

III CONFERENCIA INTERNACIONAL DE DERECHO ECONÓMICO

Expositor: **Dr. Armando Serrano Puig**

Tema: **Arbitraje Administrado o Independiente,
Arbitraje de Derecho o de Equidad**

Para poder entrar al análisis del tema de la exposición: "Arbitraje Administrado o Independiente, Arbitraje de Derecho o de Equidad", debo necesariamente hacer alguna referencia sobre el arbitraje en general (no respecto del arbitraje forzoso, que no es materia de estudio, sino del convencional), para así poder ubicar este tema en el ámbito general del arbitraje.

I.- ARBITRAJE. DEFINICIÓN

Debemos comenzar por señalar, con Humberto Briceño Sierra, que, como su razón de ser, "... *el arbitraje está ya justificado por su naturaleza de procedimiento jurídico para la pacífica resolución de las contiendas privadas*"¹. Pero, ¿qué es el arbitraje? En verdad, mucho se ha dicho y escrito sobre el tema, y si bien los autores coinciden en conceptualizar al arbitraje señalando en sus respectivas definiciones algunas de sus más sobresalientes características, no se han puesto de acuerdo en un concepto uniforme, y no lo han hecho

¹ "EL ARBITRAE COMERCIAL, Doctrina y legislación", Limusa Noriega Editores, Segunda Edición, México DF., México, ISBN 968-18-4694-X, P.11.

porque, como es obvio suponer, el arbitraje tiene en cada país su propia peculiaridad que lo hace igual o similar pero a la vez distinto del de los demás países.

El insigne procesalista colombiano, Hernando Devis Echandía, define a esta institución manifestando que *"El proceso arbitral se origina en una convención o en un contrato que celebran las partes libremente, para someter a esa vía cualquier litigio futuro entre ellas vinculado a ciertas actividades o el que concretamente se haya producido"*².

Por su parte, el publicista mexicano don Luis Miguel Díaz, nos dice que: *"El arbitraje aparece como el mecanismo idóneo del futuro para privatizar la solución de las controversias legales, dentro de la tendencia universal de reducir el papel del Estado en la vida de los particulares"*, y sostiene que: *"En el arbitraje, la solución de una controversia legal es sometida a árbitros que las partes seleccionan, sin la participación del Estado. Los árbitros dejan de serlo cuando emiten el laudo respectivo. Por el contrario, los tribunales judiciales poseen jurisdicciones generales y son permanentes; sus jueces son nombrados sin importar ni los asuntos concretos ni los sujetos sobre los cuales deberán dictar sentencias"*³.

Para el también colombiano Jorge Gil Echeverry, el arbitraje *"Es un procedimiento jurisdiccional 'sui generis', mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiende la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial"*⁴.

De conformidad con la ley inglesa, *"Arbitration is a mechanism for the resolution of disputes which take place, usually in private, pursuant to an agreement between two or more parties, under which the parties agree to be bound by the decision to be given by the arbitrator according to law or, if so agreed, other considerations, after a fair hearing, such decision being enforceable at law. Sometimes the submission instead of being voluntary is imposed by statute"*⁵, expresiones que traduciéndolas, para nosotros dicen que: *"El arbitraje es un mecanismo para la resolución de disputas que tienen lugar, usualmente en privado, de acuerdo con un convenio celebrado entre dos o más partes, bajo el cual las partes acuerdan aceptar la decisión del árbitro ajustada a derecho o, si lo hubieran acordado, sujeta a otras consideraciones (equidad), después de una audiencia justa, decisión que puede ser legalmente ejecutada. Algunas veces, el sometimiento a arbitraje en lugar de ser voluntario es impuesto por la ley"*.

² Hernando Devis Echandía, **"COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL"**, Tomo III, El Proceso Civil, Volumen Segundo, Cuarta Edición, Editorial ABC, Bogotá, Colombia, 1978, pp. 798 y 799.

³ Luis Miguel Díaz, **"ARBITRAJE, PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA"**, segunda edición, Editorial Themis, México D.F., México, 1998, p. XV.

⁴ Jorge Hernán Gil Echeverry, **"CURSO PRÁCTICO DE ARBITRAJE"**, primera edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1993, p. 11.

⁵ Ronald Bernstein, John Tackaberry, Arthur L. Marriott y Derek Wood, **"HANDBOOK OF ARBITRATION PRACTICE"**, tercera edición, Sweet & Maxwell in conjunction with The Chartered Institute of Arbitrators, London, 1998, p 13.

Según otra definición: “*El arbitramento comercial es un proceso por el que varias partes, no necesariamente comerciantes, encomiendan a uno o a tres árbitros la solución de determinadas controversias sobre asuntos comerciales susceptibles de ser transigidos, tarea que deben hacer en un período determinado, mediante sentencia -laudo- que puede ser dictada en derecho o en conciencia, y que hace tránsito a cosa juzgada, asumiendo las partes los gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral y los honorarios del árbitro o de los árbitros*”⁶.

Para la autora Irineu Strenger, “*Se trata de modalidade jurisdiccional privada, implantada por força de legislações internas que consolidam sua existência e judicialidade. A arbitragem pode ser descrita como processo privado que começa com un acordo das partes, a respeito de existente, potencial, disputa para submetê-la a uma decisão por tribunal de um ou mais árbitros. O tribunal é escolhido pelas partes ou por seu manifestado interesse, as quais podem, também estabelecer os procedimentos que deben ser adotados. A decisão do tribunal é final e legalmente vinculante às partes, mas, deve ser prolatada à luz das evidências e argumentos submetidos ao tribunal. A sentença válida pode ser reconhecida e executada pelas cortes*”⁷.

En la importante obra sobre arbitraje, **Russell on Arbitration**, se dice que el arbitraje ha sido empleado en Inglaterra y en todas partes por siglos, y que la necesidad de una definición ha sido suplida o reemplazada por el enunciado de sus propósitos, y que sin embargo se han intentado alguna definiciones, y nos proporciona la que dice que: “*An arbitration is a reference to the decision of one or more persons, either with or without an umpire, of some matter in difference between the parties*”^{8, 9}, que según nuestra traducción, significa: “*Un arbitraje es el referir a la decisión de una o más personas, con o sin imperio, un conflicto en algún campo en el que las partes discrepen*”.

Para nuestro respetado y distinguido amigo, Dr. Carlos Larreátegui M., a quien se reconoce el mérito de haber sido uno de los más fieles e incansables impulsores del arbitraje en nuestro Ecuador, “*El arbitraje es un instituto creado para la resolución de las controversias de índole jurídica, mediante laudos que, en las condiciones determinadas por la ley, producen efecto de cosa juzgada*”.¹⁰

⁶ Gilberto Peña Castrillón y Néstor H. Martínez Neira, “**PACTO ARBITRAL Y ARBITRAMENTO EN CONCIENCIA**”, Colección Monografías Jurídicas, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1988, p. 7.

⁷ Adriana Neomi Pucci, Cordenadora, varios autores (Irineu Strenger, Raúl Anibal Etcheverry, Luis Olavo Baptista, Horacio Grigera Naón, Roque J. Caivano, William K. Slate II y Juliaan D M Lew), “**ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**”, Editora LTR, Sao Paulo, Brasil, 1998, p. 21

⁸ David St. John Sutton, John Kendall and Judith Gill, “**RUSSEL ON ARBITRATION**”, 21st edition, Seewt & Maxwell, London, 1997, p. 3.

