

# CÓMO LITIGAR EN ARBITRAJE

Por: Dr. Armando Serrano Puig

El CENAMACO, Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito ha tenido la gentileza de invitarme para haga esta exposición sobre **Cómo litigar en arbitraje**, en función de la experiencia que hemos acumulado en litigios de esta naturaleza, bien sea actuando como árbitro integrante de tribunales de esta clase, o ya también como parte en procesos arbitrales administrados y ad-hoc, unas veces patrocinando al actor y en otras ocasiones a la parte demandada.

Debo como introducción citar al ilustre eticista del derecho y de la abogacía, don Ángel Osorio y Gallardo:

*“Suele sostenerse que la condición predominante de la abogacía es el ingenio. El muchacho listo es la más común simiente de Abogado, porque se presume que su misión es defender con igual desenfado el pro que el contra y, a fuerza de agilidad mental, hace ver lo blanco negro. Si la abogacía fuera eso, no habría menester que pudiera igualarla en vileza. Incendiar, falsificar, robar y asesinar serían pecadillos veniales si se les comparaba con aquel encanallamiento; la prostitución pública resultaría sublimada en el parangón, pues al cabo, la mujer que vende su cuerpo puede ampararse en la protesta de su alma. mientras que el Abogado vendería su alma para nutrir el cuerpo”, dice en su obra, El Alma de la Toga, el ilustre publicista español Angel Ossorio<sup>1</sup>*

En razón de que litigar es precisamente el más importante papel que le corresponde desempeñar al abogado, debo comenzar diciendo que en mi opinión, en todo litigio el abogado debe comportarse con la mayor altura posible, haciendo gala de la profesión que ostenta, pues la abogacía no es para ruines sino lo contrario, es para la gente más noble, la más correcta, la más honrada, la mejor. Ser abogado debe ser el más alto honor que una persona de bien puede ostentar en su vida. Lo es para mí. Al efecto, me permito citar ciertas expresiones del famoso litigante estadounidense, F. Lee Bailey, quien en su obra: *“Cómo se Ganan los Juicios. El Abogado Litigante”*<sup>2</sup>, sostiene que: *“...los buenos abogados litigantes, por fuertes que sean sus egos, son personas finas y bien educadas ... requiere cualidades más importantes*

---

<sup>1</sup> Ángel Osorio y Gallardo, “El Alma de la Toga”, Librería El Foro S.A., Colección Clásicos del Derecho, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 41.

<sup>2</sup> Versión en español, de José Hurtado Vega. Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, 1ra. Edición, 1992, México D.F.

*que todas las demás, o sea, un alto nivel de ética e integridad personales*<sup>3</sup>. Poco más adelante sostiene este mismo autor, que: *“Un profesional ético, cuya moral usualmente se mide por el alcance y el grado de su integridad personal, normalmente tiene suficiente madurez para comprender que la vida es demasiado breve para dejarse regir por hábitos mezquinos”*<sup>4</sup>, y en sus comentarios sobre ética profesional va más allá, mucho más allá, cuando afirma que: *“Los buenos abogados litigantes son, simple y llanamente, personas decentes ... Todos tenemos el poder de entablar litigios en contra de alguien bajo el pretexto más trivial, para paralizar sus recursos, para causarle gran ansiedad y gastos jurídicos y, de manera general, hacerlo miserable con escasa o ninguna justificación. Quisiera poder decir que estos casos son raros, pero desafortunadamente eso no es así. Muchos de los que ostentan su título de abogado hacen precisamente eso con el propósito de exprimir unos cuantos dólares por arreglo extrajudicial a alguien que no puede permitirse el tiempo y la incomodidad de acudir a los tribunales ... Los abogados que logran la victoria manipulando y torciendo las reglas no sirven a nadie, ni siquiera a sí mismo, por muy dulce que pueda parecer el sabor de la victoria”*<sup>5</sup>.

Y si las enseñanzas que acabamos de ver son aplicables siempre, en todo proceso y en todo litigio al abogado que litiga, en arbitraje este comportamiento de altura y ética profesional y personal del abogado debe ser llevado a la máxima expresión, pues el litigio debe y tiene que ser diferente de aquel que se lleva a cabo en los tribunales y juzgados ordinarios, por el simple hecho de que ninguna de las partes puede ser llevada a arbitraje sin su propio consentimiento.

Varias son las diferencias que existen entre litigar ante la justicia ordinaria y ante la justicia arbitral; en realidad, pueden ser muchas, pero nos vamos a referir solamente a las que para nosotros son las más importantes:

**Convención:** La justicia ordinaria es la función primordial de la organización política que llamamos Estado. El Estado se constituyó básicamente para evitar que los hombres se hagan justicia por mano propia, y fue consecuencia del pacto social, el que se celebró para poner orden en el caos en que los hombres se reclamaban unos a otros directamente buscando exigir lo que consideraban era justo para ellos, esto es, buscando la justicia por la acción propia y personal de quien se sentía agredido y perjudicado por otro.

De ahí que, siendo la justicia la función primordial y fin último del Estado, nadie puede ni debe estar fuera de la acción de la justicia. En otras palabras, todos tenemos que sujetarnos a la justicia estatal, a los jueces que el Estado designa para dar a cada quien lo que le corresponde, y siguiendo los procedimientos que el mismo Estado ha fijado para que las personas sujetas a ella puedan hacer valer sus derechos o los que pretenden tener.

---

<sup>3</sup> F. Lee Bailey, Op. Cit., pp. 46 y 47.

<sup>4</sup> F. Lee Bailey, Op. Cit., p. 47.

<sup>5</sup> F. Lee Bailey, Op. Cit., pp. 47 y 48.

Por consiguiente, cuando una persona es demandada ante determinado juez o tribunal de la justicia ordinaria, normalmente no tiene otra opción que acudir a ejercer su defensa y la de sus intereses ante el órgano de la administración de justicia que le ha emplazado a comparecer, y tiene y debe hacerlo incluso en contra de su voluntad, para luego de seguir las reglas de proceso establecidas acatar la decisión judicial que se adopte. Y es por ello que en muchos casos vemos a las partes actuando con las más bajas pasiones por delante, agrediendo no sólo a su contraparte sino incluso al juez o tribunal como una forma de expresar su rechazo al sistema y su desagrado con él, y como una indigna manifestación de la bajeza con que en el litigio se conducen ciertos abogados.

En cambio, al arbitraje acuden solamente quienes en ejercicio de la autonomía de su voluntad así lo han acordado y resuelto. Si no existe convenio arbitral, según nuestra ley de la materia (Ley de Arbitraje y Mediación) no puede existir arbitraje. El convenio o acuerdo de voluntades es requisito *sine qua non* para la procedencia del arbitraje. Debemos destacar que según la Ley Modelo de la CNUDMI (normalmente conocida por sus siglas en inglés, como UNCITRAL)<sup>6</sup>, si bien no es imprescindible acompañar a la demanda el convenio arbitral, si es necesario al menos hacer referencia en la demanda a la existencia de tal convenio y que la otra parte al contestar el reclamo o demanda no niegue su existencia, y en tal evento o supuesto tenemos un proceso arbitral plenamente válido. Pero en todo caso se exige que exista convenio arbitral, y que al menos sea previo a la presentación de la demanda.

Esta voluntariedad mutua de acudir al arbitraje para solucionar sus discrepancias, obliga a las partes a adoptar una posición distinta, diferente, frente al juzgador, frente a la contraparte y frente a lo que es materia de la controversia. El uno (el juzgador ordinario) lo es por decisión del Estado manifestada en la forma en que legalmente corresponda. El otro (el juzgador arbitral) lo es por decisión de las partes de la controversia, las que se hallan facultadas incluso para escoger sus propios árbitros, con cualquier criterio que fijen para ello, e incluso por la especialización en la materia de que se trata el conflicto, y pueden escoger hasta sus propias reglas de procedimiento.

**Agilidad:** Pero a más de la voluntad expresa de las partes para acudir al arbitraje como forma de solucionar sus conflictos en reemplazo de la justicia ordinaria, reemplazo que puede tener efecto incluso por la desconfianza de las partes en el sistema ordinario de administración de justicia, podemos destacar también que el interés de las partes puede ser el de obtener una solución ágil a sus controversias, que les permita en poco tiempo terminar con sus disputas en lugar de prolongarlas por años y años. Adquieren así seguridad jurídica y certeza, que es de lo que más se carece cuando se está sometido a la justicia ordinaria en este atribulado Ecuador.

---

<sup>6</sup> Ley Modelo, Art. 7, Nro. 2, que dice: “*El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato*” (el resaltado es nuestro).

Hay que tener presente que al menos en nuestro medio y por norma general, los árbitros son personas que están comprometidas con el sistema arbitral como la mejor alternativa a la justicia ordinaria en la solución de sus conflictos que no afecten al orden público y que se hallen solamente en el ámbito del interés personal. Tienen tal compromiso con el sistema arbitral, que salvos contados casos en que por la cuantía de lo que se litiga sus honorarios pueden llegar a ser significativos, lo usual es que sean muy pequeños, exiguos e incluso casi inexistentes; y sin embargo, los árbitros se entregan a su cometido sin escatimar esfuerzo, preocupaciones ni tiempo, dejando de lado otras actividades que les pueden resultar lucrativas, dejando de lado muchas veces incluso sus propias necesidades y compromisos para atender lo que consideran un llamado de la justicia por la que luchan con su entrega a este sistema generoso para con los litigantes y el país, y esta actitud de entrega y honorabilidad, que normalmente es conocida por las partes, les infunde confianza en que la decisión final no estará contaminada por los vicios que sacuden a la justicia ordinaria.

En fin, los autores reconocen al arbitraje varias ventajas frente a la justicia ordinaria, por ejemplo, la de brindar **mayor garantía en la decisión**, desde que las partes se hallan plenamente habilitadas para escoger y nombrar a los árbitros<sup>7</sup> y buscan la manera de nombrar a los mejores posibles; **celeridad**, pues los procesos arbitrales deben sustanciarse en el término que las mismas partes pacten, o en su defecto, en el corto período que la ley fija para el objeto<sup>8</sup>; **mayor especialidad**, pues es factible y sucede con alguna frecuencia, que las partes escojan como sus árbitros a personas expertas en la materia de su controversia, lo cual es muy útil en el caso de cuestiones científicas o técnicas difíciles; **confidencialidad y reserva**<sup>9</sup>, ya que muchas ocasiones a las partes les interesa mantener su conflicto no sólo en confidencia sino incluso en reserva, pues no es de su interés que los pormenores de su discrepancia sea conocido por terceros; **economía**, pues pese a tener que pagar los costos arbitrales para acceder a este sistema, resulta a la larga siendo mucho, pero mucho más barato que el sistema ordinario de justicia; y muchas otras ventajas que pueden ser destacadas en otra oportunidad.

En arbitraje se aplican no sólo los principios fundamentales de todo proceso<sup>10</sup>, como el dispositivo, el de la buena fe y lealtad procesales (para con el juzgador e incluso para la contraparte), el de contradicción, el de igualdad de las partes, el de congruencia, etc., sino que se aplican también muchos otros principios como el de Oportunidad, el de Temporalidad, el de Favor Arbitri o Favor Arbitralis, el de Aportación de Parte, el de Impulso de Oficio, el de Oralidad<sup>11</sup>, etc.<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo. “**Arbitraje Comercial, Nacional e Internacional**”, 2da. Edición, Legis Editores S.A., Bogotá. Colombia, 1998, pp. 27 y 28.

<sup>8</sup> Monroy Cabra, op-cit., p 28; Gil Echeverri, Jorge Hernán, “**Curso Práctico de Arbitraje**”, Ediciones Librería del Profesional, 1ra. Edición, Bogotá, Colombia, 1993, p. 13.

<sup>9</sup> Gil Echeverri, Jorge Hernán, op. cit., p. 28.

<sup>10</sup> En su obra: “Los Principios Procesales en el Arbitraje”, la autora española Ana María Chocrón Giráldez (José María Bosch Editor, Barcelona, España, 2000) explica con mucha claridad la procedencia de todos estos principios en materia de arbitraje, por lo que considero conveniente revisar esta obra.

<sup>11</sup> El principio de la oralidad, al igual que el de contradicción de las pruebas, del dispositivo, y del de concentración e intermediación, se elevan a rango de preceptos constitucionales en el Art. 194 de la Constitución.

Luego de haber hecho una exposición muy general sobre la ética y principios a emplearse, podemos concluir señalando que en arbitraje se debe litigar, entonces, con la mayor altura profesional y con el máximo apego a las más estrictas normas de conducta personal y ética profesionales, además de por todo lo antes dicho, por el auto respeto que los profesionales se deben a sí mismos, a la contraparte y al Tribunal. Y para comenzar el litigio arbitral, lo primero que se debe hacer es desarmar las conciencias, dejar de lado los ataques, las agresiones, los insultos, las insinuaciones a veces perversas, etc., y proceder sólo en la más objetiva forma para así orientar de mejor manera a los árbitros ayudándoles a que tomen la mejor resolución posible, pues eso es lo que garantizará la solución final a los conflictos y contribuya a la paz social.

### **1.- Evaluación Neutral del Conflicto:**

Establecer si el conflicto puede ser superado por negociación directa, y tratar de lograrlo; caso contrario llevarlo a mediación o directamente a arbitraje.

Pero entrando a lo que a mi entender debe ser la materia de esta charla, esto es, **cómo litigar, en la práctica, en arbitraje**, pero en arbitraje nacional que es el que por ahora ocupa nuestra atención dejando para otra oportunidad los particulares del arbitraje internacional, y debo hacerlo diciendo que lo primero que un abogado debe hacer cuando su cliente acude ante él para plantearle el conflicto que enfrenta, es evaluar neutralmente el conflicto, esto es, hacerlo desde una posición neutral de suerte de poder establecer si el caso del cliente comporta en realidad un conflicto, o si sólo se trata de una apreciación subjetiva del cliente. Debe poder establecer si el conflicto puede tener una solución negociada que impida que la controversia escale al nivel procesal de juicio, pues siempre es mejor un mal arreglo que un buen juicio, y en este caso, establecer cual es el MAAN (Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado) del cliente y el de su contraparte para poder enfrentar la negociación con mayor éxito, como mecanismo que permita solucionar el problema mediante una negociación exitosa. Debe, también, para el caso de que la negociación ya no sea un camino viable, poder establecer la conveniencia de la mediación con anterioridad a la demanda arbitral, con la esperanza de poder encontrar a través de ese mecanismo la superación del problema, o ya también establecer la conveniencia de directamente plantear la acción arbitral para luego de entablada la litis con la contestación a la demanda, buscar en la mediación la solución del conflicto.

Todo este procedimiento de evaluación neutral del conflicto deben hacerlo abogado y cliente en forma seria y objetiva analizando la relación costo/beneficio de todas estas etapas, de suerte que la decisión que se tome no sea ligera sino consecuencia de una muy profunda reflexión, análisis y estudio del caso.

### **2.- Estudio del Convenio:**

---

<sup>12</sup> Chocrón Giráldez, Ana María, Los Principios Procesales en el Arbitraje, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 2000.

Verificar si existe convenio, y sus términos (ad-hoc o administrado, en derecho o en equidad, designación de árbitros, lugar del arbitraje, idioma, legislación aplicable al fondo, reglas, términos, etc.), a fin de establecer si cumple los requisitos y si es aplicable al caso. Principio Pro Arbitraje.

