



*TENDENCIAS MODERNAS
DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*

*Héctor Yépez Martínez
y María José Blum Moarry*

*Coordinadores y
autores de obra colectiva
2024*

UNIVERSIDAD ESPÍRITU SANTO

Km. 2,5 Vía a Samborondón - Ecuador

Teléfono: (593-4) 5000950

ceninv@uees.edu.ec

www.uees.edu.ec

Autores:

María José Blum Moarry

Héctor Yépez Martínez

Editor:

Fernando Espinoza Fuentes

Coordinadora editorial:

Natascha Ortiz Yáñez

Cita:

(Blum Moarry & Yépez Martínez, 2024)

Referencia Bibliográfica:

Blum Moarry, M.J. & Yépez Martínez, H. (2024). Tendencias Modernas de Arbitraje y Mediación. Universidad Espiritu Santo - Ecuador.

Portada:

Universidad Espiritu Santo

Diseño e Impresión:

TRIBU Soluciones Integrales

Urdesa Norte Av. 2da. #315

Teléfono: (593-4) 2383926

eperalta@tribuec.net

Edición:

Primera, Mayo 2024

ISBN-E: 978-9978-25-246-8

Derechos reservados. Prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización escrita de los editores.

Dedico este libro a todos aquellos que contribuyen a la búsqueda de la justicia y la paz a través del arbitraje y la mediación.

La dedicación y valentía en este camino son un faro de esperanza en una sociedad marcada por múltiples conflictos.

A mi familia, por su inquebrantable apoyo y amor, en especial a Josefina y mis Franciscos.

A mis colegas y amigos autores, por su inspiración y compañerismo en este viaje.

A las autoridades que permitieron mi paso por la Dirección del Centro de Arbitraje UEES, Carlos Ortega Maldonado, Joaquín Hernández Alvarado y Santiago Velázquez Velázquez.

Que este libro sirva como una herramienta para seguir construyendo puentes y resolviendo diferencias de manera pacífica.

María José Blum Moarry

A mi madre y mi padre,
con eterna gratitud.

Héctor Yépez Martínez

Tabla de contenido

PERFILES

| | |
|---------------------------------------|----|
| HÉCTOR YÉPEZ MARTÍNEZ..... | 11 |
| ALEJANDRA ANDREA CHECA CONDE..... | 11 |
| DIEGO GARCÍA CARRIÓN..... | 12 |
| EVA ELAINE HARIMECH SALCEDO..... | 13 |
| SARA MANTILLA PACHECO..... | 13 |
| DANIEL LÓPEZ SUÁREZ..... | 15 |
| JAIME ANDRÉS HOLGUÍN MARTÍNEZ..... | 16 |
| MARÍA ISABEL CISNEROS..... | 17 |
| KLEBER JOSÉ IZQUIERDO CASTRO..... | 17 |
| MIGUEL ALEJANDRO BUNCES ORELLANA..... | 18 |
| MARÍA JOSÉ BLUM MOARRY..... | 19 |
| SANTIAGO VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ..... | 19 |
| MARCELA CALLE RIVERO..... | 20 |
| JOHANNA GARCÉS SOLÁ..... | 20 |
| VERÓNICA VALERIA RODRÍGUEZ BARCO..... | 21 |

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN. ARBITRAJE Y MEDIACIÓN: EL RETORNO MODERNO DE LOS MÉTODOS ANTIGUOS..... | 23 |
|---|-----------|

| | |
|---|-----------|
| PRIMERA PARTE: NUEVAS TENDENCIAS EN EL ARBITRAJE.... | 31 |
|---|-----------|

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO 1: LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ARBITRAJE..... | 33 |
|---|-----------|

| | |
|---|----|
| LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ARBITRAJE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR..... | 33 |
|---|----|