⁹ Definición proporcionada por Romilly M.R., en Collins v. Collin (1958) 26 Beav, 306, 312, reportada en los casos ingleses 916 al 919

¹⁰ Contribución al Estudio del Arbitraje Privado, publicación de la Cámara de Comercio de Quito, Quito, Ecuador, 1982, p.15.

Apreciamos, en definitiva y según nuestra propia y personal interpretación y sin pretender dar una definición, que para la doctrina el arbitraje no es sino un procedimiento especial que las partes adoptan de mutuo acuerdo para someter una disputa eventual o un litigio existente, a la resolución de jueces especiales llamados árbitros, los que son escogidos por las partes directamente, por un tercero por cuenta de éstas o a través del mecanismo adoptado por las mismas partes para el efecto.

Por su parte la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante "LAM") dice, en su primer artículo, que:

Art. 1.- 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 tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

En la definición transcrita, la LAM recoge si bien no la totalidad de las características del arbitraje y sus clases, sí las principales. En efecto, dice que es un *mecanismo alternativo de solución de conflictos*, porque se presenta como una alternativa válida al sistema tradicional, normal y ordinario de la administración de justicia. Es bien conocido que no puede existir Estado sin un sistema establecido de administración de justicia que permita que imperen la paz social y el orden, sistema que es obligatorio, forzoso, general y coercitivo para todos los habitantes de un país. Pues bien, es como una alternativa a este sistema que se ha previsto y reconocido el arbitraje.

Pero dice también la definición legal transcrita, que para que exista arbitraje es preciso que exista un conflicto, pues es obvio que sin conflicto no cabe arbitraje, pues no habría nada que arbitrar ni resolver.

Luego se refiere esta misma norma a la fundamental característica de la convencionalidad del arbitraje. No puede haber arbitraje sin previo convenio o acuerdo de voluntades de las partes para recurrir a este método alterno que les permita resolverlo. Y la Ley exige que este acuerdo sea mutuo, esto es acuerdo de todas las partes en conflicto, pues si una sola de ellas no conviene en el arbitraje, este no es viable ni posible.

Se refiere luego la ley a la materia arbitrable, diciendo que las que pueden someterse a arbitraje son *las controversias susceptibles de transacción*, pues son las únicas que miran al interés privado de los contendientes sin afectar al interés público ni colectivo, y es por ello que pueden ser materia de transacción; esto implica, además, que todo aquello respecto de lo que no se puede transigir no puede ser susceptible de arbitraje.

A continuación dice la ley, que las controversias a arbitrarse son las *presentes o futuras*, esto es que sean controversias que actualmente

existan o las que pudieran eventualmente existir en lo futuro en determinada relación.

En seguida se refiere la ley a los *tribunales de arbitraje* y a los árbitros independientes otorgándoles la facultad de resolver conflictos, esto es, concediéndoles de esta manera la calidad o el carácter de jueces, pues bien sabido es que “*La jurisdicción ordinaria se ejerce por los juzgados y tribunales comunes que desempeñan la Función Jurisdiccional*”¹¹, y que “*La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados o jueces establecidos por las leyes*”¹²; y cuando la ley faculta a estos tribunales y árbitros para que resuelvan conflictos, en verdad está reconociéndoles la calidad de jueces al otorgarles esta jurisdicción, que es la arbitral.

Dice también esta norma legal, que estas controversias pueden ser resueltas por *tribunales de arbitraje administrado* o por **árbitros independientes**, lo que nos deja ya vislumbrar uno de los temas de esta ponencia, al que nos referiremos más adelante.

Por último, dice la ley que estos tribunales deberán conformarse para conocer dichas controversias, lo que significa que para conocer de cada controversia debe conformarse un tribunal que es distinto a los otros tribunales que se conformaren para conocer de otras controversias, y es distinto incluso cuando se halle integrado por los mismos árbitros. Y es así como nos dice la ley, además, que estas controversias son lo que en doctrina se identifica como procesos de conocimiento.

En nuestro criterio, a esta definición solo le faltan tres menciones: **1)** la de que pueden ser arbitrajes nacionales o internaciones; **2)** la de que los árbitros pueden resolver en derecho o en equidad, según lo convengan las partes, las controversias sometidas a su conocimiento; y, **3)** la de que la resolución de los árbitros es final e inapelable.

II.- SUSTENTO LEGAL

En el Ecuador no existe ya discusión respecto del sustento legal del arbitraje, pues esta institución ha sido reconocida y recogida desde hace

¹¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, artículo 5

¹² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, artículo 1

largo tiempo tanto por el Código de Procedimiento Civil¹³ cuanto por la Ley Orgánica de la Función Judicial¹⁴.

En 1963, octubre 23, la Junta Militar de Gobierno dictó la Ley de Arbitraje Comercial mediante decreto supremo No. 735, creándose el arbitraje institucional ante las cámaras de comercio, para la solución de controversias nacidas de relaciones comerciales entre comerciantes, arbitraje que estaba sometido a las normas en dicha ley previstas.

Desde el 10 de agosto de 1998 en que entró en vigencia en el Ecuador el nuevo texto constitucional como reforma integral del anterior, el arbitraje tiene incluso sustento constitucional, pues nuestra Carta Fundamental así lo ha establecido en su artículo 191 inciso tercero, diciendo que: "*Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley*".

No cabe, entonces, ya ninguna discusión al respecto, pues si alguien insistiera en poner en tela de duda el respaldo legal y constitucional del arbitraje, el texto arriba transcrito ha zanjado ya la cuestión. Pero en verdad el arbitraje tiene en el Ecuador muy amplio reconocimiento y respaldo legal, como veremos en seguida.

Además de la norma constitucional transcrita, tenemos que el Art. 18 del Código de Procedimiento Civil dice que "*Ejercen jurisdicción convencional los jueces árbitros*"; que según el numeral 2º del Art. 48 del mismo código adjetivo, el procurador judicial requiere de cláusula especial para comprometer el pleito en árbitros, lo que es un nuevo reconocimiento legal de esta institución del arbitraje; que el Art. 384 del mismo Código procesal, en su numeral 1º, dice que "*no pueden desistir del juicio los que no pueden comprometer la causa en árbitros*"; que en su Art. 499 esta misma ley de enjuiciamientos civiles permite que en la fase de ejecución del fallo se pueda alegar *compromiso en árbitros*, todo lo cual no hace sino ratificar el amplio respaldo legal que tiene esta institución.

Cabe aclarar que de conformidad con la actual Ley de Arbitraje y Mediación, ya no es necesaria en el Ecuador la cláusula compromisoria, pues ésta ha sido largamente superada por la legislación vigente que permite de una vez pactar directamente el arbitraje y no sólo el compromiso de convenir arbitraje cuando se presente una controversia nacida de un contrato mercantil. Y esta aclaración viene a cuento por las referencias que las citadas normas del Código de Procedimiento Civil hacen del compromiso arbitral, que es una institución diferente al

¹³ Sección 30ª del Libro Segundo, artículos 956 al 992, inclusive, ya derogados por la Ley de Arbitraje y Mediación.

¹⁴ Sección XVI del Título I, artículos 87 al 93, inclusive, ya derogados por la Ley de Arbitraje y Mediación.

convenio arbitral, y que no nos detenemos a su análisis por no ser materia de este estudio.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Función Judicial prescribe en el cuarto y último inciso de su artículo 3, que *"Son jueces de jurisdicción convencional los árbitros"*, y en su Art. 198 permite también ejercer la profesión a los abogados que sean jueces árbitros.