Analizado el conflicto neutralmente en la forma antes mencionada, debe el abogado proceder a verificar con toda seriedad si existe convenio arbitral válido que permita llevar la solución del conflicto al conocimiento y resolución de árbitros. Si el conflicto involucra a una entidad que conforme el sector público, será necesario revisar con mayor detenimiento aún el convenio y poder establecer si en él se reúnen los requisitos exigidos por el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) en concordancia con el Art. 42 de la misma ley en lo que fuere aplicable. En especial debe analizarse el convenio para ver si no estamos frente a un convenio patológico de aquellos que si bien aparecen como convenios arbitrales por su deficiente redacción no pueden llevarse a cabo ni cumplirse, debemos analizarlos para ver si abarca al caso en estudio, esto es, a la controversia en cuestión. Se deben estudiar, entonces, los términos en que se ha concebido el convenio para establecer si en él se ha pactado arbitraje ad-hoc o administrado, y en este último caso ante que Centro de Arbitraje; si es un arbitraje nacional o internacional, si es en derecho o *ex æquo et bono*; si los árbitros han sido ya previamente seleccionados por las partes o éstas han acordado que los árbitros reúnan alguna condición especial, sobre todo en consideración a algún conocimiento técnico o experto, etc.; si se ha previsto o no alguna manera especial de designar a los árbitros, o lo deben ser en la forma prevista por la ley; cuál es el lugar en que debe desarrollarse el arbitraje; el idioma a emplearse y la legislación aplicable al fondo o sustantiva (normalmente en arbitraje internacional); cuáles son las reglas que han acordado las partes y los términos o plazos pactados para el desarrollo del proceso.

Hay que tener presente en este momento, que el inciso segundo del Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación (agregado por mandato del Art. 1 de la Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación) recoge el principio conocido como *pro arbitraje*, según el cual, en caso de duda, los jueces de derecho deben estar a favor de que las controversias sean resueltas por arbitraje<sup>13</sup>.

### **3.- Arbitrabilidad:**

1. Establecer si el conflicto es susceptible de arbitraje, y si lo es al amparo del convenio existente (puede ser intrínsecamente arbitrable, pero no encajar en el convenio). 2. Tener presente que el arbitraje tiene un costo, y que el riesgo de demandar cuando el conflicto no es susceptible de arbitraje puede significar perder parte de los costos.

---

<sup>13</sup> Ley Reformatoria de la Ley de Arbitraje y Mediación: “Art. 1.- Agréguese, como inciso segundo del artículo 7, el siguiente: “*Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días*”.

Como parte del estudio al que acabamos de referirnos, pero dependiendo de la naturaleza de la controversia y de las partes que en ella intervengan, pero con un análisis bastante más profundo, debe revisarse la arbitrabilidad del conflicto, con el fin de establecer si el existente puede ser sometido o no a arbitraje, según lo determinado por el Art. 1 de la Ley de la materia, según la cual, *pueden someterse a arbitraje las controversias que sean susceptibles de transacción*. Hay que establecer, entonces, si lo que es materia de la controversia es transigible o no, pues en este último caso y aun cuando entre las partes existiere pactado convenio arbitral perfectamente válido, no podría esta controversia someterse a resolución de árbitros por impedimento de la norma que acabamos de revisar. Conviene tener presente que como el numeral 5to. del Art. 35 del Código del Trabajo dispone que: *“Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”*, esto es, que eleva a categoría constitucional la posibilidad de transigir en materia laboral, los conflictos laborales también son arbitrables, o sea, que son susceptibles de arbitraje, y como la ley no hace distinción alguno, creeríamos que incluso los conflictos colectivos de trabajo que siempre deben ser conocidos por un tribunal arbitral en un arbitraje forzoso, podrían llevarse al procedimiento arbitral previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación en lugar de ser resueltos por el arbitraje forzoso lleno de bemoles y peros contemplado en el Código del Trabajo, siempre que para ello hubiere el consentimiento de las partes constante en un convenio arbitral legalmente celebrado de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación que para el efecto es la ley de la materia. Y si esto se pusiera en práctica realmente el mayor beneficiado sería el propio Estado porque los conflictos colectivos de trabajo podrían solucionarse mucho más ágilmente sin la intervención paternalista y dirigista del Estado en este campo, en que lo que está en juego son sola y únicamente los intereses personales de la empresa y los de sus trabajadores.

Esto nos lleva a recordar que no pueden ser sometidos a arbitraje aquellos asuntos respecto de los cuales se halla en juego la potestad estatal, el orden público o los derechos fundamentales, como pueden ser: las infracciones tipificadas en la legislación penal (aun cuando la responsabilidad civil extracontractual por delitos y cuasidelitos si puede someterse a arbitraje), todo lo relativo a tributos en conflictos entre los entes activo y pasivo de los mismos, lo relacionado con las atribuciones del poder público o de la autoridad pública, las cuestiones relativas al estado civil y la capacidad de las personas, etc.

Hay que tener presente también, en estas reflexiones, que un conflicto puede ser intrínsecamente arbitrable pero no encajar en el convenio existente entre las partes, y por consiguiente deberá establecerse si al conflicto de que se trate le es aplicable la cláusula o convenio arbitral existente entre las partes.

Por último, pero no por ello menos importante, es lo relacionado con el costo del arbitraje. Este es un aspecto en muchos casos determinante para tomar la resolución de ir o no a arbitraje, esto es, de plantear o no la demanda arbitral o la reconvencción, en su caso, pues en los dos supuestos el proponente deberá consignar los costos que correspondan de conformidad con la tabla que para el efecto tenga vigente el Centro de Arbitraje ante el cual se proponga la acción. Por

supuesto que desde que existe la tasa judicial este es un asunto que tiene mayor importancia únicamente en los casos en que las cuantías involucradas sean altas, pues si bien es cierto que las tablas de costos se hallan estructuradas de tal manera que mientras más alta es la cuantía menor es la proporción que de ella se deberá pagar en concepto de costos arbitrales, también es cierto que mientras más alta es la cuantía mayor será la cantidad de dinero que deberá satisfacerse al Centro de Arbitraje por este concepto. Y digo que desde que existe la tasa judicial es un asunto menos importante, pues para litigar ante la justicia ordinaria también debe satisfacerse aquel costo que implica el pago de la tasa judicial.

Hay que señalar que también aun cuando no intervenga un Centro de Arbitraje, como en los arbitrajes independientes o ad-hoc, el arbitraje implica costos y gastos, no sólo por los honorarios de los árbitros y el secretario, sino también en la administración del proceso arbitral, o sea en todas las tareas y responsabilidades de secretaría (copias, grabaciones, traslados, arriendos, mensajería, etc.), por lo que las partes deberán entregar al Tribunal ad-hoc que se haya designado para conocer del caso, los recursos necesarios para que este Tribunal pueda administrar y desarrollar el juicio arbitral sometido a su conocimiento y resolución.

Punto importante a tenerse presente en lo relacionado con los costos, es el que se ha convertido en mala práctica, común pero mala práctica, de que el demandante se resiste a fijar la cuantía de su reclamo, pues los costos arbitrales que debe consignar están en directa proporción a dicha cuantía; y para reducir el pago de los costos arbitrales suele la parte actora decir que la cuantía es indeterminada. Sin embargo, en verdad, cuantía indeterminada no puede nunca haber cuando se trata de cosas patrimoniales, y sólo es posible cuando se trata de asuntos que por su propia naturaleza no son cuantificables ni mensurables en dinero, como puede ser lo relativo a la patria potestad, o al cuidado de los menores, o al estado civil, y a otros asunto de esta naturaleza; pero cuando se trata de negocios, y de contratos de negocios sobre todo, siempre debe haber una cuantía claramente fijada tanto en la demanda como en la reconvencción, pues siempre habrá manera de fijarla y hacerlo con bastante precisión.

Ahora bien, se debe tener presente que si por no pagar los costos arbitrales quien necesite plantear una demanda se niegue a hacerlo, no podrá plantear reclamo alguno en contra de quien sea su deudor, pues si ha celebrado convenio arbitral y plantea su demanda ante la justicia ordinaria, lo más probable es que el demandado le oponga la excepción de existencia de convenio arbitral, en cuyo caso el juez ordinario se inhibirá de conocer de esa demanda, con lo cual el actor, si quiere acceder a la justicia, deberá hacerlo ante el tribunal de arbitramento que corresponda y pagar los costos que fueren del caso.

Esto de los costos es también importante para el caso en que se plantee una demanda arbitral por un conflicto no arbitrable, pues en tal supuesto con la demanda se debió consignar la suma que en concepto de costos arbitrales correspondía, y como el Tribunal Arbitral es el único autorizado para resolver sobre su propia competencia, para hacerlo deberá haberse integrado y convocado a audiencia de



sustanciación, y en ella declarase no competente para conocer del caso por inarbitrabilidad del conflicto, evento en el cual al actor se le devolverá si bien no la totalidad de los costos consignados sí una parte importante de ellos, pues de ellos se deberán deducir los gastos ya efectuados considerando entre éstos una parte de los honorarios que hubieren correspondido a los árbitros y al secretario, por haberlos ya devengados con su estudio del caso que les permitió tomar la decisión de incompetencia por inarbitrabilidad, en este caso. Igual sucede cuando el procedimiento arbitral termina con acta de acuerdo total en la mediación llevada a cabo como parte del proceso. Según el Reglamento del CENAMACO, si el conflicto se resuelve en mediación, se descuentan los costos de la mediación y se devuelve a quien los consignó el 50% de los gastos administrativos (Art. 52); si el Tribunal se declara incompetente –lo que se puede hacer solamente en la Audiencia de Sustanciación- se devuelve a las partes el 50% de los gastos administrativos y de los honorarios del Tribunal. Según el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, si el proceso arbitral termina por desistimiento, transacción, acta de mediación o incompetencia del Tribunal, corresponde al Director del Centro ordenar que se devuelvan los valores consignados proporcionalmente a la actuación del Centro, del mediador o del tribunal (Art. 33 inciso tercero y Art. 66).

#### **4.- Mediación:**

1. Establecer el momento en que conviene la mediación: a) Antes de la demanda. b) Después de la demanda.
2. Como actuar en mediación.

Habíamos dicho en el primer punto, de *Evaluación Neutral del Conflicto*, que al hacer tal evaluación había que establecer la conveniencia de la mediación con anterioridad a la presentación de la demanda arbitral, o con posterioridad a ella, decisión que en gran medida depende de la naturaleza del conflicto y del grado de animadversión que exista entre las partes.

Creemos que la mediación anterior a la demanda puede ser un camino favorable a la solución del problema, cuando la parte reclamada tiene la perspicacia de darse cuenta que el litigio le va a resultar más costoso no sólo en dinero sino también anímica y afectivamente, sobre todo si su MAAN es bajo, y que por consiguiente puede hacer un buen negocio llegando en la mediación a una transacción que supere el conflicto total o definitivamente. Por el contrario, cuando de la evaluación neutral del conflicto se advierta que llamar a mediación antes de proponer la demanda no tendrá el efecto que se busca con ella, que es el de terminar en esa instancia la controversia, entonces, lo lógico es acudir directamente a la demanda arbitral y dentro del trámite previsto en la ley llegar a la instancia de mediación, en la que, de no obtenerse el acuerdo total que supere el conflicto, se seguirá de inmediato con el juicio arbitral propiamente dicho.

En otras palabras, en la evaluación neutral del conflicto deberá establecerse cual es el sistema que debe adoptarse para obtener una más rápida y favorable solución de la controversia, si con mediación anterior o posterior a la presentación de la demanda.

## 5.- Redacción de la demanda:

La demanda debe ser clara y ordenada, y contener: 1. Designación del Centro o del Árbitro ante quien se propone. 2. Identificación del actor y del demandado. a) Legitimación activa y pasiva: a) en la causa, b) en el proceso. 3. Fundamentos: a) de hecho, b) de Derecho. 4. Pretensiones: Cosa, cantidad o hecho que se exige. 5. Pedir mediación si no se ha cumplido ya. 6. Cuantía. Problema de fijar cuantía en pretensión sujeta a liquidación. 7. Pruebas. Se aplica el *Discovery*. Con la demanda y la contestación hay que presentar todas las pruebas de que se dispone y solicitar la práctica de todas las diligencias probatorias que se estiman necesarias.

Cuando estemos en el caso de redactar la demanda arbitral, debemos tener cuidado de hacerlo en los términos más claros posibles, de suerte que no sólo puedan ser entendidos por quien redacta la demanda, sino y fundamentalmente que sean claramente entendidos por la contraparte y por los árbitros, sobre todo por estos últimos que son quienes deben resolver la controversia diciendo el derecho aplicable al caso en arbitraje de esta naturaleza, o la equidad en arbitrajes *ex æquo et bono*.

Por ello, de los términos en que esté concebida una demanda depende en gran medida su éxito, pues si se la escribe en términos tales que solamente los entiende su autor, probable será que sus pretensiones le sean rechazadas. Por el contrario, si al plantear la demanda se lo hace con orden, con claridad, con sencillez y empleando palabras comunes y no rebuscadas, se logrará una mejor comprensión del problema por parte de los árbitros, de los peritos e incluso de la otra parte, y constituirá en una gran ayuda a los juzgadores para que cumplan a cabalidad su cometido de resolver el conflicto mediante laudo.

En la demanda debemos cuidar que se incluyan todas las enunciaciones que exige la ley<sup>14</sup>, tales como la designación del Centro o del árbitro o árbitros ante quien se la propone; que se identifique claramente al actor haciendo constar sus nombres completos, estado civil, edad y profesión, y que se identifique también en forma clara al demandado haciendo constar sus nombres completos; hay que tener presente en este aspecto, que debe haber legitimación activa y pasiva en la causa y en el proceso, tanto de la parte actora cuanto de la parte demandada; deben señalarse con la mayor claridad y precisión posible los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyan la demanda y la reconvención, así como aquellos en que se fundan las excepciones que se formulen tanto a la demanda cuanto a la reconvención. Al respecto debo mencionar que es muy frecuente, incluso diríamos que demasiado frecuente, el que en la demanda y reconvención se hagan constar los fundamentos de hecho en forma desordenada, obscura e incluso contradictoria o ininteligible, lo que dificulta a los árbitros a pronunciarse como las partes lo piden y tienen derecho según hayan probado sus asertos.

---

<sup>14</sup> Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación y Art. 67 del Código de Procedimiento Civil

Capítulo especial merecen las pretensiones, pues es en ellas que se vierte todo el peso de la demanda. ¿De qué nos sirve una demanda en que se han hecho constar los antecedentes ordenada y claramente, si en las pretensiones se plantean reclamos ilegales, absurdos o imposibles, o reclamos que no se hallan sustentados en los hechos o en el derecho expuesto, o reclamos exagerados o abusivos? Es en las pretensiones en que debe volcarse con el mayor esfuerzo de claridad y precisión los reclamos que se formulan a cargo del demandado. Al redactar la demanda debemos tener cuidado de que lo que pretendemos con ella, esto es, la cosa, la cantidad o el hecho que exigimos, quede expuesto en forma tal que no quepa duda de lo que reclamamos, bien sea el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, ya sea que ella nazca de la responsabilidad contractual o extracontractual.

Luego, para el evento de que no se hubiere cumplido aún la mediación, en la propia demanda debemos solicitar que se convoque a la audiencia de mediación después de que se la haya contestado (y la reconvenición si se la formulara), de suerte de cumplir con esta etapa que puede ser fundamental, pues podría en ella solucionarse el conflicto total o al menos parcialmente; y si la solución es parcial, el conflicto continuará solamente respecto de aquella parte no transada en mediación.

