales. Mediante el control se examinará el comportamiento del judicial con sus compañeros, con los usuarios, con sus superiores, en la realización de sus actividades inherentes a sus cargos, las cuales deben ser periódicamente evaluadas. La vida de un judicial debe desenvolverse dentro de un marco de decoro, honestidad y probidad, tanto en el trabajo como fuere de él.

### 1.5. Jueces de Paz

El Art. 189 de la Constitución señala que: “Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrán disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.

Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, dialogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado.

Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho”.

Existen ciertos asuntos especialmente de menor y mínima cuantía, que no tienen una respuesta jurisdiccional adecuada. Por ello, derivan en situaciones de denegación de justicia y auto tutela.

Todo ello genera una serie de consecuencias sociales negativas, como malestar social, desconfianza en las instituciones, sensación de injusticia y

desprotección e inseguridad, atentando gravemente contra la igualdad ante la ley, entre otros derechos fundamentales.

Buenas partes de estos problemas podrían ser resueltos en forma suficientemente buena, mediante la incorporación de la institución conocida como juzgados de paz.

Los juzgados de paz son tribunales que tienen por objeto resolver aquellos problemas que por su naturaleza o cuantía no alcanzan a llegar a los tribunales ordinarios, permaneciendo sin resolver o resolviéndose de mala manera, y por lo mismo, provocando un daño al cuerpo social.

En la actualidad, muchos ciudadanos se ven enfrentados a la rigidez, complejidad y lentitud en el conocimiento de asuntos de menor y mínima cuantía, problemas que son de gran importancia para la diaria convivencia.

## CAPITULO SEGUNDO METODOS ALTERNOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS

### 2.1. Reseña histórica de Solución de Conflictos.-

En la historia de la humanidad los conflictos siempre se resolvieron de una u otra forma. Pasada una primera etapa de la constitución de ser humano como tal, cuando la diferenciación con los animales era imprecisa y donde la violencia era la única forma de saldar una diferencia, con la adquisición del habla comienza un cambio de calidad en la vida.

En esta etapa, donde la palabra se convierte en lo propio por excelencia del hombre, podemos situar el comienzo del dialogo como instrumento para alcanzar acuerdos, modalidad que comienza a ser compartida con las formas violentas de resolver disputas.

El convivir, implica mediatizar el deseo con la necesidad social de compartir, de este modo se van agregando las formas pacificas de resolver los problemas que plantea la convivencia, esto ocurre tanto en los grupos más pequeños, en particular la familia, como en la tribu o en la relación entre éstas.

Mucho tiempo después, en los últimos milenios surge el Sistema Judicial, que es una instancia donde el Estado delega la administración de Justicia en un conjunto de personas, debidamente capacitadas para ello, que fundamentan su accionar en un complejo procedimiento basado en la ley. De este modo desde hace largo tiempo coexisten en las relaciones humanas, en todos sus niveles, tres maneras de resolver los conflictos:

- Por medio del poder, generalmente basado en la violencia.
- El sistema legal.
- Las distintas formas de acordar pacíficamente, fundadas en la negociación.

El análisis de la historia de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos nos ayudará a comprender el sentido y la profundidad de estos métodos pacíficos utilizados para resolver las disputas entre personas, grupos de personas, dentro las instituciones e incluso entre naciones.

“El conflicto consiste en un enfrentamiento, choque o desacuerdo intencional entre dos entes o grupos de la misma especie que manifiestan, unos respecto de los otros, una intención hostil, en general a propósito de un derecho y quienes por mantener, afirmar o restablecer el derecho intentan quebrar la resistencia del otro, eventualmente recurriendo a la violencia, la cual puede llegado el caso, tender al aniquilamiento físico del otro”.<sup>5</sup>

En México es importante destacar el proceso de convivencia entre los métodos más modernos incorporados también en el ámbito profesional y académico con las costumbres de los pueblos originarios, de gran presencia en ese país.

Por ejemplo en Oaxaca, México, las instituciones que regulan los conflictos populares combinan procedimientos y cultura indígena más conceptos de derecho y cultura hispana, llamados por ellos el balance: que es restablecer el equilibrio entre relaciones interpersonales, es importante esta referencia puesto que los pueblos originarios de América todavía habitan el suelo de sus antepasados y en muchos casos continúan utilizando métodos participativos para resolver sus disputas.

---

<sup>5</sup> Freund, Julien, Sociologie du conflict, PUF- Presses Universitaires de France, Paris, 1983.

En Europa, y en la propia Unión Europea, estos métodos están incorporados en buena medida a la cultura y a la legislación.

De todos modos si bien hay un desarrollo a partir de la difusión de toda la tecnología creada en las últimas décadas hay antecedentes muy antiguos como el famoso Tribunal de Aguas de la zona de Valencia, España, que data del siglo XIV.

Suecia ha realizado el aporte de ser pionera en el instituto del Obusman (Defensor del Pueblo) que intercede en la relación de los particulares y el Estado, protegiendo a las personas de cualquier procedimiento arbitrario, pero su funcionamiento es ajeno al Sistema Judicial.

En toda Europa en general también participa de este impulso de los Métodos Alternativos que como estamos viendo es de proyección global, aunque tiene particularidades según la historia y la cultura de que se trate.

En África aunque, aún hay mucho para estudiar, hay antecedentes en las asambleas tribales donde se discutía, y todavía se hace, colectivamente aspectos que hacen a la convivencia y al cumplimiento de las normas.

En Asia de igual modo que en el resto del planeta hay antecedentes de formas auto sugestivo de resolver las controversias.

Sin duda China es el ejemplo más importante de la aplicación de esta modalidad, no solo por su pasado, donde estas prácticas tienen raíces en los principios de la filosofía budista, con el papel privilegiado que le brinda la armonía, hasta la actualidad donde funcionan cientos de miles de tribunales de mediación y se desarrollan otros métodos.

En América Latina, más allá de los antecedentes en los pueblos originarios, y distintas experiencias en la época de las repúblicas, no ha sido ajena a este movimiento en las últimas décadas.

Al igual que en otros continentes ya son varias las Universidades que forman en sus postgrados en esta nueva práctica interdisciplinaria y se crean Centros de Mediación y otros Métodos en Cámaras Empresarias y en Colegios Profesionales y en el ámbito estatal.

En la actualidad la formación profesional, la creación de Centros de Solución de Conflictos, las realizaciones de Congresos y Seminarios como la creación creciente de formación académica se puede observar en América Latina.

## 2.2. La Mediación.-

La mediación es una forma de resolver conflictos entre dos o más personas, con la ayuda de una tercera persona imparcial, el mediador. Los mediadores pueden ser alumnos, profesores, padres. No son jueces ni árbitros, no imponen soluciones ni opinan sobre quién tiene la verdad, lo que buscan es satisfacer las necesidades de las partes en disputa, regulando el proceso de comunicación y conduciéndolo por medio de unos sencillos pasos en los que, si las partes colaboran, es posible llegar a una solución en la que todos ganen o, al menos, queden satisfechos.

Experiencias como éstas se están llevando a cabo actualmente en algunos centros educativos y, más allá de la solución a los problemas interpersonales, lo que promueven es un modelo de convivencia más pacífico.

La mediación es voluntaria, es confidencial, y está basada en el diálogo.

La mediación puede resolver conflictos relacionados con la trasgresión de las normas de convivencia, situaciones que desagraden o parezcan injustas, malos tratos o cualquier tipo de problemas entre miembros de la comunidad.

“La mediación es una negociación asistida, en la que un tercero imparcial ayuda a que dos partes encuentren una solución final a un conflicto o controversia. Para lograrlo, las partes colaboran entre sí, para ellas exponer propuestas que de ser posible llegarán a un acuerdo. La Mediación es confidencial.”<sup>6</sup>

En la legislación Argentina la mediación es: “La intervención de un tercero quien, advertido del conflicto existente, se acerca a las partes (o estas se acercan a él) para posibilitar la comunicación entre ellas y contribuir a la resolución del conflicto”.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Jalkh, Gustavo y Sánchez, Franco, “Materiales para el curso de Formación de Mediadores, Edt. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito, Ecuador 1996.

<sup>7</sup> Milia, Fernando, El Conflicto Extrajudicial, Editores Rubinzal-Culzoni 1997.

Así mismo la historia de la mediación en Argentina se remonta hasta épocas remotas; modernamente fue definida y estructurada en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907. Luego fue recogida en el Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación de 1936; le siguieron muchos tratados hasta llegar a la muy importante Declaración de Manila de 1982 sobre Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales.

### **El Mediador.-**

Para la motivación y condiciones que debe tener un mediador debemos preguntar por qué el amigable componedor interviene en el conflicto, qué lo mueve a interceder entre los bandos en conflicto. Se trata de una compleja volición entre cuyos componentes podemos reconocer los siguientes:

- El mediador actúa respondiendo al pedido, abierto o encubierto, de una o ambas partes en conflicto.
- El mediador interviene movido por sentimientos altruistas.
- El conflicto afecta intereses o derechos del mediador.
- El mediador cree que su intervención puede depararle algún beneficio, comercial, político o ideológico.
- La mediación es la actividad profesional del mediador.

El éxito o el fracaso del mediador es función de las condiciones de contexto y de sus propias condiciones intrínsecas requeridas para tal trabajo.

Algunas características que debe reunir el mediador son:

- El mediador debe gozar de una asimetría de poder favorable respecto de las partes, ya sea cualitativa o cuantitativa.
- La asimetría antes mencionada debe conferirle ascendente sobre y el respeto de las partes.
- Debe aparecer ecuánime e imparcial.

- Tener relaciones estrechas y amistosas con las partes.

### **Fases del Proceso de Mediación.-**

La mediación sigue una serie de fases en las que se promueve la comunicación y el entendimiento entre las partes en conflicto. Enriquece la utilización del reglamento disciplinario del centro, ofreciendo alternativas a través del diálogo, y evitando la pérdida de relaciones interesantes y la vivencia de sentimientos de desencuentro que influyan negativamente en el proceso.

Existe una fase previa a la mediación propiamente dicha, en ella se crean las condiciones que facilitan el acceso a la mediación. En ella se habla con las partes por separado, se explica el proceso a seguir y se solicita su consentimiento para acudir a la mediación.

### **Fases de la Mediación:**

1. **Presentación y reglas del juego.** Fase dedicada a crear confianza entre el equipo de mediación y los mediados, también se presenta el proceso y las normas a seguir en la mediación.
2. **Cuéntame.** Fase en la que las personas que son mediadas exponen su versión del conflicto con los sentimientos que le acompañan. Las partes han de ser escuchadas.
3. **Aclarar el problema.** Fase dedicada a identificar los nudos conflictivos, los puntos de coincidencia y de divergencia del mismo. Se trata de establecer una plataforma común sobre los temas más importantes que han de ser solucionados.
4. **Proponer soluciones.** Fase dedicada a la búsqueda creativa de soluciones y a la evaluación de las mismas por las partes.
5. **Llegar a un acuerdo.** Fase dedicada a definir con claridad los acuerdos. Estos han de ser equilibrados, específicos, posibles. También se suele dedicar un tiempo a consensuar algún procedimiento de revisión y seguimiento de los mismos.

### **Habilidades de la Mediación.-**

Las principales habilidades para la mediación son:

**1. Escucha activa**

- a. Mostrar interés
- b. Clarificar
- c. Parafrasear
- d. Reflejar
- e. Resumir

**2. Estructurar**

**3. Ponerse en lugar del otro**

**4. Mensajes en primera persona**

**1. Escucha activa.-**

La escucha activa consiste en esforzarse por comprender, lo más matizadamente posible, lo que las personas están expresando, y que esto sea evidente para ellas. Los modos para realizar esta escucha activa son: mostrar interés, aclarar, parafrasear, reflejar, resumir.

*a. Mostrar interés*

Mostrar interés se refiere a las intervenciones realizadas por las personas que deben ser escuchadas y estén encaminadas a establecer una relación de cordialidad.

*b. Clarificar*

Clarificar hace referencia a las intervenciones realizadas por las personas que se escucha y que permite precisar qué se dijo o sucedió, cómo ocurrió (hechos, datos, etc.) y también, ayudar a ver otros puntos de vista.

*c. Parafrasear*

Parfrasear consiste en repetir en palabras propias las principales ideas o pensamientos expresados por la persona que habla.

d. *Reflejar*

Reflejar consiste en indagar sobre el o los sentimientos que han afectado a la persona que estamos escuchando.

e. *Resumir*

Resumir consiste en agrupar, ordenar y sintetizar la información que da el que habla tanto en relación a sentimientos como a hechos.

## **2. Estructurar**

Es una habilidad que utiliza el mediador para llevar la conducción de la mediación. Consiste en realizar intervenciones encaminadas a mantener el orden y la dirección del proceso de mediación y alcanzar los objetivos específicos de cada una de las fases, gestionando el flujo y la intensidad de la comunicación hacia la desescalada del conflicto.

## **3. Ponerse en lugar del otro**

Es una habilidad importante en la mediación que pretende promover entre las dos partes del conflicto expresiones que demuestran a la persona que está hablando que la estamos comprendiendo, haciendo que quien está escuchando repita con sus propias palabras lo que la otra parte nos ha contado.

## **4. Mensajes en primera persona**

En la medicación debe facilitarse que el que habla se exprese utilizando mensajes en primera persona, intentando comunicar de forma no agresiva la situación que le afecta, diciendo qué sentimientos le produce, explicando por qué le afecta de ese modo y expresando su necesidad o deseo personal.

### 2.3. El Arbitraje.-

El origen del arbitraje se remonta hasta la antigüedad; época en que algunas ciudades estado griegas lo practicaban, en los siglos XII y XV fue un recurso bastante frecuente entre ciertas unidades políticas de Europa occidental, entre ciudades italianas y cantones suizos. El arbitraje internacional moderno como procedimiento regular, basado en la aplicación de reglas definidas, parece haber nacido con el Tratado Jay suscripto el 1 de noviembre de 1794 entre Gran Bretaña y los Estados Unidos. Durante el Siglo XIX proliferaron los ejemplos exitosos de esta práctica. Quizás el más resonante fue el de 1893 sobre el Estrecho de Bering, que arbitró sobre temas vinculados con la libertad de los mares.

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales regulares.

Un proceso de arbitraje únicamente puede tener lugar si ambas partes lo han acordado. En el caso de controversias futuras que pudieran derivarse de un contrato, las partes incluyen una [cláusula de arbitraje](#) en el contrato. Una controversia existente puede someterse a arbitraje mediante un [acuerdo de sometimiento](#) entre las partes. A diferencia de la mediación, una parte no puede retirarse unilateralmente de un proceso arbitral.

Es un mecanismo típicamente adversarial, cuya [estructura](#) es básicamente la de un litigio. El rol del árbitro es similar al del juez: las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia. Sin embargo, no obstante sus similitudes el arbitraje mantiene con el sistema judicial una gran diferencia, la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes.

A diferencia de la conciliación y mediación, el tercero neutral no ayuda ni colabora con las partes a efecto de resolver el conflicto mas bien impone una solución vía Laudo Arbitral, que tiene efectos de sentencia judicial.

La decisión o laudo obliga, pero no somete, es decir determina efectos que vinculan el derecho de las partes, pero la inejecución no tiene sanción de parte de los árbitros, ya que son los jueces ordinarios los encargados de hacer ejecutable el Laudo Arbitral.

“El arbitraje es un proceso para resolver disputas basado en el consenso de las partes en conflicto; por este acuerdo la controversia es referida a un tercero para una decisión final”<sup>8</sup>

El árbitro obtiene su legitimidad básica de su idoneidad, pericia y experiencia en la cuestión que origina el conflicto, sumado a su ascendiente sobre las partes. Un rasgo común de todos los arbitrajes es que requiere un acuerdo previo, de ambas partes, en someterse al arbitraje. Es este acuerdo el que otorga el necesario consenso al árbitro, consenso que será tan fuerte como lo sea la voluntad de acatamiento de las partes. Salvo casos muy raros, excepcionales, el árbitro no tiene elementos de poder para imponer el laudo; es esta circunstancia la que hace tan trascendente el acatamiento.

### **Convenio Arbitral y Pacto Arbitral.-**

Es el acuerdo voluntario entre las partes para solucionar sus diferencias, que surgen de una relación contractual o no contractual que sean o no, materia de un proceso judicial, sujeta a requisitos generales establecidos en la Constitución y en la Ley.

La Ley de Arbitraje considera este principio en [materia](#) de convenio arbitral, exigiendo la forma escrita, bajo sanción de nulidad. En la forma de una cláusula inserta en el [texto](#) del contrato.

El objeto del convenio arbitral debe ser lícito y posible. La ley de arbitraje ha regulado las materias susceptibles de someterse a arbitraje.

Cuando existe un convenio arbitral, ya no es competente el juez en lo jurisdiccional, debiendo declinar su avocación. Si el convenio es anterior evita

---

<sup>8</sup> CAPLOW, ob. cit., p. 215

el proceso judicial, que pueda promoverse y si fuera celebrado estando pendiente un trámite judicial, produce el efecto de extinguirlo.

El pacto arbitral, como es natural, suele tener como base un negocio jurídico principal entre las partes. Si dicho contrato principal resulta absolutamente nulo, el interrogante consiste en determinar si ello trae consigo la nulidad del pacto arbitral, lo cual privaría al tribunal de arbitramento de la posibilidad de resolver los méritos de la controversia. En otras palabras es evidente que la nulidad del contrato principal implicaría, bajo un análisis lógico, que el pacto arbitral también fuere nulo por sustracción de materia.

De esta manera, un cuestionamiento acerca de la validez del contrato principal también acarrearía una alegación sobre falta de competencia del tribunal de arbitramento para dirimir el conflicto entre las partes tal como sucedió en el caso australiano de IBM Australia Ltd. contra National Distribution Services Ltd.<sup>9</sup>, en el cual una corte de Nueva Gales determinó que era imposible una declaración, de parte de los árbitros, relacionada con la nulidad absoluta del contrato principal, pues ello implicaba una aceptación sobre su falta de competencia a causa de la correlativa nulidad del pacto arbitral.

¿Puede un tribunal de arbitramento resolver los méritos de una controversia, cuando alguna de las partes alega la nulidad absoluta del negocio jurídico principal que le sirve de soporte?