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO 2: NUEVAS TENDENCIAS DE LAS ACCIONES POSTERIORES AL LAUDO Y LA EXCEPCIÓN DE EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL..... | 71 |
| LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL..... | 71 |
| LA EFICACIA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS LAUDOS ARBITRALES..... | 89 |
| EL ROL DE LOS JUECES ORDINARIOS AL TRAMITAR LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL..... | 122 |
| CAPÍTULO 3: EL ARBITRAJE Y EL ESTADO..... | 131 |
| ARBITRAJE Y MEDIACIÓN ENTRE ESTADO Y PARTICULARES, ESPECIAL MENCIÓN AL NUEVO REGLAMENTO Y SU APLICACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR..... | 131 |
| INCENTIVOS Y LIMITACIONES EN EL MARCO NORMATIVO ECUATORIANO PARA EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN CON EL ESTADO..... | 153 |
| SEGUNDA PARTE: NUEVAS TENDENCIAS EN LA MEDIACIÓN... | 177 |
| CAPÍTULO 4: EL CONFLICTO Y LA MEDIACIÓN..... | 179 |
| LA IMPORTANCIA DEL CONFLICTO EN LA MEDIACIÓN..... | 179 |

| | |
|--|------------|
| LA MEDIACIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA PSICOLÓGICO..... | 195 |
| CAPÍTULO 5: NUEVAS TENDENCIAS DE LA MEDIACIÓN EN DISTINTAS ÁREAS DEL DERECHO..... | 205 |
| ASPECTOS GENERALES DE LA TRANSACCIÓN Y MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO..... | 205 |
| LAS NUEVAS REGLAS SOBRE LA TENENCIA Y SU APLICACIÓN EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR..... | 220 |
| LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS TRANSFRONTERIZOS RELACIONADOS A LA SUSTRACCIÓN ILEGAL DE MENORES..... | 233 |
| LA MEDIACIÓN EN EL FÚTBOL..... | 247 |
| MEDIACIÓN TRIBUTARIA EN ECUADOR..... | 265 |



HÉCTOR YÉPEZ MARTÍNEZ

Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Espíritu Santo (2021-2023).

Máster en Administración Pública por la Universidad de Harvard, Máster en Políticas Públicas por la Universidad del Desarrollo (Chile), graduado del programa de Liderazgo Global de la Universidad de Georgetown, y Abogado por la UEES.

Director fundador de la Escuela de Gobierno y Procurador de la Universidad Espíritu Santo.

Ex Legislador en la Asamblea Nacional del Ecuador, donde presidió las comisiones de Participación Ciudadana y de Gobiernos Autónomos.



ALEJANDRA ANDREA CHECA CONDE

Psicóloga, graduada en la Universidad Guayaquil, Mediadora de la Universidad Espíritu Santo. Asesora en área educativa, familiar y personal. En diciembre del 2021, fue parte del proyecto **FACTIBILIDAD TÉCNICO-ECONÓMICO-FINANCIERA Y ESTRUCTURACIÓN DEL MODELO DE GESTIÓN PARA EL SISTEMA DE BICICLETA PÚBLICA DE LA CIUDAD DE GUAYAQUIL**, organizado por la Consultora Alomon (España). Donde se desempeñó como moderadora de grupos focales para el estudio del proyecto.



DIEGO GARCÍA CARRIÓN

Abogado y doctor en jurisprudencia por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, con más de 34 años de ejercicio profesional. Fue miembro del Consejo Nacional de Valores y de los Directorios de Petroecuador y la Agencia de Garantía de Depósitos. Durante el gobierno del doctor Alfredo Palacio fue Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República. Fue Procurador General del Estado desde abril de 2008 hasta enero de 2018 y como tal presidió el Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos (CONCLA) y el Consejo Nacional Contra las Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP). Durante ese tiempo lideró el equipo de defensa del Estado ecuatoriano en Cortes Nacionales e Internacionales y presidió el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, único centro especializado en materia de solución de controversias de orden público a nivel regional.

Actualmente es socio y director del Estudio Jurídico García Feraud & Hijos y dirige la oficina de esta firma de abogados en Quito, dedicándose a la asesoría y patrocinio en ámbitos de naturaleza civil, comercial, societaria, administrativa y constitucional, entre otras, litigando en justicia ordinaria y constitucional y en centros de arbitraje nacional. Es árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la UEES y actúa como abogado en arbitrajes nacionales y como experto en derecho público en arbitrajes comerciales internacionales.