También debemos hacer constar en la demanda la cuantía a la que asciende el reclamo, así como la designación del lugar en el cual debe citarse al demandado y la del lugar en que deba notificarse al actor. En el evento de litis consorcio pasivo, se designarán los lugares en que se deba citar a todos los demandados. Si se demanda a un ente público, por mandato de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado debe también citarse con ella al Procurador General del Estado<sup>15</sup>, y por consiguiente habrá que designar el lugar en que tal citación debe hacerse. Cabe señalar que en las demandas que se presenten ante el Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, CENAMACO, se deben consignar también los datos requeridos por el Art. 32 de su Reglamento de Funcionamiento, como teléfonos, fax y dirección electrónica de los abogados patrocinadores.

A la demanda se debe acompañar necesariamente, para que pueda ser admitida a trámite, el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste, como lo exige el inciso segundo del Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Y es que para poder acudir al arbitraje saliéndose de la justicia ordinaria es imprescindible que exista convenio escrito en que así se haya estipulado, y que se lo agregue a la demanda como su más importante habilitante, pues sin él la demanda debería ser propuesta ante la justicia ordinaria.

Tanto a la demanda arbitral como a su contestación, así como a la contestación de la reconvenición, de formularse, se deben adjuntar las pruebas de que se disponga

---

<sup>15</sup> Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 5 y 6 (Codificación 2004-15, R.O. 312, 13-IV-2004)

y se deben pedir ya en aplicación del *Discovery* del derecho Anglo Sajón<sup>16</sup>, las diligencias probatorias que justifiquen lo pretendido<sup>17</sup> por las partes.

Por último, en la demanda se puede pedir al Tribunal que dicte medidas cautelares según las normas del Código de Procedimiento Civil “o las que se consideren necesarias para cada caso”, siempre que el convenio arbitral faculte a los árbitros a decretarlas, pues en caso contrario las medidas cautelares hay que pedir las al juez ordinario, lo que significa que para solicitarlas es preciso que quien las pida justifique todo aquello que exige el Código Ritual Civil, esto es, la existencia documental de un crédito.

## 6.- Presentación de la demanda:

1. Arbitraje ad-hoc.
2. Arbitraje administrado.
3. Número de copias.
4. Pago de costos.

La presentación de la demanda tiene un trámite distinto dependiendo de si se trata de un arbitraje administrado o de un arbitraje ad-hoc o independiente, diferencia que se recoge en el inciso primero del Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que contempla que en tratándose de arbitrajes administrados la demanda se presenta al director del centro de arbitraje que corresponda, esto es, que debe ir dirigida a dicho director. En cambio, en tratándose de arbitraje ad-hoc, la demanda debe presentarse ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio arbitral.

En el primer caso, esto es, en el caso de arbitraje administrado, lo lógico es presentar la demanda en la secretaría del centro de arbitraje de que se trate, como en efecto lo prevén los reglamentos de funcionamiento de tres de los centros que operan en esta ciudad de Quito<sup>18</sup>, la que la recibirá poniendo la fe de presentación respectiva en la copia o copias que al efecto también se presenten.

En el segundo caso, o sea, cuando estamos frente a un arbitraje ad-hoc, la demanda se presenta -por mandato del Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación- directamente ante el árbitro o árbitros independientes, para proceder con su trámite.

Si bien la Ley de Arbitraje y Mediación nada dice respecto al número de ejemplares que deben presentarse de la demanda y de su contestación, sí lo hacen los reglamentos de funcionamiento de los tres centros de arbitraje que anteriormente

---

<sup>16</sup> Debemos recordar que la Ley de Arbitraje y Mediación es tomada en una gran parte de la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL, por sus siglas en Inglés), la que definitivamente está influida a su vez, y en gran parte, por el derecho Anglo Sajón.

<sup>17</sup> Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 10, tercer inciso y Art. 11, inciso primero; Código de Procedimiento Civil (CPC), Arts. 68 y 102, y más pertinentes.

<sup>18</sup> Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, CENAMACO, Art. 30; Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Art. 49; Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Art. 43,

hemos citado: el de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, CAM, exige en el inciso tercero de su Art. 43, que se presenten tantos ejemplares o copias cuantas partes intervengan en el proceso (partes, árbitros y secretario); el de la CENAMACO, por su parte, exige que se presenten tantas copias cuantos árbitros compongan el tribunal, y dos más: una para el secretario y otra para el expediente (inciso primero de los Arts. 32 y 34); y, el de la Cámara de Comercio de Quito (Art. 49, tercer inciso) contiene idéntica exigencia que el Reglamento de la CAM. Sin embargo, creo que el actor debe presentar no sólo tantos ejemplares de su demanda cuantas partes intervengan en el proceso, sino que, con excepción de las copias para el secretario y el expediente, para cada uno de los demandados (en el supuesto de que hubiera más de una persona a quien deba citarse) deben presentarse tres copias o ejemplares, entendiéndose que son las que se requieren para hacer la citación por tres boletas. En cualquiera de estos casos, en mi opinión, la demanda debe presentarse con el número de copias que fuere necesario para poder citar a todos los demandados, considerando que deba hacérsela por tres boletas a cada uno, que es el sistema previsto por nuestro Código de Procedimiento Civil (Art. 93), y además una copia para cada uno de los árbitros.

Nuestra ley ha dejado a los centros de arbitraje para que en sus reglamentos de funcionamiento prevean lo que estimen a bien con respecto a los costos arbitrales, costos que según el Reglamento de la CCQ (Art. 65) deben ser satisfechos a la presentación de la demanda, sin lo cual el Centro se reserva la atribución de continuar con el trámite del proceso arbitral, pero sin estar obligado ello; por su parte el Reglamento del CENAMACO (Art. 32) exige que la totalidad de los costos arbitrales se hallen consignados previamente a calificar la demanda; y, el reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (CAM) contiene en su Art. 57 similar exigencia a la del Art. 65 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

## **7.- Calificación de la demanda, y citación:**

La demanda debe ser calificada por el director del centro de arbitraje en caso de arbitraje administrado, o por el árbitro o árbitros independientes después de que se hubieren posesionado de sus cargos.

Al calificar la demanda, si cumple con los requisitos legales y reglamentarios pertinentes, el director del centro de arbitraje o el o los árbitros independientes en arbitraje ad-hoc, la admiten a trámite y mandan a citar a la parte demandada (Art. 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación); mas, si la consideran incompleta u oscura, deben mandarla a completar o aclarar, hecho lo cual la calificarán y mandarán citar a los demandados concediéndoles el término de 10 días para contestar la demanda. La citación debe hacerse dentro de los cinco días subsiguientes.

La ley no ha previsto sanción o efecto negativo alguno para el evento de que la citación no se cumpliera dentro del término de cinco días fijado en el Art. 11 de la ley de la materia, y en mi criterio lo que no podría alegarse si se la perfecciona luego de vencido dicho término, es su nulidad, pues las nulidades procesales no pueden ni deben declararse simplemente como una ritualidad que en este caso sería absurda si no causara daño a ninguna de las partes, sino sólo cuando el incumplimiento produce indefensión. En la práctica, puedo afirmar sin temor a equivocarme que en muy contados casos se perfecciona la diligencia de citación dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la providencia que calificando la demanda dispone citar con ella al o a los demandados, como prevé la invocada norma, sobre todo cuando la citación debe hacérsela por la prensa o por un funcionario delegado de otro centro de arbitraje cuando deba realizarse fuera del lugar en que se halle situado el centro que administra este arbitraje, esto es, cuando la citación deba hacerse en domicilio distinto al del centro administrador del arbitraje, domicilio que puede estar dentro o fuera del territorio de la República del Ecuador. Por consiguiente, esta disposición de practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, debe entenderse como una expresión de buena voluntad más que como una solemnidad cuyo incumplimiento pueda provocar la nulidad de la diligencia, sobre todo porque tal hecho no está contemplado como causal de nulidad del laudo en el Art. 31 de la ley de la materia.

Y es que se debe tener presente que la diligencia de citación puede demorarse también por el hecho de que al acudir al domicilio señalado para la citación, el citador se encuentre con que no es el domicilio del demandado, bien porque el demandado se cambió de domicilio, o incluso porque el señalado para dicho efecto lo fue por error, voluntario o involuntario del actor, y en cualquiera de estos casos la diligencia de citación se habrá ya excedido de los cinco días fijados por el Art. 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Y si la citación debe hacerse por la prensa, la propia ley ordena que se la haga mediante dos publicaciones por la prensa, en un diario de amplia circulación en el lugar en que se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado, pudiendo suceder que el lugar del arbitraje sea distinto de aquel en que tenga su domicilio el demandado, y que en estos dos lugares no haya un mismo periódico de amplia circulación, en cuyo caso deberán hacerse publicaciones en dos periódicos distintos, todo lo cual, obviamente, demorará bastante más de los cinco días de que hemos venido tratando.

Sobre esta misma materia de la citación los distintos centros de arbitraje han incorporado en sus respectivos reglamentos de funcionamiento normas particulares, como aquella de limitar el horario en que puede practicarse la citación a aquel comprendido entre las 08h00 y las 20h00, como lo hacen los reglamentos de los centros de arbitraje y mediación de las Cámaras de Comercio de Quito y Ecuatoriana Americana (Arts. 46 y 40, respectivamente), o entre las 9h00 y las 18h00, como lo limita el Art. 33 del Reglamento del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción, CENAMACO.

La citación a los demandados debe hacerse en las direcciones domiciliarias señaladas en la misma demandada para el efecto, y hacerla personalmente o mediante tres boletas dejadas en día distinto de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación en la forma prevista en el Art. 93 del Código de Procedimiento Civil.

## **8.- Contestación a la demanda:**

La contestación a la demanda debe ser clara y ordenada, y contener: 1. Nombres completos de quien contesta, con señalamiento de los derechos por los que lo hace. 2. Pronunciamiento sobre las pretensiones del actor y los documentos agregados a la demanda, indicando lo que admite y lo que niega. 3. Fundamentos: a) de hecho, b) de Derecho. 3. Excepciones. 4. Pruebas. 6. Domicilio.

Perfeccionada la citación el demandado debería normalmente contestar la demanda dentro del término de diez días. En todo caso, frente a la demanda el demandado puede optar por una de cuatro posibilidades: Guardar silencio, esto es, no contestar la demanda ni comparecer a juicio; allanarse a la demanda, con lo cual termina la controversia; contestar la demanda proponiendo excepciones; y, por último, a más de proponer excepciones al contestar la demanda, reconvenir al actor.

Si se decide por comparecer al juicio y contestar la demanda, debe tener cuidado de hacerlo con la mayor claridad, orden y precisión posible, consignando en ella todo lo que exige el Art. 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación y el Art. 102 del Código Procesal Civil, esto es: nombres completos, estado civil, edad y profesión de quien contesta, con señalamiento de los derechos por los que lo hace; pronunciamiento sobre las pretensiones del actor y los documentos acompañados a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega; las excepciones que deduce contra las pretensiones del actor, con los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyan.

Debemos en este punto insistir en lo dicho cuando tratamos de la redacción de la demanda, en que se debe tener especial cuidado en redactar la contestación a la demanda en los términos más claros posibles de suerte que sean fácilmente comprensibles para la contraparte pero sobre todo para los árbitros, pues son éstos quienes deben resolver la controversia, y lo harán de mejor manera si tanto la demanda cuanto la contestación a ella están redactadas en idioma claro, sencillo y con propiedad, que cuando se emplean expresiones esotéricas y rebuscadas que pueden ser entendidas solamente por los iniciados en ciertas artes o ciencias ocultas; mucho mejor se entenderá una contestación a la demanda si es ordenada, sistemática, bien sustentada y fundada en los hechos y en el derecho (explicando de qué manera el derecho incide en los hechos, o de qué forma los hechos se fundan en el derecho), que si se la presenta en desorden, sin sustento fáctico ni jurídico claros, y peor si se lo hace con redacción confusa y el empleo inapropiado de términos jurídicos de aquellos que exigen precisión y pertinencia.

Es al redactar las excepciones que se puedan oponer o deducir, en que hay que poner el mayor cuidado en la forma como se las redacta, de suerte que no seas contradictorias, infructuosas o inaplicables. Por ejemplo, si se propone una excepción de improcedencia de la demanda, habrá que explicar la razón por la cual la demanda es improcedente, pues esta excepción vale solamente lo que sus fundamentos pueden valer, de suerte que si sólo se propone la excepción pero no se explica en qué consiste, de nada habrá servido plantearla. Se puede ver, entonces, la importancia de no sólo redactar correctamente la excepción, sino hacerlo con el debido sustento en los hechos y en el derecho, explicándolo con claridad para su más fácil entendimiento y comprensión por los árbitros. Y es que al redactar las excepciones debemos tener presente que los árbitros no saben ni conocen nada del conflicto, y que por tanto es conveniente para los propios intereses del demandado el hacerles conocer del conflicto en la mejor forma posible para que los árbitros puedan con suficiente conocimiento de causa resolverlo en la forma como en derecho o en equidad corresponda, según se trate de un arbitraje de derecho o *ex æquo et bono*.

Con la contestación a la demanda se deben adjuntar las pruebas de que se disponga y solicitar la práctica de las diligencias probatorias que se estiman necesarias para justificar las excepciones y sus fundamentos de hecho y de derecho, pues así expresamente lo exige la parte final del Art. 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Y si al contestar la demanda se reconviene al actor, entonces se deberá también adjuntar las pruebas de la reconvenición y solicitar las diligencias probatorias para justificar sus fundamentos de hecho y de derecho. Recordemos que la Ley de Arbitraje y Mediación exige que estas pruebas se adjunten y pidan con la demanda y su contestación, así como con la reconvenición y su contestación, a manera del *Discovery* del Derecho Anglo Sajón, que consiste en que las partes deben develar y abrir sus pruebas al juzgador y a la otra parte desde el inicio de la controversia, como una forma de garantizar el debido proceso mediante la aplicación de los principios procesales de lealtad y buena fe, que significan evitar sorpresas y golpes de audacia en materia probatoria.

Por último, deberá también en la contestación a la demanda señalarse el domicilio en el que el demandado recibirá las notificaciones que le correspondan.

En este punto de la contestación a la demanda hay algo especial que se debe señalar. Y es que al contestar la demanda arbitral no se debe proceder como es común hacerlo en la justicia ordinaria, en que se callan o dejan de decir muchas cosas por temor a que el actor se aproveche de la evidencia que de sus errores se pueda dejar en la contestación a la demanda, y la reforme corrigiendo dichos errores. En verdad es muy usual en los litigios ante la justicia ordinaria, al contestar la demanda, hacerlo diciendo lo menos posible, o plantear excepciones en forma tal que se digan cosas sin dejar entrever con claridad lo que en realidad se está impugnando, para destacarlo ya avanzado el proceso y a veces recién en alegatos, pues si se lo hace al contestar la demanda y el demandante advierte los errores que pudo haber cometido en su demanda, la rectificará, ya que normalmente puede hacerlo hasta que se abra la causa a prueba (Código Adjetivo Civil, Art. 70). Y es que no hay lugar a este temor en arbitraje, pues en este procedimiento la demanda,



la contestación a la demanda, la reconvencción y la contestación a la reconvencción pueden ser modificadas por una sola vez dentro del término de cinco días de haber sido presentadas. En otras palabras, la demanda puede ser reformada o modificada hasta dentro de cinco días de haber sido presentada; por consiguiente, si el demandado tiene diez días para contestar la demanda, cuando lo haga ya habrá precluido la posibilidad y el derecho del actor de modificar su demanda, no pudiendo hacerlo con posterioridad a la presentación de la contestación a la demanda. Igual cosa sucede con la misma contestación a la demanda que puede modificarse (reformarse) sólo dentro de los cinco días posteriores a su presentación, y si se la modifica reconviniendo al actor, esta reconvencción a su vez podría modificarse dentro de los cinco días posteriores a aquel en que se la presentó; y, por último, la contestación a la reconvencción podría también modificarse dentro de los cinco días posteriores a su presentación. Por ello, presentada la demanda arbitral el actor solamente la puede reformar dentro de los cinco días posteriores a aquel en que la presentó, termino que habrá vencido con largueza antes de que se cite esta demanda al demandado y mucho antes de que éste la conteste. No existe, entonces, en arbitraje, el temor que normalmente existe en la justicia ordinaria, de que de evidenciar en la contestación a la demanda los errores de hecho o de derecho en ella cometidos el actor la rectifique con tiempo suficiente para enderezar su acción liberándola de los defectos advertidos por el demandado, y por tanto mejorándola gracias a la acción defensiva del reclamado.