La doctrina de separación del pacto arbitral frente al contrato principal permite resolver dicho interrogante en forma afirmativa. En efecto. La doctrina de la autonomía del pacto arbitral señala que “es una ficción jurídica que pretende deslindar los efectos que se produzcan sobre la validez del contrato principal de la suerte que corra el pacto arbitral, lo que permite al tribunal de arbitramento dirimir el fondo del asunto”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Esta tesis fue refutada posteriormente por la Corte Federal de Australia en el caso de QH Tours contra Ship Desing & Management 1991

<sup>10</sup> Peter Gross Qc, “Competente Of Competente: an English view”, en 8 Arbitration International, 1992.

Situaciones como la nulidad absoluta o la terminación del contrato principal no afectan, en consecuencia, la posibilidad de los árbitros para resolver los méritos de la controversia<sup>11</sup>.

Si es inherente al proceso arbitral que el tribunal es el juez de su propia jurisdicción, que tiene competencia sobre la competencia, no es menos inherente a dicho proceso que un tribunal de arbitramento tenga la competencia para resolver las disputas que surjan con ocasión del contrato que es la fuente inmediata de la creación del tribunal aun cuando dichas disputas encierren la validez inicial o posterior del contrato. Esta doctrina fundamental del arbitraje moderno ha sido denominada como separabilidad o autonomía del pacto arbitral.

### **Laudo Arbitral.-**

Cuando las partes acuden al arbitraje, "aspiran a solucionar sus controversias de manera definitiva y vinculante, el laudo es la pieza procesal que cumple con dicha expectativa"<sup>12</sup>.

Con todo, en el plano internacional, no hay unanimidad de criterios frente a la noción de laudo arbitral. Es evidente que la noción de laudo arbitral, al igual que la de las instituciones jurídicas en general, depende principalmente de su naturaleza, mas no de la denominación que los intervinientes del arbitraje le asignen a dicha pieza procesal.

Durante las discusiones que dieron lugar a la Ley Modelo de Uncitral, se planteo una definición de laudo arbitral, la cual, pese a resultar ilustrativa, no obtuvo la aceptación general de los intervinientes en la discusión, especialmente porque no hubo absoluta identidad de criterios con respecto al carácter de laudo que tendrían las decisiones de competencia de los tribunales arbitrales, ni otras decisiones referentes a algunos aspectos procedimentales.

El laudo arbitral ha sido concebido como una decisión definitiva y vinculante, adoptada por los tribunales arbitrales, la cual pone fin a todas o a algunas de

---

<sup>11</sup> Redfern & hunter, op. cit., pag 263

<sup>12</sup> Art. 32.2 de las Reglas de Arbitraje Internacional de Uncitral, establece expresamente que el laudo arbitral es definitivo y vinculante para las partes, quienes se comprometen a cumplirlo sin demora.

las diferencias existentes entre las partes, situación que puede abarcar el fondo del asunto, la competencia de los árbitros o algún aspecto procedimental que implique la terminación del proceso. De esta manera, el laudo se concibe como una decisión que pone fin a alguno de los aspectos del proceso arbitral, en contraste con otro tipo de providencias u órdenes procesales, las cuales, en lugar de finiquitar aspectos del proceso, constituyen actos de impulsión de estos, de parte de los tribunales arbitrales.

De este modo, las decisiones definitivas que emiten los árbitros para finalizar un litigio se denominan laudos arbitrales, de esta forma dan cumplimiento a su designación como árbitro, a diferencia del juez de jurisdicción, que al provenir de la estructura orgánica del estado tiene carácter permanente y genérica, con delimitaciones, propias en materia territorial y funcional, y su labor no culmina con la emisión de una sentencia definitiva. Es más el juez tiene la potestad para hacerla cumplir disponiendo las medidas pertinentes para ello. Los árbitros en cambio nacen de una fuente convencional y por lo tanto limitada al caso de la resolución de una situación concreta, así una vez finalizado el conflicto desaparecen sus facultades.

El laudo equivale a una sentencia, que de acuerdo a ley del arbitraje debe ser escrito bajo sanción de nulidad.

La emisión del laudo debe emitirse dentro del plazo acordado por las partes, o fijado en las normas reglamentarias, ya que al no hacerlo acarrea graves consecuencias, tanto en lo concerniente a la validez del laudo, y a la [responsabilidad](#) de los árbitros, ya que una de las ventajas de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos es precisamente la celeridad de los Procesos.

### 2.3.1 El Arbitraje Nacional.-

El arbitraje en el sistema judicial ecuatoriano es todo lo referido en la Ley de Mediación y Arbitraje en donde nos señala que un arbitraje es nacional para personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir y que sean domiciliadas en el Ecuador cumpliendo con los requisitos que se establece en esta referida ley.

En las entidades del sector público deberán cumplir requisitos especiales para someterse al arbitraje: Haber pactado un convenio arbitral con anterioridad al surtimiento de la controversia. En este convenio deberá señalarse la forma de selección de los árbitros. Este convenio arbitral deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución. La relación jurídica a la cual se refiere este convenio deberá ser de carácter contractual. Si no hubiese el convenio arbitral como previo a la controversia la entidad pública deberá solicitar un dictamen del Procurador General del Estado el que deberá ser obligatoriamente cumplido.

En el convenio arbitral del sector público constara la renuncia de este a la jurisdicción ordinaria.

Los requisitos anteriores señalados para el sector publico deben cumplirse para evitar se declare la nulidad del convenio arbitral y, consecuentemente la imposibilidad de someterse a este sistema de administración de justicia.

El convenio Arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio arbitral debe ser hecho por escrito como parte integrante del contrato principal o como documento adicional el que obligatoriamente deberá contener el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico al que se refiere. La nulidad de un contrato no afectara la vigencia del convenio arbitral.

Una vez iniciado un juicio ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje para cuyo efecto en forma conjunta solicitaran al juez respectivo el archivo de la causa fundando tal solicitud con la copia del convenio arbitral.

El convenio arbitral que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Desde luego que las partes pueden de mutuo acuerdo, renunciar por escrito al convenio arbitral en cuyo caso cualquiera de las partes puede acudir con su reclamo al órgano judicial competente. Debe existir un especial cuidado cuando se presente una

demanda ante un órgano judicial y el demandado no se opone a la misma excepcionando la existencia de un convenio arbitral. El juez respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días siguientes de la notificación. De justificarse la excepción y aceptada por el juez este dispondrá el archivo de la causa tramitada ante el. De no justificarse el juicio continuara ante su autoridad bajo el procedimiento establecido en la justicia ordinaria para ese tipo de casos.

### 2.3.2 El Arbitraje Internacional.-

El Art. 41 de la Ley Arbitraje y Mediación señala que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieran pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

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

Así el Art. 42 de la Ley de Arbitraje nos dice que el arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y Leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.

### Evolución Histórica del Arbitraje Comercial Internacional.-

La evolución histórica del mecanismo arbitral permite comprender las razones por las cuales este último ha consolidado su carácter autónomo y su razonable independencia frente a las instancias judiciales.

Se ha sostenido que: “el arbitraje constituye el mecanismo principal con el que cuentan las empresas, para resolución de los conflictos que surjan entre ellas por razón o con ocasión de sus relaciones jurídicas provenientes del comercio internacional de mercancías o servicios”<sup>13</sup>.

La consolidación del mecanismo arbitral en el marco del comercio internacional, obedece a la aceptación gradual de los distintos estados industrializados. Dicha acogida se ha traducido en el reconocimiento legislativo de postulados cardinales del arbitraje, tales como la autonomía privada, la doctrina de separación del pacto arbitral frente al contrato principal y el principio de asistencia judicial, los cuales dotan al mecanismo arbitral de un carácter autónomo con respecto a las vías judiciales.

---

<sup>13</sup> Thomas Carbonneau, “ Arbitral adjudication: a comparative assessment of its remedial and substantive status in transnational commerce” 1984 pag. 34.

Esta realidad, como es natural, ha sido cimentada mediante procesos históricos, dentro de los cuales el arbitraje comercial internacional no siempre contó con la aceptación de los principales estados impulsores del comercio internacional, tal como veremos en los casos de Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

**Caso Inglaterra.**- Durante mucho tiempo, la revisión sustancial del contrato del laudo arbitral fue una característica inmutable del derecho procesal inglés. En el siglo XVIII, por ejemplo, cualquiera de las partes de un proceso arbitral podía invocar la existencia de un error de hecho o de derecho del laudo arbitral, haciendo uso de un recurso de carácter judicial conocido en el derecho anglosajón como writ of certiorari. De esta manera, las cortes inglesas tenían la potestad para anular los laudos arbitrales, luego de realizar una revisión exhaustiva de la labor de los árbitros plasmada en sus decisiones.

Dicha situación produjo una consecuencia contraria a la pretendida por quienes abogaban por un control judicial integral del laudo arbitral. En efecto, los árbitros empezaron a emitir decisiones sin motivarlas, lo cual impedía a las cortes abordar un estudio sobre las razones sustanciales que llevaban a esos árbitros a fallar de una u otra manera.

Así pues, en 1854 fue promulgado el Common Law Procedure Act con el fin de contrarrestar esta circunstancia, uno de los preceptos de dicha normatividad obligaba a los árbitros a consultar, antes las cortes, el contenido total o parcial de los laudos proferido, de manera tal que aquellas pudiesen ejercer el debido control sobre su contenido.

Luego finalmente llegó al English Arbitration Act de 1996, normativa que modernizó el régimen del arbitraje en Inglaterra. Esta legislación aún prevé la posibilidad de que: “una de las partes cuestione, ante las autoridades judiciales competentes, el razonamiento de fondo empleado por el tribunal de arbitramento en el laudo arbitral definitivo”.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Sección 69 del English Arbitration Act.

No obstante, el régimen vigente le permite a las partes pactar la imposibilidad de recurrir a una autoridad judicial por esta situación, como también prevé que un cuestionamiento, por errores de fondo, sólo se surta si una corte competente considera procedentes el recurso, ante el agotamiento de numerosos filtros o requisitos de procedibilidad del recurso.

**Caso Estados Unidos.-** Pese a compartir las raíces del derecho inglés, el reconocimiento legislativo en el ámbito federal del arbitraje comercial, tuvo lugar con una relativa celeridad, a partir de la promulgación de la legislación arbitral federal, también conocida como United States Arbitration Act de 1925.

El rasgo fundamental de dicha normativa es la consagración del principio de la autonomía privada. Este postulado cardinal del arbitraje no solo se traduce en el reconocimiento del arbitraje como un mecanismo privado de resolución de conflictos independientes de las jurisdicción ordinaria, sino también en la consagración de la facultad de las partes para estipular el procedimiento aplicable a su respectivo proceso arbitral, sin perjuicio de los límites impuestos por el orden público, los cuales se traducen en la observancia de las garantías fundamentales del debido proceso.

Es así como el United States Arbitration Act establece una relación de asistencia y complementariedad entre las cortes y los tribunales arbitrales, en lugar de una relación basada en la desconfianza y en el correlativo control judicial de las decisiones proferidas por los árbitros.

Con el paso del tiempo, la jurisprudencia norteamericana le ha abierto camino a una causal conocida como manifest disregard of law. Sin embargo, los alcances de esta causal de anulación han sido interpretados en forma restrictiva por las cortes<sup>15</sup> y se pueden afirmar que sus lineamientos guardan cierta semejanza con algunos aspectos aislados de doctrina sobre falsa motivación, que proviene del derecho continental europeo y que es adoptada en nuestro derecho.

---

<sup>15</sup> Se ha equiparado la causal a una vía de hecho en el caso Puerto Rico Maritime Shipping Authority contra Star Lines Ltd.

**Caso Francia.**- La cortes francesas, al igual que las de Inglaterra, adoptaron una postura inicial contraria a la evolución del procedimiento arbitral; “en un fallo de mediados del siglo XIX, proferido por la Corte de Casación”<sup>16</sup>, se estableció que la estipulación arbitral o cláusula compromisoria ( clause compromissoire )<sup>17</sup> tenía un vicio de nulidad por indeterminación de su objeto, puesto que las partes les resultaba imposible determinar, con antelación, el contenido concreto de una futura disputa.

Por supuesto, el razonamiento de la Corte de Casación fue un obstáculo para el surgimiento del proceso arbitral en Francia. La vasta mayoría de los laudos arbitrales recaían sobre aquellas controversias que se originaban en un momento bastante posterior a la celebración de un negocio jurídico y cuyo sometimiento a un tribunal arbitral es acordado de antemano por dichas partes al celebrar dicho negocio jurídico. Por lo contrario no era habitual que se den laudos arbitrales sobre diferencias que, una vez habían surgido entre las partes, éstas acordaban someter a la decisión de un tribunal arbitral, la razón es práctica: para las partes es mucho más fácil estipular, de antemano y en ausencia de incidentes entre ellas, que un conflicto futuro y eventual sea dirimido en el marco de un proceso arbitral, en lugar de esperar a estipular dicha circunstancia hasta cuando el conflicto surja, ya que en este último evento, muy seguramente la relación comercial de las partes se habrá deteriorado significativamente o existirán diferencias insalvables en torno a varios aspectos de su vínculo contractual, tales como el mecanismo apropiado para solucionar sus diferencias.

En resumen la consolidación del arbitraje comercial internacional, como mecanismo autónomo e idóneo para la resolución de controversias o conflictos, tardó mucho tiempo en Inglaterra, dada la desconfianza existente frente al razonamiento de los árbitros o al temor sobre la pérdida de uniformidad en la aplicación de la ley comercial. Con el tiempo, las realidades comerciales y la

---

<sup>16</sup> Carbonneau, op., pag 53.

<sup>17</sup> La cláusula compromisoria es la estipulación contractual, por medio de la cual las partes acuerdan el sometimiento de una controversia futura a la decisión definitiva y exclusiva de uno o más árbitros.

congestión de la justicia ordinaria posibilitaron una sucesión de cambios legislativos, los cuales reconocieron gradualmente la importancia, independencia e idoneidad del arbitraje.

#### 2.4. La Negociación Directa.-

La negociación es una actividad que se halla presente en todos los órdenes de la vida. Los escenarios familiares, estudiantiles, laborales, sociales, políticos y así, sucesivamente, hasta llegar a la más abarcadora de las visiones, o sea la de las naciones organizadas, sirven de marco para que los intereses y sus representantes tejan cotidianamente la dinámica cotidiana de la vida.

Desde su perspectiva individual y hasta la última de sus participaciones grupales, el hombre persigue la satisfacción de sus necesidades y aspiraciones. Estas cobran significación y generan un accionar en consecuencia, dirigido al cumplimiento de objetivos tan diversos como pueden serlo sus motivaciones originarias. Las conductas se entrelazan y confrontan con las de sus congéneres, dando lugar a una interacción en la que cada parte tratará imponer lo propio, para lo cual optarán por trabajar, luchar, transigir, colaborar, ceder, avanzar o retroceder, según sea el caso.

Desde la época de las primeras formas auto compositivas de justicia hasta nuestros días y acorde con su evolución social, el hombre ha ido modificando su actitud ante los intereses contrapuestos y aunque no por ello han desaparecido los conceptos de amigos y enemigos, aliados y adversarios, los nuestros y los otros, ni las manifestaciones de violencia, los procesos y los marcos normativos tienden a actualizarse recíproca y permanentemente al ritmo de la vida en sociedad, en este contexto se ubica la puja de intereses cuya satisfacción constituye el objetivo de la negociación. Esta presupone la imprescindible existencia de comunicación entre las partes, tendiente a influenciar la conducta del otro para optimizar la satisfacción del interés propio.

La existencia de dos o más partes con intereses totales o parcialmente contrapuestos o incompatibles y alguna forma de manifestación por alguna de ellas que dé cuenta a la otra de su voluntad de satisfacerlos, nos aproxima a la

noción común de conflicto. Esta implica para las partes la potencialidad de ganancia o pérdida, o lo que es igual, la generalizada noción de que satisfacer los intereses de uno debe ir en desmedro de los de su contraparte. En este sentido, ganar tiene su correlato en la pérdida del otro.

Así, en los procesos judiciales, ante las posiciones asumidas por los adversarios en la demanda y su contestación, acreditados los hechos a través de la producción de la prueba y valorada la misma, el Juez decide a favor de uno u otro. Uno gana y otro pierde el litigio.

Esta modalidad de confrontación se contrapone a la de cooperación que se propone a través de la implementación de los métodos alternativos de resolución de conflictos, especialmente, la mediación, de naturaleza auto compositiva en cuanto a que las partes se las arreglan para poner fin, o de no ser ello posible, para administrar sus diferencias sin delegar la jurisdicción en su sentido más lato.

Párrafo aparte merece la ubicación del arbitraje dentro de este contexto, ya que, el compromiso o la cláusula arbitral manifiestan la voluntad de las partes para auto componerse y sin perjuicio de ello, también recurren a un tercero para que arbitre la disputa con su laudo, al que reconocen como obligatorio.

En la mediación será la negociación el vehículo para llegar al posible acuerdo. Pero no cualquier negociación será la más adecuada. La meramente distributiva que gire en torno a la clásica oferta y contraoferta que dé lugar al regateo, con el objetivo final de partir las diferencias, estará limitada al juego de las posiciones y su resultado quedará a expensas de la objetividad o subjetividad de los anclajes que aquéllas puedan generar.

## CAPITULO TERCERO EL ARBITRAJE

### 3.1. Validez del Sistema Arbitral.-

“El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”.<sup>18</sup>

“La clara tendencia de recurrir al arbitraje se explica por varias razones, entre ellas el desarrollo de los negocios internacionales y la consiguiente necesidad de un sistema mundial uniforme de solución de controversias”<sup>19</sup>. Siendo así que la justicia ordinaria ha llegado a un punto en donde no tiene retorno a menos que se apliquen medidas fuertes y prontas para la mejoría de la misma. En el Ecuador el arbitraje permanece inexplorado, tanto en la teoría como en la práctica. Esto se debe principalmente a la hostilidad que históricamente

---

<sup>18</sup> Art. 1 Ley de Arbitraje y Mediación.

<sup>19</sup> Un mundo, un método. La globalización de las transacciones y relaciones ha creado ahora la necesidad de un sistema mundial de resolución de conflictos." ( traducción del autor ) Roger S. Haydock, "Civil Justice and Dispute Resolution in the Twenty-First Century: Mediation and Arbitration Now and for the Future", William Mitchell Law Review, 27 (2000), p. 758.