También se reconoce el arbitraje en varias disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹⁵, debiendo hacer mención especial a su artículo 11, que trata, precisamente, del arbitraje y la mediación, y que contiene una norma que faculta expresamente a los organismos y entidades del sector público a someterse a procedimientos de arbitraje de derecho, nacional o internacional; y, a su artículo 18, inciso tercero, que dispone que debe estarse a la Ley de Arbitraje y Mediación en los casos en que se hubiere previsto el arbitraje como medio de solución de controversias.

El Código de Comercio reconoce también el arbitraje en su Art. 729, cuando refiriéndose al privilegio de los créditos sobre las naves, dice para que *"Las indemnizaciones debidas a los cargadores por falta de entrega, pérdida o avería de las mercaderías, ocasionada por culpa del capitán o de la tripulación"* (Art. 728) gocen de privilegio, se precisa que se comprueben por medio de *"sentencias judiciales o arbitrales"*.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos (Registro Oficial suplemento 557 de 17 de abril de 2002), prevé en su artículo 47, inciso tercero, la posibilidad de que las partes puedan someter sus controversias a un procedimiento arbitral, en la formalización de cuyo convenio autoriza a emplear medios telemáticos y electrónicos en tanto no sean incompatibles con las normas reguladoras del arbitraje; y en la segunda de sus disposiciones transitorias ha previsto que *"Para los casos sometidos a Mediación o Arbitraje por medios electrónicos, las notificaciones se efectuarán obligatoriamente en el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico señalado por las partes"*.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero faculta en su Art. 51, a los bancos, a contratar arbitrajes sobre operaciones con divisas.

La Ley de Mercado de Valores dice en su Art. 7 No. 2, que no puede ser miembro del sector privado ante el Consejo Nacional de Valores, quien *"hubiere incumplido un laudo dictado por un tribunal de arbitraje"*, prohibición que se repite en el Art. 106 literal a), pero referida a ser administrador o miembro del comité de inversiones de una sociedad administradora de

¹⁵ Art. 5 literal a) faculta al Procurador General del Estado a proponer o contestar demandas que se sometan a la resolución de tribunales arbitrales; en el literal b) se le faculta a intervenir como parte proceal en controversias que se sometan a conocimiento de tribunales arbitrales; en el literal c) se le faculta para supervisar el desenvolvimiento de los procedimientos arbitrales en los que participen las instituciones del Estado que tengan personería jurídica;

fondos y fideicomisos; en su Art. 124 faculta en forma expresa a las partes a *“acogerse a los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación”*, para la solución de los conflictos y pretensiones entre el constituyente, los constituyentes adherentes, el fiduciario y el beneficiario de los contratos de fideicomiso mercantil regulados por esa ley, la misma que hace referencia al arbitraje también en sus artículos 127 literal f), 134 literal f), 164 literal l), y sobre todo en su artículo 231, en el cual expresamente prescribe que: *“Cualquier controversia o reclamo que existiere entre los participantes en el mercado de valores, relacionados con los derechos y obligaciones derivados de la presente Ley, podrán ser sometidos a arbitraje de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y reglamentos aplicables”*.

La Ley General de Seguros¹⁶ contiene también referencias al arbitraje y a la Ley de Arbitraje y Mediación, debiendo destacarse que en su artículo 25, en que señala con carácter de imperio las condiciones mínimas que deberán contener las pólizas, y entre ellas y como literal g) consigna la de *“Incluir una cláusula en la conste la opción de las partes de someter a decisión arbitral o mediación las diferencias que se originen en el contrato o póliza de seguros”*; luego, en su Art. 42, que trata del reclamo administrativo, prevé la posibilidad de que el asegurado o beneficiario pueda someter su reclamo al arbitraje comercial (quiere decir al arbitraje de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues la Ley de Arbitraje Comercial fue derogada con anterioridad a que se dicte esta Ley General de Seguros).

De igual manera, la Ley de Propiedad Intelectual se manifiesta también favorable o proclive al arbitraje cuando en su Art. 374 dice que: *“Toda controversia en materia de propiedad intelectual, podrá someterse a arbitraje o mediación, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997. Para tal efecto el IEPI está autorizado a suscribir el respectivo convenio arbitral sin necesidad de consultar al Procurador General del Estado”*.

La Ley Especial de Telecomunicaciones contempla también la posibilidad de acudir al arbitraje como mecanismo para que los derechos de los usuarios sean garantizados y satisfechos, en su artículo 39. Este es el que en España, por ejemplo, se conoce como arbitraje de consumo.

La Ley Para la Transformación Económica del Ecuador (Ley Trole) introdujo como reforma al Art. 113 de la Ley de Contratación Pública, la posibilidad de que se puedan utilizar los procesos de arbitraje y mediación en la solución de diferencias entre el contratista y el contratante.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva prevé la posibilidad de sustituir los recursos de apelación y reposición en los convenios y tratados internacionales, por procedimientos como la conciliación, la mediación o el arbitraje, Art. 173 No. 2.

¹⁶ Ley No. 74, Registro Oficial ... de ... de de 199....

En fin, como hemos visto en el alistamiento no exhaustivo anterior, en la legislación ecuatoriana es muy amplio el reconocimiento del arbitraje como institución de solución alternativa de conflictos que está cada día arraigando más y más en nuestra realidad jurídica, pese incluso a la existencia de leyes anti-arbitraje como la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que, a contrario sensu de lo que hacen las otras leyes citadas que son permisivas y favorables para el arbitraje, y que por ello las llamaríamos *leyes de favor arbitri*, contiene normas que prohíben el arbitraje, como es la del ordinal 4. de su Art. 43, que prohíbe, insisto, sancionándolas con nulidad de pleno derecho y diciendo que no producirán efecto alguno, entre otras, las cláusulas que impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento.

III.- CLASES DE ARBITRAJE

Habendo visto ya lo que es el arbitraje y su sustento legal en el Ecuador en todas las disposiciones a las que hemos hecho referencia y en algunas otras ya no mencionadas así, expresamente por nosotros en esta oportunidad, podemos entonces pasar a tratar del tema de esta ponencia, y lo hacemos comenzando por expresar que hay muchas maneras y criterios para clasificar al arbitraje, siendo este otro tema en que los autores no han llegado a una clasificación uniforme. Una de las clasificaciones más completas y claras que hemos encontrado, es la que propone Roca Martínez¹⁷, para quien el arbitraje, por sus formalidades, puede ser formal y libre; por el modo de resolver, puede ser de derecho o de equidad; por la función de los árbitros, puede ser propio e impropio; por su origen, puede ser contractual o testamentario; por su formación, puede ser voluntario y forzoso; y, por el modo de conducirlo, puede ser ad hoc o arbitraje institucional. En esta clasificación de Roca Martínez no se ha considerado el arbitraje interno y el internacional, que a mi manera de ver es una de las más importantes sobre todo por sus efectos, trascendencia y desarrollo. En todo caso y por parecerme muy didáctica, tomaré la clasificación que propone Gil Echeverry¹⁸, quien expresa que de acuerdo con los principios en que se fundamenten los árbitros para dictar el laudo, el arbitraje puede ser en derecho, en conciencia o equidad, o técnico; que en razón de su origen, puede ser voluntario o forzoso; según

¹⁷ José María Roca Martínez, “**ARBITRAJE E INSTITUCIONES ARBITRALES**”, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1992, pp. 90 a 111.

¹⁸ Op. Cit., pp. 11 y 12.

la forma de funcionamiento del tribunal, puede ser independiente (ad-hoc) o administrado (institucional); en cuanto al ámbito territorial de sus efectos, el arbitraje puede ser nacional o internacional; y desde el punto de vista de las reglas procesales aplicables, puede ser formal o informal. Monroy Cabra coincide casi en su totalidad con esta clasificación con la diferencia de que reconoce también el arbitraje en derecho internacional público, y no menciona el arbitraje formal o informal; pero está de acuerdo entonces, como lo están casi todos los demás autores consultados, en las otras clasificaciones expuestas.