Si el demandado, luego de citado con la demanda no la contesta y no comparece al proceso, su rebeldía no suspende el trámite del juicio arbitral (LAM, Art. 14), debiendo tenerse su silencio como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda (LAM, Art. 11).

## **9.- Reconvencción:**

Procede cuando al contestar la demanda se advierte la necesidad o conveniencia de reconvenir al actor. En este caso, hay que proceder como en la demanda: 1. Fundamentos: a) de hecho, b) de Derecho. 2. Pretensiones: Cosa, cantidad o hecho que se exige. 3. Cuantía. 4) Pruebas. 5. Pago de costos.

Habíamos ya dicho que al contestar la demanda se puede reconvenir al actor; y debemos añadir que la reconvencción no puede ser sobre cualquier cosa, asunto o materia, sino que debe ser *“exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje, siempre y cuando su pretensión pueda, conforme al convenio arbitral, someterse al arbitraje”*, porque así lo prescribe y limita el segundo inciso del Art. 12 de la Ley de Arbitraje y Mediación, limitación que obedece a la propia naturaleza convencional del arbitraje.

Y es que es posible que el demandado tenga reclamos que formular al actor, pero que no digan relación con la materia del arbitraje iniciado con la demanda, como puede suceder cuando entre actor y demandado han celebrado un convenio arbitral dentro de un contrato de compraventa de mercancías, por ejemplo, pero estas mismas partes tienen celebrado también entre ellas otro contrato, que podría ser de

arriendo de maquinaria, en el que también han convenido en arbitraje; y el señor "A", fundado en el primer contrato demanda al señor "B" por el incumplimiento del contrato de compraventa de mercancías, el señor "B" no podrá reconvenir al señor "A" por el incumplimiento en el contrato de arriendo de maquinaria, puesto que se trata de dos convenios arbitrales distintos, celebrados entre las partes para distintos propósitos o fines y para relaciones comerciales diferentes. El convenio del primer contrato no abarca a los conflictos que nazcan del segundo contrato, ni viceversa.

En todo caso, al redactar la reconvenición hay que proceder en la misma forma en que se debe proceder con una demanda, esto es, hay que consignar con el mayor orden, claridad y sistema posible, los fundamentos de hecho (antecedentes) y los de derecho, explicando con precisión la pertinencia de los últimos a los primeros, y viceversa; luego hay que consignar las pretensiones, o sea, la cosa, cantidad o hecho que se exige, lo que debe tener sustento en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos; hay que fijar la cuantía y, sobre todo, hay que adjuntar las pruebas con que se cuente y solicitar las diligencias probatorias que se estimen necesarias para justificar lo aducido en la reconvenición; y, por último, hay que pagar los costos arbitrales según sea la cuantía del reclamo reconvenicional.

## **10.- Contestación a la Reconvenición:**

1. Pronunciamiento sobre las pretensiones del actor y los documentos agregados a la reconvenición, indicando lo que admite y lo que niega.
2. Fundamentos: a) de hecho, b) de Derecho.
3. Excepciones.
4. Pruebas

Notificado que sea el demandado con la reconvenición, dispone él también de un término de diez días para contestar la reconvenición, y al hacerlo deberá proceder con los mismos cuidados, responsabilidad y preocupación a los que nos hemos ya referido cuando tratamos de la redacción de la demanda, de la contestación a la demanda y de la reconvenición, esto es, que debe hacerlo con orden, claridad, sencillez, y con el empleo de palabras comunes que estén al alcance de cualquier persona, para lograr una mayor y más plena comprensión del problema, de la oposición a la reconvenición y de las excepciones que a ella se formulen.

En la contestación a la reconvenición se debe proceder, entonces, como en cualquier otra contestación, esto es, se debe expresar categóricamente lo que se admite y lo que se niega de la reconvenición, con expresión de sus fundamentos de hecho y de derecho; y, por último, hay que acompañar las pruebas de que se disponga y solicitar la práctica de las diligencias probatorias que se requieran para justificar las excepciones, oposición y defensa de la reconvenición. Es aplicable a todo esto, obviamente, todo lo anteriormente dicho respecto de la contestación a la demanda, puesto que la reconvenición no es otra cosa que una contrademanda.

## **11.- Etapa de Mediación:**

(Si no se cumplió previamente) 1. Acuerdo: a) Total, b) Parcial. 2. Imposibilidad de Acuerdo. 3. Imposibilidad de Mediación

Debemos comenzar por decir que la Ley de Arbitraje y Mediación trata a la conciliación como sinónimo de mediación (Art. 55), y que casi cada autor que estudia este tema dará a la mediación su propio significado; sin embargo, quisiera mencionar que para el maestro Couture, **Conciliación** es el “*Acuerdo o Avenencia de las partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual*”<sup>19</sup>. Obviamente, esta definición del ilustre procesalista uruguayo no fue pensada ni dicha en relación o a los efectos de los que ahora se conocen como los MASC (métodos alternos de solución de controversias), sino en relación con el derecho procesal en general, en el que también existe prevista la posibilidad de conciliar, pero que al menos en la experiencia ecuatoriana nunca o casi nunca se la pone en práctica, convirtiéndose la junta o audiencia de conciliación de la justicia ordinaria apenas en otra etapa procesal que hay que sortear para llegar al fallo. Y aquí, permítaseme, a guisa de pequeña reflexión, recordar que de conformidad con el Art. 56 de la Ley de Arbitraje y Mediación los jueces ordinarios no pueden ser acusados de prevaricato, recusados ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación, y cuando litiguemos ante ella debemos siempre insistir ante los jueces ordinarios que hayan usado de esta norma para lograr una solución del conflicto en esta instancia, con el gigantesco ahorro de tiempo y energía no sólo para las partes sino para el juzgador, si eso acontece

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación la define de la siguiente manera:

“**Art. 43.-** La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.

Conviene señalar, de inicio, que por mandato expreso de la ley de la materia (LAM, Art. 50) la mediación tiene carácter confidencial, por lo que todos quienes participen en ella deben mantener la debida reserva; que las fórmulas de solución o de acuerdo que se propongan o ventilen, no pueden incidir en el proceso arbitral o judicial posterior si tuviere lugar; que el mediador no puede ser llamado a rendir declaración testimonial sobre el conflicto objeto de la mediación, ni puede actuar o intervenir en cualquier proceso arbitral o judicial relacionado con el conflicto objeto de la mediación, como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes de la mediación, prohibiciones estas que acabamos de enunciar, que constan en el Art. 49 de nuestra ley de Arbitraje y Mediación y también en el Art. 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), así como en el Art. 10 del Reglamento de Conciliación Facultativa de la CCI (Cámara de Comercio Internacional, con sede en París).

---

<sup>19</sup> Couture, Eduardo J., “Vocabulario Jurídico”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 159

Señalamos, también, que la mediación es un proceso extrajudicial que puede proponerse incluso sin que exista acuerdo previo entre las partes en conflicto, que si su resultado no fuere exitoso no significa que las partes deban someterse necesariamente a arbitraje, salvo que exista celebrado entre las partes convenio arbitral.

La mediación puede ser, entonces, extrajudicial y previa a cualquier juicio, o puede ser consecuencia de la aplicación de un convenio de mediación celebrado entre las partes, o ya también resultado de un convenio arbitral existente entre las mismas partes. En este último caso, la mediación es obligatoria, pues de conformidad con nuestra Ley de Arbitraje y Mediación es una etapa preliminar del proceso arbitral, que debe concluir con falta de acuerdo total para que pueda comenzar el arbitraje propiamente dicho.

En todo caso, en la mediación obligatoria como parte preliminar del procedimiento arbitral, presentada y citada la demanda, presentada o no la contestación a ella o a la reconvencción de haberse propuesto esta última, corresponde al Director del Centro de Arbitraje en el caso de arbitraje administrado, o al árbitro o árbitros independientes en el caso de arbitraje ad-hoc, notificar a las partes señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación que busque un avenimiento de las partes (LAM, Art. 15). Obviamente si el demandado guarda silencio y no contesta la demanda ni comparece al proceso, no podrá tener lugar la audiencia de mediación aun cuando se haya señalado el día y hora para su realización, y en tal supuesto y siempre que la parte actora estuviere presente en tal diligencia, se deberá sentar acta de imposibilidad de mediación por inasistencia de la parte demandada. Por supuesto que puede suceder también, y sucede con frecuencia, que es la parte actora la que no concurre a la audiencia de mediación, evento en el cual también hay que sentar el acta de imposibilidad de mediación. Y es que para que haya mediación obvio es que se requiere la presencia de las dos partes en conflicto, aun cuando sea a través de sus abogados o representantes; pero si una de las partes no asiste la mediación falla por imposible, rebeldía que debe ser declarada y hacerse constar en el acta respectiva, y que tiene el efecto previsto en el segundo y último inciso del Art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación, esto es, tenerla como indicio de mala fe a los efectos de la condena en costas.

Por supuesto que aquí caben varios interrogantes. El primero es respecto de: ¿a quien corresponde declarar la rebeldía del ausente a los efectos de la condena en costas: al mediador, o al Tribunal Arbitral? Y como estamos ante la institución de la mediación, y ésta puede solicitarse y señalarse día y hora para que tenga lugar sin que exista previamente convenio arbitral o de mediación entre las partes, y al no haberlo no podrá existir tampoco tribunal arbitral ni árbitro o árbitros que puedan declarar la rebeldía del ausente, pregunto: ¿podrá esta rebeldía ser declarada por el mediador designado? ¿y, con qué facultad y para qué efectos? ¿Corresponderá al tribunal de arbitraje declarar la rebeldía en que ha incurrido en mediación una de las partes de un proceso arbitral, antes incluso de que se designen y posesionen los árbitros integrantes de tal tribunal? ¿Para la condena en cuáles costos: los de la mediación o los del arbitraje, deberá ser tenida en cuenta esta rebeldía declarada por la inasistencia de una de las partes a la audiencia de mediación? Se pueden

formular muchas más preguntas e incluso intentar respuestas. Por mi parte, creo que la mediación a la que se refiere este segundo inciso del Art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación es la que se notifica a las partes señalando día y hora luego de que se ha contestado o no la demanda arbitral o la reconvencción, evento en el cual a quien corresponde declarar la rebeldía por inasistencia es al tribunal arbitral y no al mediador, en razón de que el mediador no tiene atribuciones de ninguna clase para estas declaraciones y, en cambio el tribunal, en su calidad de juez, sí lo puede hacer, pero en el laudo, al momento de resolver a cual de las partes corresponde pagar las costas del procedimiento.

De conformidad con lo previsto por el Art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación, si la mediación termina con acuerdo total, ahí acaba o concluye el litigio o controversia, debiendo suscribirse un acta en la que se recojan todos los acuerdos a los que lleguen las partes. Si, por el contrario, el acta contiene solamente un acuerdo parcial, el litigio o desavenencia debe continuar sobre lo no resuelto en mediación, y en todo caso y al igual que el acta con acuerdo total, surte los efectos de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, pudiendo ser ejecutada en la misma forma en que se ejecutan las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio. En este caso, el juez ordinario encargado de la ejecución no puede aceptar excepción alguna ni es necesario seguir un nuevo juicio.

Esta etapa de mediación concluye, entonces, con la suscripción del acta respectiva, bien se trate de acta de acuerdo total o acta de imposibilidad de mediación o de imposibilidad de acuerdo (aun cuando sólo sea imposibilidad de acuerdo total por haberse logrado un acuerdo parcial), y con la conclusión de esta etapa se inicia el procedimiento arbitral propiamente dicho, del que pasaremos a tratar a continuación.

Ahora bien, ¿cómo, o con qué espíritu o para qué debemos acudir a la mediación? Ya lo dice el mismo Art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación: debemos acudir a la mediación para procurar un avenimiento de las partes, o sea, para buscar un acuerdo que permita superar totalmente la controversia. Y si la finalidad de la mediación es buscar el avenimiento de las partes, no podemos acudir a ella con ánimo contrario, es decir, con espíritu de confrontación, de lucha, viendo a la otra parte como el enemigo al que hay que a toda costa vencer, que destruir, pues en tal supuesto el avenimiento resultará imposible.

Debemos ir a la mediación no para repetir las posiciones que se han manifestado en la demanda y en la contestación, ni para hacer prevalecer posiciones jurídicas o fácticas, derechos y pretensiones, ni para minimizar o apocar al adversario, no para hacer alegaciones en derecho en defensa de posiciones, intereses y derechos, no para imponer puntos de vista a la otra parte, no para... . En fin, debemos, en primer lugar, **ir a la mediación**, es decir, asistir a la audiencia que se convoque para el efecto y no despreciarla con inasistencia que produce rebeldía que a su vez ocasiona condena en costas como sinónimo de mala fe y temeridad. Debemos concurrir con la intención positiva de llegar a un acuerdo sabiendo que es siempre mejor una mala transacción que un buen juicio, lo que obviamente no puede implicar que para lograr el acuerdo debamos renunciar a nuestros derechos por solamente la

finalidad de transar por transar. La transacción que se busca debe ser un buen negocio para las dos partes y no solamente para una de ellas. Las partes deben concluir la mediación, de ser posible, con acta de acuerdo total y salir de ella con una ligera sensación de disconformidad, pues si una de las partes termina la mediación sintiéndose vencedora, triunfadora, significa que la otra parte terminará la mediación sintiéndose que ha perdido, que ha sido derrotada y que ha cedido más de lo que debía y de aquello a que la otra parte podía tener derecho; y en este caso, lo más probable es, entonces, que no se haya resuelto el problema sino que solamente se lo haya diferido para otras instancias, lo que significa más dinero, tiempo, esfuerzos y confrontaciones, en lugar de solución final y definitiva, que fue lo que se buscó pero no se obtuvo.

Por ello, la mediación debe ser instrumento para concluir definitivamente el conflicto y no sólo diferirlo. Y para lograrlo, las partes deben estar dispuestas a ceder algo de sus respectivas posiciones a favor de la paz y la concordia que significa el acuerdo total. Deben, en definitiva, acudir a la mediación con la intención positiva de solucionar por tal vía la desavenencia; y solamente cuando esto no fuere posible por existir posiciones encontradas de las partes que impidan el acuerdo, que impidan que incluso con ciertas renunciaciones recíprocas puedan las partes resolver por este medio su discrepancia, deben dar paso a la siguiente etapa de la resolución de su conflicto, esto es, a la continuación del proceso arbitral ya iniciado en caso de mediación como diligencia preliminar del arbitramento, o en su caso, a la proposición de la demanda ante la justicia ordinaria o al arbitraje, conforme corresponda según exista o no convenido arbitraje entre las partes en conflicto.