Latinoamérica ha guardado ante la institución del arbitraje, reflejada en la inadecuada legislación interna y recelo injustificado de las cortes jurisdiccionales. Asimismo, ha sido determinante en este entorno la falta de conocimiento sobre la figura del arbitraje por parte de los abogados practicantes y la comunidad litigante.

Si el arbitraje es concebido bajo una perspectiva jurisdiccional, se ha de entender que el proceso, como tal, está sujeto al control permanente del Estado. Se considera que las funciones del árbitro se asemejan a las de los jueces, pues uno y otros deben actuar merced a una delegación de funciones del Estado. Es factible afirmar que esta concepción del arbitraje le resta relevancia a la cooperación de las cortes frente al arbitraje, ya que los árbitros y las cortes reciben prácticamente el mismo tratamiento.

Con todo, la concepción jurisdiccional del arbitraje, como un asunto de orden público, ignora que dicho mecanismo para la resolución de conflictos, surgió como un fenómeno económico de carácter privado. En particular, ignora que el proceso arbitral surge como consecuencia de un acuerdo privado, y que, en consecuencia, la competencia de los árbitros está dada por las partes. “En la práctica, el origen privado de la competencia de los árbitros, acarrea limitaciones en el ejercicio de sus funciones”.<sup>20</sup>

Es innegable que la efectividad del proceso arbitral depende de la asimilación de las decisiones arbitrales a las de los jueces. Así mismo, la ley establece los requisitos de validez de los procesos arbitrales, algunas de sus normas de orden público, particularmente aquellas pertinentes a las garantías mínimas del debido proceso, son aplicables al procedimiento, independientemente de las estipulaciones de las partes sobre conducción del procedimiento.

Para determinar la naturaleza jurídica del arbitraje hay básicamente dos teorías: la contractualista que establece que es un mero contrato y la jurisdiccionalista que dice que los árbitros son verdaderos jueces. En todo caso podemos decir claramente que el árbitro proviene de un contrato y lo desarrolla procesalmente; puede haber en realidad, tratando de ir a una posición ecléctica de lo uno y de lo otro, o sí se quiere un contrato que establece una jurisdicción

---

<sup>20</sup> Por ejemplo, se ha visto que las controversias relativas a la propiedad intelectual son susceptibles de ventilarse en un proceso arbitral, pero que el alcance del laudo arbitral respectivo, suele abarcar únicamente a las partes.

particular y que en la práctica sería, tomando un concepto una privatización de la justicia, salvo la ejecución.

Cabe recalcar que la validez del sistema arbitral está estipulada por la ley, tratados internacionales y por el cumplimiento de los procedimientos pactados en los convenios arbitrales de las partes litigantes.

### 3.2. Arbitraje Administrado o Independiente.-

El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a la ley de arbitraje y mediación y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley<sup>21</sup>.

Para que un arbitraje sea administrado, debe existir necesariamente un acuerdo entre las partes firmantes del convenio arbitral que así lo establezca, es decir, las partes al momento de plasmar su vínculo en un determinado acto jurídico, que contenga un convenio arbitral, previsto para la solución de cualquier controversia que se presente en la ejecución del citado acto jurídico, deberán manifestar su intención de someterse incondicionalmente a la administración del proceso a iniciarse por una institución arbitral, sólo en esos supuestos los mencionados Centros de Arbitraje tendrán competencia para conocer y administrar un determinado proceso arbitral.

Aquellos casos en los que no exista el acuerdo precitado, constituirán lo que se conoce como Arbitraje Independiente, aquellos procesos donde no se pacta expresamente la sumisión a ninguna de las instituciones arbitrales, lo que significa que el proceso arbitral será administrado por los mismos árbitros, quienes designarán a un secretario ad hoc para las colaboraciones del caso.

El arbitraje administrado y el arbitraje independiente se presentan en escenarios distintos, cada uno ofrece ventajas importantes y otorga a las partes la posibilidad, de ser ellas mismas las que escojan la vía a utilizar, para ello es imperiosa la difusión de dichas figuras a efectos de que exista un real conocimiento de sus aspectos positivos y negativos que permita una elección acorde con las necesidades de las mismas partes.

---

<sup>21</sup> Art. 2 Ley de Arbitraje y Mediación.

El arbitraje independiente a diferencia del administrado, viene logrando un crecimiento acelerado; si bien no existe una estadística actualizada que así lo demuestre, es un suceso que no puede dejar de mencionarse, más aún si es una verdad reconocida por los profesionales que activamente participan en la esfera arbitral, lo que genera una necesidad de análisis frente a las desventajas y problemáticas que se presentan alrededor de esta figura.

Para lograr este cometido he realizado una comparación objetiva de lo que constituyen las principales ventajas del arbitraje administrado frente al arbitraje independiente, para saber cuales son los beneficios para las partes que en un futuro proceso arbitral.

Así podemos señalar como ventajas comparativas las siguientes:

### **Seguridad:**

El arbitraje administrado ofrece una mayor seguridad a las partes en comparación con el independiente, especialmente en lo que se refiere a:

#### **1. Confianza y previsibilidad en la tramitación de los procesos arbitrales.-**

Cuando las partes deciden someter sus futuras controversias a un arbitraje administrado ante cual quiera de las instituciones arbitrales existentes, tienen la posibilidad de conocer en ese momento las reglas que regirán el proceso a entablarse.

Cada institución arbitral posee un reglamento procesal, así como otras normas que son aplicables a aquellos procesos sometidos bajo su administración, normas que se presumen conocidas por las partes al momento de pactar un arbitraje institucionalizado. A diferencia del arbitraje independiente, donde recién con la notificación del acta de instalación del Tribunal Arbitral pueden conocer las reglas a aplicarse sobre las que se regirá el proceso en cuestión.

El conocer de manera previa esa información, genera una confianza en las partes, debido a que tendrán la certeza de que las reglas de juego no serán cambiadas a lo largo de la tramitación del proceso.

#### **2. Ubicación de la Sede del Tribunal Arbitral.-**

Otro aspecto importante en este sistema lo constituye la sede del Tribunal Arbitral.

En un arbitraje administrado la sede del Tribunal Arbitral será en todos los casos el local de la institución arbitral, donde las partes podrán presentar sus escritos, asistir a las audiencias que se programen, realizar las lecturas de los expedientes y comunicarse con los secretarios designados a fin de averiguar el estado de sus procesos, todo ello dentro del horario que el mismo centro establezca.

En el arbitraje independiente la sede del Tribunal Arbitral es desconocida, siendo en la mayoría de los casos el local constituido por el estudio jurídico de alguno de los miembros del Tribunal Arbitral.

Ello podría generar desconfianza en alguna de las partes, en especial si nos encontramos frente a un caso con un Tribunal Arbitral integrado por tres miembros, donde la sede del arbitraje sea el local de uno de los árbitros de parte, lo que podría generar suspicacias y temores en la otra parte sobre la relación que existe entre su contraparte y el árbitro a quien designó, sobre todo en situaciones especiales como por ejemplo la solicitud de una medida cautelar, que implica absoluta reserva hasta su resolución.

Por dicha razón es que el hecho de tener una sede distinta al lugar de trabajo de algunos de los árbitros, representa una seguridad adicional y una tranquilidad mayor que facilita las actuaciones de las partes dentro de los procesos arbitrales.

### **3. Conservación del Expediente.-**

Otra diferencia a resaltar, es la referida a la conservación del expediente, una vez que se haya culminado con todas las actuaciones arbitrales.

Las instituciones arbitrales se encargan de la conservación del expediente por un periodo determinado, al término del cual pueden optar por desprenderse de los mismos, lo cual es de conocimiento de las partes que delegan en dichas instituciones la administración de sus procesos. Durante dicho periodo, las partes pueden solicitar las copias que consideren pertinentes, así como la devolución de las piezas procesales que les son de necesaria conservación, teniendo la certeza de que, hasta que culmine el término de la conservación el expediente estará en buen resguardo dentro de los archivos de los Centros de Arbitraje.

Esa seguridad no la conseguirán las partes dentro de un arbitraje independiente, donde culminado el proceso no se sabrá a ciencia cierta ni el lugar donde se conservará el expediente, ni el plazo que dura dicha conservación. Podría encargarse de ello uno de los árbitros, quizá el secretario ad hoc del proceso, empero si las partes necesitaran alguna copia o la devolución de determinadas piezas procesales tendrían que realizar distintas diligencias a fin de ubicar el expediente, y otras más para conseguir lo buscado. Incluso en algunos casos, son los mismos árbitros los que solicitan la conservación del expediente a las instituciones arbitrales, quienes no se encuentran obligadas a ello, sin embargo lo pueden realizar, lo que podría implicar un costo, los cuales tendrían que ser asumidos por las partes, incrementando sus gastos del proceso.

Es importante la conservación del expediente por un lapso de tiempo determinado, pero más importante es, conocer el lugar donde se custodia el expediente, debido a que se podría necesitar información relevante que sólo se puedan hallar dentro de los actuados del proceso.

En el arbitraje independiente, las partes tienen la posibilidad de establecer, por si solas, las reglas aplicables a su controversia específica, de tal manera que el procedimiento responda a las características de ésta y a las realidades que su operación comercial. A falta de una estipulación de las partes en ese sentido, los árbitros establecen el procedimiento que se ha de seguir, generalmente en una audiencia preliminar. Las reglas de procedimiento pueden ser aquellas que las mismas partes o los árbitros quieran estructurar, como también se pueden hacer referencias a un sistema normativo existente que le dé mayores garantías de certeza al trámite arbitral. Por lo general cuando se habla de un sistema normativo aplicable al desarrollo de un arbitraje independiente, se hace referencias a las Reglas de Arbitraje Internacional de la Uncitral, ya que éstas están específicamente diseñadas para ofrecerles a las partes un marco procedimental flexible y suficiente, que responda adecuadamente a su arbitraje, cabe señalar que las Reglas de Arbitraje Internacional de la Uncitral no circunscriben su aplicación a los arbitrajes independientes. Sus disposiciones, por ejemplo, se pueden emplear en los arbitrajes entre Estados o entre Estados e inversionistas.

El arbitraje independiente y su correlativa flexibilidad no se agotan en la facilitación del trámite arbitral como tal. También resultan fundamentales cuando las partes requieran garantías de neutralidad en su respectivo arbitraje, lo cual, a su vez, se ve reflejado en la amplia difusión y acogida que ha tenido el arbitraje independiente en el ámbito de los arbitrajes comerciales.

Así el arbitraje independiente le da flexibilidad al procedimiento arbitral y le permite a las partes, especialmente cuando hay un Estado de por medio, activar un marco procedimental que sea considerado equitativo y neutral por dichas partes, en lugar de resignarse a aceptar las reglas procesales de los países o partes litigantes.

Por supuesto, el arbitraje independiente tiene el inconveniente de depender, en buena medida, de la cooperación de las partes para que el trámite se pueda realizar sin dilataciones. La falta de cooperación puede llegar a ser problemática, en aquellos eventos en los cuales una de las partes rehúsa cooperar con antelación a las constitución del tribunal de arbitramento, pues en ese caso el único recurso disponible para la parte agraviada consiste en acudir a las cortes del lugar o sede del arbitraje para que éstas ordenen la constitución del respectivo tribunal siempre y cuando dichas cortes tengan la competencia para ello, lo cual no siempre ocurre.

El arbitraje independiente tiene que pactarse en una cláusula compromisoria contenida en el texto contractual de un negocio jurídico, la cláusula compromisoria, en lugar de ser una estipulación cuyo único objeto es pactar la sujeción de una diferencia futura a un tribunal arbitral, constituye un manual de resolución de conflictos en el cual las partes establecen diferentes mecanismos de acercamiento antes de acudir al arbitraje.

Por su parte, el arbitraje administrado se presenta cuando las partes estipulan que el trámite arbitral será administrado por un centro de arbitraje de conformidad con su reglamento y manual operativo. Aquí existe una mayor preocupación de las partes por tener un marco procedimental predecible, que por contar con un conjunto de reglas que, pese a su flexibilidad, no siempre resultan aplicables a lo largo del trámite arbitral.

El arbitraje administrado tiene la ventaja de contar con un grupo de profesionales y funcionarios, pertenecientes al centro de arbitraje respectivo, quienes se encargaran de asegurar el adecuado desarrollo del procedimiento

mediante el ejercicio de funciones administrativas. Además, debido al alto volumen de procedimientos arbitrales que se realizan según las reglas del centro de arbitraje correspondiente, cada uno adquiere importantes experiencias en torno a los aspectos positivos y negativos derivados de la aplicación de esas reglas, razón por la cual, existe un proceso periódico de revisión y actualización normativa que se traduce en un mejoramiento de los reglamentos arbitrales y en una mayor certeza de las partes en torno a su contenido.

Además, el arbitraje administrado tiene como principal inconveniente sus altos costos. Por lo siguiente la doctrina internacional ha afirmado que la intervención administrada del centro de arbitraje suele ser incómoda para las partes, pues éstas esperan celeridad y flexibilidad dentro del trámite. Con todo, el ejercicio de funciones administrativas tiene por objeto garantizar que el procedimiento se adelante conforme a las reglas del centro de arbitraje, lo cual es positivo para las partes, en medida en que el laudo arbitral definitivo seguramente carecerá de vicios de nulidad que le quiten su carácter final y obligatorio.

### 3.3. Arbitraje de equidad o Derecho.-

Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

“Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados”<sup>22</sup>.

El arbitraje en equidad es la modalidad por excelencia de la intermediación entre las partes litigantes. Todos los arbitrajes se realizan por este procedimiento salvo si las partes solicitan expresamente el arbitraje en Derecho, he aquí un cuadro comparativo entre países latinoamericanos sobre el arbitraje en equidad o derecho:

---

<sup>22</sup> Art. 3 Ley de Arbitraje y Mediación.

“

<b>CLASES DE ARBITRAJE</b>	
<b>BOLIVIA</b>	<p>No especifica las clases de arbitraje existente. Sin embargo, establece que los árbitros decidirán el fondo de la controversia con arreglo a las estipulaciones del contrato principal. Tratándose de un asunto de naturaleza comercial, tendrá además en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.</p> <p>Salvo pacto en contrario, el Tribunal Arbitral decidirá según la equidad, conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.</p> <p><b>Ley de Arbitraje y Conciliación, Art. 54</b></p>
<b>CHILE</b>	<p><b>Árbitros de derecho.-</b> Se llaman así los que son elegidos con calidad de dar su fallo sujetándose estrictamente a las leyes. Deben someterse, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida.</p> <p><b>Arbitradores o amigables componedores.-</b> Son los llamados a fallar sin sujeción estricta a la ley y obedeciendo únicamente a lo que la equidad y su prudencia les dicte.</p> <p><b>Árbitros mixtos.-</b> Son aquellos a quienes se concede la facultad de arbitradores en cuanto al procedimiento, limitándose al pronunciamiento de la sentencia en aplicación estricta de la ley.</p> <p><b>Código Orgánico de Tribunales, Art. 223</b> <b>Código de Procedimiento Civil, Arts. 628 y 636</b></p>
<b>COLOMBIA</b>	<p><b>Arbitraje en derecho.-</b> Es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. El árbitro deberá ser abogado inscrito.</p> <p><b>Arbitraje en equidad.-</b> Es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.</p> <p><b>Arbitraje técnico.-</b> Se da cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio.</p> <p><b>Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Art. 115</b></p>
<b>ECUADOR</b>	<p><b>Arbitraje de equidad.-</b> El laudo se expide en equidad.</p>

	<p>Los árbitros actúan conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. Los árbitros no son necesariamente abogados.</p> <p><b>Arbitraje de derecho.-</b> El laudo se expide fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. Los árbitros deberán ser abogados.</p> <p>A falta de convenio, el fallo laudo será en equidad</p> <p><b>Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 3</b></p>
<b>PERU</b>	<p><b>Arbitraje de derecho.-</b> Cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable.</p> <p><b>Arbitraje en conciencia.-</b> Cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.</p> <p><b>Ley General de Arbitraje, Art. 3</b></p>
<b>VENEZUELA</b>	<p><b>Arbitraje de derecho.-</b> Cuando los árbitros fundamentan el laudo observando las disposiciones de derecho.</p> <p><b>Arbitraje de equidad.-</b> Cuando los árbitros proceden con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad.</p> <p>Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho.</p> <p><b>Ley de Arbitraje Comercial, Art. 8</b></p>

23

El arbitraje en equidad es aplicado en situaciones de confianza donde no hace falta aplicar las normas jurídicas o la jurisprudencia, sino los criterios de justicia propios de los árbitros conforme al lugar de las partes en conflicto, no así el arbitraje en derecho es aquel ajustado a la ley que debe fundar su resolución en las normas legales y jurisprudencia vigentes.

En nuestra legislación, tratándose del árbitro de derecho no dice en nuestro código que procedimiento debe aplicar. Al respecto ya sabemos que el árbitro en equidad no tiene que sujetarse a la ley, pues puede aplicar cualquier procedimiento que le digan las partes, pero el árbitro de derecho sí tiene que

<sup>23</sup> <http://www.cajpe.org.pe/rrij/bases/marcs/f4.HTM>, elaborada por la Comisión Andina de Juristas.

sujetarse a la ley y no se ha dicho que procedimiento se va a aplicar para tramitar la controversia, ¿Qué vía va a arbitrar el árbitro de derecho? Y surge la duda, la del juicio ordinario, ateniéndose a lo que dice la ley que, siempre que no se establece un trámite se entenderá que debe arbitrarse en la vía ordinaria, ¿será el trámite propio para el asunto materia del arbitraje? ¿Si es sobre un documento título valor será el juicio ejecutivo? Si es un asunto comercial, ¿será verbal sumario?, esto no está dicho en nuestra ley pero podría mantenerse en dos teorías, o bien el juez al aplicar la ley la aplica en toda sus extensión, por la vía que corresponda al asunto objeto del arbitraje o bien va a aplicar el trámite del juicio ordinario.