EVA ELAINE HARIMECH SALCEDO

Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES). En 2019 culminó la formación de Mediadores Especializados y en 2022 recibió el grado de Máster en Mediación y Gestión del Conflicto por la Universidad Internacional de Valencia. Ha participado en varios proyectos relacionados a la gestión pacífica del conflicto y actualmente se desempeña como abogada en el libre ejercicio.



SARA MANTILLA PACHECO

- *Licenciada en Ciencias de la Educación con mención en Administración Educativa*
- *Magíster en Educación y Proyectos de Desarrollo con enfoque de género*
- *Mediadora, c certificado de aprobación otorgado por la Procuraduría General del Estado con aval académico de la Universidad San Francisco de Quito.*
- *Docente de Mediación en la Universidad Espíritu Santo (UEES)*
- *Mediadora registrada en los Centros de Mediación: “MEDIAR” en la ciudad de Quito y “CENTRO DE MEDIACIÓN AMBATO”*

- *Docente de centros de mediación con aval académico de la Universidad de Los Hemisferios, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.*
- *Ha dictado charlas sobre mediación en la Universidad San Francisco de Quito, con cátedras como mediación escolar y administración de centros de mediación.*
- *Consultora externa en el Movimiento Internacional de Educación Popular Integral y Promoción Social Fe y Alegría Ecuador con la temática Educación para la Convivencia y Construcción Ciudadana – Cultura de Paz*
- *Ex Subdirectora Nacional de Acceso a la Justicia y Pluralismo Jurídico*
- *Subdirectora Nacional de Género (e)*
- *Subdirectora Nacional de Centros de Mediación y Justicia de Paz en el Consejo de la Judicatura*
- *Ex Jefe departamental en el Centro de Mediación de la Función Judicial y analista, así como en la Escuela de la Función Judicial.*
- *Especialista de capacitación en instituciones públicas como la Contraloría General del Estado, Consejo Nacional Electoral, entre otros.*



DANIEL LÓPEZ SUÁREZ

- Máster en Derecho de Contratación Pública por Universidad de Castilla-La Mancha, España;
- Master en Derecho de los Negocios por ADEN University Business School, Centro Adscrito de la Universidad Politécnica de Catalunya, España, y a The George Washington University, School of Business.
- Especializado en Litigation Skills Program por American University - Washington College of Law;
- Postgrado de Derecho Administrativo Universidad Andina Simón Bolívar,
- Abogado Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- Co-autor del Manual de Contratación Pública
- Autor del Manual ABC del Emprendimiento.
- Consultor jurídico del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD y Contribuyente del Banco Mundial.
- Profesor de Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito.
- Ex asesor del despacho del Procurador General del Estado.
- Director del Centro de Arbitraje y Mediación Fedexpor
- Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación Fedexpor

- Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.
- Daniel es un abogado rankeado por las prestigiosas publicaciones internacionales CHAMBERS AND PARTNERS, LEGAL500 y LEADERS LEAGUE como un profesional destacado en Resolución de disputas en Ecuador, y en ésta última como el abogado mejor rankeado del Ecuador en Litigio Administrativo.
- Actualmente Socio fundador y Managing Partner de LÓPEZ RIBADENEIRA MORA Abogados en Ecuador.



JAIME ANDRÉS HOLGUÍN MARTÍNEZ

Abogado. Mediador y Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo.



MARÍA ISABEL CISNEROS

Abogada por la Universidad de Especialidades Espiritu Santo, Magíster en derecho tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar. Realizó también un curso de especialización en contratos y daños en la Universidad de Salamanca, una titulación en derecho de la competencia en la universidad Carlos III de Madrid y una maestría en mediación y gestión de conflicto en la Universidad Internacional de Valencia. Respecto a la parte laboral, ha tenido la oportunidad de trabajar en diferentes instituciones a nivel privado y público como el Servicio de Rentas Internas. Hoy en día, es la fundadora de Cisneros Arias Legal. También es mediadora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y de la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y del Centro de Mediación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.