## **12.- De los Árbitros:**

1. Designados por las partes.
2. Acuerdo para designación.
3. Sorteo: a) Aceptación, b) Posesión.
4. Designación de Presidente y Secretario.
4. Fijación de Audiencia de Sustanciación.
5. Recusación.

En este tema debemos tratar primero de la designación de los árbitros, porque es la forma de involucrarlos en el proceso.

Terminada la etapa de mediación sin acuerdo total, o en el evento de que a la demanda se acompañare acta de imposibilidad de mediación o de imposibilidad de acuerdo por haberse cumplido con la mediación con anterioridad a la presentación de la demanda –en el caso de arbitraje administrado-, el director del centro de arbitraje debe enviar la lista de árbitros a las partes, para que éstas, si lo desean y pueden, de mutuo acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal (LAM, Art. 16); y si no se ponen de acuerdo en esta designación, se procede, entonces, a designarlos por sorteo con la presencia de las partes, diligencia de la que se debe sentar el acta respectiva que se agregará al expediente; pero si algún árbitro así designado se excusa o no se posesiona, el director del centro convoca a las partes a un nuevo sorteo para la designación del árbitro o árbitros que falten, hasta completar el número de árbitros que deben integrar el tribunal.

En tratándose de arbitraje ad-hoc, las partes deben designar a los árbitros principales y al alterno en el convenio arbitral; y en el evento de que las partes no se pusieren de acuerdo en la designación de todos los árbitros, los designados, luego de posesionarse, deben designar a los que falten; en el caso de que alguno de los árbitros independientes así designados no acepte la designación o no se posesionare de su cargo y los posesionados tampoco se pusieren de acuerdo respecto del nombramiento del o de los que faltan, cualquiera de las partes puede pedir al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor dicha designación, la que se hará, entonces, por sorteo con presencia de las partes y dejando la constancia pertinente en el acta respectiva (LAM, Art. 16).

Todo centro de arbitraje debe contar con una lista de árbitros integrada por quienes, luego de haber cumplido los requisitos exigidos para ello por su reglamento de funcionamiento, hubieren sido admitidos para integrarla y actuar en dicha calidad, y si bien es cierto que las partes están perfectamente facultadas y en su derecho para designar árbitros a quienes así acuerden, incluso de fuera de la lista de árbitros del centro de arbitraje administrador del conflicto, lo usual es que lo hagan de las listas oficiales de ese centro de arbitraje.

En cuanto a la designación de árbitros, como en muchos otros aspectos del arbitraje, las partes se hallan facultadas para convenir en todo aquello que tengan a bien, sin atentar contra el orden público y las buenas costumbres. Pueden, por consiguiente, en ejercicio de la autonomía de su voluntad y por permisión legal y constitucional<sup>20</sup>, en relación con los árbitros, convenir en su número, en su forma de designación, en los requisitos que deberán reunir, e incluso en el nombre de el o los árbitros que quieran que actúen en la solución de sus conflictos.

Por consiguiente, si las partes han acordado en el convenio arbitral en el número y nombre de los árbitros, o la forma de designarlos, así se deberá proceder, esto es, que los designados serán quienes deban posesionarse para actuar en tal calidad. Mas, si el convenio nada previene al respecto, concluida la etapa de mediación y luego de recibida por las partes la lista de árbitros que les envíe el director del centro que deba administrar el arbitraje, pueden estas mismas partes convenir en la designación de los árbitros de aquellos que constan en la lista recibida e incluso de fuera de ella, y lo que resuelvan debería ser acatado por el centro de arbitraje respetando la voluntad de las partes; sin embargo, los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito y el CENAMACO de la Cámara de la Construcción han consignado en sus reglamentos de funcionamiento que se reservan el derecho de no aceptar la designación de árbitros de fuera de sus listas, y que en tal caso las partes deberán hacer una nueva designación<sup>21</sup>, lo que me parece limitación inconveniente e ilegal a la autonomía de voluntad de las partes, salvo que se

---

<sup>20</sup> Hay que tener presente que el Art. 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador al reconocer al arbitraje y a la mediación como procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, los ha elevado y dotado de jerarquía y rango constitucional.

<sup>21</sup> CCQ, Art. 52; CENAMACO, Art. 36;

rechace a uno o más árbitros determinados por alguna razón específica que debería estar prevista en los mismos reglamentos de funcionamiento.

Si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la designación de árbitros, que en nuestra práctica es lo que con más frecuencia ocurre, sobre todo cuando una de las partes involucradas es del sector público, la designación debe hacerse por sorteo de entre los árbitros que según la naturaleza del proceso convenido (arbitraje de derecho o *ex æquo et bono*) estén habilitados para participar en él, sorteo para el que se convoca a las partes y se realiza en su presencia si asisten a esta diligencia. Conviene mencionar que al respecto está empezando a usarse para la designación de árbitros, un procedimiento que consiste en que las partes se ponen de acuerdo, de la lista árbitros del centro, en una lista corta entre los que se procede al sorteo; y la ventaja de este procedimiento es que en esta lista corta escogen las partes a los que entienden son más conocedores de la materia de que se trate el conflicto, o aquellos que más confianza les merecen. Hay que destacar que este procedimiento de la lista corta en todo caso implica ya un proceso consciente de selección que hacen las partes directamente, lo que a su vez significa un depósito de confianza de ellas en los árbitros así seleccionados, con lo que se dota al arbitraje de una mayor garantía de seriedad e imparcialidad que la ya grande que normalmente tienen por el hecho de integrar la lista de árbitros del centro en cuestión. Y este proceso de selección comporta también un mayor compromiso de las partes a acatar y cumplir el laudo que se expida, pues lo dictan árbitros que las partes escogieron.

Designados que hayan sido los árbitros, lo lógico y procedente a más de legal, es que en el plazo de tres días que prevé el Art. 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación manifiesten si aceptan o no la designación, entendiéndose su silencio como no aceptación; y si tácita o expresamente alguno no acepta el nombramiento, debe procederse a una nueva designación bien por las partes directamente o por sorteo, según sea del caso; y luego de producida la aceptación de todos los árbitros (principales y alterno), previa convocatoria del director del centro deben posesionarse ante el presidente del mismo centro de arbitraje y proceder, de inmediato, a la designación del presidente y del secretario del tribunal, haciéndolo constar en el acta respectiva. Bastante usual es que las partes asistan a la posesión de los árbitros, y que esperen al final de dicha reunión para conocer el resultado de la designación del presidente y del secretario del tribunal, práctica que en todo caso recomendamos. Si se trata de arbitraje independiente, el tribunal debe posesionarse ante notario público, y luego designa al secretario.

Además, normalmente en la misma reunión en que se posesionaron y designaron presidente y secretario del tribunal, los árbitros dictan su primera providencia fijando el día y hora en que deba tener lugar la audiencia de sustanciación, que es la diligencia con que se inicia el trámite del juicio arbitral propiamente dicho, y de la que se comienza a contar el término para dictar el laudo.

Los árbitros así designados asumen al momento de posesionarse y por el hecho de hacerlo, una serie de deberes u obligaciones de suma importancia, sobre todo frente a las partes, como *“la obligación primordial cual es la de ejercer el arbitraje que*



*acepta*<sup>22</sup>, y se trata de una obligación legal porque la impone el Art. 18 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la que dispone incluso que los árbitros “*tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente ley les asigna*”, que no es otra que la de actuar de juez resolviendo el conflicto que las partes han puesto en su conocimiento mediante el convenio arbitral. Y es tan seria esta responsabilidad, que de conformidad con la disposición que acabamos de transcribir los árbitros deben “*responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare*”, salvo que se trate de un impedimento justificado, lo que es obvio. Dicho de otra manera, posesionados los árbitros no pueden ya dejar de actuar en dicha calidad sino cuando concluya el proceso arbitral con la expedición del laudo resolutorio, transacción, desistimiento o alguna otra causa de terminación anormal del arbitraje; y si por acción u omisión que les fuere imputable no cumplieren con su cometido, quedan sujetos a que las partes les reclamen su responsabilidad, como podría ser, por ejemplo, si no dictan el laudo dentro del término máximo que ha fijado la ley para el efecto, o no lo hacen en el término que las partes han fijado para ese mismo objeto en el convenio arbitral.

Tienen, además, a partir de su posesión, que cumplir con todos los demás deberes como son el de respetar y hacer respetar la aplicación y acatamiento de los principios fundamentales que regulan el procedimiento arbitral, como el de igualdad de las partes, el de contradicción, el de inmediación, el dispositivo, el de buena fe y lealtad procesales, etc., ya antes mencionados.

Para concluir con este tema de los árbitros, debemos advertir que pese a la amplitud de facultades que la ley concede a las partes para organizar su proceso arbitral como a bien tengan, incluyendo cualquier pacto en relación con los nombres y la forma de designación de los árbitros, no cualquier persona puede actuar en esa calidad, pues si bien por un lado la ley contempla por ejemplo para el caso de arbitraje en derecho el cumplimiento del requisito especial de que los árbitros sean abogados; por otro lado ha creado no sólo ciertas inhabilidades (LAM, Art. 19) para serlo, como la de no hallarse en capacidad para comparecer a juicio por sí mismo, sino también ha contemplado que les sean aplicables todas las causas de excusa que prevé el Código de Procedimiento Civil para los jueces y que son las mismas por las que un juez puede ser recusado (Art. 856), y que su excusa justificada (la injustificada es inadmisibles y acarrea su responsabilidad frente a las partes) o la recusación de que fuere objeto darán lugar a una nueva designación siguiendo el procedimiento ya arriba explicado, que se contiene en el Art. 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Además, ha previsto también la ley que si por muerte u otra causa legítima un árbitro llega a faltar definitivamente, debe ser reemplazado por el alerno, y para reemplazar a éste se debe hacer una nueva designación en la forma prevista en el mismo Art. 16.

Respecto de la recusación a uno o más los árbitros actuantes, o del secretario, hay que indicar que no cabe se lo haga por simple escrito presentado dentro del juicio arbitral cual si fuere una petición más dentro del proceso. ¡No! La recusación a un árbitro es una recusación en forma que se rige por el Derecho Procesal Civil y no por

---

<sup>22</sup> Chocrón Giráldez, Ana María, Op. Cit., p. 39.

la Ley de Arbitraje y Mediación, y por tanto debe plantearse en la misma forma en que se plantea cualquier otra excusa a cualquier otro juez, mediante la presentación de la demanda respectiva, aplicando los Arts. 856 a 889 del Código Adjetivo Civil en el caso, con la excepción de que en aplicación del Art. 862 del Código de Proceso Civil en concordancia con el Art. 863 del mismo cuerpo legal y del Art. 21 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tercer inciso, la demanda debe presentarse ante sus colegas que estén hábiles, esto es por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación, o si todos están comprendidos en la recusación, por el director del centro arbitral; en el caso de arbitraje independiente o ad-hoc, se sigue la misma regla antes mencionada, de que si la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados, y en el caso de tribunal unipersonal o en que la recusación recaiga sobre todos los árbitros, la recusación debe ser resuelta por el director del centro más cercano al domicilio del actor. Estimo, también, que no cabe recusar a los árbitros por falta de despacho, pues la única norma de la Ley de Arbitraje y Mediación relacionada con despacho, es la del despacho total de la causa, o sea, el término de 150 días que tiene los árbitros para dictar laudo, contado a partir de la audiencia de sustanciación, debiendo tener presente que este término puede ser prorrogado hasta por otro igual, a petición de las partes o por declaración del tribunal, de oficio (LAM); pero también acordarse de que este término de 150 días puede ser restringido o aumentado por las partes, quienes incluso pueden fijar un término no prorrogable.

### **13.- Audiencia de Sustanciación:**

1. Posesión del Secretario. 2. Lectura del convenio arbitral. 3. Resolución sobre competencia. Principio "Kompetenz-Kompetenz". 4. Precisar pretensiones y hechos en que éstas se fundan. 5. Orden de practicar pruebas pedidas: a) Demanda, b) Contestación a la demanda, c) Reconvencción, d) Contestación a la reconvencción.

Es tal vez la más importante y trascendente diligencia que de conformidad con nuestra ley (LAM) existe en el procedimiento arbitral. Su importancia deviene de varios aspectos a los que pasamos a referirnos:

Primero, porque es en ella en que el tribunal tiene que resolver y declarar sobre su propia competencia, en aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*, declaratoria de la que devienen enormes y trascendentes consecuencias para el proceso arbitral, como lo veremos más adelante.

En segundo lugar, porque es en esta oportunidad en que el tribunal, habiéndose declarado competente para conocer del arbitraje, resuelve sobre las pruebas que le han sido pedidas en la demanda, en su contestación y en la contestación a la reconvencción en el caso de habérsela planteado.

En tercer lugar, porque es el primer contacto directo de las partes con los árbitros, pues es el momento en que las partes y el tribunal se conocen o reconocen y acercan físicamente dando lugar a la aplicación del principio de inmediación, y en

que las partes hacen las precisiones que tengan a bien respecto de sus respectivas pretensiones y de los hechos en que se sustentan.

En cuarto lugar, porque es el momento a partir del cual empieza a correr el término que la ley o las partes han fijado al tribunal para que concluyan el proceso arbitral dictando el laudo resolutorio que corresponda, término a cuyo vencimiento cesan las facultades de los árbitros e incluso su misma designación.

Esta audiencia debe comenzar con la posesión del secretario y continuar con la lectura del convenio arbitral, hecho lo cual corresponde al tribunal resolver sobre su propia competencia, y si se declara competente le corresponde ordenar que se practiquen las pruebas pedidas por las partes en el término que para este efecto el propio tribunal deberá fijar. Por último, pueden en esta audiencia las partes, antes de que se la declare terminada, precisar sus pretensiones y los hechos en que se fundan, con lo cual concluye la audiencia de sustanciación, de la que se debe dejar necesariamente constancia en acta firmada por el tribunal y las partes.

Hay ocasiones en que la parte demandada propone como su principal excepción la de incompetencia del tribunal para conocer y resolver la controversia llevada a arbitraje, evento en el cual al tribunal se le puede poner cuesta arriba tomar la resolución y hacer el pronunciamiento que al respecto corresponda, pues de hacerlo como sería conveniente, señalando con toda claridad y precisión las razones que le han llevado a la convicción de ser o no competente, podría entrañar un pronunciamiento sobre el fondo del debate procesal planteado entre la demanda, la contestación a la demanda, la reconvencción y la contestación a la reconvencción en caso de que esta última se plantee. Y todo esto sin perjuicio de tener en cuenta que de conformidad con la legislación ecuatoriana el único que está facultado para pronunciarse y resolver sobre la competencia del tribunal arbitral, es el propio tribunal arbitral, y hacerlo en la audiencia de sustanciación, pues así expresamente lo dispone el Art. 22 de la ley de la materia en aplicación del principio ya internacionalmente reconocido, aceptado, regulado y legislado, de *Kompetenz-Kompetenz* o principio de la *competencia de la competencia*.