Nos vamos a referir solamente a aquellas que son materia de esta ponencia, no haciéndolo con las otras no por menos importantes, sino porque salen de la esfera de esta presentación.

A) Arbitraje Administrado

Llamado por la doctrina también como arbitraje "*institucional*", es, doctrinariamente hablando, aquel en que "... las partes convienen dirimir sus diferencias ante instituciones especializadas, con profesionalidad, experiencia y prestigio", como con tanto acierto lo dicen las argentinas Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe M. Leonardi De Herbón¹⁹.

Tomando como válida la definición anotada, debemos decir que entonces, arbitraje institucional es solamente aquel cuya administración ha sido confiada por las partes a un ente u órgano especializado que les permita conducir de mejor manera el desarrollo de la solución de sus discrepancias o conflictos.

En el Ecuador, con la expedición de la Ley de Arbitraje Comercial en 1963, se crearon al menos en las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil, secciones o dependencias preocupadas de administrar los arbitrajes que les fueran presentados, los que subsisten hasta el día de hoy; pero obviamente ahora organizados como centros de arbitraje y mediación en la forma que determina la LAM, instituciones arbitrales estas que recién a partir de la vigencia de la nueva Ley de Arbitraje y Mediación han visto crecer enormemente la demanda de sus servicios para administrar arbitrajes, normalmente entre sus afiliados. Gracias a la vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación, los centros o instituciones de arbitraje se han multiplicado, existiendo al momento a más del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, nuevos centros y tan importantes como el Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, CENAMACO, el Centro de Arbitraje y

¹⁹ Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe M. Leonardi de Herbón, "EL ARBITRAJE", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 15.

Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana-Americana, con sede en Quito, Centros de Arbitraje en las Cámara de Comercio de Cuenca, Ambato, Riobamba y otros, debiendo destacar que se ha formado incluso un centro de arbitraje no relacionado con ninguna cámara de la producción, como es el Centro de Arbitraje y Mediación de la Fundación Antonio Quevedo.

La mayor ventaja del arbitraje administrado está, entonces, en que son centros especializados en arbitraje los que los conducen aportando su experiencia, su organización jurídica, su infraestructura humana y física, para con todo ello facilitar los arbitramentos que se llevan a cabo a través suyo.

Entre sus servicios están no sólo el de proveer las facilidades secretariales, de apoyo y físicas (personal de secretaría, notificadores locales para audiencias, equipos de oficina, comunicación, informática, etc.), sino y fundamentalmente los árbitros y la experiencia, pues todo centro de arbitraje debe tener una lista de árbitros calificados que presten su concurso para la solución de las controversias sometidas a la administración de ese Centro, quienes han venido acumulando experiencias muy valiosas que les permiten atender con cada vez mayor conocimiento y versación los arbitrajes que les son puestos en su conocimiento.

En la Ley de Arbitraje y Mediación se regula con bastante detalle lo relacionado con la organización y funcionamiento de centros de arbitraje, y así tenemos que exige que *"Los centros de arbitraje cuenten con sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen de acuerdo a esta Ley"*, según lo manda el tercer inciso de su art. 39.

El arbitraje administrado se encuentra definido por nuestra ley de la siguiente manera:

"ARBITRAJE ADMINISTRADO O INDEPENDIENTE

Art. 2.- El Arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley 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".

La definición transcrita no es, en nuestro criterio, la más feliz; y no lo es desde el momento en que afirma que *"el arbitraje es administrado si se desarrolla con sujeción a esta ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje"*, definición de la que deberíamos concluir, entonces, que dejaría de ser institucional el arbitraje desarrollado bajo el control de un Centro de Arbitraje en el cual las partes, aun cuando se lleve a cabo con sujeción a la ley (LAM) en sus aspectos fundamentales, han decidido por crear sus propias reglas de procedimiento para determinados aspectos, por ejemplo. Tampoco sería administrado, a la luz del texto que estamos

analizando, el arbitraje que, por convenio expreso de las partes se sujete no a la Ley de Arbitraje y Mediación, sino a las disposiciones de la Ley Modelo²⁰ de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, más conocida por sus siglas en inglés, como UNCITRAL), por ejemplo, o a las de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, o a las de la Cámara de Comercio Internacional de París, etc. Obviamente, tampoco sería administrado el arbitraje que se la conduzca, por ejemplo, ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito con sujeción a las normas y procedimientos expedidos por la CENAMACO o por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

Debemos recordar y no perder de vista que el fundamento último y el más importante del arbitraje y del sistema arbitral todo, radica en la **soberanía de la voluntad de las partes**, quienes pueden, por ende, en ejercicio de esa soberanía de su voluntad, crear con absoluta libertad y no más limitaciones que la ley, el orden público y las buenas costumbres, sus propias normas y procedimientos para el arbitraje que les atañe, normas y procedimientos que pueden ser los tradicionales adoptando, por ejemplo, las constantes en el reglamento de algún centro establecido y conocido, o ya también creando sus propias reglas y procedimientos que por extrañas que fueren serían las que vayan a regir ese arbitraje.

Por eso, cuando dice nuestra ley que *"el arbitraje es administrado si se desarrolla con sujeción a esta ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje"*, creemos que está limitando erróneamente la calidad de administrados a una serie de arbitrajes que en verdad sí son institucionales, aun cuando las reglas a las que se sujeten sean especialmente creadas por las partes para el efecto.

La verdad es que la mayoría de los arbitrajes que se presentan en nuestro medio son administrados, y que en casi su totalidad las partes se han sujetado íntegramente a los reglamentos internos del Centro al que han resuelto acudir; pero es también verdad que varios casos –no muy escasos– las partes han resuelto reformar los procedimientos y reglamento generales del Centro de que se trate, como por ejemplo, cuando fijan un período diferente al legalmente previsto para que el tribunal dicte su laudo, o cuando acuerdan que determinada prueba o pruebas se actúen en forma peculiar, etc., y no por ello estos arbitrajes han dejado de ser administrados o institucionales; y cuando hacemos mención a *"reglas"* nos referimos también a aquellas que las partes puedan convenir y que impliquen una modificación a las normas de la Ley

²⁰ Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el 21 de junio de 1985. La Asamblea General, en su resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985, recomendó "que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.

de Arbitraje y Mediación (plazo para dictar laudo, por ejemplo) y no sólo una modificación a los reglamentos internos del Centro de Arbitraje en cuestión. Por "reglas generales", entendemos, entonces, no sólo al marco legal sino al marco jurídico todo que regula a un arbitraje cuando las partes no han celebrado pactos especiales sobre la materia para crear alguna norma específicamente aplicable a su arbitraje o para modificar alguna ya existente.

A nuestro entender, es administrado un arbitraje desde que se desarrolla ante un Centro de Arbitraje legalmente reconocido, y ésto con prescindencia incluso de las reglas a las que se sujete por haber sido dictadas o acordadas por las partes.