“En el laudo, que es el fallo, deben resolverse todas las cuestiones que pidan las partes y nada más que eso, no hay lugar a fallos que vayan a lo extra petita o a lo ultra petita, que en nuestro sistema ni siquiera al juez le está permitido”<sup>24</sup>. De acuerdo con la modalidad de arbitraje en derecho, los árbitros deben resolver los méritos de la controversia de conformidad con las reglas de derecho aplicables, bien sea que éstas sean estipuladas por las partes o bien sea que dichas reglas sean determinadas por los árbitros en ausencia de una estipulación de las partes. Actualmente la normativa aplicable para resolver el conflicto, no se suele circunscribir únicamente a las leyes nacionales, pues es viable la aplicación de cualquier sistema normativo, como lo puede ser un conjunto de reglas comunes pertenecientes a varios Estados “(tronc commun doctrine)”<sup>25</sup>. Una de las características principales es que asegura el respeto y la aplicación, los por árbitros, de las garantías fundamentales del debido proceso durante todo el trámite arbitral.

En el arbitraje en equidad, los árbitros están facultados para emitir una decisión con prescindencia de las reglas de derecho, en otras palabras los árbitros podrán emplear su leal saber y entender para emitir el laudo correspondiente.

---

<sup>24</sup> Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales, Arbitraje en conflictos civiles y comerciales, Juan Falcón Puig.

<sup>25</sup> La modalidad tronc commun doctrine fue puesta en práctica en el caso Channel Túnel Group and France Manche S.A. contra Balfour Beatty Construction 1993, donde las parte estipularon, como normativa aplicable al contrato, el conjunto de reglas comunes de derecho pertenecientes al sistema Inglés y Francés.

Con todo, el arbitraje en equidad no significa en modo alguno que los árbitros, so pretexto de decidir con base en sus consideraciones personales, emitan un fallo abiertamente arbitrario, ya que la observancia de las garantías mínimas del debido proceso es una condición sine qua non para la validez del laudo arbitral.

En este orden de ideas, conviene retomar los lineamientos señalados por la doctrina y jurisprudencia, en torno a los requisitos que a de cumplir el arbitraje en equidad en la legislación colombiana:

- Las partes deben estipular que el laudo se ha de proferir en equidad, pues de lo contrario se presume que es en derecho. Al respecto debemos señalar que la legislación ecuatoriana señala en su art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación que a falta de convenio, el fallo será en equidad.
- Se debe salvaguardar el debido proceso.
- La decisión se debe fundamentar en pruebas, a pesar de que la ponderación de las mismas se puede llevar a cabo como los árbitros lo consideren prudente.
- El laudo debe ser motivado, aunque las razones de la decisión sean simples motivaciones de sentido común.
- Los árbitros deben acatar los principios generales de derecho y las normas de orden público, las cuales son inderogables.

El arbitraje en equidad ha recibido fuertes críticas en el plano internacional, pues se considera inadmisibles que los árbitros tengan la potestad de decidir de conforme con su leal saber y entender. Sobre el particular, vale la pena citar la siguiente opinión de Lord Justice Singleton<sup>26</sup>:

“El deber de un árbitro es decidir las cuestiones que le han sido referidas de acuerdo con los derechos de las partes reconocidos en la ley y no según lo que éste considera como justo o equitativo en las circunstancias”

---

<sup>26</sup> Mauro Rubino-Sammartano, “Amiable compositeur ( Joint Mandate to settle ) and Ex Bono et Aequo ( Discretionary authority to mitigate strict law ): apparent synonyms revisited “ en 9 Journal of International Arbitration 1992.

Un sector de la doctrina sostiene que el arbitraje en equidad pretende que los árbitros profieran el laudo arbitral de conformidad con los principios generales de derecho y, en particular, según los principios de interpretación de contratos. En otras palabras, el arbitraje en equidad, así entendido, implica que los árbitros únicamente deben analizar las estipulaciones contractuales y las circunstancias fácticas que rodean la celebración y ejecución del contrato, de tal manera que no exista una aplicación de la ley sustancial a la resolución de la controversia. Este tipo de arbitraje también faculta a los árbitros para ajustar cláusulas leoninas o excesivamente onerosas para una de las partes, según los principios generales de derecho que resulten aplicables.

El problema que existe con el arbitraje en equidad es su asimilación a una modalidad atenuada del arbitraje en derecho, ya que no puede subsistir, por sí solo, como una modalidad distinta e independiente. Todo parece indicar que el arbitraje en equidad se diferencia del arbitraje en derecho, por razón de la libertad que, en el arbitraje en equidad, tiene los árbitros para emitir una decisión sin aplicar expresamente las reglas de derecho positivo. Pero dicha amplitud puede llegar a ser ilusoria, puesto que la observancia de los principios generales de derecho, de las normas de orden público, de las garantías del debido proceso y del deber de expresar la ponderación de las pruebas en forma razonada, convierte el leal saber o entender de los árbitros en una excepción más que en una regla general.

### 3.4. Capacidad para acudir al arbitraje.-

El Art. 4 de la ley de Arbitraje y Mediación señala “que podrán someterse al arbitraje regulado por esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia,

deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a las jurisdicción ordinaria, deberá ser firmando por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral”.<sup>27</sup>

La capacidad de ejercicio para contratar es la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un contrato. Habrá incapacidad para obrar o de ejercicio a propósito de los contratos, cuando una persona no pueda celebrar por sí misma un contrato, pero esté en aptitud de hacerlo a través de un representante.

La capacidad de contratar es una subespecie de la capacidad de obrar o de la capacidad de ejercicio y consiste en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de sustitución o de asistencia de otras personas.

Acerca de la capacidad para contratar es de advertir que la regla general es que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, la incapacidad en una o en ambas partes que han celebrado un contrato es causa de invalidez de éste y da origen a una acción de nulidad relativa, de la cual, no podría valerse cualquier interesado, sino solo el mismo incapaz, si bien podría convalidarse por confirmación o por prescripción el mencionado contrato.

Así en relación con la capacidad para contratar hay que considerar la cuestión a la posible intervención de un tercero en el contrato. Al efecto, cuando en la celebración de un contrato interviene un tercero, la función de éste puede ser muy diversa: Mediador, si simplemente aproxima o pone en contacto las partes; Nuncio, si solo transmite la voluntad de una de las partes; o Representante, si

---

<sup>27</sup> Art. 4 Ley de Arbitraje y Mediación.

es quien celebra el contrato por cuenta y nombre de una de las partes. En los dos primeros casos, ni el mediador ni el nuncio requieren tener capacidad para contratar, pero las partes sí deben ser capaces de contratar para que el contrato sea válido. En cambio en el caso del representante, se necesita que éste sea capaz para contratar, porque es éste quien manifiesta su voluntad, la cual produce efectos jurídicos con relación al representante, quien no siempre necesita ser capaz de contratar.

En materia de contratos, hay que distinguir tres figuras:

- La capacidad para contratar: que es una subespecie de la capacidad de ejercicio aplicada al contrato. Por regla general tienen esta capacidad todas las personas, salvo las expresamente exceptuadas por la ley, en cuyas hipótesis excepcionales se encuentran los menores de 18 años, los sordomudos analfabetos, los ebrios consuetudinarios y los dementes sujetos a interdicción.
- La formalidad habilitante: que consiste en una autorización o permiso que a una persona capaz se otorga por una autoridad judicial o administrativa, para la celebración de un determinado contrato. En este caso se hallan los cónyuges que necesitan autorización para contratar entre sí, y el menor emancipado que requiere también autorización judicial, para enajenar o gravar los bienes inmuebles de su propiedad. En todos estos casos no se plantea una cuestión de incapacidad, porque las personas de referencia tienen capacidad para contratar en general; pero, sin embargo, para celebrar determinados contratos, en función de la persona con quien se contrata o en razón del objeto del contrato, requieran de una autorización judicial o de un permiso administrativo. La falta de una o de otro, en su caso, hace que el contrato esté afectado de nulidad relativa, ya que el contrato produce sus efectos hasta que se pronuncie su nulidad y, sobre todo, el contrato en cuestión puede ser convalidado posteriormente a través de la autorización judicial o del permiso administrativo que para el efecto se obtenga.

- La legitimación para contratar: que es la aptitud reconocida por la ley en una determinada persona para que pueda ser parte de un contrato determinado. La falta de legitimación para contratar producen el contrato nulidad absoluta, porque las normas que privan de legitimación a determinadas personas en relación con ciertos contratos son verdaderas normas prohibitivas. Así como se menciona la capacidad de ejercicio para contratar, entendida como la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí en el contrato sin necesidad de substitución o de asistencia; también se alude a la incapacidad de goce para contratar cuando una persona no puede ni por sí ni por medio de representante ser parte en un terminado contrato. En este sentido, la legitimación puede equipararse a las capacidad de goce para contratar y se distingue de la antes mencionada capacidad de ejercicio para contratar, en que esta última el contrato no puede celebrarse directa o personalmente por el incapaz, pero puede, en cambio celebrarse a través de representante legal, en tanto que cuando haya falta de legitimación no puede celebrarse el contrato en cuestión ni por sí ni por medio de representante.

### 3.5. Definición de Convenio Arbitral.-

Si bien ya se ha hablado sobre el convenio arbitral en el capítulo segundo haremos un análisis más profundo sobre lo que señala la ley y la doctrina.

El art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que “el convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o

cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje. La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral. No obstante de haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él”.<sup>28</sup>

Se trata del pacto incluido en un contrato o en documento anexo a éste, por el cual los contrayentes acuerdan someter las futuras y eventuales diferencias que pueden surgir con motivo del mismo, a la resolución de un tribunal arbitral. Se advierte que fáctica y jurídicamente el fin de tal controversia es substraer del ámbito judicial el tratamiento de las cuestiones que el negocio causal, instrumentado en el contrato, puede originar, remitiéndole a la decisión de árbitros con facultades de juzgar en derecho o equidad.

Existen autores que al acuerdo arbitral se le ha asignado el carácter de “carta magna” y “razón de ser del arbitraje”<sup>29</sup>, dados los efectos que sus cláusulas producen en la relación inter partes en todo el proceso arbitral, al fijar las pautas del mismo, estableciendo los límites de actuación de los árbitros, cuyo apartamiento produciría la nulidad del laudo.

Por su parte, el compromiso arbitral, nace con el acaecimiento del conflicto, se encuentre o no en etapa judicial, y en relación a éste deben cumplirse las formalidades indicadas en la Ley. Dado el carácter contractual que se adjudica al convenio arbitral, en su faz preparatoria o previa propia de la cláusula compromisoria o definitiva, en el compromiso según disposiciones procesales o ante criterios modernos en su concepción, eliminando la diferencia entre ambos instrumentos; es decir cláusula compromisoria y compromiso arbitral, y la necesidad de su sucesiva formulación, es necesario que aquél contenga los requisitos propios de los actos jurídicos, estos son, consentimiento, capacidad, objeto y causa lícita.

---

<sup>28</sup> Art. 5 Ley de Arbitraje y Mediación.

<sup>29</sup> Cremades Sanz Pastor, “El proceso arbitral en los negocios internacionales” en Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario, dic 1984, nº 1432 pag. 20

Así, el consentimiento debe ser lo suficientemente preciso para crear una excepción a la regla general, según el cual el Estado retiene el monopolio de la administración de justicia.

Como se sostiene, el compromiso arbitral, es una institución inconveniente provocando serias fisuras dentro del trámite arbitral, al exigir a las partes, luego de acaecido el hecho origen del conflicto, tener que expedirse sobre puntos integrantes del mismo. No se ve ello subsanando con los resortes otorgados por dichas disposiciones, al permitir el planteo por parte afectada, solicitando que se intime a la contraria a realizar el acto o que el juez lo otorgue por él porque ello requiere de largos trámites judiciales.

### 3.6. Otras Formas de Someterse al Arbitraje.-

“El art. 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje”.<sup>30</sup>

La expansión del uso de la cláusula arbitral en la actividad económica ha estructurado cláusulas compromisorias de estilo, aplicables a distintos actos jurídicos. Así en Italia, por ejemplo: “*per arbitrato in caso di controversia su materia societaria; per contratti de cessione di azienda; per contratti di affitto di azienda; per contratti aventi per oggetto la cessione di immobili-Preliminare e Contratto; per contratti relativi a cesión di crediti commerciali; pero contratti di locazione di immobili urbani destinati ad uso abitativo e non abitativo; da inserire nei regolamenti; per contratti di mandato; per contratti di agencia; percontratti di mutuo; etc*”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Art. 6 Ley de Arbitraje y Mediación.

<sup>31</sup> Ferronato Francesco y Rebecca Giuseppe, Formulario dell' arbitrato Milán, 1997 II Sole 24 Ore.

Por otra parte, los tribunales arbitrales argentinos sugieren cláusulas de estilo, preparadas por propios Centros, que son aplicables por los usuarios y conformadas por disposiciones legales, todo ello con carácter facultativo.

Si bien el “pacto arbitral” al integrar el contrato negocial, tiene en principio un carácter accesorio, se ha evolucionado en su configuración otorgándole cierta autonomía, con importantes efectos en materia arbitral, al considerarse independiente del contrato principal, materia de litigio, por lo que aquél no se ve afectado por los hechos determinantes de extinción, invalidez o suspensión de la eficacia del contrato.

### **Competencia de la competencia ( Kompetenz-Kompetenz ).-**

El principio de autonomía está relacionado en el trámite arbitral con la llamada “competencia de la competencia”, por la cual el propio tribunal arbitral; no la autoridad judicial, está facultado para resolver los conflictos de jurisdicción ante el planteo por una de las partes contratantes.

Consiguientemente, la parte demandada, ante la autoridad judicial, está facultada para oponer la excepción de arbitraje, planteando la incompetencia de la justicia ordinaria.

### **Teoría contractualista.-**

En cuanto a la llamada teoría contractualista, cabe su reparo ante los arbitrajes forzosos u obligatorios, en los cuales no se exige el previo consentimiento de los intervinientes. Por otra parte, la configuración como mandato sui generis, no alcanza a delimitar su real estructura, dado que no actúan los árbitros en representación de las partes aún en el caso que sean nombrados por ellas. Para esta teoría, el origen del instituto y el carácter de los árbitros pertenecen al ámbito privado, no siendo estos últimos jueces, en la medida de lo dispuesto por la normativa legal, careciendo del atributo propio de los mismos.

Además el trámite procedimental se debe adecuar primordialmente al acuerdo de las partes, aspecto que lo separa del alcance que las facultades jurisdiccionales otorgan a los jueces del Estado.

### **Teoría jurisdiccional.-**

Por el contrario los partidarios de la teoría jurisdiccional se inclinan a sostener que el acuerdo de voluntades en su origen; salvo en el arbitraje forzoso, se da pura y simplemente para acordar lo concerniente al proceso arbitral, ya sea en

cuanto a la designación de los árbitros, sus facultades, los trámites en sí de la instancia arbitral; pretensiones, defensas, etapa probatoria, alegatos, laudos, recursos, ejecución.

Los árbitros, para esta teoría, son jueces que actúan en la esfera privada, y dictan laudos con efectos propios de las sentencias judiciales, derivando su jurisdicción, más allá de lo acordado por las partes.

### **Teoría mixta.-**

Para que en el arbitraje se den las pautas que destacan los partidarios de las previas teorías expuestas, se ha elaborado una tercera opinión que coordina ambos criterios, conviviendo el origen contractual del arbitraje y el aspecto cuasi jurisdiccional que explica su adopción.<sup>32</sup>

La materia arbitral comprende aspectos vinculados al derecho público y privado, tendientes a mantener el equilibrio entre las partes intervinientes en las relaciones jurídicas negociables, tutelando el derecho a la justicia y consiguiente paz social.

En definitiva, su configuración e institutos propios como sus principios acordes en materia procesal, otorgan una fisonomía característica y relevante a dicho que hacer jurídico.

### **3.7. Renuncia al Convenio Arbitral.-**

“El art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá sin embargo, que tal renuncia existe cuando, presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, en el tiempo de proponer excepciones, la de existencia de convenio arbitral. El órgano judicial respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción, de haberse propuesto, 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 comunicado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario,

---

<sup>32</sup> Fulvio G. Santarelli, los procedimientos arbitrales adoptan una posición ecléctica, en donde reconoce el asidero sinalagmático de la instancia arbitral y establece un severo control sobre la actividad arbitra, el cual puede asfixiar la iniciativa de la justicia privada. Contratos Especiales en el Siglo XXI 1999.

ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales”.<sup>33</sup>

Cabe recalcar que en este artículo de la Ley de Arbitraje y Mediación es muy clara y la única forma para poder dejar sin efecto la cláusula de convenio arbitral es de manera escrita por las partes realizadoras del contrato.

### 3.8. Medidas Cautelares.-

“El art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos y tres de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral”.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Art. 8 Ley de Arbitraje y Mediación.

<sup>34</sup> Art. 9 Ley de Arbitraje y Mediación.

Las medidas cautelares aseguran, dentro de lo posible, que quien recurre a la justicia podrá mantener durante el transcurso del proceso un estado de cosas similar al que existía cuando su demanda y obtener un adecuado y pronto restablecimiento de los derechos que le han sido reconocidos. Dichas medidas sientan las bases para que el laudo arbitral tenga verdadera eficacia, razón por la cual, quien las invoca en su favor busca impedir que sus intereses se hagan nugatorios, por cuenta de las maniobras o vicisitudes que ocurran el transcurso del proceso y con antelación al laudo definitivo.

En el arbitraje, la procedencia de las medidas cautelares, por parte de los tribunales, se establece a partir de una metodología de análisis, cuya secuencia es la siguiente:

- Revisión del pacto arbitral, con el fin de establecer: “si las partes han eliminado o limitado la posibilidad de que el tribunal decrete las medidas”.<sup>35</sup>
- Revisión de las normas específicamente aplicables al proceso arbitral, para establecer el radio de acción del tribunal frente a esta materia. En particular, se revisa si el arbitraje es independiente o administrado, se establece cuál es el conjunto de reglas que orienta el procedimiento y luego se analiza aquellas disposiciones, de dicho conjunto, que resulten aplicables a la materia.
- Una vez se agotan las etapas anteriores, se establece si las normas de orden público de la sede del arbitraje, limitan la voluntad de las partes o la aplicación de las disposiciones pertinentes del conjunto de reglas que orienta el procedimiento arbitral.