La disposición del Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación que obliga al tribunal a resolver sobre su propia competencia en la audiencia de sustanciación es, en mi criterio un grave error legislativo, por las razones arriba invocadas, error que creo debería rectificarse mediante la respectiva reforma legal, acogiendo en cambio el sistema de la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>23</sup>, que permite que en casos como el que he mencionado el tribunal resuelva sobre su propia competencia en el laudo final o de fondo, momento en el cual puede explayarse explicando con detalle las razones que le han motivado para tal declaratoria de competencia, sin que la parte que la impugnó pueda en tal evento hablar siquiera de prevaricato, como con demasiada frecuencia sucede en nuestros arbitrajes, sobre todo cuando en ellos es demandada una institución del sector público que, por lo general y sobre todo ahora último por

---

<sup>23</sup> Ley Modelo de la CNUDMI, Art. 16 Nro. 3 “*El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo*”.

parte de la Procuraduría General del Estado, presentan esta excepción casi de cajón en escritos que son casi formulario de contestación a la demanda.

## 14.- Práctica de Pruebas:

1. Documentales: a) Agregación de documentos, b) Reconocimiento de documentos, c) Exhibición de documentos. 2. Personales: a) Confesión, b) Declaración de testigos. 3. Inspecciones: De la cosa litigiosa. 4. Peritos: a) Designación y fijación de la materia de la pericia, b) Cotización, c) Fijación de honorarios por el Tribunal, d) Consignación de costos, e) Posesión y fijación de término para informar, e) Informe: Traslado a las partes, Ampliación o aclaración, Impugnación, f) Audiencia de Peritos. 5. Pruebas adicionales.

Los abogados que litigan por primera vez en arbitraje (e incluso algunos que lo han hecho con más frecuencia), confunden el término para practicar pruebas que se fija en la audiencia de sustanciación, con el *período de prueba* propio de los juicios regulados por el Código de Procedimiento Civil, confusión que no debería darse si se leyera con algo de preocupación las disposiciones que sobre las pruebas trae la Ley de Arbitraje y Mediación.

Dijimos ya anteriormente al tratar de los requisitos que debe contener la demanda, la contestación, la reconvencción y la contestación a la reconvencción cuando ésta se formula, que el sistema previsto en nuestra Ley de Arbitraje y Mediación es prácticamente el del *Discovery* propio del derecho Anglo Sajón, que de alguna manera se halla también recogido por la Ley Modelo de la CNUDMI, pues en su Art. 23, que trata de la “*demanda y contestación*”, y señalando que “*a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener*”, es con la demanda y la contestación que las partes “*podrán aportar ... todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar*”.

De ahí que nuestra Ley de Arbitraje y Mediación exija que la totalidad de la prueba se adjunte y pida en la misma demanda por el actor; en la misma contestación a la demanda por el demandado; en la misma reconvencción –si se la plantea- también por el demandado; y de existir reconvencción, en la contestación a ella, por el actor, de suerte que hasta la audiencia de sustanciación puedan ya conocer no sólo las partes sino también el tribunal, la totalidad de pruebas de que se valdrán las partes para justificar sus respectivas pretensiones y posiciones.

Sólo por excepción se puede, en arbitraje –salvo que las partes hayan pactado algo diferente en el convenio arbitral-, fuera de la demanda y de la contestación, solicitar pruebas y ordenar que se las practique. En efecto, la atribución que el Art. 23 de la LAM concede al tribunal para disponer que se practiquen pruebas fuera del término por el propio tribunal fijado para ese fin en la audiencia de sustanciación, y que lo haga de oficio o a petición de parte, está concebida no como un mecanismo del cual

pueden usar las partes para seguir pidiendo prueba tras prueba sin límite o casi *ad-infinitum* y que el tribunal las siga aceptando, sino para que cuando, practicadas que fueren todas las pruebas pedidas por las partes, se advirtiere la necesidad excepcional de practicar alguna prueba nueva que no pudo preverse al formular la demanda o al contestarla, se la pueda practicar y proveer con ello de mejores elementos de juicio al tribunal para la resolución de la controversia.

Las pruebas en arbitraje pueden ser o consistir, al igual que en cualquier otro procedimiento judicial, en todas aquellas que se mencionan en el Art. 121 del Código Adjetivo Civil.

La prueba que debe acompañarse a la demanda y a la contestación (entendiéndose por demanda también la reconvenzional, y por contestación también a la que se da a la reconvección), según lo pide la LAM, es la prueba instrumental, esto es, los instrumentos públicos y privados, las grabaciones magnetofónicas (y ahora incluso laser), radiografías, fotografías, cintas cinematográficas, documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, telemáticos y de nueva tecnología, exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. Este tipo de pruebas se realizan sin necesidad de diligencia de ninguna clase, pues basta el pedido de la parte y la orden del tribunal de que se agreguen al proceso, para que esté ya producida legalmente, salvo que para apreciarlas se requiere de algún instrumento o técnica especial en cuyo caso se deberá realizar la audiencia respectiva que permita apreciarla; y sin perjuicio del derecho que tienen las partes de impugnar las que presente su contraparte.

Las otras pruebas, aquellas que deban practicarse mediante diligencias probatorias como por ejemplo: confesión de parte o declaraciones de testigos, e incluso declaración de testigos expertos; inspecciones, exhibiciones, dictamen de peritos o intérpretes, es también en la demanda y en la contestación que debe pedirse su práctica, y su realización se dará en el día y hora y lugar que el tribunal señale. Es usual que con las inspecciones y exhibiciones se incluya la intervención de peritos que informen al tribunal sobre lo que ha sido materia u objeto de la inspección o exhibición.

Las confesiones y declaraciones de testigos se realizan normalmente en el lugar del arbitraje, y son pruebas que ahora y ya desde hace unos pocos años, sobre todo desde que entró en vigencia el nuevo texto constitucional en cuyo Art. 194 se puso en vigencia el sistema oral para la sustanciación de los procesos y sobre todo para la presentación y contradicción de pruebas, se llevan a cabo por este medio oral, que consiste en que, por ejemplo en una declaración testimonial, quien pidió su comparencia formule al testigo las preguntas que tenga a bien, directamente, pero cuidando de que se cumplan ciertas normas y principios fundamentales, como son aquellos contenidos en el Art. 221 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que cada pregunta contenga un sólo hecho, y que ninguna pregunta sea impertinente, capciosa o sugestiva; a la otra parte se le concede el derecho de impugnar las preguntas que no cumplan con los principios y límites enunciados, y el tribunal se reserva el derecho de calificar o no la procedencia de la pregunta y disponer que se

la conteste o no. Terminado el interrogatorio de quien llamó al testigo, se permite que la otra parte le haga repreguntas, siguiendo el mismo procedimiento; y, finalmente, el Tribunal o cualquiera de los árbitros puede formular las preguntas que a bien tuviere.

Similar procedimiento se sigue en el caso de la confesión. Primero pregunta quien llama a la confesión y luego se le concede igual derecho al abogado de la otra parte para que formule a su cliente las preguntas que estime necesarias o convenientes para su defensa, y todo esto se hace guardando y haciendo guardar los límites que acabamos de señalar para la declaración de testigos.

De estas diligencias probatorias se deja constancia en un acta resumida firmada por las partes que intervinieron en ellas y el tribunal, de la que se agrega para que forme parte de ella la transcripción de la grabación de audio respectiva, sin perjuicio de conservar, como en efecto se lo hace, los soportes magnéticos o digitales en que se captó la grabación.

Cuando el tribunal requiere de la asesoría de peritos, normalmente a petición de parte o de oficio, el tribunal designa al perito de entre los que constan en la lista oficial de peritos del centro de que se trate, señalándole la materia sobre la que deberá versar su pericia; por secretaría se notifica del particular al perito pidiéndole que presente su oferta de servicios (honorarios y gastos); el tribunal conoce la propuesta y puede aprobarla. pedir reconsideración o regular los honorarios, hecho lo cual dispone que la parte que pidió el peritaje consigne el valor correspondiente, y sólo luego de hecha la consignación posesiona al perito señalándole término para la presentación de su informe. Si el solicitante del peritaje no consigna el valor de la pericia, el tribunal puede revocar, sin responsabilidad alguna, la orden de su realización. Si es una pericia ordenada de oficio, el costo debe ser asumido por los litigantes por partes iguales, cursándoseles la notificación respectiva para que hagan la consignación que les corresponda, y si no lo hacen en el término fijado para ello el tribunal puede revocar la orden de su realización; si sólo una parte consigna, el tribunal podría también revocar su realización salvo que la parte que si cumplió con la consignación pague también lo que correspondía a la que no lo hizo, lo que el tribunal deberá considerar como actuación de mala fe y temeridad a los efectos de la condena en costas. Este es, más o menos, el procedimiento previsto en los reglamentos de funcionamiento de los centros de arbitraje que operan en Quito para la designación, posesión y actuación de los peritos y el pago de sus honorarios<sup>24</sup>.

Presentado el informe se lo pone en conocimiento de las partes por el tiempo que el tribunal determine, para que dentro de tal término se pronuncien sobre este informe. Dentro de este término las partes pueden pedir aclaración, ampliación o rectificación de errores que eventualmente puedan contenerse en el informe del perito, o pueden también impugnarlo. Toda impugnación debe ser fundamentada en debida forma, sobre todo si se lo hace bajo el concepto de *error sustancial*, explicando con claridad y precisión en qué consiste el error y porque se trata de un error sustancial, y debe

---

<sup>24</sup> CCQ, Arts. 778 a 82; CENAMACO, Arts. 69 a 72; CAM, Arts 29 a 32.

trasladársela a la otra parte para que se pronuncie sobre ella. Si al contestar este traslado la otra parte ofrece también con seriedad argumentos debidamente sustentados contraponiendo a los de la impugnación, entonces, el tribunal deberá analizar detenidamente el informe pericial cuestionado confrontándolo con la impugnación y la contestación al traslado, y si advierte la existencia del error lo mandará rectificar; por el contrario, si no está convencido del error, abrirá un término de prueba sumamente corto para probar el error aducido, y si considera probado el error ordenará que se corrija por otro u otros peritos.

Presentados y notificados a las partes que hubieren sido el o los informes periciales ordenados, sobre todo si se trata de pericias en materias técnicas y difíciles, conviene que el tribunal convoque a una audiencia para que en ella, oralmente, los peritos puedan responder a las inquietudes de las partes e incluso del mismo tribunal. Considero que para peritajes complejos esta audiencia puede ser de gran ayuda para todos quienes están involucrados en el arbitraje: partes y tribunal, para ayudarles a entender el problema objeto del dictamen pericial y sus resultados.

Concluido este proceso relacionado con los peritos y sus informes, y cuando ya nada más tenga que hacer el perito al respecto, puede el tribunal ordenar que al perito se le paguen sus honorarios, y así en la práctica se procede.

Es grave y generalizado error en que incurren los litigantes, tanto en la justicia ordinaria cuanto en arbitraje, el impugnar por impugnar las pruebas de la otra parte, e impugnarlas sin explicar la razón o fundamento de la impugnación. Es más, suele impugnarse las pruebas de la contraparte aún antes de conocerlas. Es muy común leer escritos de prueba en que el abogado tacha a los testigos de la otra parte antes de que ésta haya pedido su declaración, y por consiguiente sin ni siquiera conocer los nombres de tales testigos, ni las preguntas que se les formulan. Esto es impugnar por impugnar, y constituye un vicio reprochable que debe ser desterrado de los hábitos de un litigante serio, porque actuaciones como estas lo único que no demuestran es seriedad ni respeto a la otra parte y peor al juzgador, a quien con este actuar dificultan su labor. Y si esta es una mala práctica que debe desterrarse del litigio ante la justicia ordinaria, con mayor razón ante la justicia arbitral, pues no sólo porque ésta no está ni puede estar llena de todos los formalismos innecesarios que existen en la primera, sino fundamentalmente porque como lo hemos ya dicho varias veces, este es un foro al que las partes han concurrido voluntariamente merced al convenio arbitral que suscribieron en ejercicio de la autonomía de su voluntad, y sin que nadie les obligue; porque, además, el tribunal arbitral al que las partes se han sometido ha sido constituido única y exclusivamente para conocer y resolver sobre su conflicto y sobre ninguno otro, de suerte que dictado el laudo final o de fondo el tribunal desaparece, se extingue.

Que no se me entienda mal. No estoy diciendo que no hay que impugnar las pruebas que pide la otra parte. Lo que estoy diciendo es que no hay que hacerlo sólo por hacerlo, no hay que impugnar por impugnar, sino que si se va a impugnar una prueba, cualquiera que esta sea, debe ser con razones verdaderas y eficientes. Tiene que ser una impugnación justificada que pueda ser tomada en serio por el

juzgador, y no de aquellas que el juzgador ni siquiera se detiene a leer por tratarse de impugnaciones de las que llamamos de cajón. Frente a los ojos de un juzgador serio y responsable –como es prácticamente siempre un tribunal arbitral- queda muy mal parado el abogado que impugna pruebas diciendo más o menos lo siguiente: *“Impugno toda la prueba que hubiere actuado, actuare o llegare a presentar o actuar la otra parte, por ilegal, indebidamente actuada y extraña a la litis; de manera especial impugno a los testigos que llegare a presentar, por paniaguados, parcializados etc...”*.

En los escritos que un abogado dirige al juzgador, debe tener el cuidado al menos de no pedir tonterías o absurdos, porque al hacerlo quien ha quedado mal ante el juzgador y ante la otra parte es precisamente el abogado que así procede. Entonces hasta por vergüenza personal el abogado debe abstenerse de hacer el ridículo y comprender que le resulta más ventajoso actuar con seriedad y sobriedad.

Todas las pruebas que se han pedido en la demanda y contestación y se han ordenado realizar en la providencia dictada en la audiencia de sustanciación, deben practicarse dentro del término que para el efecto y por así mandarlo el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación ha sido fijado por el Tribunal en la misma providencia ya mencionada y que consta en el acta de la audiencia de sustanciación, y sólo por excepción pueden practicarse fuera de este término. Sin embargo, habíamos ya dicho que el Art. 23 de la ley de Arbitraje y Mediación prevé el caso en que el tribunal o las partes estiman que de todo lo actuado en el proceso hay hechos sobre los que no se han producido pruebas o que las que se han actuado han sido insuficientes o deficientes, o que hay nuevos elementos probatorios que pueden contribuir a esclarecer los hechos, a petición de parte o de oficio el tribunal puede ordenar que se practiquen nuevas pruebas, si es que al estudiar el proceso para dictar el laudo estima que hay necesidad de ellas. Pero no es esta disposición patente de corzo para cambiar el sistema probatorio creado por la Ley de Arbitraje y Mediación y traspasar su *momento*, de la demanda y la contestación y la audiencia de sustanciación, al *momento* procesal inmediato anterior a la expedición del laudo, que es aquel a que se refiere el citado Art. 23 que faculta al tribunal a ordenar de oficio estas nuevas pruebas. Entonces, para que se ordene la práctica de estas nuevas pruebas no es suficiente que lo pidan las partes, como aparentemente en muchos casos sucede todavía por desconocimiento del proceso arbitral hasta por los tribunales, sino que es el tribunal el que luego el análisis del proceso debe establecer si se requiere o no de estas nuevas pruebas.

## 15.- Estrados

La audiencia de estrados es una prerrogativa de las partes, pues solamente ellas están en aptitud de solicitar al tribunal su realización, para presentar oralmente sus alegaciones. El tribunal no la puede ordenar de oficio.

La parte que necesite o quiera alegar en estrados, debe esperar a que terminen de practicarse las diligencias probatorias ordenadas por el tribunal para presentar la



solicitud pertinente, petición que no puede sino ser atendida favorablemente por el tribunal fijando día y hora para que tenga lugar.