KLEBER JOSÉ IZQUIERDO CASTRO

Socio del Estudio Jurídico Izquierdo & Castro desde el año 2015 donde ejerce actualmente como Managing Partner desde el año 2017. Entre sus principales funciones dentro del estudio, se encuentran el asesoramiento, patrocinio de litigios y procedimientos administrativos de derecho tributario, mercantil y societario.

Desde el año 2018 es docente a tiempo parcial en la Universidad ECOTEC impartiendo las cátedras de Derecho Tributario y Derecho Societario.

En el año 2021 fue designado como el primer mediador especializado en el ámbito tributario por parte del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo (CAMUEES).

En cuanto a su formación académica alcanzó el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador otorgado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil en el año 2015, posteriormente obtuvo el título de Máster en Asesoría Fiscal por la Universidad de Navarra en el año 2016 y recientemente en el año 2022 consiguió el grado de Master of Business Administration otorgado por el IDE Business School.



MIGUEL ALEJANDRO BUNCES ORELLANA

Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mediador del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Magister en derecho procesal por la Universidad Ecotec. Socio fundador del estudio jurídico Probus Abogados. Coordinador Legal de Seguros Córdor.



MARÍA JOSÉ BLUM MOARRY

Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo (2023 – 2024). Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación UEES. Abogada con Especialización en Derecho Público, Máster en Derecho de Empresas y Doctora en Ciencias Jurídicas (equivalente a PhD). Se ha desempeñado como Asesora de la Corte Constitucional del Ecuador (2019-2023), Subdirectora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil (2010-2019), Profesora de derecho en pregrado y postgrado (2013-actual) y autora de artículos y obras relativas al derecho económico, derecho procesal, derecho constitucional y métodos alternos de solución de conflictos.



SANTIAGO VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ

Decano de la Facultad de Derecho de la UEES y Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación UEES, Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca. Se ha desempeñado como docente universitario desde 1995 en varias universidades. Es autor de nueve obras, coautor de cinco obras y varios artículos publicados en revistas nacionales e internacionales. En lo profesional, es socio fundador del estudio jurídico Santiago Velázquez Abogados.



MARCELA CALLE RIVERO

Marcela obtuvo su título de abogada por UEES con el reconocimiento de Magna Cum Laude, se desempeñó como representante estudiantil y actualmente es Maestrante en Derecho de Empresas (UEES). En el 2019 obtuvo un Diplomado de la Escuela Anticorrupción por la Fundación Ciudadanía y Desarrollo. Actualmente es abogada en el estudio jurídico Santiago Velázquez Abogados.



JOHANNA GARCÉS SOLÁ

Licenciada en Ciencias Sociales y Políticas y Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Magister en Arbitraje y Mediación por la Universidad de Guayaquil, Asesora de despacho de la Corte Constitucional del Ecuador y docente invitada por la Universidad Espíritu Santo.



VERÓNICA VALERIA RODRÍGUEZ BARCO

Verónica Rodríguez es abogada graduada en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y es Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas por la Universidad Pompeu Fabra. Fue asesora en la Corte Constitucional del Ecuador, y actualmente se desempeña como asociada del Estudio Jurídico Coronel & Pérez, es árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, y docente de la facultad de derecho de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN: EL RETORNO MODERNO DE LOS MÉTODOS ANTIGUOS

Héctor Yépez Martínez¹

La mediación y el arbitraje han sido, desde muy antiguo, métodos ampliamente utilizados por los seres humanos para resolver diferencias. Antes de la aparición de los estados institucionalizados, antes de que se profesionalizaran las burocracias para ejercer el poder, antes de que aparecieran las primitivas formas de administración pública de justicia, desde siempre se ha recurrido a personas “de confianza” u “honorables”, revestidas de autoridad moral por encima de su fuerza física o legal, para dirimir los inevitables conflictos que surgen en las interacciones humanas.