---

<sup>35</sup> En general se acepta que las partes puedan ampliar o reducir la posibilidad de que las cortes judiciales ordenen medidas cautelares. En particular, el pacto arbitral puede prever la posibilidad de acudir ante las cortes judiciales en procura de una medida cautelar, como también puede impedir dicha circunstancia o puede hacerle obligatoria, esto es, impedir que se acuda ante el tribunal para tales efectos. Fouchard Gaillard & Goldman, pag 718.

A su vez, el régimen de las medidas cautelares se encuentra permeado por las siguientes consideraciones:

- Las limitaciones de los tribunales de arbitramento para decretar este tipo de medidas y la correlativa posibilidad de asistencia por parte de las cortes.
- La decisión del solicitante, con respecto a qué autoridad acudir en primer lugar para solicitar la medida.
- El dilema del tribunal de arbitramento o de la corte frente a la pertinencia o no de la medida.
- El tipo de medidas cautelares que puede decretar el tribunal de arbitramento.
- La forma bajo la cual el tribunal de arbitramento decreta la medida respectiva.

### **Limitaciones de los tribunales de arbitramento para decretar medidas cautelares.-**

En este punto, cobra vital importancia la discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. La consideración, sin matices, del arbitraje como una función jurisdiccional, implicaría que los árbitros gozan de los mismos poderes de los jueces con respecto al decreto y práctica de las medidas cautelares. Dicha concepción ignora una realidad práctica del arbitraje, cual es la importancia de que los árbitros se comporten como jueces del aparato estatal frente a esta materia. De hecho, los árbitros carecen de los poderes reservados a los jueces. Por el contrario el régimen de medidas cautelares refuerza la tesis, según la cual, el mecanismo arbitral en el arbitraje, tiene una naturaleza mixta.

En primer término las limitaciones que pesan sobre los tribunales de arbitramento a la hora de decretar una medida cautelar, tiene que ver con el origen privado de su competencia. Mediante el pacto arbitral, las partes les confieren competencia a los árbitros para dirimir sus diferencias.

Dicha situación en el ámbito de las medidas cautelares, genera tres importantes efectos o limitaciones:

1. Las medidas cautelares: “no pueden recaer sobre terceros ajenos al pacto arbitral, pues los árbitros únicamente reciben su competencia de las partes”.<sup>36</sup>
2. Las partes en el pacto arbitral, tiene la posibilidad de: “restringir los poderes o facultades de los árbitros en torno a las medidas cautelares”.<sup>37</sup>
3. Las medidas cautelares suelen circunscribirse a la materia sobre la cual recaen las diferencias entre las partes.

1. Esta situación se deriva del efecto relativo del pacto arbitral como contrato, el cual implica que dicho contrato, como tal, no genere derechos ni impone obligaciones a terceros ajenos a los contratantes. Los tribunales de arbitramento no pueden adoptar decisiones frente a personas ajenas al pacto arbitral. Es así como el tribunal de arbitramento, por ejemplo, no podría ordenarle a un banco que congele activos pertenecientes a una de las partes del proceso.

Existen disposiciones normativas, tales como el artículo 183 del Código Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, que establece que un tribunal de arbitramento, salvo estipulación en contrario, puede ordenar a una de las partes acatar una medida cautelar que el tribunal de arbitramento considere adecuada respecto de la materia sobre la que recae el proceso. Esta es una curiosa previsión pues denota la necesidad de cooperación de la parte receptora de la orden, para darle efectividad a esta última. En un momento dado, el tribunal tendría que obtener asistencia de una corte, para ejecutar la medida contra una parte renuente a adoptarla.

---

<sup>36</sup> Adam Johnson, “Interim Measures of Protection under the Arbitration Act 1996”, en *Internacional Arbitration Law Review*, 1997, pag 9.

<sup>37</sup> Fouchard, Gaillard & Goldman, pag. 718. por ejemplo, dicha posibilidad se reconoce expresamente en la sección 38 del English Arbitration Act y en el art. 17 de la Ley Modelo de Uncitral.

Así en la revisión del artículo 17 de la Ley Modelo de Uncitral, se ha sostenido que el tribunal de arbitramento podrá, por sí mismo, adoptar la respectiva medida cautelar, sin necesidad de acudir a una de las partes para tales efectos.

**2.-** Esta limitación no merece mayores comentarios. Tal como se ha explicado, las partes, en su pacto arbitral y, de conformidad con las normas aplicables al procedimiento, pueden disponer limitaciones frente a la posibilidad de que el tribunal de arbitramento decreta medidas cautelares. Por ejemplo, se podría impedir que el tribunal le ordenara a cualquiera de las partes preservar o custodiar pruebas sujetas a su esfera de control.

**3.-** Existen diversas disposiciones que señalan que “las medidas cautelares, o algunas de ellas, ordenadas por un tribunal arbitral, solo se pueden predicar de la materia sobre la cual recaen las diferencias entre las partes”.<sup>38</sup>

En cuanto a los reglamentos de los principales centros de arbitraje internacional, no hay uniformidad frente a este particular. El artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, establece que el tribunal puede decretar las medidas que considere apropiadas. Por el contrario el artículo 25 del reglamento arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, restringe la labor del tribunal, al determinar que las medidas cautelares decretadas por éstos, solo pueden predicarse de la materia sobre la cual recae la controversia entre las partes.

#### **Ante cuál autoridad se debe acudir primero.-**

Cuando se busca obtener una medida cautelar, se presenta el interrogante consistente en establecer si se debe acudir primero ante un tribunal de arbitramento o si se debe elevar la solicitud inicialmente ante las cortes competentes.

La respuesta a este interrogante debe obedecer a un análisis conjunto entre las normas aplicables al arbitraje y el tipo de medida cautelar que se busca solicitar.

En términos generales, la parte interesada debe acudir ante las cortes si el tribunal de arbitramento no ha sido constituido. Si la constitución del mismo ya ha tenido lugar, entonces suele ser necesaria la intervención inicial del tribunal

---

<sup>38</sup> Artículo 26.1 de las Reglas de Arbitraje Internacional de Uncitral.

de arbitramento, salvo que la medida cautelar fuere vedada a este último o que este no pidiera actuar de manera eficaz.

Otro de los interrogantes radica en establecer si el tribunal de arbitramento, especialmente en el arbitraje institucional, se encuentra obligado a aplicar las normas de la sede del arbitraje para efectos de decretar una medida cautelar, o si puede hacer lo propio sin acudir a dicha legislación o a cualquier otra. Para el caso de los arbitrajes sujetos al reglamento de la CCI, se ha señalado que los tribunales de arbitramento suelen adoptar una posición autónoma frente a esta materia, es decir, se abstiene de acudir a la legislación procesal aplicable y simplemente hacen uso de la discrecionalidad que les confiere el reglamento arbitral de la CCI. En todo caso, es evidente que dicha posibilidad está supeditada a que las normas procesales de orden público de la sede del arbitraje, no impidan el ejercicio discrecional al que se ha hecho referencia.

#### **El dilema sobre la pertinencia de la medida cautelar.-**

Las cortes y los tribunales de arbitramento afrontan un dilema a la hora de despachar una solicitud en materias cautelares. Dicho dilema consiste en establecer si, al conceder una medida se incurre o no en prejuzgamiento frente a los méritos de la controversia. Del mismo modo, si se hace un balance o ponderación de los intereses en disputa respecto de la medida cautelar. De esta manera, se deniega la medida cautelar si se considera que la medida causaría perjuicios mayores a la parte agraviada con la misma, que los perjuicios que la falta de la medida acarrearía al solicitante. Para el efecto, se analiza si la medida protegería un interés vital del solicitante.

El dilema frente a la pertinencia de una medida cautelar, suele ser mayor en los casos en los cuales el solicitante busca obtener una medida cautelar para salvaguardar su status quo contractual frente a su contraparte.

Este tipo de protección radica en que una de las partes, en lugar de buscar el congelamiento de activos, la caución de las costas procesales u otro tipo de medida, simplemente considera vital para sus intereses que su contraparte continúe ejecutando las obligaciones contractuales a su cargo. En otras palabras, el solicitante de la medida de preservación del status quo contractual, intenta evitar que sus negocios se vean seriamente afectados por cuenta de la inactividad de su contraparte de desarrollo del proceso arbitral. De esta

manera, se solicita, por ejemplo, que se le ordene a la contraparte continuar con el suministro continuo de una materia prima que el solicitante requiere necesariamente para realizar sus negocios.

Se dice que el dilema es mayor en estos casos, pues la naturaleza de la medida cautelar se suele confundir con las mismas pretensiones de las partes en el proceso.

El dilema para las cortes es aún mayor que para los tribunales de arbitramento, puesto que el riesgo de prejuzgamiento va acompañado de un análisis acerca de la posible intromisión de la corte en la labor del tribunal de arbitramento. En otras palabras, si la corte concede una medida cautelar íntimamente ligada con los méritos de la controversia, dicha corte podría estar desconociendo la voluntad de las partes, consagrada en el pacto arbitral, la cual consiste en sustraer sus diferencias del conocimiento de las cortes.

Es así como las cortes analizan si tiene la competencia para decretar la medida solicitada y, una vez establecen que si la tienen, entonces determinan si es apropiado o no conceder la medida cautelar.

#### **Tipos de medidas cautelares que decreta el tribunal de arbitramento.-**

Se ha señalado, con fundamento en disposiciones como el artículo 17 de la Ley Modelo de Uncitral, que los árbitros pueden decretar las siguientes medidas cautelares:

- Orden de conservación de bienes
- Orden de venta de bienes perecederos
- Orden de apertura de cuentas bancarias para garantizar el pago de obligaciones
- Orden de utilización o mantenimiento de maquinarias
- Orden de cumplimiento continuo de un contrato
- Orden de preservación de pruebas
- Protección de secretos comerciales e informales confidenciales.

En todo caso para que sean procedentes las medidas cautelares que corresponden al tribunal, es necesario que éstas encajen en las limitaciones a las que se han hecho alusión en este capítulo. De lo contrario, la competencia recae en las cortes, lo cual es viable, si se tiene en cuenta que la solicitud de medidas cautelares, ante estas últimas, se considera compatible con el pacto arbitral.

### **La forma que reviste la medida cautelar decretada por el tribunal de arbitramento.-**

La medida cautelar puede revestir la forma de una orden o de un laudo arbitral provisional. En términos generales, la orden permite mayor celeridad pero su eficacia es incierta. Por una parte, es posible que la orden requiera la cooperación de la parte contra la cual recae, tal como se explicó. Y, por otra parte, la eficacia de la orden puede revestir dificultades, si se busca su cumplimiento en jurisdicciones ajenas a la de la sede del arbitraje.

Si la medida reviste la forma de un laudo arbitral, las ventajas se presentan en términos de eficacia, pues ya no se requiere la cooperación de una de las partes para la práctica misma de la medida.

Las medidas cautelares constituyen quizás uno de los mecanismos más importantes de asistencia judicial. Sin embargo los tribunales de arbitramento, pese a algunas limitaciones que pesan sobre ellos, también cuentan con la posibilidad para decretar medidas cautelares en desarrollo del proceso arbitral. En cada caso concreto y, a partir de un análisis conjunto del pacto arbitral, de las reglas aplicables al arbitraje y de la legislación de la sede del arbitral, se debe establecer qué autoridad se debe acudir en aras de obtener una medida cautelar. La pertinencia de la medida y la forma que ésta debe revestir, son aspectos que el juez o el tribunal arbitral deben analizar en función de las circunstancias particulares del caso.

### **3.9. Audiencia de Mediación.-**

El art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que una vez contestada o no la demanda o la reconvencción, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, lo cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia. El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio. “Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas”.<sup>39</sup>

Sin duda alguna lo que busca la audiencia mediación es simplificar el trámite arbitral y busca que las partes lleguen a un acuerdo sin entrar de lleno al proceso arbitral pacto con anterioridad.

Este proceso se lleva a acabo como una mediación normal, para esto haré un breve análisis de lo que es mediación.

Esta modalidad consiste en la intervención de un tercero quien, advertido del conflicto existente, se acerca a las partes o éstas se acercan a el para posibilitar la comunicación entre ellas y contribuir a la resolución del conflicto. Es esta variedad un medio de arreglo pacífico que trata de conciliar las reivindicaciones y presenta sus propias propuestas en el sentido de llegar a una transacción mutuamente aceptable para las partes.

Cabe recalcar que si las partes no se ponen de acuerdo para dar término al conflicto en la audiencia de mediación, la audiencia terminara y se seguirá el

---

<sup>39</sup> Art. 15 Ley de Arbitraje y Mediación.

trámite arbitral correspondiente; y, si las partes han llegado a un acuerdo de firmará el acuerdo transaccional y se ejecutara la misma dando por terminado el conflicto.

### 3.10. Designación de Árbitros.-

“El art. 16 señala que de no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

Tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo”.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Art. 16 Ley de Arbitraje y Mediación.

El mencionado aspecto varía según el tipo de arbitraje adoptado ya que en función del carácter unipersonal o plural de los árbitros; de su inserción o no en el acuerdo arbitral, de su elección según lista de árbitros o su remisión a los integrantes de los tribunales institucionales con árbitros permanentes, o en la designación en caso de número plural del tercer árbitro por los ya designados por las partes, o por sorteo dentro de determinada nómina.

La aceptación del cargo por parte del árbitro, salvo en los casos de tribunales con miembros permanentes, es el paso previo necesario para el dictado de la resolución por la cual se tiene por formalmente constituido el tribunal, con las personas designadas y por radicado el proceso de que se trata.

### **Deberes y facultades de los árbitros.-**

En relación a los mismos las legislaciones y las disposiciones reglamentarias en materia de arbitraje institucional los determinan con precisión, exigiendo:

- Cumplir fielmente su función como árbitros en el caso para que son designados y observar las reglas del debido proceso.
- Desempeñarse con absoluta imparcialidad, libertad de criterio e independencia de las partes, aun cuando hubieran sido designados a propuesta de una de ellas, dado que no representa a los intereses de las mismas.
- Poner de manifiesto las circunstancias que puedan determinar su recusación tan pronto como las conozcan.
- Guardar adecuado secreto profesional, manteniendo una estricta privacidad sobre el arbitraje.
- Completar sus tareas con prudencia y diligencia.
- Abstenerse de toda comunicación con una de las partes sin la presencia de la otra.
- Laudar en el tiempo fijado al efecto.
- Motivar sus laudos cuando actúan como árbitros.

Los árbitros están investidos de las facultades primordialmente conferidas, ya sea legalmente por inserción en los Códigos y Leyes u otorgadas en los

reglamentos institucionales, para actuar en las distintas etapas de proceso, constituyéndose en los directores del mismo, salvo se delegue dicha función al Secretario en caso de Tribunal institucional, y hasta su terminación a través del dictado del laudo, causa y efecto del trámite previsto.

El alcance y límites de dichas facultades están dados por lo acordado por las partes y teniendo presente la carencia de imperium de los árbitros, lo que requiere la intervención de los jueces del Estado, en caso necesario dentro del periodo probatorio de la instancia y para la ejecución del laudo, si fuere requerido efectivizarlo.

### Constitución del Tribunal.-

“El art. 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que el tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal. Los árbitros designados, dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan. Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el director del centro para tomar posesión de sus cargos ante el presidente del centro de arbitraje y procederán a la designación del presidente y del secretario del Tribunal de lo cual se sentará la respectiva acta. El presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje y actuará como secretario del tribunal la persona designada por el tribunal de entre los constantes en la lista de secretarios del centro de arbitraje.

Para el caso de árbitros independientes el tribunal se posesionará ante un notario y actuará como secretario la persona designada por los propios árbitros”.<sup>41</sup>

### 3.11.1. Inhabilidades para ser Árbitro.-

“El art. 19 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que no podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio.

---

<sup>41</sup> Art. 17 Ley de Arbitraje y Mediación.

Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

El árbitro que conociera que está incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo”.<sup>42</sup>

El Código de Procedimiento Civil señala que son motivos de recusación los siguientes:

1. Ser cónyuge o pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de alguna de las partes, o de su representante legal, o de su mandatario, o de su abogado defensor.
2. Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo cuando lo fuere de las entidades del sector público, de las instituciones bancarias, o de las asociaciones mutualistas o cooperativas. Habrá lugar a la excusa o recusación establecida en este ordinal sólo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio.
3. Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el ordinal primero, juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes, si el juicio hubiese sido civil, 0 de los cinco años, si hubiese sido penal.  
No serán motivos de excusa ni de recusación la demanda civil o la querrela que no sean anteriores al juicio.
4. Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios, o de su cónyuge o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
5. Ser asignatario, donatario, empleador o socio de alguna de las partes.
6. Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexas con ella.
7. Haber intervenido en el juicio, como parte, representante legal, apoderado, defensor agente del ministerio público, perito o testigo.

---

<sup>42</sup> Art. 19 Ley de Arbitraje y Mediación.

8. Haber sido penado, multado o condenado en cosas en la causa que conocida, en caso de que la sanción le hubiere impuesto otro juez o tribunal.
9. Haber dado opinión o consejo sobre el juicio, que conste por escrito.
10. No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley.

### 3.11.2 Reemplazo de Árbitros.-

“El art. 20 de la ley de Arbitraje y Mediación señala que en caso de que los árbitros designados estuvieran comprendidos en una de las inhabilidades previstas en el artículo anterior, se hará una nueva designación siguiendo el procedimiento previsto por el artículo 16, excluyendo a los árbitros inhabilitados.

Si por muerte, excusa justificada o cualquier otra causa llega a faltar definitivamente alguno de los árbitros, lo reemplazará el alerno quien se principalizará. Se designará entonces otro alerno, en la misma forma establecida en el artículo 16”.<sup>43</sup>

### 3.11.3 Recusación de Árbitros.-

En el caso de la recusación de los árbitros se han señalado las previstas por el Código de Procedimiento Civil para con los jueces como se lo ha señalado en las inhabilidades para ser árbitro o juez.

El art. 21 de la ley de Arbitraje y Mediación señala claramente que la recusación deberá ser resuelta en los siguientes casos:

- a) En los casos de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación.  
Si estos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro.
- b) En el caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro.

---

<sup>43</sup> Art. 20 Ley de Arbitraje y Mediación.

- c) En el caso de tribunal unipersonal la recusación deberá ser resuelta por el director del centro. Para su reemplazo se procederá en la misma forma establecida en el artículo 16.
- d) Para el caso de arbitraje independiente la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados; y,
- e) Si fuere tribunal unipersonal o si la recusación recayere en todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes solo podrán ser recusados por causales desconocidas al tiempo del nombramiento o sobrevivientes a la designación.