En el arbitraje institucional o administrado, al Director del Centro de Arbitraje que lo administra le cumple ejercer una serie de facultades previstas en la propia LAM para ordenar e impulsar el proceso. Entre estas facultades, las principales son las siguientes:

- Recibir la demanda de arbitraje (art. 10);
- Calificar la demanda y mandar citar a la otra parte (art. 11);
- Recibir la contestación a la demanda (art. 11);
- En caso de formularse reconvencción, calificarla (implícita) y correr traslado con ella al actor, para que la conteste (art. 12);
- Correr traslado a las partes, para que las contesten, con la modificación a la demanda, su contestación, la reconvencción o a la contestación a esta última (art. 13);
- Convocar a las partes a audiencia de mediación (art. 15);
- Designar al mediador que tratará de procurar el avenimiento de las partes (art.15);
- Enviar a las partes la lista de árbitros, de no existir acuerdo entre ellas en la instancia de mediación, para que designen, de mutuo acuerdo, los árbitros principales y el suplente (art. 16);
- Señalar el día y hora en que se efectuará, por sorteo, de la lista de árbitros de ese Centro, la designación de árbitros en el evento de que las partes no efectuaren la designación o no se pusieren de acuerdo en la forma de hacerlo (art. 16);
- Convocar a los árbitros designados para que tomen posesión de sus cargos ante el Presidente del Centro de Arbitraje, quienes de inmediato deberán designar al Presidente y al secretario (17);

- Resolver sobre la recusación de un árbitro, cuando los no recusados del tribunal no se pusieren de acuerdo sobre la recusación planteada (art. 21, literal a);
- En caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, resolver sobre ella (art. 21, literal b);

En el arbitraje administrado las etapas del proceso se encuentran claramente definidas, de suerte que no puede pasarse de una a otra mientras no haya precluido la anterior. Además, en todas estas etapas se tiene la asistencia del Centro para velar por el correcto desarrollo del proceso, para lo cual la Institución de Arbitramento, a través de sus funcionarios, brindan la asesoría necesaria a los árbitros, sobre todo en aquellos casos en que por tratarse de arbitrajes de equidad pueden actuar como árbitros quienes no sean abogados.

El arbitraje institucional lleva consigo, entonces, la garantía de seriedad del Centro que lo administra, lo que se refleja en un proceso ordenado y serio en beneficio de la seguridad jurídica que es el mejor aliciente para el desarrollo de la sociedad toda a través del desarrollo de sus negocios.

Obviamente, el arbitraje será administrado cuando las partes, en el convenio arbitral que han celebrado, no han pactado arbitraje ad hoc ni han fijado reglas particulares para su desarrollo. En este caso y por mandato del Art. 35 de la LAM, el arbitraje debe llevarse a cabo ante el Centro de Arbitraje del lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o el del domicilio del demandante y siguiendo las reglas contenidas en la propia ley.

Por todo lo expuesto, los autores casi en su totalidad están de acuerdo en manifestar que el arbitraje administrado es el que más ventajas otorga a las partes, y en el campo de las desventajas la que más suele mencionarse, como se lo hace en la obra *Russell on Arbitration*²¹, es la de sus costos, pues la institución (centro arbitral) involucrada debe ser pagada por sus esfuerzos, y que también puede demorar los procedimientos. Sin embargo, estas desventajas pueden desaparecer o resultar nimias frente a las ventajas que otorga.

B) Arbitraje Independiente

Se lo conoce también como arbitraje "**ad hoc**", y está reconocido por la LAM en su artículo 2, que fue ya transcrito al tratar sobre el arbitraje administrado.

²¹ David St. John Sutton, John Kendall, Judith Gill, "**RUSSELL ON ARBITRATION**", Twenty-Fisrt Edition, Sweet & Maxwell, London, Ingland, 1997, p 214, No. 5-123.

Del texto del artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación se infiere que nuestra ley llama también a este arbitraje como de “Tribunal de Árbitros Independientes”, por oposición a los tribunales de arbitraje administrado.

La peculiaridad de esta clase de arbitraje es la no participación en absoluto o la casi no participación de organismos creados con la finalidad de administrar arbitramentos.

Es su peculiaridad más importante, entonces, la de que se trata de un arbitraje libre, y tan libre que las partes son quienes dictan sus propias normas de procedimiento y organizan la totalidad de los aspectos y reglas que deben regirlo²². Es decir, son las partes las que deben señalar el tipo de conflicto o discrepancia que puede ser sometido a arbitraje (cuando se trata de convenio arbitral celebrado por ellas en forma previa a la existencia de tal discrepancia o conflicto), son las mismas partes quienes deberán seleccionar al o a los árbitros, o al menos deberán convenir en la forma de seleccionarlos; las partes deberán fijar el lugar del arbitraje, el idioma en que deberá llevarse a cabo, el derecho sustantivo que deberá regir el fondo del asunto, las reglas de proceso a las que se someterán, la forma como se realizará el arbitraje (si en audiencias con intervención personal de las partes, si por internet, si por correo certificado, etc.), las atribuciones de los árbitros (si pueden decretar medidas cautelares, por ejemplo), el plazo para que dicten el laudo, la forma de cumplirlo, los costos del arbitraje o la manera de fijarlo y su distribución entre las partes, la forma de fijar los honorarios de los árbitros, etc. A este respecto insisto en lo ya dicho anteriormente, de que no existe más limitación que la ley, el orden público y las buenas costumbres. Nada más, pues todo está librado a la autonomía de la voluntad y de la libertad de las partes, desde que se trata de asuntos que si bien pueden ser de interés de la colectividad, son de interés exclusivo de las partes, las que por ende son las más calificadas para resolver respecto de la manera como quieren ventilar sus disputas.

Es también importante señalar que no pierde su calidad de independiente este arbitraje por el sólo hecho de que en algún momento y para superar alguna dificultad intervenga o pueda intervenir un Centro de Arbitraje, como puede suceder respecto de la designación de árbitro o árbitros cuando las partes no se han puesto de acuerdo en ello, como dice Gamboa Serrano: “Por exclusión con el institucional, es aquel que no se realiza en su totalidad a través de un Centro de arbitraje y se rige por las normas del Decreto (...) Como ya se dijo en la precisión inicial, por el hecho de adelantarse la integración del tribunal y el procedimiento previo

²² Ulises Montoya Alberti dice, al respecto, en su obra: “**EL ARBITRAJE COMERCIAL**”, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, Perú, 1988, p. 39, que el arbitraje independiente “Se desarrolla según las reglas acordadas por las partes, o sometiendo el procedimiento a reglas específicas pre-establecidas. Todos los aspectos y etapas del proceso son determinados por las partes y los árbitros sin recurrir a ninguna institución o persona extraña”.

a través de un centro de arbitraje, no se convierte en institucional sino que continúa su fisonomía propia”²³.

Respecto de este arbitraje ad hoc, dicen los autores que es aquel en que en realidad se han ido dictando las pautas seguidas luego por la legislación, pues los legisladores no han hecho otra cosa que incorporar a las leyes positivas todo aquello que las partes han venido usando eficientemente en sus convenciones de arbitraje independiente, en razón de que por no hallarse su arbitraje sometido a Centro arbitral alguno, han debido ser las mismas partes quienes con su ingenio han debido ir solucionando los problemas que la práctica les ha puesto.

Dice Montoya Alberti refiriéndose al arbitraje ad hoc, que *“la principal ventaja es que las partes retienen el control del procedimiento”*, lo que si bien es cierto, no significa que sea una cualidad o característica exclusiva de este tipo de arbitraje, pues afirmo que salvo alguna excepción en que la ley de algún país lo impida o los reglamentos internos y normas que rigen algún centro de arbitraje lo prohíban, las partes están siempre en aptitud de crear su propio procedimiento en aplicación del principio aquel de que las partes son dueñas del procedimiento, y en silencio de las partes son los árbitros quienes deben suplir los vacíos dictando las normas de procedimiento que se requieran para desarrollar el arbitraje sometido a su conocimiento y decisión.