Desde que el ser humano es tal y, por tanto, *zoon politikon*, como decía Aristóteles, nace destinado a convivir en sociedad. Y como tal convivencia consiste en un permanente intercambio y contraposición de intereses, ello conduce a la aparición del conflicto. Pero la controversia no es el objetivo primario de la interacción humana, sino su consecuencia accidental. El conflicto es el daño colateral de las relaciones personales. Por ello, lo natural es que las partes en litigio busquen resolver sus diferencias en vez de perpetuarlas, y así solucionar ese daño colateral para continuar sus interacciones, que son el objeto original de su intención. De ahí que lo lógico sea perseguir el medio más

¹ Procurador, director del Centro de Arbitraje y Mediación (2021-2023), director fundador de la Escuela de Gobierno, y profesor en la Universidad Espíritu Santo (UEES). Graduado de la Maestría de Administración Pública en la Universidad de Harvard, la Maestría en Políticas Públicas en la Universidad del Desarrollo y Abogado por la UEES. Fue Asambleísta de la República del Ecuador de 2017 a 2021; lideró la redacción de las vigentes Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y Ley Orgánica contra el Consumo y Microtráfico de Drogas, y presidió las comisiones legislativas de Participación Ciudadana y Gobiernos Autónomos. Director fundador de la Academia de Líderes Católicos en Ecuador.

rápido para resolver el conflicto, pasar la página y dedicarse a las actividades que, en primer lugar, fueron pretendidas por quienes cayeron en los tentáculos de la disputa.

Ese medio rápido que permite retornar al intercambio humano no es, a primera vista, acudir a un juez para atravesar un proceso largo y difícil. Lo primero que buscan dos personas en problemas es ponerse de acuerdo entre sí: la negociación. Para ello, es usual que busquen a quien facilite ese acuerdo directo: el mediador. La mediación, así entendida en sentido amplio, no es el recurso excepcional, sino el común denominador —y acaso el ideal— de la solución de conflictos humanos. Sobre todo, cuando aún no existía, en sociedades primitivas, una clara autoridad que se imponga sobre los demás, o cuando actualmente las partes en conflicto tienen una fuerza semejante entre sí y equivalente a quien pretende erigirse como autoridad sobre ellas —como ocurre en las relaciones internacionales entre potencias—, entonces prácticamente no existe alternativa: o hay negociación (con o sin mediación) o hay guerra. Dichas alternativas, idealmente, pueden escogerse según la ley de elección racional, en función de un análisis costo-beneficio. Cuando la guerra resulta muy costosa —sea entre personas o entre pueblos—, entonces lo racional sería inclinarse por llegar a un acuerdo.

Sin embargo, como lo ha demostrado ampliamente la ciencia conductual, ni los individuos ni las sociedades actuamos siempre de manera racional—al menos no como hemos venido entendiendo la palabra “racional”. A veces, nuestras pasiones nos llevan irreflexivamente a seguir el camino más costoso, incluso para nosotros mismos. A veces, el acuerdo puede ser objetivamente mejor, pero preferimos el conflicto por motivos tan múltiples e imprevisibles como las emociones humanas. Entonces surge, inevitable y terrible, la guerra, y con ello, el triunfo de la visión hobbesiana de la sociedad que, guste o no, siempre persigue, como fantasma recurrente, a la historia humana. Sin embargo, siempre ese camino violento llega un punto en que la guerra se vuelve insostenible y demasiado costosa. Se llega entonces a una suerte de punto de equilibrio en que la guerra, aun la azuzada por pasiones irreflexivas, vuelve a caer bajo el frío dominio de la elección racional, cuando su costo se vuelve insoportable para las partes en conflicto.

Esta realidad histórica, a saber, la imposibilidad práctica de vivir en guerra perpetua, es el fundamento social de la jurisdicción. Es necesario que alguien dirima los conflictos más allá de las herramientas binarias de la guerra o la mediación, ambas dependientes de la voluntad de los contendientes. Debe existir una autoridad. Es ésta la idea que *legítima* la existencia del Estado, aunque no está claro si es la que *históricamente* le dio origen, como bien apunta Franz Oppenheimer (2014). Lo que sí es indudable es que la necesidad de resolver conflictos para lograr una convivencia ordenada, de una forma que no dependa solo del consenso o la violencia, es lo que origina que las partes busquen ya no a un tercero que facilite el diálogo, sino a un tercero al que confieren autoridad para imponer su decisión sobre ellos.