### 3.12. Duración del Arbitraje.-

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

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

### 3.13. Inapelabilidad de los Laudos Arbitrales.-

Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de éste mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la Ley de Arbitraje y Mediación.

Aun cuando el fallo arbitral debe dictarse dentro del término máximo de 150 días que determina el art. 25 de la ley de Arbitraje y Mediación, se estima que la aclaración o la ampliación del laudo pueden pedirse y realizarse después de la expiración de ese término, pues, en caso contrario, tendría que suponerse que el laudo debería emitirse varios días antes de que concluya el término legal del proceso para permitir dentro de aquél la presentación y resolución de los mencionados recursos. Este último planteamiento es irrazonable pues recortaría el término legal que el tribunal arbitral tiene para analizar el caso y dictar el laudo, atentando con el procedimiento establecido.

Cabe la pena señalar que estos recursos de ampliación o de aclaración no deben ser pretexto para modificar, alterar o revocar el laudo arbitral. Los árbitros no pueden rebasar sus facultades y por lo mismo, no les corresponde cambiar el fondo de la decisión tomada.

### 3.14. Nulidad de los Laudos Arbitrales.-

Según la doctrina acogida por nuestra jurisprudencia<sup>44</sup>, para acoger la nulidad procesal deben cumplirse las siguientes exigencias:

- Existencia de un vicio formal que quite eficacia al acto impugnado.
- Interés jurídico e inculpabilidad.
- Falta de convalidación, cuyos referentes puedan examinar a la luz de los cinco principios cardinales: de especificidad, de convalidación, de trascendencia, de protección, y de conservación.

En nuestro sistema legal, las causas de nulidad procesal se hallan especificadas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, que concierne a la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, y en el artículo 1014 ibidem que se refiere a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. La ley contempla también solemnidades especiales para el juicio ejecutivo y para el juicio de concurso de acreedores.

---

<sup>44</sup> Expediente N°. 137-99, Primera Sala, R.O. 185-S, 6 de mayo de 1999

La Ley de Arbitraje y Mediación, por su parte establece que la acción de nulidad se puede solicitar al órgano judicial competente cuando concurra cualquiera de las causas previstas por el artículo 31 de la ley Arbitraje. Estas son las siguientes:

- 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;
- 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;
- 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;
- El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado, o
- Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por la ley de arbitraje y mediación o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal Arbitral.

**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.-** En el campo de Derecho Procesal, existe el llamado principio de bilateralidad o de controversia o contradicción, que exige que las partes sean oídas antes que el juez dicte alguna resolución. Este principio responde a la exigencia constitucional dirigida a asegurar el derecho al defensa de las personas, comúnmente expresado por el axioma latino *oíga-se a la otra parte*.

El principio de contradicción determina que la demanda debe ser citada o emplazada al demandado, y que a éste se le conceda un término razonable para contestarle. Si la demanda no es puesta en conocimiento del demandado o a quien legalmente lo represente a través de la oportuna y legal citación, tal omisión acarrea la nulidad indefectible del laudo arbitral porque ha impedido al demandado ejercer su legítimo derecho a la defensa.

La ley de arbitraje y mediación permite el ejercicio de la acción de nulidad del laudo dentro de las causales estrictamente señaladas en ella y entre aquellas causales está el no haberse citado legalmente al demandado con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Es decir, que no es suficiente que no se haya citado legalmente al demandado, sino que además el juicio se haya seguido y terminado sin su comparecencia.

La razón de esto radica en que la nulidad basada en esta causal no se produce por la sola omisión de la citación o por haberse efectuado una citación defectuosa, sino que se produce cuando ésta impide al demandado su comparecencia al juicio arbitral para ejercer su legítimo derecho a la defensa.

No basta, entonces, para que proceda la acción de nulidad por esta causal, alegar que la citación fue viciosa, sino que debe demostrarse que el vicio alegado impidió la comparecencia a juicio del demandado y que éste en consecuencia, no pudo hacer uso de su derecho a la defensa, deduciendo oportunamente sus excepciones o haciendo valer sus derechos.

- 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.-** Las normas de procedimientos contemplan, como una de las especies de actos procesales, a la de comunicación o transmisión mediante la notificación a las partes de las providencias u órdenes expedidas por los jueces o los árbitros, de manera tal que los justiciables puedan contar con una adecuada oportunidad para ser oídos y para que

presenten pruebas, y también para que impugnen aquellas providencias u órdenes arbitrales que les causen perjuicio o agravio.

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 84 consagra este principio en nuestro sistema, cuando dice: “Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido”. Es lo que en doctrina procesal se conoce como conducta concluyente, a través de la cual, la posible nulidad por falta de notificación de una providencia judicial o de una orden arbitral queda subsanada o convalidada por el hecho de que la parte interesada demuestra que ha tenido conocimiento de ella y deja constancia de ellos en el proceso.

Ahora bien, si durante el trámite del juicio arbitral no se notifica a una de las partes con las resoluciones del tribunal y ésta irregularidad evitó que tales órdenes no puedan cumplir su finalidad específica, esto es, que la omisión impidió el derecho de defensa de la parte, tal circunstancia provoca la nulidad del laudo.

**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.-**

Esta causal tiene su fundamento en el mismo principio de comunicación o transmisión de los actos procesales. Si las partes por culpa no atribuida a negligencia de ellas, no han podido ofrecer ni producir pruebas durante el trámite del juicio arbitral a pesar de la existencia de hechos que deben justificarse, el laudo adolece de nulidad, porque los árbitros sólo pueden resolver sobre la base de las pruebas ofrecidas y producidas por las partes en apoyo de sus respectivas pretensiones. Este principio, prevalece no obstante que los árbitros decreten medidas de prueba de oficio para esclarecer los hechos controvertidos.

**d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda**

**más allá de lo reclamado.-** Una de las características esenciales del arbitraje es que los árbitros solo tienen facultad para resolver exclusivamente las cuestiones que las partes voluntariamente les someten, sin que les sea permitido decidir sobre temas no sometidos al arbitraje ni conceder más allá de lo reclamado.

Esta causal alude a dos hipótesis de nulidad del laudo: La incongruencia del mismo; y, que haya recaído sobre cuestiones no sometidas al arbitraje.

Efectivamente, es nulo el laudo en el que los árbitros, al resolver la controversia, se exceden del ámbito de aplicación de la misma y resuelven sobre cuestiones no sometidas a su decisión, bien porque lo han hecho concediendo más allá de lo pedido, bien porque han decidido sobre cosa distinta de lo pedido, o porque han resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje, las hayan o no planteado las partes.

En la hipótesis de la cuestión relativa a la incongruencia ultra petita y extra petita partium, para establecer el alcance de esta causal de nulidad, habrá que estar, a la delimitación que las propias partes hayan hecho de la cuestión que se somete al arbitraje, pues la tarea de los árbitros se halla constreñida a tales límites, sin que les sea permitido resolver sobre cuestiones no sometidas a su decisión. Sin embargo, los árbitros también pueden resolver sobre cuestiones que, aunque no planteadas en forma expresa por las partes, son consecuencia lógica o necesaria de la controversia que deciden, para no contradecir aquello que el conjunto de lo pactado impone racionalmente.

En lo correspondiente a la hipótesis de que los árbitros hayan resuelto sobre asuntos que no pueden ser objeto de arbitraje, la nulidad del laudo es irrefragable, pues las partes solo pueden someter a la decisión de los árbitros las cuestiones litigiosas susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean resueltas por los tribunales de arbitramento administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias, así lo señala el artículo 1 de la ley de arbitraje y mediación. Por tanto, quedan excluidos del ámbito de

aplicación de la ley de arbitraje, las cuestiones litigiosas, presentes o futuras, que no pueden ser objeto de transacción.

**e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por la ley de arbitraje y mediación o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal Arbitral.-** Fue Oskar Von Bulow<sup>45</sup> quien primero empleó el calificativo de presupuestos procesales para referirse a “las condiciones necesarias para la constitución de la relación jurídica procesal, clasificándolas en competencia, capacidad procesal de las partes, demanda en forma y orden riguroso del proceso”. Procesalistas posteriores limitaron los presupuestos procesales a los requerimientos de la competencia, la capacidad procesal de las partes y la demanda en forma, excluyendo el orden riguroso del proceso, que lo cambian por la capacidad jurídica de las partes, aspecto éste que guarda íntima vinculación con la capacidad procesal.

La doctrina dominante hoy en día enseña que los supuestos procesales son las exigencias o requisitos que deben cumplirse para que éste pueda iniciarse, desarrollarse y culminar válidamente.

Los mismos principios se aplican al proceso de arbitraje. Uno de los presupuestos más destacados sin el cual el proceso arbitral carecería de existencia jurídica o de validez formal es la correcta designación de los árbitros de conformidad con la ley o con la expresa voluntad de las partes.

Como se ha señalado, el arbitraje tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes. Consecuentemente, la ley de Arbitraje y Mediación establece como criterio preferente, la designación arbitral a instancia de las partes directamente y de común acuerdo expresada en el pacto de arbitraje, sea que se trate de arbitraje administrado o de arbitraje independiente. Cuando las partes no se ponen de acuerdo en la designación de los árbitros ésta se hará por el Centro de Arbitraje y Mediación conforme señala el artículo 16 de la Ley de la materia.

---

<sup>45</sup> Von Bulow Oskar: “Teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales” Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa-América, 1964, pág. 4 y 5.

La libertad que concede la ley a la voluntad de las partes para designar el tribunal de arbitraje tiene un límite y es que, en caso de que la integración del tribunal contradiga dicha voluntad o en su defecto, se realice violando lo previsto por la ley, el laudo será inválido.

#### **Tramite de la Acción de Nulidad.-**

La acción de nulidad se presentará a instancia de cualquiera de las partes, ante el árbitro o tribunal arbitral que conoció la causa y dictó el laudo, en el término de diez días contado desde la fecha en que éste se ejecutorió. Una vez presentada la acción, el tribunal o el árbitro, sin pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la acción, dentro del término de tres días. Remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior del Distrito del lugar donde se realizó el arbitraje; cabe señalar que las Cortes Superiores por reformas en la nueva Constitución han pasado a ser Cortes Provinciales pero la ley de Arbitraje y Mediación sigue señalando Corte Superior, resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa.

La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá como no interpuesta y no se la aceptará a trámite.

#### **La Acción de Nulidad no suspende la ejecución del laudo salvo que se rinda caución suficiente.-**

Por principio general el laudo ejecutoriado se cumple aunque se hubiese interpuesto la acción de nulidad, con lo cual se la asemeja a la casación en el proceso civil. Principio que la Ley de Arbitraje y Mediación establece en el art. 31, quinto inciso, que dice:

“Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los prejuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte”.

“El árbitro o Tribunal Arbitral, en el término de tres días deberá fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo” “La caución

deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación”

El cumplimiento anticipado del laudo, consiste fundamentalmente en que las resoluciones del fallo arbitral recurrido por vía de nulidad, deben ejecutarse no obstante la interposición de la acción de impugnación correspondiente. El efecto del cumplimiento anticipado de la acción de nulidad se ampara en una presunción de legalidad y acierto del laudo mientras la Corte no decida lo contrario mediante un pronunciamiento definitivo. Es el llamado principio de conservación de los actos, que permite entender válido el laudo arbitral que no ha sido impugnado por la concurrencia de un vicio o defecto de los del artículo 31 de la ley de Arbitraje y Mediación; por lo tanto, la caución se establece como una medida cautelar contra la temeridad del recurrente que pretende la nulidad del fallo arbitral sin fundamento justificado.

En efecto, el recurrente puede evitar la ejecución del laudo prestando caución suficiente, para la eficacia de esta postulación, son necesarios los siguientes presupuestos:

- Que el recurrente solicite la suspensión de la ejecución del laudo, al momento de interponer el recurso.
- Que la caución que presta sea para responder por los “perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte; y,
- Que constituya dicha caución dentro del término de tres días, contados a partir de que el tribunal arbitral haya notificado, mediante el correspondiente auto, el monto de la caución, disponiendo al mismo tiempo la suspensión de la ejecución del laudo.

Cuando la Ley señala que “quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo”, significa que es potestad y no obligación del recurrente, satisfacer la caución. Este goza de la alternativa de cumplirla o no. Pero si incumple con prestar la caución, genera inmediatamente el cumplimiento del laudo, desde luego que tal eventualidad constituye una conducta que sólo puede lesionar el exclusivo

interés del recurrente desde el momento que la Ley le permite escoger o no la posibilidad de suspender la ejecución de la sentencia arbitral.

Por otro lado, que la caución se rinde para garantizar “los prejuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte”, significa que la caución tiene relación con el tiempo y no con el derecho o con la pretensión del que impugna por nulidad el laudo, ni mucho menos con la cuantía del asunto.

### 3.15. Ejecución de los Laudos Arbitrales.-

El artículo uno del Código de Procedimiento Civil, define lo que es la jurisdicción: poder de administrar justicia que consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo que significa que el ejercicio de la jurisdicción comprende dos aspectos: La cognición, y la ejecución.

En la fase cognoscitiva, predomina el razonamiento, la valoración de los fundamentos de hecho y de derecho, el juicio crítico del juez para declarar el derecho aplicable. En el ámbito del Derecho Procesal Civil existen supuestos en que el conflicto originado se soluciona con la mera declaración del derecho, como ocurre con las sentencias declarativas y constitutivas. Pero, en otros casos, la declaración deja subsistente el conflicto, como por ejemplo, en las sentencias de condena. En este caso es evidente que el fallo por sí solo no va a satisfacer al acreedor, por lo que se hace necesario, además, obligar al deudor a cumplir su obligación.

El juez de la justicia civil ordinaria cuenta con los medios necesarios para obligar al vencido a cumplir las sentencias de condena; las atribuciones que tienen los jueces para ello forman parte del poder jurisdiccional. En efecto, frente al demandado renuente, el juez tiene a su servicio la fuerza legal para que sus decisiones sean obedecidas. Es la llamada fase de apremio o ejecución forzosa de las sentencias.

No obstante, a pesar de que, como hemos dicho anteriormente, la Ley de Arbitraje y Mediación otorga al laudo un valor equivalente al de la sentencia dictada dentro de un proceso judicial, con iguales efectos de ejecutoriedad y de cosa juzgada, a los árbitros, en su condición de jueces sólo se les concede la posibilidad de juzgar, pero no de hacer ejecutar lo juzgado, es decir carecen de

imperium ya que en todo caso la ejecución del laudo está siempre atribuida a los jueces de la justicia ordinaria.

La doctrina explica esto diciendo que, aunque el arbitraje “es un mecanismo que permite reducir la sobrecarga de trabajo de los jueces y tribunales de la Función Judicial, y desde esa perspectiva toma pleno sentido el arbitraje como un sustituto o equivalente del proceso”, según lo ha expresado Carnelutti<sup>46</sup>, tal hecho, sin embargo no autoriza para conceder a los árbitros aquella fuerza o poder de imposición que sólo está atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado.

El tribunal arbitral carece de atribuciones o de fuerza coercitiva para hacer cumplir su propio laudo, si la parte vencida no se somete voluntariamente a la decisión arbitral es necesario valerse para ello de la justicia ordinaria de conformidad con las reglas generales del proceso civil.

### 3.15.1. Medidas Cautelares.-

El artículo 9 de la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o disponer las que se consideren necesarias para cada caso. Con ello se pretende asegurar los bienes materia del proceso o garantizar el resultado de éste. En el auto que dicte el tribunal autorizando las medidas cautelares, podrá éste exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada sin lugar en el laudo.

En cuanto a la ejecución de las medidas cautelares los árbitros están facultados para ordenarla directamente, sin necesidad de recurrir al auxilio de los jueces ordinarios, siempre y cuando las partes así lo hayan estipulado en el convenio arbitral. De conformidad con el art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario

---

<sup>46</sup> Carnelutti, Francesco: “Instituciones Del Proceso Civil”, Tomo I, Buenos Aires, 1959, pag. 116.

adoptar las medidas. Si nada se establece en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

Ya conocemos que los árbitros carecen de fuerza coercitiva que emana de la soberanía del Estado para hacer cumplir sus decisiones. Esta limitante impide a los árbitros utilizar la fuerza legal para imponer el cumplimiento de sus resoluciones.

Esta es la razón por que los árbitros, en casi totalidad de las legislaciones de otros países, no pueden ejecutar las medidas compulsorias que dicten durante el trámite del juicio, sino que, para ello, debe acudir al juez común, quien debe prestar auxilio de su jurisdicción para la eficaz sustanciación del proceso arbitral.

Sin embargo, la falta de poder de coacción de los árbitros no significa en modo alguno un menoscabo de la amplitud de su jurisdicción. El hecho significa simplemente, una limitación para aplicar por ellos mismos las medidas cautelares que dispongan dentro del juicio arbitral. En otras palabras, lo que está prohibido a los árbitros es la realización por ellos mismo de los actos o diligencias que constituyan medidas de apremio o compulsivas, pero no les está vedado juzgar y resolver sobre la procedencia de una solicitud de medida cautelar.

Es decir, según la Ley de Arbitraje y Mediación, son los árbitros, quienes pueden ejecutar las medidas cautelares que ellos disponen dentro del proceso arbitral siempre que así lo hayan previsto las partes en el convenio arbitral o, en su defecto, si nada se estableciere en el convenio sobre la ejecución de las medidas cautelares, las partes podrán acudir al juez ordinario para el cumplimiento de esas medidas.

Las medidas cautelares, se mantendrán hasta que el laudo que resuelva sobre ellas esté debidamente ejecutoriado y adquiera firmeza. No obstante, como ya se dijo, puede pedirse la suspensión de las medidas dictadas, si la parte contra quien se las dicte, rinde caución en el monto que el Tribunal arbitral considere suficiente.

### 3.15.2. Procedimiento ante el juez ordinario.-

La parte que acuda al juez civil debe presentar con su solicitud, una copia certificada del laudo o del acta transaccional autenticada por el secretario del tribunal, o por el director del centro de arbitraje o por el árbitro o árbitros independientes, respectivamente, con la razón de estar ejecutoriada.