Dice el artículo 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que *“El Arbitraje ... es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pactan con arreglo a esta Ley”*. La expresión *“con arreglo a esta ley”* debe entenderse como total amplitud para pactar lo que en ejercicio de la autonomía de su voluntad las partes tengan a bien, sobre todo en materia de procedimiento, como además y expresamente lo faculta el Art. 38 de la LAM cuando dice que *“El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables”*, disposición de la que se advierte que las partes tienen plena y entera libertad para pactar el procedimiento que tengan a bien, con solamente los límites de la prohibición legal (por efecto de la disposición del Art. 9 del Código Civil, en concordancia con el Art. 1505 del mismo Código), del orden público y de las buenas costumbres. Por ejemplo, no podrán las partes convenir en arbitraje para resolver un asunto del estado civil, o para resolver cuestiones de competencia entre autoridades o instituciones, porque nada de esto es materia respecto de la cual se pueda transigir. Pero normalmente todo lo que no exceda del ámbito del derecho interno de las personas, éstas pueden transigir y por consiguiente convenir respecto de estos asuntos como a bien tengan a efectos de lograr el arbitramento ad hoc que mejor convenga a sus intereses.

²³ Op. Cit., p. 29.

Para que proceda el arbitraje independiente exige la ley que se cumplan ciertas condiciones o requisitos, y entre ellos, por ejemplo, el que en el convenio arbitral se designen los árbitros, y yo añado: "o que al menos se haya previsto la forma de designarlos". Dice la LAM en su artículo 16 inciso sexto: "En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal"; pero si no han hecho la designación de todos los árbitros, los designados deberán nombrar a los que falten, y en el caso de que las partes no hubieren hecho designación alguna, creo yo que se deberá proceder como lo prevé el séptimo inciso del mismo artículo 16 para el caso en que los árbitros independientes no aceptaren la designación o no se posesionaren, esto es, que cualquiera de las partes acuda ante el Director del Centro de Arbitraje más cercano al domicilio del actor, solicitando la designación de él o los árbitros no designados, designación que deberá hacerse en la forma prevista anteriormente para el caso de arbitraje administrado.

En el arbitraje ad hoc o independiente, los árbitros deben tomar posesión de sus cargos ante notario público²⁴, hecho lo cual deben designar al Secretario y posesionarlo del cargo. Si en este arbitraje se recusare a un árbitro, la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no hubieren sido recusados, y si todos lo hubieren sido, deberá ser resuelta por el director del Centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor; y sin embargo, no por estas actuaciones del director de un centro arbitral, este arbitraje ha dejado de ser independiente.

C) Arbitraje de Derecho

Entre las principales clasificaciones del arbitraje se encuentra aquella que los divide entre arbitraje de equidad y arbitraje de derecho. Esta diferenciación se encuentra recogida en la propia Ley de Arbitraje y Mediación, en varias de sus disposiciones, pero fundamentalmente en la de su artículo 3, en el que refiriéndose al arbitraje en derecho la ley expresa lo siguiente:

"ARBITRAJE DE EQUIDAD O DERECHO

Art. 3.- 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 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".

Debemos señalar, a este respecto, que nuestra ley se aparta del principio general que se encuentra recogido en la mayoría de las leyes y

²⁴ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 17 inciso tercero.

reglamentos internacionales sobre arbitraje comercial, pues la norma general en ellas es que el arbitraje, salvo pacto en contrario, sea de derecho. Nuestra ley ha optado por el principio contrario, presumo que para no dar un salto muy grande a este respecto en relación con la Ley de Arbitraje Comercial que fue sustituida por la actual LAM. Y es que la derogada Ley de Arbitraje Comercial decía, en su artículo 15, que: *“Teniendo en cuenta la finalidad del arbitraje comercial, los árbitros están facultados para decidir los asuntos sometidos a su conocimiento de acuerdo con su conciencia, honrado criterio y sentido de equidad. No están obligados por tanto a someterse a otras normas que las que contiene la presente ley”*, lo que significa que en esta ley derogada por la actual de Arbitraje y Mediación, no era posible el arbitraje de derecho, como se permite en la hoy vigente, sino sólo el arbitraje en equidad.

El arbitraje de derecho es el más extendido a nivel internacional, pues es el sistema que se sigue, por ejemplo, en la arriba citada Ley Modelo²⁵, en cuyo Art. 28 numeral 3 se lee que *“El Tribunal decidirá ex æquo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así”*, ya que en caso contrario debe decidir en derecho de conformidad con las normas que se le señalan en este mismo artículo. Por su parte, el Reglamento de Arbitraje²⁶ de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, prescribe, en su artículo 17 numeral 3, que *“El Tribunal Arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá ex æquo et bono únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes”*, lo que necesariamente implica que a falta de estipulación expresa de las partes el arbitraje es en derecho, y que los árbitros deberán aplicar al fondo de la controversia las normas jurídicas (derecho sustantivo) que hayan sido convenidas por las partes, y a falta de acuerdo expreso de éstas el Tribunal Arbitral aplicará las que considere apropiadas. Podríamos continuar revisando las normas de otros organismos internacionales de arbitraje y encontraríamos la misma solución, como la encontramos en la legislación de Colombia²⁷, o en la de Venezuela²⁸, por ejemplo, y en muchas otras, ubicándose entonces la LAM entre las pocas leyes que prescriben, saliendo del principio general de que todo arbitraje es en derecho salvo estipulación expresa de las partes, que en ausencia de pacto expreso de las partes el arbitraje es de equidad o de conciencia, como lo llama en su artículo 3 la Ley General de Arbitraje, del Perú, que sigue idéntica solución que la ley ecuatoriana.

²⁵ La Ley Modelo de Arbitraje Comercial sugerida por las Naciones Unidas.

²⁶ Vigente a partir del 1° de enero de 1998.

²⁷ La legislación colombiana (Decreto No. 1818 de septiembre 7 de 1998) previene, en el *Parágrafo* que consta al final de su Art. 115, que en la cláusula compromisoria o en el compromiso las partes deben indicar el tipo de arbitraje, y que si nada se estipula, el fallo será en derecho.

²⁸ Dice el Art. 8 de la Ley de Arbitraje Comercial, promulgada el 7 de abril de 1998, que *“Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad ... Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de equidad”*.

La LAM exige, como lo hemos visto en la transcripción parcial hecha de su artículo 3, que en tratándose de arbitraje en derecho por así haberlo convenido las partes (convención obligatoria cuando se trata de arbitraje en el que interviene una institución del Estado, por mandato del Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado), los árbitros deben atenerse a la ley, evento en el cual es de aplicación forzosa aquel aforismo jurídico que dice que *la ley por dura que sea es ley* y por tanto debe ser aplicada, aun cuando parezca injusta o inequitativa.

Dice también este artículo 3, que si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros también deben atenerse además de a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. Esto significa que los árbitros deben necesariamente aplicar el derecho sustantivo pactado por las partes, en caso de arbitraje internacional, y en el caso de arbitraje interno o nacional necesariamente deberán aplicar el derecho interno de la República del Ecuador, salvo que las partes hubieren pactado otra cosa en su convenio arbitral. Y aplicar el derecho interno significa, entonces y en primer lugar, aplicar la ley que rija sobre los hechos o derechos motivo de la controversia, y a falta de aquella o por su obscuridad, deberán aplicar, entonces y sólo entonces, los principios universales de derecho, a falta de éstos, la jurisprudencia y la doctrina, en su orden. Y digo que todos esto debe ser aplicado en su orden, pues si bien es lógico y normal que en un caso determinado al aplicar la ley se estén también aplicando los principios universales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina, también es posible que al aplicar la ley y por hacerlo se dejen de aplicar los principios universales del derecho, o la jurisprudencia cuando se trate de jurisprudencia no obligatoria (en cuyo caso viene a tener el carácter de ley hasta que la ley no disponga lo contrario), o ya también y por último se deje de aplicar la doctrina por contraria a la norma legal aplicada.