Antes que cualquier otra figura, ese tercero es el árbitro. Desde la antigua Grecia, hace más de 3500 años, los consejos anfictiónicos, integrados por doce ancianos de distintas tribus, resolvían las disputas como árbitros elegidos voluntariamente (Salcedo, 2001, p. 22). Tucídides y Plutarco registraron el arbitraje por parte de una *polis* neutral para resolver los conflictos de otras ciudades. Ya en Roma, matriarca jurídica de Occidente, que privilegiaba ante todo el consenso de las partes para la solución de sus conflictos, los procedimientos legales eran sometidos a jueces elegidos por los litigantes, es decir, lo que entendemos como árbitros. Y cuando ello dejó de ser así, surgieron pactos pretorios, como el *receptum arbitrii*, sometiendo la disputa a árbitros privados para eludir al juez impuesto por el pretor. Los cristianos, que desde la periférica Judea llegarían a colonizar culturalmente al Imperio Romano, desde sus inicios preferían someter sus conflictos a los obispos, que fungían como árbitros, antes que a la justicia ordinaria. Y en la Edad Media, cuando colapsó el gran Imperio y Europa se dividió en gremios, feudos y corporaciones, el arbitraje “subsiste al lado de las jurisdicciones estatales, ya en pleno desarrollo, como una práctica enteramente privada, pero de uso muy frecuente” (Aylwin, 1958, p. 71) a fin de resolver los problemas de la cada vez más boyante burguesía, como antecedente ejemplar de la contemporánea *lex mercatoria*.

Ahora bien, ¿qué tiene que ver todo este antecedente histórico con las modernas sociedades de la cuarta revolución industrial? Para responder, debo

referirme a dos aspectos autónomos, pero entrelazados, que definen gran parte de nuestras sociedades contemporáneas: la primacía de lo flexible y la crisis del poder.

Por primacía de lo flexible me refiero a la tesis, ya célebre en todo el mundo, de Zygmunt Bauman (2015) sobre la modernidad líquida, que comentaba, poco antes de su muerte, en *La Vanguardia*:

“Hoy la mayor preocupación de nuestra vida social e individual es cómo prevenir que las cosas se queden fijas, que sean tan sólidas, que no puedan cambiar en el futuro. No creemos que haya soluciones definitivas y no sólo eso: no nos gustan. Por ejemplo: la crisis que tienen muchos hombres al cumplir 40 años. Les paraliza el miedo de que las cosas ya no sean como antes. Y lo que más miedo les causa es tener una identidad aferrada a ellos. Un traje que no te puedes quitar. Estamos acostumbrados a un tiempo veloz, seguros de que las cosas no van a durar mucho, de que van a aparecer nuevas oportunidades que van a devaluar las existentes. Y sucede en todos los aspectos de la vida. Con los objetos materiales y con las relaciones con la gente. Y con la propia relación que tenemos con nosotros mismos, cómo nos evaluamos, qué imagen tenemos de nuestra persona, qué ambición permitimos que nos guíe. Todo cambia de un momento a otro, somos conscientes de que somos cambiables y por lo tanto tenemos miedo de fijar nada para siempre. Probablemente su Gobierno, como el del Reino Unido, llama a sus ciudadanos a ser flexibles. ¿Qué significa ser flexible? Significa que no estés comprometido con nada para siempre, sino listo para cambiar la sintonía, la mente, en cualquier momento en el que sea requerido. Esto crea una situación líquida. Como un líquido en un vaso, en el que el más ligero empujón cambia la forma del agua. Y esto está por todas partes.”