Como se sigue en todas las reglas que para estos casos, el Código de Procedimiento Civil respecto de la ejecución de sentencias, el juez ordinario podrá ordenar el embargo de los bienes del deudor, o de aquellos que fueron materia de las medidas cautelares dispuestas durante el trámite del proceso arbitral de conformidad con el artículo 9 de la Ley.

Debe tenerse presente que la ejecución judicial de un laudo es una acción que debe ser ejercida a petición de parte interesada. Los jueces no ejecutan el laudo de oficio. La legitimación activa para promover dicha acción corresponde a la parte a quien beneficia la condena dispuesta por el tribunal arbitral, siempre y cuando el laudo no haya sido cumplido espontáneamente tan pronto quedó ejecutoriado.

### 3.15.3. Teoría de la Cosa Juzgada.-

El artículo 32 de la Ley de Arbitraje dice que los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, con lo cual asimila el laudo arbitral con la sentencia judicial, volviéndolos equivalentes y funcionalmente idénticos en cuanto a su alcance y eficacia.

El laudo dictado en el caso concreto sometido a la decisión del tribunal arbitral implica la existencia de un vínculo regulador de la situación jurídica controvertida en el proceso, que debe ser acatada por las partes y respeta por los terceros.

Por ello, el efecto natural del laudo emitido, una vez ejecutoriado, es su obligatoriedad y así lo entiende la Ley, cuando dice que “ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato”.

La idea de ejecutoriedad o firmeza de una resolución o decisión en el ámbito jurídico ha sido elaborada por la doctrina procesalista con relación a las resoluciones dictadas por los jueces. Sentencia firme o ejecutoriada, dice

Guasp<sup>47</sup>, “es aquella que no puede ser impugnada, esto es, acatada en el mismo proceso que se dictó, en un grado ulterior del procedimiento o en un recurso extraordinario”.

Este concepto procesal sobre la firmeza de la sentencia es aplicable al laudo arbitral. Hablar de laudo ejecutoriado equivale, por tanto, a decir que queda precluída contra él toda posible impugnación posterior, y que su decisión es, en principio inatacable. Como afirma Caivano:”Firme o Consentido el laudo, las decisiones que contiene devienen irrevocables e improponibles en otras instancias, no pudiendo las partes volver a plantearlas ante ningún otro tribunal, aun judicial ni arbitral ya que adquieran la firmeza propia de un acto jurisdiccional.

La irrevocabilidad que adquiere el laudo, cuando contra él no procede ningún recurso que permita modificarlo, es lo que se considera cosa juzgada.

La cosa juzgada más que un mero efecto del laudo es una cualidad que se agrega a él para aumentar su firmeza, que igualmente vale para todos los efectos que ella produce.

La cosa juzgada como institución admitida en el proceso arbitral tiene límites, de carácter objetivo y subjetivo.

- **Carácter Objetivos.-** Están representados por la cosa o hecho que se demanda y por todas aquellas excepciones que debió oponer el demandado. Es decir, que el laudo solo adquiere autoridad de cosa juzgada cuando decide sobre las pretensiones presentadas al tribunal o que debieron ser planteadas como defensas en el proceso de que se trata.

Otro aspecto del límite objetivo está dado por el hecho de que la parte del laudo que hace cosa juzgada es solamente la parte resolutive, excluyéndose los razonamientos utilizados en la que la parte motiva para fundamentarlo, sin perjuicio de su valoración como elementos importantes para la interpretación de fallos oscuros o insuficientes.

---

<sup>47</sup> Guasp, Jaime: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tomo I, Madrid, 1948, Pág. 987-988.

- **Carácter Subjetivo.-** Se refiere a las personas sometidas a la decisión arbitral que hace cosa juzgada, quienes no pueden desconocer su eficacia. La cosa juzgada en principio comprende solamente a quienes son las partes interesadas en el proceso arbitral.

Cuando una sentencia no puede ser objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de ser modificada en un proceso posterior, se está en presencia de la cosa juzgada formal. Cuando a la condición de inatacable mediante recurso, se suma la condición de inmodificable en cualquier otro proceso ulterior, se dice que existe cosa juzgada material, lo que significa que ninguna autoridad podrá modificar definitivamente lo resuelto.

Según Carnelutti, la cosa juzgada formal hace inimpugnable la sentencia y concierne a la imperatividad del fallo; y la cosa juzgada material vuelve inmutable la sentencia.

#### 3.15.4. Confidencialidad del Proceso Arbitral.

Se ha dicho que una de las características más importantes del arbitraje es la privacidad y confidencialidad que rodean el arbitraje.

La privacidad del arbitraje implica que los terceros no puedan tener acceso a las audiencias celebradas durante el procedimiento respectivo, pues todo el trámite arbitral se origina en un acuerdo privado entre las partes para dirimir sus controversias. A su turno, la confidencialidad del arbitraje significa que los terceros no deben conocer el material contenido en el expediente, pues se ha sostenido que una de las razones por las cuales las partes acuden a un proceso arbitral, consiste en la necesidad de preservar la discreción y el sigilo que ha de rodear la resolución de sus diferencias.

El concepto de arbitraje radica simplemente en el hecho de que las partes han acordado someter al arbitraje las disputas que surgen entre ellas y sólo entre ellas. Esto implica que terceros extraños sean excluidos de las audiencias y del trámite arbitral y que ni el tribunal ni las partes pueden insistir en que la disputa sea adelantada o resuelta conjuntamente con o en consonancia con otra

disputa, pese a la conveniencia que ellos traiga consigo para la parte que ha solicitado dicha circunstancia y pese a la conexión estrecha que pueda existir entre las dos disputas.

Esta ventaja que tiene el arbitraje tiene relación con el carácter generalmente reservado de los asuntos comerciales, que son los asuntos más frecuentemente decididos por los árbitros. Las relaciones comerciales entran a formar parte de la opinión pública en el caso de un litigio ante la Justicia ordinaria. En muchos de los casos para el litigante, la publicidad malintencionada le acarrea consecuencias perjudiciales para su empresa y para el mismo. El arbitraje permite que con la privacidad tales perjuicios no se produzcan, toda vez que por regla general los fallos de la justicia arbitral, en oposición a los de la justicia ordinaria, están revestidos de esta característica por lo que normalmente permanecen privados, o por lo menos sin que sean divulgados en forma masiva.

## CAPITULO CUARTO CASACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

### 4.1. Análisis del artículo del Doctor Eduardo Carmigniani.-

“Se ha discutido en los últimos tiempos en nuestro país si las decisiones que ponen fin al arbitraje, resolviendo la controversia que fue objeto, son susceptibles de impugnación ante la Corte Suprema hoy Corte Nacional, a través, del recurso de Casación regulado en la Ley 27 R.O. del 18 de mayo de 1993.

Esa polémica se ha acentuado debido a las discrepancias existentes en el seno de la Comisión formada por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo para redactar un anteproyecto de nueva Ley de Arbitraje, que sustituirá en nuestro ordenamiento a la Sección 30<sup>a</sup>. del Código de Procedimiento Civil, que regula el arbitraje en general, y a la Ley de Arbitraje Comercial; como integrante de la referida Comisión, ha sostenido y sostengo, que es inconveniente que el laudo arbitral pueda ser impugnado; a través, de cualquier tipo de recurso, ante órganos de la Función Judicial, pues en esa forma se distorsionaría su verdadera naturaleza jurídica y se desestimularía el acceso a él, pues es conocido que la gran mayoría de quienes pactan arbitrajes lo hacen para no tener que acudir a la Función Judicial, incentivo que se vería inmensamente diezmado si fuera posible impugnar la decisión de los árbitros ante cualquier órgano de dicha Función del Estado.

Así las cosas, creo conveniente exponer, aunque sea sintéticamente, las razones por las que considero que en nuestro actual ordenamiento jurídico no es posible interponer Recurso de Casación respecto de cualquier laudo arbitral, y dedicar al final una pocas líneas a defender mi postura respecto a la inadmisibilidad jurídica e inconveniencia práctica de introducir en la nueva Ley de Arbitraje la posibilidad de impugnar ante la Corte Suprema de Justicia hoy Corte Nacional el laudo arbitral, mediante tal recurso.”<sup>48</sup>

Así se podía señalar que sería una pérdida de tiempo intentar instalar el recurso extraordinario de casación a los laudos arbitrales no solo porque contraviene el espíritu propio de la cláusula de convenio arbitral, sino que sería una carga más a la administración de justicia que como ya sabemos tan saturada está.

---

<sup>48</sup> Carmigniani Valencia, Eduardo, “Casación del Laudo Arbitral”; Resolución Alternativa de Conflictos, pag, 115, 116. 1997

Uno de los preceptos fundamentales de la cláusula de convenio arbitral es la confidencialidad, y al poder plantear un recurso de casación y al ingresar a la administración de justicia, se estaría dejando a un lado dicho principio fundamental del arbitraje por el cual muchas partes litigantes dejarían de usar este método alternativo de solución de conflictos.

Así mismo el principio de cosa juzgada que es una característica propia del arbitraje se estaría extinguiendo ya que al interponer el recurso de casación la litis estaría pendiente de resolución, también el tiempo que se ha ahorrado con el procedimiento arbitral se vería afectado con la presentación del recurso de casación, ya que esto demoraría la ejecución del laudo arbitral.

#### 4.2. Decisiones Impugnables en Casación.-

Aunque la naturaleza ordinaria o extraordinaria de un recurso es muy discutida en la doctrina, puede sintetizarse las diversas posiciones afirmando que el recurso es extraordinario cuando existe una limitación en las causas que ameritan su interposición: así, Chiovenda afirma que “Con los medios ordinarios se puede denunciar cualquier vicio de la sentencia impugnada,... mientras con los medios extraordinarios las partes sólo pueden denunciar determinados vicios de la sentencias” y, Guasp sostiene que recursos ordinarios son los que “se dan con cierta normalidad dentro del ordenamiento procesal” y extraordinarios aquellos que “se configuran de un modo mucho más particular y limitado, en el que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre la totalidad del litigio “; lo que equivale a decir que el órgano de casación únicamente puede examinar si se ha producido uno de los vicios que justifican la casación, previa denuncia efectuada por la parte agraviada.

Entonces podemos sacar la conclusión que en el Ecuador la Casación es un recurso extraordinario, pues procede únicamente cuando la decisión impugnada adolece de uno de los vicios taxativamente enumerados en el artículo 3 de la Ley 27. Pero el asunto no concluya ahí; de la naturaleza extraordinaria del recurso deriva una importante consecuencia que es la limitación respecto de las decisiones que puedan impugnarse a través de él, con lo que se establece un segundo presupuesto objetivo. El artículo 2 de la ley 27 enlista las resoluciones impugnables en casación, que son las siguientes:

- Las sentencias y los autos que pongan fin a los procesos, dictados por las cortes superiores, los tribunales distritales u otros tribunales de apelación;
- Las sentencias y los autos que pongan fin a los procesos, que no son susceptibles de impugnación por medio del recurso de apelación; y,
- Las providencias que, dictadas para ejecutar sentencias, resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el juicio ni decididos en el fallo, o que contradigan lo ejecutoriado.

Puede observarse que las decisiones susceptibles de impugnación a través del recurso de casación son aquellas pronunciadas por órganos de la Función Judicial, caracterizándose en esa forma al recurso de casación como medio impugnativo únicamente de pronunciamientos judiciales, quedando en consecuencia excluidas todas las decisiones adoptadas por quienes no forman parte de la Función Judicial. Coincide con lo dicho por Jorge Zavala Egas, miembro de la Comisión Redactora del proyecto de Ley de Casación quien ha expuesto: “Todo esto nos conduce a mencionar algo que no debe estar jamás en duda: el recurso de casación es esencialmente y exclusivamente judicial. Sólo tiene cabida en las decisiones judiciales y no en las resoluciones administrativas, legislativas, electorales...”

A señalar de lo aquí expuesto es que la casación es un recurso extraordinario, con el que puede impugnarse exclusivamente algunas decisiones provenientes de la Función Judicial.

**No procede la casación respecto de la sentencia judicial que decide sobre la nulidad del laudo.-**

La decisión de la Corte Superior hoy Corte Provincial respectiva respecto a la nulidad del laudo, no admite la interposición del recurso de casación, y no lo admite por las siguientes razones:

- a. Porque la ley de arbitraje y mediación, no ha previsto en sus normativas este recurso extraordinario contra la sentencia que expida la Corte

Superior hoy Corte Provincial en el trámite de la acción de nulidad del laudo.

- b. Porque, por su parte, la ley de Casación tampoco comprende expresamente, como casables, las sentencias que deciden sobre la nulidad del laudo arbitral. En efecto, el artículo 2 de la ley de Casación al respecto señala: “El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento distados por las Cortes Superiores...” “igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento...”.

El laudo que da por terminado un proceso de arbitraje aunque equivale en sus efectos a una sentencia judicial, no es jurídicamente idéntico a ésta. El laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, así lo señala el artículo 32 de la ley de Arbitraje y Mediación. Sin embargo, el hecho de que la ley le dé al laudo el mismo efecto que el de una sentencia judicial, no significa que el otorgue el mismo carácter que esta última tiene. La ley le concede al laudo los mismos efectos de la cosa juzgada para permitirle que se encuentre dotado de la fuerza legal suficiente para cumplir su objetivo, cual es el de servir de medio idóneo para solucionar las controversias ínter partes, pero en ningún momento asimila la naturaleza de ambas figuras, porque cada una de ellas tiene su propia identidad jurídica y son emitidos por órganos jurisdiccionales diferentes.

- c. Además, el trámite de nulidad de los laudos ante la Corte Superior hoy Provincial no es un proceso de conocimiento. Todo juicio de conocimiento, pretende lograr que el órgano jurisdiccional dilucide y declare previo el adelantamiento del trámite correspondiente, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes que litigan. En cambio, que la sentencia que dicta la Corte Superior hoy Nacional resolviendo mediante un trámite breve y especial una pretensión de nulidad de un laudo, está limitada a revisar el laudo arbitral y determinar si éste se encuentra o no afectado por los vicios

improcedentes señalados con carácter taxativo por el artículo 31 de la ley de Arbitraje y dentro del marco específico determinado por el accionante.

- d. No procede la casación por la naturaleza misma de la acción de nulidad, en la que no se puede pretender un segundo conocimiento del control formal del laudo ya realizado por las Cortes.

#### 4.3. Naturaleza del Laudo Arbitral.-

Existe una amplísima discrepancia doctrinal sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y por ende, de la decisión que normalmente le pone fin, el laudo arbitral. Al respecto puede destacarse fundamentalmente dos tesis: la primera considera al arbitraje un instituto procesal partiendo de la analogía estructural que existe entre el proceso y el arbitraje pues, se dice, ambos son los instrumentos a través de los cuales se persigue una misma finalidad que es la de resolver las controversias existentes entre determinados integrantes de la comunidad, tarea que corresponde al juez o árbitro, respectivamente. Ya que cuando el árbitro resuelve la controversia dicta sentencia y que ésta, por definición, es un acto jurisdiccional que los árbitros están facultados a realizar no por voluntad de las partes, pues éstas no pueden delegar facultades jurisdiccionales que no tienen, sino que los árbitros arrancan sus facultades de la ley.

De otro lado, para la tesis contractualista del arbitraje, entre los que sobresale Guasp, ni el arbitraje puede conceptuarse como proceso ni el árbitro como juez, pues la fuerza de obligar que el Juez imprime a sus decisiones no la extrae de la voluntad de los sujetos que al él acuden, sino de la voluntad coactiva de todo el ordenamiento jurídico y especialmente de aquellos órganos públicos que se pronuncian autárquicamente frente a los otros sujetos. La sentencia de un juez no vale porque las partes la consientan a posteriori, pero tampoco porque la hayan aceptado a priori: la sentencia de un juez vale en cuanto órgano del poder público que liga al súbdito, con o contra su voluntad.

Pero en el arbitraje, por esencia no ocurre así: si el árbitro puede imponer su parecer a las partes es porque las partes han aceptado primeramente esa decisión, así, el laudo arbitral es el resultado de la libertad de los

contendientes, no de su sujeción, porque si bien el resultado no es para ellos libre, ha sido libre y tiene, por lo tanto, fuerza de obligar, porque ellos quisieron que se les obligara. Un mundo de diferencias existe, pues, entre el significado jurídico del arbitraje y el de la sentencia judicial, que vale, ya la quieran las partes, ya la rechacen, en principio, al medio o al final.

## CAPITULO QUINTO PROPUESTA

Es innegable que el arbitraje tiene una relación directa con las diferentes materias del derecho es así que hare un análisis breve con cada una de ellas:

**Derecho Constitucional.-** Como toda normativa legal, el derecho arbitral se encuentra subordinado prioritariamente a las disposiciones insertas en la Constitución como norma suprema.

Así mismo en sus preceptos fundamentales señala que garantizará a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad jurídica, integral en una sociedad democrática.

Además se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias que se puedan transigir por su naturaleza.

**Derecho Civil y Comercial.-** La materia arbitral se nutre de los principios generales y específicos del caso, provenientes del Derecho Civil y Comercial, aplicándose en forma preponderante, en las distintas categorías que integran ambas ramas jurídicas.

**Derecho Procesal.-** Los Códigos y leyes analizan al proceso arbitral, en cuanto a los requisitos exigidos para su promoción, intervención de las partes, actuación de los árbitros y disposiciones procesales que hacen a su trámite, dictado el laudo, e impugnación recursiva a los mismos, con un criterio de subsidiariedad en su aplicación, en los supuestos en que las partes no hayan acordado sobre dicho procedimiento, y ante cláusulas inderogables del mismo.

**Derecho Penal.-** La doctrina ha puesto de resalto algunas cuestiones penales vinculadas, sosteniendo que no es una cuestión puramente teórica, dado que la progresiva utilización del mismo, como medio de solución de conflictos, respalda el interés de revisar la legislación penal para adaptarla al arbitraje.

**Derecho Internacional Privado.-** Constituyendo el arbitraje internacional un aspecto medular en la solución de los conflictos que adquieren tal carácter, el encuadre legal dentro de dicho ámbito queda regido por el Derecho Internacional Privado.

**Derecho Internacional Público.-** La relación con la materia arbitral está dada por su incorporación en acuerdos regionales o bilaterales y tratados que contemplan el mencionado sistema, dentro de los medios pacíficos de resolver los conflictos entre las partes signatarias de aquellos.