Llegado el momento de la audiencia, el presidente del tribunal deberá conferir la palabra en primer lugar a la parte que solicitó la audiencia; y si la hubieran solicitado las dos partes, a la que lo hizo primero. Luego de presentadas sus alegaciones por quien solicitó la audiencia, se concede la palabra a la otra parte para que a su vez exponga oralmente al tribunal su alegato o informe en derecho. Cada parte debe intervenir una vez y nada más que una vez. Los árbitros pueden formular preguntas o pedir explicaciones a las partes sobre sus respectivas posiciones. No caben ni deben solicitarse ni admitirse réplicas ni duplicas, ni nada semejante. Terminada la segunda intervención –si es que están presentes las dos partes- concluye la diligencia y se sienta el acta resumida que corresponda.

## **16.- Audiencia de Lectura del Laudo:**

Se puede decir que con la audiencia de estrados concluye el trámite del proceso arbitral, que el tribunal está ya en aptitud de dictar el laudo y para hacerlo mantiene tantas reuniones privadas<sup>25</sup> cuantas estime necesarias, no sólo por que es lo que corresponde, sino porque incluso estas reuniones se hallan previstas o autorizadas por el inciso segundo del Art. 35 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

El tribunal debe expedir el laudo en el término previsto por las partes en el convenio arbitral, y si nada han estipulado en él, en el término de ciento cincuenta días a contarse desde la audiencia de sustanciación, término que podrá ser prorrogado hasta por otro período igual, en casos estrictamente necesarios, siempre que lo pidan las partes de común acuerdo, o por decisión del propio tribunal.

Si bien la Ley de Arbitraje y Mediación nada dice respecto de lo que debe decir el laudo, sí lo hacen los reglamentos de los centros de arbitraje que se encuentran autorizados en Quito, según los cuales el laudo debe contener<sup>26</sup>:

- nombres completos de actor y demandado; si se trata de personas jurídicas, su razón social o denominación y nombres completos de sus representantes;
- nombres completos de los árbitros que conforman el tribunal;
- el caso planteado y sus circunstancias y entre ellas si el laudo es equidad o en derecho;
- la decisión sobre el caso y sus motivaciones;
- la fijación de costas y la arte que deba satisfacerlas;

---

<sup>25</sup> El reglamento de la CAM prevé estas reuniones en su Art. 51; el de la CCQ lo hace en su Art. 59

<sup>26</sup> CENAMACO, Art. 47, párrafo 2; CCQ, Art. 59; CAM, Art. 51.

- liquidación de costos del arbitraje y la determinación de la persona que debe satisfacerlos;
- la firma de los miembros del tribunal, de los comparecientes a la audiencia de lectura del laudo y la certificación del secretario<sup>27</sup>.

Dictado el laudo el tribunal señala día y hora para que tenga lugar una audiencia en la que se lo hará conocer a las partes mediante su lectura. En esta audiencia, luego de la lectura del laudo se recaban las firmas de las partes presentes y se entrega una copia a cada una de las partes, quedando el original para el expediente. La fecha de esta audiencia es importante, porque es a partir de ella que empieza a correr el término para su ejecutoria y para que las partes propongan los recursos horizontales que consideren necesarios.

## 17.- Recursos Horizontales:

### Aclaración, Ampliación

El laudo que dicte el tribunal arbitral es inapelable. No hay prevista en la legislación ecuatoriana sobre esta materia una segunda instancia. Por consiguiente el laudo es final, es de única y última instancia, y respecto de él no se pueden proponer sino los recursos horizontales de ampliación y de aclaración. Como se trata de una resolución final, no se puede pedir su revocatoria, ni se admiten incidentes de ninguna naturaleza en ninguna etapa del proceso, peor en esta de la notificación y ejecutoria del laudo. Cabe señalar que el segundo inciso del Art. 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone tajantemente que: *“los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente ley”*. Recordemos que de conformidad con el Art. 1 del Código Civil, *la ley manda, prohíbe y permite*, y por ello cada vez que leemos una disposición legal estamos en aptitud de conocer si se trata de una norma mandatoria o de imperio, esto es, que obliga; o de una norma prohibitiva que lo que hace es impedir que se haga algo, normas que por lo general llevan aparejada la sanción con una pena por su transgresión, y que por ello se las suele ubicar en el ámbito de derecho penal, pero existen también normas prohibitivas que lo único que hacen es sacar de la posibilidad del actuar con licitud ciertos hechos que el legislador ha querido impedir se realicen, aun cuando la transgresión de esta prohibición no comporte una infracción de carácter penal propiamente dicha, sino que la conducta humana prohibida tendrá como efecto su nulidad, como claramente lo señala el Art. 9 del Código Civil, que prescribe que *“Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”*. Y este es precisamente el caso de la prohibición del inciso segundo del Art. 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que de transgredirse causará la nulidad, pues si la ley prohíbe proponer otro recurso que el de ampliación o aclaración, y alguien propone el recurso de apelación, por ejemplo, y para colmo de males le es concedido pese a la prohibición expresa, el recurso interpuesto y concedido será nulo, de nulidad absoluta no convalidable, amén que como no existe recurso de apelación del laudo arbitral, no habría para ante quien interponerlo.

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

Los recursos horizontales de ampliación y aclaración se los puede proponer dentro del término de tres días de haber sido notificado el laudo, y el tribunal deberá resolverlos en el término de diez días contados a partir de su presentación, dice el Art. 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Por consiguiente, el recurso interpuesto vencido el término de tres días, será extemporáneo por haber ya quedado en firme el laudo, y ya el tribunal no tendría competencia para admitirlo y ni siquiera emitir pronunciamiento de ninguna naturaleza al respecto, pues habría perdido casi totalmente su competencia en el caso quedándole prorrogada por unos pocos días más solamente a los efectos de poder atender la acción de nulidad que eventualmente se podría intentar en contra del laudo. Recordemos que habíamos visto que la competencia del tribunal nace el momento de la declaratoria de competencia, en la audiencia de sustanciación, y va hasta que dicte el laudo o se cumpla el término para hacerlo, que está normado por el Art. 25 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Dentro del mismo término de tres días contado a partir de la audiencia de lectura del laudo que la ley concede a las partes para interponer los recursos horizontales de ampliación y aclaración, puede el tribunal, de oficio, corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Y obviamente que si el tribunal puede hacer estas correcciones de oficio, también las podrá hacer a petición de parte aún cuando la ley no lo contemple expresamente, pues si el tribunal advierte de alguno de estos errores gracias a la petición de alguna de las partes, aun cuando al corregirlo diga que lo hace de oficio, en realidad lo estaría haciendo a instancia de parte, lo que es lógico y correcto.

¿Si del laudo no cabe ningún recurso que no sea los horizontales de aclaración y ampliación, y no cabe ni siquiera el de apelación, cómo se puede atacar un laudo que sea fruto de un proceso irregular o que él en sí mismo contenga algún vicio que lo haga anulable? Pues bien, se lo puede atacar únicamente mediante la acción de nulidad y por una de las cinco causales previstas en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, de las que pasamos a tratar en el punto siguiente.

## **18.- Acción de Nulidad:**

1. Redacción demanda. 2. Fundamentos: a) de hecho, b) de Derecho. 3. Pretensión. 4. Suspensión ejecución: Caución. 5. Envío expediente al Presidente de la Corte Superior

El Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación dice que "*cualquiera de las partes puede intentar la acción de nulidad del laudo arbitral, cuando ...*", y pasa a señalar las cinco causales para hacerlo; pero de inmediato nos preguntamos respecto del alcance y lógica de esta norma: ¿pueden plantearla tanto el actor como el demandado? Y la respuesta sería que sí, que si lo puede hacer cualquiera de las partes, bien sea el actor o ya también el demandado. Pero surge otra pregunta: ¿Podría interponer la acción de nulidad la parte ganadora de la contienda arbitral?, y ... ¿con qué efecto o finalidad? ¿solamente por proponerla? Recordemos que no

cabe declarar nulidades por solamente declararlas, así, casi por deporte. Las nulidades deben ser declaradas básicamente cuando por ellas alguna de las partes ha quedado en indefensión, y debe ser propuesta por la parte afectada pues no tendría lógica alguna que la nulidad la planteé el ganador de la batalla arbitral, ya que si se declarara una nulidad alegada por quien salió victorioso del juicio arbitral, y tuviera tal acción por objeto únicamente velar por la pureza del sistema, no podría ser declarada por no haber producido el efecto dañoso que es el que el legislador quiere prever o evitar.

Pues bien, lo único que cabe frente al laudo y respecto de él, es plantear la acción de nulidad cuando esta es procedente, es decir, cuando el laudo ha quedado incurso en una de las cinco causales de nulidad previstas en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, de las que pasamos a tratar de inmediato.

Las tres primeras causales están previstas para el caso de indefensión: La primera, relacionada con la falta de citación, que es causal de nulidad siempre y cuando por ella al demandado se le hubiera impedido que deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos, esto es, que no hubiera podido defenderse y que la causa se hubiera seguido y terminado en rebeldía del demandado, y que cuando éste intervenga en la controversia lo haga alegando la nulidad por falta de citación con la demanda. Se trata, entonces, de requisitos que deben cumplirse copulativamente, esto es, deben reunirse y presentarse al mismo tiempo: primero, que no se hubiera citado al demandado; luego, que la falta de citación le impida presentar excepciones; tercero, que no haya podido defenderse; cuarto, que la causa se siga y termine en rebeldía; y, quinto, que cuando el demandado intervenga en la controversia lo haga alegando nulidad por falta de citación. Si falta uno solo de estos elementos ya no habrá causa de nulidad que pueda ser aducida en contra del laudo, y si se la propone debe desecharse.

La segunda, que se produce cuando a alguna de las partes no se le hubiere notificado con las providencias del tribunal, y tal hecho le hubiere impedido o limitado su derecho de defensa, que está incluso constitucionalmente garantizado. Y es que en este caso se habría violado también el principio de la igualdad de las partes, pues para que se produzca la causal es preciso que a una de ellas se le haya dejado de notificar las providencias arbitrales manteniéndole en ignorancia respecto del avance del proceso, lo que evidentemente le habrá impedido que ejerza su derecho de defensa o lo habrá limitado muy seriamente, todo lo cual termina en la conclusión de que con estas acciones se le ha puesto a esta parte en indefensión, y por ello la causal de nulidad.

La tercera causal, dice expresamente la ley, se produce *“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”*. Pero, ¿a qué convocatoria se refiere la ley? ¿a qué convocatoria que deba haber sido notificada? ¿a qué convocatoria que luego de haber sido notificada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que dan justificarse? Pues bien, nosotros creemos que es la convocatoria a la audiencia de

sustanciación, que es la primera audiencia dentro del proceso arbitral propiamente dicho y en la cual se proveen las pruebas que han sido solicitadas por las partes en la demanda y en la contestación; y es obvio que si una de las partes no ha sido convocada a tan importante audiencia no se enterará de su realización ni, por ende, se enterará de las pruebas cuya práctica hayan sido ordenadas por el tribunal, con lo que se le mantendría al margen del proceso obteniendo con ello que no se pueda defender ni hacer valer sus derechos, lo que nuevamente se traduce en indefensión.

La cuarta causal no se trata ya de indefensión, sino que dice relación con los laudos extrapetitos, vicio que se produce cuando un laudo resuelve sobre asuntos que no fueron motivo del arbitraje. Si bien es cierto que el literal d) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación emplea la frase: “*El laudo se refiera a...*”, con ella entiendo yo que quiso decir “*resuelva*”, y no sólo y simplemente “*refiera*”, pues la ingenua referencia de algo que probablemente no es materia del litigio y que no perjudica a ninguna de las partes, no puede ser causal de nulidad del laudo, como si lo es el que resuelva sobre cuestiones que le son y le fueron extraños al litigio y por ende a la competencia de los árbitros designados para resolverlo. En esta caso la nulidad es la única solución, pues una controversia sometida a resolución de árbitros puede ser resuelta solamente por quienes tienen el carácter de tales, y como los árbitros son designados para el conocimiento y resolución de específicamente un determinado conflicto, sólo lo que es parte de tal conflicto puede ser resuelto por ellos, y si resuelven sobre algún asunto que no fue parte del conflicto, se estarían excediendo de sus facultades y atribuciones y resolviendo sin competencia sobre cuestiones que les son ajenas. Por tanto, tal resolución es obvio que carece de validez y que su nulidad debe necesariamente ser declarada. Insisto en que debemos recordar que el tribunal arbitral se integró solamente para conocer del litigio fruto de la controversia sometida a dicho tribunal, y que por consiguiente si se pronuncia sobre algo que no fue materia de la controversia ni por tanto de la litis, su pronunciamiento sería nulo por falta de competencia y autorización legal para resolver sobre una materia o asunto que no fue sometida a su conocimiento. Este tribunal se integró para resolver un litigio, y por ende no puede pronunciarse sobre algo diferente a dicha controversia, porque carece de competencia y de autorización de las partes y de la ley para ello.

La quinta y última causal se refiere a árbitros nombrados ilegalmente, en violación de las normas legales pertinentes o de los acuerdos de las partes para ese efecto. Y es obvio que si los árbitros han sido nombrados violando la ley o el convenio de las partes, no nació nunca para ellos la autoridad ni competencia para resolver sobre el conflicto, y si lo hacen, su resolución será obviamente nula, pues el efecto de la violación de ley de puede ser sino la nulidad. Quien asuma la condición de árbitro en virtud de una designación ilegal por violatoria del acuerdo de las partes respecto del procedimiento a seguirse para ella, o por violación del procedimiento previsto en la ley para esa misma designación en ausencia de pacto especial de las partes, estaría actuando fuera del marco legal y por ello sin verdadera competencia para conocer y resolver del conflicto para cuya resolución debía integrarse el tribunal arbitral.

No existen otras causales para proponer la nulidad. Por ello, conocido que sea el laudo por las partes, la perdedora –no entendería que la parte ganadora sea la que proponga acción de nulidad del laudo que le benefició- deberá estudiarlo con mucha seriedad y detenimiento para ver si en él se cumple alguna de las causales de nulidad, y no proponer esta acción sin causa realmente existente, sin fundamento.

Plantear una acción de nulidad del laudo arbitral solamente como una manera de diferir su ejecución, es inaceptable bajo todo y cualquier punto de vista y creo que debería ser sancionado drásticamente. Y es que debemos tener presente que cuando las partes convinieron en arbitraje como la forma de solucionar sus controversias, renunciaron a someterse a la jurisdicción ordinaria, revocaron el poder del Estado para a través de su sistema ordinario de justicia resolver esas controversias, y por el contrario se comprometieron y obligaron a acatar el laudo que se dicte. Quedaron obligadas, entonces, a tener por válido el pronunciamiento de los árbitros, lo que les impide acudir a este expediente de la nulidad que en la mayoría de los casos no tiene razón ni causa y es planteado por los abogados para dilatar y entorpecer la ejecución del laudo o como medio de quedar bien ante el cliente.

En todo caso, si objetivamente advertimos que se ha producido una causal para que el laudo se declare nulo, lógico es que planteemos la acción de nulidad que corresponde, a fin de que las cosas vuelvan a la juridicidad, a la legalidad, a la normalidad.

En este supuesto, debemos tener presente que la nulidad no es un recurso, sino una acción, y como tal debe plateársela, es decir, que hay que hacerlo proponiendo una demanda en forma, como cualquier otra demanda, con la salvedad de que esta demanda no la presentaremos a la justicia ordinaria directamente, sino que debe ser presentada ante el mismo tribunal arbitral cuya decisión o laudo sobre el fondo impugnamos por esta vía de nulidad.