Debemos señalar que según el mismo Art. 3 de la LAM, en el caso de que las partes hubieren estipulado arbitraje en derecho, es requisito de forzoso y obligatorio cumplimiento el que los árbitros sean abogados. Así, con esa fuerza de imperio lo exige la ley, y así debe de cumplirse. Cabe aquí preguntarse: ¿si el requisito es solamente tener el título de abogado, aun cuando nunca se haya ejercido de ninguna manera la profesión de abogado, o lo que se requiere es ser realmente abogado entendiendo por tal a aquel que ejerce la profesión en cualesquiera de sus manifestaciones? A mi entender lo que la ley exige es ser abogado y no solamente ostentar el título de tal pero en realidad nunca haberlo sido, pues es la definición que de abogado nos entrega el Diccionario de la Lengua Española.

Los doctrinantes sostienen, además, que cuando el laudo debe expedirse fundado en derecho –como lo expresa nuestra ley–, debe ser debidamente motivado en las normas legales aplicadas al caso, como lo

sostiene Roca Martínez²⁹, entre muchos otros autores, al manifestar: *“La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, como garantía fundamental de las razones en virtud de las cuales el juez ha adoptado una determinada decisión, no sólo proporciona al ciudadano la respuesta que merece y que el TC ha considerado imprescindible, suponiendo su falta una vulneración del derecho a la tutela judicial, sino que, igualmente, posibilita la fundamentación de los recursos que frente a ella pudieran interponerse conforme a la ley (...) Respecto a los laudos arbitrales, es habitual la exigencia de motivación, dando lugar su omisión a la nulidad del laudo”*.

Es propicio el momento para recordar que nuestra Constitución Política ha previsto como una de las garantías básicas para asegurar el debido proceso, en el numeral 13 de su artículo 24, el que *“Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...)”*, y por este motivo creo yo que toda resolución que se dicte en un proceso arbitral, sea que deba resolver en derecho o en equidad, debe estar debidamente motivada. Si es un arbitraje en derecho, la motivación deberá, obviamente, ser en derecho y señalar las normas, principios jurídicos (universales del derecho), la jurisprudencia y la doctrina, según corresponda; si es en equidad, la motivación deberá ser en los hechos y en las razones que han movido a los árbitros a pronunciarse.

En su artículo 37 la LAM dispone:

“Art. 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho”.

Con la norma transcrita el legislador ha cometido el grave error, a mi entender, de disponer que deberán aplicarse como supletorias las normas de los Códigos Civil, Procesal Civil, Comercio y otras leyes conexas, pero solamente siempre que se trate de arbitraje en derecho. Y digo error, si pregunto: ¿y que sucede con los arbitrajes de equidad? Esto implica que siendo un arbitraje en derecho estas normas mencionadas siempre deberán tenerse como supletorias para resolver sobre el fondo de las cuestiones sometidas al arbitraje, pues con excepción del Código de Procedimiento Civil, todas las que se citan son normas de derecho sustantivo y no procesal; y en cuando al aspecto formal o procedimental, será de aplicación supletoria el Código de Procedimiento Civil. Aquí cabe mencionar nuevamente lo ya dicho con anterioridad, de que de conformidad con la misma ley y básicamente su Art. 38, siendo las partes las dueñas de su proceso y las que por tanto pueden crear sus propias normas de procedimiento, las del Código Procesal Civil se aplicarán como supletorias de las que hayan fijado las partes sólo cuando las reglas de procedimiento del Centro Arbitral que administre el arbitraje tenga

²⁹ Op. Cit., p. 103.

también vacíos que deban ser llenados por las disposiciones del Código Adjetivo Civil.

D) Arbitraje de Equidad

Este tipo de arbitraje es también conocido por algunas leyes y autores como arbitraje en conciencia, o *ex æquo et bono*.

Para muchos estudiosos del Derecho Arbitral, arbitraje es igual a equidad y no sólo un procedimiento privado, rápido y menos costoso de obtener justicia, y entre ellos se encuentra nuestro entrañable y respetado amigo Carlos Larreátegui Mendieta, quien en su libro "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado" consigna la siguiente cita de Aristóteles, aquel enorme filósofo griego: "*Es propio de los hombres recurrir a un árbitro, antes que a un juez, porque el primero no atiende sino a la justicia, mientras el juez mira solamente a la ley; el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad*"³⁰. Obviamente esto no significa que estos autores no admitan el arbitraje en derecho, sino sólo que para ellos la lógica del arbitraje es la equidad.

El arbitraje en equidad no significa sino que el árbitro, para fallar, debe hacerlo en equidad más que en derecho estricto. No significa que por aplicar la equidad debe olvidarse del derecho, pues ello podría llevar a laudos, fallos y pronunciamientos abiertamente ilegales bajo el pretexto de tratarse de fallos en equidad. La equidad no es otra cosa que la facultad que se concede al árbitro o árbitros para "fallar con arreglo a su leal saber y entender. 'Verdad sabida y buena fe guardada'"³¹, nos dice el Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de San Marcos, de Lima, y Decano del Colegio de Abogados de Lima, Dr. Ulises Montoya Alberti, refiriéndose o citando el Código Civil español (Art. 1915).

Nuestra ley prescribe, al respecto, en su artículo 3, lo siguiente:

"ARBITRAJE DE EQUIDAD O DERECHO

Art. 3.- 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 (...)"

³⁰ Op. Cit., p. 13.

³¹ Ulises Montoya Alberti, "EL ARBITRAJE COMERCIAL", Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, Perú, 1988, p. 84.

Mucho se ha dicho y escrito respecto de la equidad, y obviamente no pretendo ni puedo pretender yo en el corto espacio de este trabajo traer a colación las expresiones y pensamientos de los autores sobre un tema tan importante como este. Me limito a citar uno o dos, aquellos que en mi criterio explican de la mejor manera posible el sentido y alcance de esta expresión, y haciéndolo cito en primer lugar a Cabanellas, para quien la equidad es *“La fidelidad y paralelismo con que lo acompaña, llevaría a decir que la equidad es la sombra del Derecho, si cuanto de ella se ha pensado y escrito desde los albores de la organización humana no la presentaran como la luz y complemento de aquél, ante la obscuridad o desamparo de la norma legal o frente a los rigores y estragos de su aplicación estricta. Ya por su etimología, del latín equitas, igualdad, la equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima (...) Lo que no puede ser la equidad es el enfoque jurídico personal por momentáneas conveniencias, parcialidad o favoritismo, fundado en aisladas interpretaciones retorcidas y en argumentaciones sofisticadas”*³². Y cito también a Luis Recaséns Siches, quien manifiesta que: *“La que solía llamarse ‘equidad’ no es un procedimiento para corregir leyes imperfectas. Es la manera correcta de interpretar todas las leyes, absolutamente todas. Es la manera correcta de entenderlas. Es la manera de tomarlas como base para elaborar las normas individualizadas. Sin excepción. La equidad no es un recurso ‘extraordinario’ para ‘suavizar’ la aplicación de ciertas leyes. Por contra, debemos reconocer que debe ser el ‘procedimiento ordinario’ para tratar con todas las leyes”*³³.