**Derecho Laboral.-** Actualmente en nuestra legislación la única materia que debe llevar un proceso de mediación obligatoria es en el derecho laboral, siendo así tiene una inmensa importancia la aplicación de los métodos alternos de solución de conflictos entre trabajadores y empleadores.

Como ya hemos señalado el arbitraje tiene una suma importancia en la búsqueda de un nuevo derecho que ayude a la Justicia Ordinaria para lograr descongestionar la misma que gran falta hace a todos los abogados y usuarios de aquella.

Así la importancia y la relación propia con las diferentes ramas del derecho, hace que sea muy importante que el Estado y los máximos organismos de Justicia se preocupen y doten al arbitraje de una mayor importancia para que

sea un recurso que sea aplicable en la mayoría de trámites judiciales para así poder sacar de a poco a la justicia que tan mal se encuentra en nuestro país.

Es necesario recalcar que el arbitraje es una herramienta que no ha sido difundida en nuestro medio es por esto que muy pocos son los usuarios de la administración de justicia que conocen a fondo lo que en si lleva un proceso arbitral y de aquí su falta de uso y fallas de aplicación

Una de las grandes fallas que podemos encontrar es que al momento de su ejecución los jueces y juezas de primera instancia desconocen cuál es el procedimiento a seguir en el caso de que se les presente un laudo arbitral, es por esto que se debería dar una mayor capacitación a los operadores de justicia para que conozcan el procedimiento de cómo hacer aplicable un laudo arbitral, ya que los árbitros por sí solos no tienen la fuerza coercitiva para hacerlos ejecutables.

Es ineludible la importancia que tiene la Ley de Arbitraje y Mediación, es por ello que hare un análisis que propiciaron su génesis y la indudable trascendencia que irán adquiriendo los métodos alternos de solucione de conflictos, en aquellas controversias derivadas particularmente de las cada vez más frecuentes actividades del comercio nacional e internacional.

El contenido de las normas jurídicas está determinado por una serie de circunstancias que varían en cada momento histórico y evolucionan constantemente en forma paralela al desarrollo de la sociedad. La Ley como consecuencia, surge como respuesta inmediata del Estado a tales exigencias o demandas de la colectividad, siempre ansiosa y en búsqueda de fórmulas idóneas que permiten satisfacer sus permanentes y siempre crecientes necesidades de orden, paz y seguridad jurídica.

Las críticas hacia la administración de justicia, sobre todo en cuanto a la lentitud de la sustanciación de las causas, a la congestión cada vez más intensa de los juzgados y tribunales con competencia en materias de Derecho Privado, a la falta de jueces con conocimientos adecuados en temas jurídicos especiales, al elevado costo de la tramitación procesal, para no entrar en otros temas, parecen ser las razones fundamentales de la indicada importancia, pues, ellas en lugar de arreglar las controversias con rapidez y eficacia, tienden más bien a acentuar las dificultades existentes.

Hay que agregar que no solo los problemas ya señalados han sido los únicos sino también las falencias de la legislación y su escasa difusión impedían el desarrollo del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos al proceso ordinario, sino que también contribuía a ello la formación conflictiva de los abogados, para quienes la idea de aprovechar los medios para solución de conflictos no procesal inter partes tenía un carácter secundario, marginal o simplemente era desconocida, frente a la opción del proceso judicial.

Hoy, los tiempos han cambiado y, en el mundo entero corren vientos propicios a la institución arbitral, los que han provocado su revitalización, gracias sobre todo al aumento de las relaciones comerciales internacionales que han contribuido a que las legislaciones de diversos países en los distintos continentes reformen sus respectivos ordenamientos con la inclusión o actualización de leyes que regulen el arbitraje, imbuidos del pensamiento de que el sistema arbitral constituye una vía alternativa útil frente al proceso ordinario de la justicia.

Ahora bien, el desenvolvimiento futuro del arbitraje, su afianzamiento como institución, depende de la difusión que de ella se continúe haciendo, del conocimiento de quienes pueden acceder a ella y utilizarla. Entonces, la cultura arbitral cobrará mayor fuerza en el país y el arbitraje será considerado en su verdadera dimensión y finalidad.

## CAPITULO SEXTO CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### Conclusiones.-

- Dentro de nuestra sociedad se hace imprescindible y comprensible la adopción de medidas y reforma de leyes que vayan de acuerdo a los momentos actuales para que la Justicia ecuatoriana y los operadores de justicia tengan una mejoría notable en el desempeño de sus funciones.
- Partiendo de este referente es indudable que la Justicia ecuatoriana acarrea una serie de problemas como son la carga de trabajo, falta de recursos económicos, forma de designación de autoridades, capacitación y control de los mismos entre otros.

- Es así que los Métodos Alternos de Solución de Conflictos son la vía próxima y eficaz para que la Administración de Justicia pueda obtener un respiro en sus funciones y se pueda dar los correctivos pertinentes en la misma.
- Se puede determinar que los Métodos Alternos de Solución de Conflictos han existido desde el uso de la palabra, siendo así el dialogo es el medio para alcanzar acuerdos, modalidad que comienza a dar por terminado en muchos casos el uso de la violencia.
- Hay que señalar que la utilización de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos van encaminados básicamente a los litigios civiles ya que en materia penal no existe aún normativa que lo regule.
- Partiendo de esto el Arbitraje es el mecanismo por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un tribunal arbitral que dicta una decisión sobre la controversia que es de obligatorio cumplimiento para las partes.
- Es así que las partes cuando deciden ir a un Proceso Alterno de Solución de Conflictos, como es el Arbitraje, aspiran y esperan obtener una decisión por parte de los árbitros conocida como Laudo Arbitral.
- Se debe señalar que el mecanismo de Arbitraje no solo es usado en el medio ecuatoriano sino y con mucha mas profundidad a nivel internacional en donde los acuerdos comerciales son de todos los días.
- Hay que señalar que clara tendencia de recurrir al arbitraje se explica por varias razones, entre ellas el desarrollo de los negocios nacionales e internacionales y la consiguiente necesidad de un sistema mundial uniforme de solución de controversias.

- Existe además una gran ventaja que los usuarios obtienen del arbitraje que es la que las partes deciden si el proceso arbitral se lo llevará a cabo en equidad o en derecho, ya que esto ayuda a personas que no necesariamente conozcan de leyes.
- Se puede determinar cómo características fundamentales del arbitraje la seguridad, confidencialidad, celeridad en otras características que se han ido perdiendo en la Administración de Justicia.
- Hay que resaltar que las partes si en algún momento del proceso arbitral deciden desistir del mismo, lo pueden hacer sin ningún problema firmando conjuntamente la renuncia al convenio arbitral, y acudir a la justicia ordinaria para que resuelva el litigio; cabe señalar que muy pocas veces ha ocurrido esto demostrando la eficacia del arbitraje.
- Dentro del proceso arbitral es posible que los árbitros puedan dictar medidas cautelares facultad que se les ha sido conferida por la Ley de Arbitraje y Mediación, siempre y cuando así lo estipule el Convenio Arbitral.
- Hay que señalar que en algunos casos es necesario la presencia del juez ordinario para decretar las medidas cautelares, generalmente cuando esta facultad no está estipulada en el convenio arbitral para los árbitros respectivos.
- Así pues existe una característica importante en el Arbitraje y es que existe una etapa en el proceso arbitral en donde las partes procesales pueden acudir a una mediación y dar por terminado ahí el proceso arbitral en el caso de un acuerdo entre las partes.

- Así mismo y tal vez una de las más importantes características es que las partes pueden llegar a un acuerdo para designar los árbitros que actuarán en el proceso, esto no quiere decir que los árbitros estarán a favor de ellos pero si hay una certeza de confianza hacia los mismos.
- Hay que señalar además que Arbitraje goza de un principio de celeridad muy efectivo ya que la ley señala claramente un tiempo de ciento cincuenta días para dictar el laudo arbitral.
- En mi análisis la característica fundamental del arbitraje es que con la decisión final de los árbitros conocida como Laudo Arbitral obtiene el principio de cosa juzgada y por lo tanto es de inmediato cumplimiento e inapelable.
- Así mismo en la ejecución, tal vez el paso más conflictivo en el Arbitraje, los árbitros al no tener una fuerza coercitiva las partes deben acudir al juez ordinario para dar cumplimiento al laudo arbitral, es aquí donde se puede encontrar dificultades en todo el proceso ya que por desconocimiento de ciertos funcionarios judiciales o por la cantidad de trámites que ingresan normalmente a la Administración de Justicia Estatal se puede demorar la ejecución del mismo.
- Hay que señalar que si la parte vencida no se somete voluntariamente a la decisión arbitral es necesario valerse para ello de la justicia ordinaria de conformidad con las reglas generales del proceso civil.
- Así mismo hay que señalar que el arbitraje al no permitir apelación alguna por parte de la parte vencida tampoco goza de recurso de casación por lo que el Laudo Arbitral se convierte en cosa juzgada de cumplimiento obligatorio.

## Recomendaciones.-

- Es necesario por partes de las autoridades del Estado y de la Función Judicial emprender una campaña de difusión de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, a fin de que la ciudadanía conozca cuales son y en que momentos se los puede usar.
- Se debe dar una mayor capacitación a los operadores de la Justicia ecuatoriana para que al momento de recibir uno de estos casos sepan detenidamente como operar para no romper con el principio de celeridad y característica básica del arbitraje.
- Se debería otorgar de capacidad coercitiva en ciertos asuntos como en las medidas cautelares a los árbitros a fin de que no se pierda tiempo acudiendo al juez para hacer efectiva una medida solicitada.
- Se debe dar una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación señalando al proceso concreto a seguir para la ejecución de los Laudos Arbitrales.
- Se debe dotar a la Función Judicial de los recursos necesarios para implementar Centros de Arbitraje y Mediación a fin que de por medios de estos se pueda disminuir la carga procesal en los diferentes juzgados a nivel nacional.

## Bibliografía.-

- Constitución de la República del Ecuador.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código de Procedimiento Civil.
- Ley de Arbitraje y Mediación.
- Ley de Casación.
- Resolución Alternativa de Conflictos, Centro de Mediación, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.
- Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.
- Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales.
- Tratado de Práctica Procesal Civil, Universidad Nacional de Loja.
- Apuntes Sobre el Derecho Procesal Civil Ecuatoriano, Guillermo Robles López.
- La Autoridad de Cosa Juzgada en la Legislación y Jurisprudencia Ecuatoriana, Bolívar Vergara Acosta.
- Derecho Arbitral, Jorge Alberto Robiolo.
- El Conflicto Extrajudicial, Fernando A. Milla.
- Temas Estructurales en Torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación, Hernando Herrera Mercado, Fabricio Mantilla Espinosa.
- Arbitraje Comercial Internacional, Santiago Talero Rueda.
- El Arbitraje, La Justicia Alternativa, Dr. Ernesto Salcedo Verduga.
- Diccionario de Legislación y Jurisprudencia Tomo I, Joaquín Escriche.
- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo I, Tomo IV, Cabanellas.

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

ANEXO No 1

ANTEPROYECTO PARA EL TRABAJO DE  
TITULACION

ANDRÉS MANUEL VELASCO TAPIA

QUITO – ECUADOR

<b>PROPUESTO POR:</b> Andrés Manuel Velasco Tapia	<b>CARRERA:</b> Derecho
<b>NUMERO DE MATRICULA:</b> 104099	<b>SEMESTRE QUE CURSA:</b> Décimo
<b>PROFESOR GUIA:</b> Dr. Pablo Zambrano	<b>FECHA:</b>
<b>1.- TEMA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN:</b>	
Análisis Jurídico acerca de la Ejecución de los Laudos Arbitrales.	
<b>2.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:</b>	
<b>2.1 OBJETIVO GENERAL:</b> Analizar jurídicamente la Ejecución de los Laudos Arbitrales.	
<b>2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</b>	
1.- Análisis sobre la Crisis de la Administración de Justicia.	
2- Análisis del auge internacional de los Métodos de Solución de Conflictos.	
3- Establecer los Medios Alternativos para la Solución de Conflictos en el Ecuador.	
4.- Realizar una investigación conceptual sobre el Derecho y la Solución de Conflictos.	
6.- Establecer que es un Laudo Arbitral, clases de Laudos Arbitrales y su forma de Ejecución.	
7.- Análisis de los Laudos Arbitrales y la Cosa Juzgada.	
8.- Conclusiones.	

### **3.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:**

La presente investigación está basada con el fin de realizar un análisis acerca de la importancia que tienen los métodos alternos de solución de conflictos, vía adecuada para solucionar la crisis de la Administración de Justicia.

Concientes de la problemática actual en nuestro país, respecto a la poca información acerca de lo Métodos Alternos de Solución de Conflictos, es importante realizar un análisis amplio y concreto acerca del Arbitraje así como de su Ejecución.

Es importante observar que las serias limitaciones en la eficacia del sistema formal de administración de justicia han hecho que la atención de los juristas se vuelque hacia ciertos mecanismos de solución distintos del litigio: la negociación directa, la mediación, el arbitraje, los jueces de paz, no solamente porque resultan mas ágiles, sino sobre todo porque se consigue un mejor resultado de mayor alcance y permanencia.

### **4.- ASPECTOS METODOLÓGICOS:**

#### **4.1 Se utilizará los siguientes métodos de investigación:**

- **El Estudio Descriptivo.-** El estudio tendrá un valor descriptivo, ya que por medio de éste podremos llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas, uno de los objetivos principales será la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables con el fin de exponer y resumir la información de manera cuidadosa y luego analizarla detalladamente los resultados, a fin de extraer generalizaciones significativas que ayuden al conocimiento.
- **El Estudio Explicativo.-** El estudio en mención implicará la capacidad de análisis, síntesis e interpretación de datos y variables que contribuyan a un desarrollo y explicación científica, buscando las razones o causas que ocasionan ciertos fenómenos. Su objetivo último es explicar por qué ocurre un fenómeno y en que condiciones se da éste
- **Estudio Bibliográfico.-** Se utilizará para las elaboración del la investigación un estudio bibliográfico, ya que se realizará una basta revisión de literatura especializada existente sobre el tema, los datos serán obtenidos de fuentes secundarias, como libros, códigos, reglamentos, leyes, folletos y trabajos publicados en el Internet, con el objetivo de analizar y seleccionar la información respecto del tema planteado para la investigación propuesta.

## **5.- TEMARIO INICIAL DEL TRABAJO:**

### **CAPITULO PRIMERO**

#### **LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

- 1.1. La Administración de Justicia en el Ecuador.
- 1.2. Órganos Reguladores del Administración de Justicia:
  - 1.2.1. Corte Suprema de Justicia
  - 1.2.2. Corte Superior de Justicia
  - 1.2.3. Juzgados de Primera Instancia
  - 1.2.4. Consejo de la Judicatura
- 1.3. La seguridad jurídica en el Ecuador.
- 1.4. Fallas de la Administración de Justicia.
- 1.5. Jueces de Paz.

### **CAPITULO SEGUNDO**

#### **MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

- 2.1. Reseña histórica de Solución de Conflictos.
- 2.2. La Mediación.
- 2.3. El Arbitraje:
  - 2.3.1 El Arbitraje Nacional.
  - 2.3.2 El Arbitraje Internacional.
- 2.4. La Negociación Directa

### **CAPITULO TERCERO**

#### **EL ARBITRAJE**

- 3.1. Validez del Sistema Arbitral
- 3.2. Arbitraje Administrado o Independiente
- 3.3. Arbitraje de equidad o Derecho
- 3.4. Capacidad para acudir al arbitraje
- 3.5. Definición de Convenio Arbitral

3.6. Otras Formas de Someterse al Arbitraje

3.7. Renuncia al Convenio Arbitral

3.8. Medidas Cautelares

3.9. Audiencia de Mediación

3.10. Designación de Árbitros

3.11. Constitución del Tribunal:

3.11.1. Inhabilidades para ser Árbitro.

3.11.2. Reemplazo de Árbitros.

3.11.3. Reacusación de Árbitros

3.12. Duración del Arbitraje

3.13. Inapelabilidad de los Laudos Arbitrales.

3.14. Nulidad de los Laudos Arbitrales

3.15. Ejecución de los Laudos Arbitrales:

3.15.1. Medidas Cautelares

3.15.2. Procedimiento ante el juez ordinario

3.15.3. Teoría de la Cosa Juzgada.

3.15.4. Confidencialidad del Proceso Arbitral

## **CAPITULO CUARTO**

### **CASACION DEL LAUDO ARBITRAL**

4.1. Análisis del artículo del Doctor Eduardo Carmigniani.

4.2. Decisiones impugnables en casación

4.3. Naturaleza del Laudo Arbitral.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **PROPUESTA**

## **CAPITULO SEXTO**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

## **CAPITULO SEPTIMO**

### **Anexos**

## **GLOSARIO**

## **BIBLIOGRAFIA**

### **6.- BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:**

- Constitución de la República del Ecuador
- Ley Orgánica de la Función Judicial
- Código de Procedimiento Civil
- Ley de Mediación y Arbitraje
- Resolución Alternativa de Conflictos, Centro de Mediación, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.
- Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.
- Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales.
- Tratado de Practica Procesal Civil, Universidad Nacional de Loja.
- Apuntes Sobre el Derecho Procesal Civil Ecuatoriano, Guillermo Robles López.
- La Autoridad de Cosa Juzgada en la Legislación y Jurisprudencia Ecuatoriana, Bolívar Vergara Acosta.
- Diccionario de Legislación y Jurisprudencia Tomo I, Joaquin Escriche
- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo I, Tomo IV, Cabanellas

**7.- CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES:**

**CAPITULO I**

La Administración de Justicia.  
( Tiempo estimado 20 días )

**CAPITULO II**

Métodos de Solución de Conflictos  
( Tiempo estimado 20 días )

**CAPITULO III**

El Arbitraje  
( Tiempo estimado 40 días )

**CAPITULO IV**

Casación del Laudo Arbitral  
( Tiempo estimado 20 días )

**CAPITULO V**

Propuesta  
( Tiempo estimado 45 días )

**CAPITULO VI**

Conclusiones y Recomendaciones  
( Tiempo estimado 25 días )

**CAPITULO VII**

Anexos  
( Tiempo estimado 20 días )

**FIRMA ALUMNO:**

**FIRMA PROFESOR GUÍA:**