Esta demanda puede ser propuesta en el término de diez días contado a partir de la fecha en que el laudo se ejecutorió. Notemos que el término legal fijado ni empieza a correr desde la fecha de notificación del laudo, sino a partir de su ejecutoria, y esto es lo que corresponde porque luego de haber sido notificado a las partes el laudo puede ampliarse o aclararse a petición de cualquier de ellas, o puede rectificarse de oficio, y en cualquiera de los casos, el laudo quedará completado con la ampliación, la aclaración o la rectificación, que no son providencias independientes sino que pasan a formar parte integrante del laudo. Por consiguiente, sólo cuando el laudo ha quedado ejecutoriado se puede decir que está terminado y completo, pues ya no puede ser modificado de ninguna manera por el tribunal que lo dictó ni por ninguna otra autoridad en razón de que, como se vio ya anteriormente, el laudo no es susceptible de recurso alguno.

Entonces, si hemos establecido la procedencia y necesidad de plantear la acción de nulidad del laudo, debemos hacerlo mediante demanda, la que deberá ser redactada

señalando la causa por la que se la propone, e indicando con la mayor claridad y precisión posibles cómo es que tal causa se ha producido en el caso en cuestión, dejando a la parte demandada en indefensión o produciéndose una resolución sin competencia, que son las dos causas que subyacen en las cinco que se contemplan en el Art. 31 de la ley de la materia. Estos serían los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda de nulidad, los que obviamente deben ser expuestos con orden, claridad y precisión y de forma tal que permita al Presidente de la Corte Superior de Justicia comprender con claridad la violación producida y la pretensión de que se declare la nulidad del laudo dictado por el tribunal de arbitramento. La demanda, como ya lo dijimos, debe dirigirse al árbitro o árbitros, vale decir al tribunal arbitral, y se la propondrá para ante el Presidente de la Corte Superior de Justicia de la jurisdicción en que hubiere actuado el tribunal arbitral y en ella el accionante debe reclamar la nulidad del laudo que impugna por esta vía. En la misma demanda de nulidad, si el demandante estima que la ejecución del laudo le puede causar perjuicios, deberá solicitar al árbitro o árbitros, en otras palabras al tribunal arbitral, que se suspenda la ejecución del laudo.

Al tribunal arbitral no le corresponde calificar la procedencia de la acción de nulidad, y normalmente lo único que debe hacer cuando recibe una acción de nulidad del laudo, es remitirla dentro del término de tres días, junto con el proceso arbitral, al Presidente de la Corte Superior de Justicia para que le de el trámite respectivo. Sin embargo, cuando en la demanda de nulidad se ha pedido que ordene la suspensión de la ejecución del laudo, el tribunal arbitral deberá previamente y en el término de tres días, fijar el monto de la caución que deba rendir el peticionario, la que deberá ser suficiente para responder por los perjuicios que el propio tribunal estime que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte. Pero no termina ahí su actuación, pues el peticionario demandante de la nulidad deberá, a su vez, también en el término de tres días contado a partir de la notificación de la providencia que fije el monto de la caución, constituirla, entregándosela al tribunal arbitral, quien estará obligado a analizar si la caución rendida cumple los requisitos que fueron fijados por el propio tribunal, y sólo si los cumple declarará suspendida la ejecución del laudo y enviará el proceso al Presidente de la Corte Superior para su trámite, pero si no los cumple se limitará a remitir el expediente al Presidente de la Corte Superior para el efecto ya indicado, pero sin decretar la suspensión de la ejecución del laudo arbitral.

## **19.- Trámite y resolución de la Acción de Nulidad:**

1. Trámite. 2. Competencia. 3. resolución: a) Desecha la demanda, b) Acepta la demanda. 4. Efectos: a) Constitución de nuevo Tribunal Arbitral, b) Nuevo trámite del juicio, desde el momento en que se produjo el vicio de nulidad.

La acción de nulidad del laudo arbitral debe ser tramitada en la vía ordinaria por efecto del precepto contenido en el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *“Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario”*. Ni la ley de Arbitraje y Mediación, ni el Código de Procedimiento Civil ni ninguna otra ley prevén un trámite especial para esta acción

de nulidad, la que por tanto debe tramitarse por la vía ordinaria, como hemos señalado, con la modificación introducida por el inciso segundo del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, esto es, que deberá ser resuelta en el término de treinta días contados desde la fecha en que avocó conocimiento de esta acción.

Y no vemos razón alguna para que se demore o complique más la resolución de la acción de nulidad, pese a su trámite por la vía ordinaria, puesto que se trata de una acción de puro derecho a la que debe aplicarse la norma del Art. 399<sup>28</sup> del Código Procesal Civil, y por tanto no requiere de tramitación alguna sino solamente que el juez, en este caso el Presidente de la Corte Superior de Justicia, pida autos y dicte sentencia por el mérito existente en el proceso arbitral.

Esta resolución en realidad de verdad no debe demorar. El término previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación (Art. 31, inciso segundo) para que se dicte resolución, es el de treinta días, que es más que suficiente para que el Presidente de la Corte Superior de Justicia estudie el proceso y establezca si existe o no la causa de nulidad invocada por el accionante de la nulidad. Y digo que es más que suficiente, pues en realidad no es que debe estudiar todo el proceso, sino solamente la parte de él que tiene relación con la causal de nulidad en que se funda la acción, y para ello treinta días es ya un término realmente generoso. Desgraciadamente sucede que en la práctica los Presidentes de las Cortes Superiores no tramitan las acciones de nulidad, las dejan irresponsablemente abandonadas hasta que por la presión que reciben avocan conocimiento de ellas. No estamos en condición de señalar al momento, pues no hemos hecho la investigación necesario para ello, si están cumpliendo con resolver estas acciones dentro del término de 30 días que les fija la ley. Y cuando nos referimos a los Presidentes de la Cortes Superiores, en verdad estamos aludiendo solamente a los de las Cortes Superiores de Quito y de Guayaquil, y en alguna rara ocasión a la de Cuenca, que son las ciudades en las que se desarrollan procesos arbitrales.

Creo que todos quienes estamos interesados en la promoción y desarrollo de estos procesos arbitrales deberíamos desplegar nuestros esfuerzos buscando obtener de los Presidentes de las Cortes Superiores de Quito y Guayaquil, básicamente, que cuando reciban una acción de nulidad de laudo arbitral la despachen con la mayor celeridad posible, pues en caso contrario toa la enorme ventaja de la celeridad que el procedimiento arbitral implica se estrella y frustra con la lentitud y lenidad con que en la actualidad se tramitan estas acciones en nuestras cortes superiores. Estamos conscientes de que los Presidentes de las Cortes Superiores tienen enormes responsabilidades administrativas que resolver a diario, y que son también jueces de fuero, pero nada de aquello es justificación seria y suficiente para la irresponsable demora en el trámite y resolución de las acciones de nulidad de laudos arbitrales. Ojalá que los Presidentes de estos organismos legislativos tomen conciencia de esta triste realidad que se vive en la demora de la tramitación y resolución de estas acciones de nulidad, para que en lo futuro las traten con la celeridad que el legislador pretendió dotarles.

---

<sup>28</sup> **Art. 399.-** Si la litis se hubiere trabado sobre cuestiones de puro derecho, el juez pedirá autos y dictará sentencia.



Según el inciso tercero del citado Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Medición, el Presidente de la Corte Superior podrá, de ser el caso, disponer el sorteo de la acción de nulidad para que sea conocida por una de las salas de la Corte Superior. Esta norma tenía su razón de ser con el texto anterior del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues de conformidad con la redacción anterior de esta norma, no era al Presidente de la Corte Superior a quien le correspondía resolver la acción de nulidad, sino solamente recibir la acción y proceder a su sorteo para que sea conocida y resuelta por una de las salas de las Corte Superior. Mas sucede que mediante Ley 2005-04 promulgada en el Registro Oficial Nro. 532 del 25 de febrero de 2005, se reformó la Ley de Arbitraje y Mediación, y precisamente por esta reforma se atribuye al Presidente de la Corte Superior de Justicia el conocimiento y resolución de las acciones de nulidad de los laudos arbitrales. Además, a partir de la reorganización de las cortes superiores de justicia del país, distribuyendo su competencia por salas especializadas, esta norma del inciso tercero del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la que estamos tratando, se ha hecho más difícil de aplicar, pues ahora tenemos en las cortes superiores salas especializadas en lo civil y mercantil, en lo laboral y social y en lo penal, y si se sorteara el conocimiento de una causa de nulidad de laudo arbitral entre todas estas salas, se estaría contrariando la especialidad de estas salas. Entonces, para mantener la especialidad, si el sorteo fuera procedente debería ser solamente entre las salas de lo civil y mercantil para todos aquellos casos de laudos arbitrales en estas materias (que son la enorme mayoría), y entre las salas de lo laboral y social en laudos que se dicten respecto de relaciones laborales. Como no cabe arbitraje en materia penal, las salas de lo penal de las cortes superiores serían las únicas que nunca podrían conocer una acción de nulidad de un laudo arbitral, pues aun cuando es perfectamente posible someter a arbitraje la responsabilidad civil proveniente de delitos, esta responsabilidad civil sobre la que se emitiera un laudo respecto del cual se planteara acción de nulidad debería ser sorteada entre las salas de lo civil y mercantil, y no entre las salas de lo penal, siempre si fuere procedente el sorteo, que en mi opinión ya no lo es a partir de la promulgación en el Registro Oficial de la ley 2005-48 reformativa de la de Arbitraje y Mediación, insisto, porque es a partir de esta reforma que a quien corresponde privativa y excluyentemente el conocimiento de la acción de nulidad del laudo arbitral es al Presidente de la Corte Superior de Justicia.

Al resolver esta acción, el Presidente de la Corte Superior puede hacerlo, o bien declarando la nulidad demandada si se ha justificado la violación de procedimiento alegada, o en caso contrario desechando la demanda.

De desecharse la demanda de nulidad, el triunfador del juicio arbitral debería continuar el proceso a partir de la suspensión de la ejecución del laudo, de haber sido decretada, y por tanto proseguir con la etapa de ejecución ante los jueces ordinarios, en la misma forma como se ejecuta cualquier otra sentencia dictada por cualquier otro juez, siguiendo la vía de apremio y sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna que busque retardarlo o impedir esa ejecución, salvo que la excepción obedezca a causas que se hubieren originado con posterioridad a la expedición del laudo.

En el evento de aceptarse la demanda y por tanto de que se declarara la nulidad del laudo, lo que en la práctica en nuestro medio ha ocurrido en solamente unas muy contadas ocasiones, la declaratoria de nulidad deberá señalar el momento o pieza procesal a partir de la cual se produjo la causa que dio lugar a la declaratoria de nulidad demandada, y en tal evento, la nulidad deberá ser declarada del laudo pero también del proceso a partir de aquel momento procesal.

Esta declaración de nulidad implica que deberá repetirse o rehacerse el proceso arbitral, pero obviamente con otros árbitros, puesto que aquellos que actuaron en el tribunal cuyo laudo fue anulado no podrán seguir actuando, no sólo porque ya se les habría agotado el tiempo para el que fueron designados y por tanto habrían dejado de ser árbitros de ese proceso, sino también porque siendo los causantes o al menos co-causantes de la nulidad, no tendrían la imparcialidad necesaria para continuar actuando en calidad de árbitros de aquel proceso.

## 20.- Ejecución del Laudo:

La ejecución del laudo puede ser: a) Voluntaria, y, b) Judicial

Citando nuevamente al ilustre Couture y con él, podemos decir que el proceso de ejecución no es sino el "*Procedimiento compulsivo, tendiente a dar cumplimiento a un título ejecutorio o ejecutivo, constituido normalmente por el remate de bienes del deudor*"<sup>29</sup>.

Dictado que sea un laudo, lo lógico es que las partes pasen a cumplirlo de inmediato y en la forma más tranquila y voluntaria posible, pues a ello se comprometieron al momento se celebró el convenio arbitral. Sin embargo, en la práctica, las partes de un conflicto sometido a arbitraje llegan a este procedimiento muchas veces como enemigas una de otra y durante el proceso arbitral así mismo se comportan, y es mucho más común de lo que fuera deseable o aconsejable que en lugar de cumplir rápida y fielmente las obligaciones impuestas en el laudo, busquen, por el contrario, la manera de no hacerlo.

Es en estas circunstancias, o sea, cuando la parte vencida no quiere cumplir el laudo voluntariamente, que la parte a cuyo favor ha sido dictado debe recurrir al juez ordinario reclamando su ejecución forzosa. Se recurre al juez ordinario porque el tribunal arbitral, en primer lugar, ejecutorió el laudo, dejó de existir, desapareció y perdió toda competencia; y en segundo lugar y más importante, porque incluso si no hubiera perdido competencia y continuara actuando tampoco podría tomar acción para ejecutar el laudo en razón de carecer de imperio, del que sí está dotado el juez ordinario, pues como funcionario que es del Estado se halla autorizado por él "***para hacer ejecutar lo juzgado***", como lo dice el Art. 1 del Código Procesal Civil.

---

<sup>29</sup> Op. Cit., p. 248.

Es oportuno recordar que se supone que vivimos en un estado de derecho en el que nadie puede hacerse justicia por mano propia, y por ello, cuando alguien necesita hacer respetar su derecho debe recurrir a la autoridad. En el caso, dictado el laudo en que se le reconocen derechos que luego no son cumplidos o respetados por el obligado a hacerlo, el vencedor tiene que recurrir a la autoridad para por su intermedio lograr que el vencido en el juicio arbitral y por tanto obligado por el laudo, se los reconozca, y esta autoridad es, entonces, el juez ordinario investido de imperium y con facultades para hacer ejecutar lo juzgado incluso por tribunales arbitrales.

El proceso de ejecución del laudo es el que se sigue de conformidad con lo que prevén los Art. 438 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y que puede llegar incluso al remate o venta pública de los bienes del deudor para con sus frutos pagar al acreedor.

Para concluir quisiéramos hacerlo recordando lo que es un procedimiento de ejecución, y para ello y por considerarlos muy claros, extractamos los conceptos que a este respecto brinda el procesalista argentino, Lino Enrique Palacio, así: *“De acuerdo con las nociones expuestas en su momento (supra, núms. 34 y 157), el proceso puede ser, atendiendo a la finalidad de la pretensión que lo origina, de conocimiento o de ejecución. El primero es aquel que tiene como objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare ... el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes ... Cuando se trata de una sentencia de condena que, como tal, impone el cumplimiento de una prestación (de dar, hacer o de no hacer), y ésta no es voluntariamente cumplida por el obligado, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que se lleve a cabo una ulterior actividad judicial encaminada a asegurar la integral satisfacción del interés del vencedor. Tal actividad se desarrolla en el denominado proceso de ejecución, el cual ... no es más que un medio para que, por obra de los órganos judiciales del Estado, se sustituya la ejecución forzada a la voluntaria ... el proceso de ejecución podría definirse como aquel cuyo objeto consiste en hacer efectiva la sanción impuesta por una sentencia de condena”*<sup>30</sup> (Manual de Derecho Procesal Civil, décimocuarta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 659 y 660).

**Conferencia preparada para el Seminario: “Procedimiento Arbitral y Nulidad del Laudo Arbitral”, realizado los días 19 y 20 de julio de 2006, promovido por**

---

<sup>30</sup> Manual de Derecho Procesal Civil, decimocuarta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 659 y 660.

**el Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, CENAMACO.**

**Quito, julio de 2006**