La Ley de Arbitraje y Mediación no se limita a decir que según lo indiquen las partes los árbitros deben fallar en derecho o en equidad, y que a falta de tal convenio el fallo será en equidad, sino que al desarrollar este último concepto exige que el fallo en equidad se forme según el leal saber y entender de los árbitros, pero *atendiendo a los principios de la sana crítica*, es decir que condiciona la entera libertad y discrecionalidad que a entender de muchos entraña la *equidad*, con la obligación de establecer los fundamentos de su decisión, lo que se encuadra perfectamente en la garantía arriba citada del debido proceso que previene el ordinal 13º del Art. 24 de la Constitución Política en vigencia, logrando con ello el equilibrio de armonía que menciona Cabanellas al definir lo que es y lo que debe entenderse por sana crítica: *“Fórmula de equilibrada armonía entre la libertad de criterio y la necesidad de fundarse en la experiencia y en la razón a que entrega el legislador español, ante los riesgos de la prueba tasada, la apreciación de las probanzas judiciales (...) 2. Apoyo doctrinal. Opina Osorio y Florit que, frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas, y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema intermedio y más extendido de la sana crítica, que deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándole a establecer los fundamentos de la misma. En la libre convicción entra en juego la conciencia en la apreciación de los hechos; en la sana crítica, el juicio razonado. A este respecto expresa Couture que el juicio de valor*

³² Guillermo Cabanellas, **“DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL”**, Tomo III, E – I, 12ª Edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 143.

³³ **“ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA”**, Tomo X Empa – Esta, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 429.

*en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad*³⁴.

Además, permite la LAM para el caso de arbitraje en equidad, que los árbitros no sean abogados. Esto no entraña prohibición alguna para que los abogados puedan también ser árbitros en procesos que deben resolverse en equidad, sino que a contrario de lo que acontece con el arbitraje en derecho en cuyo caso se exige que los árbitros sean abogados, en los arbitrajes en equidad este no es un requisito esencial pudiendo, entonces, los árbitros tener la profesión de abogado o cualesquiera otra, con lo que se amplía considerablemente la frontera de quienes pueden arbitrar una causa en equidad.

Es oportuno señalar, o mejor dicho aclarar, la versión aquella de que en el arbitraje en equidad los árbitros pueden hacer cualquier cosa, que están facultados incluso para cambiar los procedimientos, y todo en nombre de la equidad. La equidad no significa ni puede significar esto. Arbitraje en equidad significa que los árbitros, al momento de resolver, no deben tener en cuenta solamente la ley aplicable, sino la justicia, la equidad, lo cual les permite apartarse de la ley cuando entre ésta y la justicia no existan congruencia. Soy de la opinión de que incluso en los arbitrajes en equidad los árbitros y las partes deben velar por la rectitud de procedimientos. La equidad no tiene que ver con el procedimiento que se adopte, sino con la forma como los árbitros deben o pueden fallar o resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento.

Es por estas consideraciones que a mi entender la norma del Art. 37 de la LAM es equivocada u obedece a un lamentable error en el que ha incurrido el legislador. Las normas supletorias: Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio y otras leyes conexas, dice la norma citada, que lo son siempre que se trate de arbitraje en derecho, lo que da a entender que no lo son cuando se trate de arbitraje en equidad; sin embargo, opino que sea de derecho o de equidad, estas normas siempre deben ser supletorias puesto que también en los arbitrajes de equidad se debe aplicar la ley sustantiva pertinente, salvo que, como lo hemos dejado expuesto, exista divorcio entre ella y la justicia o equidad, en cuyo caso y solamente en ese caso están los árbitros facultados para apartarse de la ley y resolver lo que en justicia (equidad) corresponda.

En este sentido se pronuncian con mucha claridad Feldstein de Cárdenas y Leonardo de Herbón, diciendo: *"El árbitro 'arbitrador o amigable componedor' resuelve ex æquo et bono, es decir según su leal saber y entender a verdad sabida y buena fe guardada, dándole la ley en este caso mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de solución de la controversia. (...) no debe confundirse 'un mayor margen de*

³⁴ Op. Cit., Tomo VI, S – Z, p. 31

*discrecionalidad', con el apartamiento liso y llano de la ley. Las reglas del debido proceso deben mantenerse firmemente"*³⁵.

También se pronuncia en términos similares el árbitro colombiano Rafael H. Gamboa Serrano³⁶, cuando nos dice, refiriéndose a este tema, que *"Queda librado al arbitrio de las partes la determinación de si el fallo ha de ser en derecho, en conciencia o fundado en principios técnicos"*; que *"Si las partes guardan silencio, el laudo será en derecho y los árbitros no pueden conciliar las pretensiones opuestas"*³⁷; que *"Si se establece el fallo en conciencia, se entiende, salvo estipulación en contrario, que los árbitros sí pueden conciliar las pretensiones opuestas"*³⁸. Que *"... el proceso arbitral con laudo en derecho, o en conciencia (...) debe adelantarse por los trámites y cauces previstos por la ley; no es válida la consideración de que por tratarse de asuntos técnicos, o porque debe ser en conciencia, pueda desatenderse el ritmo procesal; nó, el trámite es el mismo y ni las partes ni los árbitros pueden alterarlo, porque se trata de normas procesales y éstas son de orden público"*³⁹.

CUANDO USAR UNO U OTRO. EXPERIENCIAS

En mi experiencia, el arbitraje debe ser, de preferencia, administrado, salvo que por alguna circunstancia muy especial para el caso en cuestión sea mejor emplear el arbitraje independiente.

Igualmente, opino que el arbitraje debe ser siempre en derecho, salvo en dos casos especiales en que he pactado arbitraje en equidad, que son: En contratos de inquilinato, cuando he redactado el contrato para el arrendador y busco, entonces, defender de la mejor manera posible sus derechos frente a la intransigencia de la ley y a la iniquidad de sus disposiciones sobre esta materia de inquilinato, en relación con las normas tributarias que contiene la Ley de Régimen Municipal sobre el impuesto predial y sobre los impuestos de alcabalas y de registro, que son las normas que han hecho crear simulaciones en prácticamente la totalidad de los contratos de arrendamiento que se celebran en el Ecuador.

Pero también pactaría arbitraje en equidad en contratos de trabajo, para de esa manera proteger en algo al patrono frente a la rigidez y dureza de la legislación laboral.

³⁵ Op. Cit., p. 13.

³⁶ Rafael H. Gamboa Serrano, **"EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA"**, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Colección Profesores, Bogotá, 1992, p. 38.

³⁷ Op. Cit., p. 39.

³⁸ Op. Cit., p. 39.

³⁹ Op. Cit., p. 40.

Y debemos tener presente que estos casos (inquilinato y derecho laboral), cabe la transacción, y por ello es posible el arbitraje, por lo que siendo así debemos emplearlo para aminorar el peso tremendo de estas legislaciones tan inequitativas como las mencionadas, pues rigen para todo el mundo, incluso para aquellos casos de personas de muy escasos recursos cuya única fuente de ingreso, por ejemplo, sea la pensión arrendaticia que puede obtener de algún local que destina a vivienda, o vivienda y comercio o vivienda y taller. El Código del Trabajo rige también para aquellos casos de personas que pretendiendo crear empresas y con ellas fuentes de trabajo, se han visto obligadas incluso a cerrar y liquidar sus actividades por la dureza de las normas laborales que les impide o al menos dificulta gravemente ser competitivos a nivel internacional y, en muchos casos, incluso a nivel nacional.

Quito, 18 de noviembre de 2003