El segundo fenómeno que quiero destacar del mundo actual es lo que Moisés Naím (2013) llama, acaso con exageración, el fin del poder. Su tesis es que los órganos centrales del poder cada vez influyen menos en la sociedad, gracias a que hoy convivimos en relaciones cada vez más horizontales y

menos jerarquizadas, y a que cada persona tiene medios a su disposición para comunicarse, emprender y tomar decisiones con más facilidad que nunca en la historia. Eso no significa, por supuesto, la desaparición del poder, como parecería sugerir la frase utilizada por Naim, cuyo título es luego matizado en el contenido de su obra. Por más que hoy, en las relaciones internacionales, tengamos clara la importancia del poder blando, eso no implica caer en la ingenuidad de creer en la desaparición del poder duro (Nye, 1990): quienes pronosticaban el fin de la historia con la caída del Muro de Berlín ya se estrellaron contra la guerra en Ucrania. Pero el fin del poder —o su crisis, para ponerlo en términos menos dramáticos— sí significa admitir que todas las grandes instituciones tradicionales, desde los estados hasta las iglesias, desde los sindicatos hasta las empresas, desde los ejércitos nacionales hasta los medios de comunicación masiva, tienen mucha menos influencia hoy de la que tenían hace apenas cincuenta años.

Los dos rasgos descritos —la primacía de lo flexible y la crisis del poder— informan prácticamente todos los ámbitos de la vida contemporánea —o posmoderna, como gustan algunos llamarla. La solución de conflictos no es una excepción. Ambos paradigmas, aplicados a la resolución de las disputas, conducen a que cada vez más se prefiera métodos ágiles y flexibles, dependientes de tomadores de decisión menos vinculados a la anquilosada maquinaria del desconfiable Estado. La famosa sentencia de Heráclito —lo único constante es el cambio— nunca ha sido tan cercana a la realidad como hoy. En un mundo de innovaciones vertiginosas, a las que difícilmente pueden seguir el ritmo las burocracias de los países desarrollados —ni se diga los que decimos estar en vías de desarrollo—, las exigencias de la sociedad líquida demandan que las controversias sean resueltas con métodos también líquidos —si cabe la expresión—, entre los cuales priman el arbitraje y la mediación.

Con respecto al arbitraje, ya que, “a diferencia de los jueces estatales, los árbitros no son el producto de un solo Estado” (Galliard, 2015, p. 33), es lógico que en una sociedad global asistamos a una mayor relevancia de métodos de solución de conflictos que no dependen solo de estados nacionales, cuya primacía ha sido desafiada. Esta realidad va más allá de las distinciones académicas sobre la naturaleza del orden jurídico arbitral en el mundo contemporáneo,

que pueden variar desde una concepción que identifica al árbitro como un juez de un foro determinado hasta aquella que ve al árbitro como producto de un simple acuerdo privado legitimado a posteriori por el sistema jurídico (Gaillard, 2015, p. 84). Igual intuición manifiesta el profesor Leo Rosenberg (2007, p. 604) cuando afirma que “muchas veces son preferidos por las partes los tribunales arbitrales, porque esperan de ellos un fallo más rápido, barato y mejor adaptado a los hechos”, atribuyendo que dicha inclinación tiene “su origen en la resistencia contra las instituciones y actividades estatales”. La resistencia que Rosenberg advierte contra las instituciones estatales hoy ha aumentado dramáticamente, a la par que el atractivo del arbitraje como método alternativo. Esto, que parece una innovación, de cierto modo implica un retorno a la antigüedad. Cuando en tiempos primitivos no había una autoridad contundente que se impusiera incuestionada sobre el resto de la sociedad, la vía de solución de problemas era naturalmente el arbitraje, para que un honorable experto, elegido por las propias partes, dirimiera el conflicto. Hoy que los estados cada vez tienen menor poder y menor capacidad para adaptarse a la velocidad de los cambios en el mundo, hoy que la globalización genera controversias que sobrepasan la fuerza de los estados para imponer sus decisiones, retorna la necesidad de impulsar el arbitraje como medio para que, por consenso de las partes, los árbitros resuelvan las disputas que los estados no logran dirimir con igual eficacia o rapidez. Preferir la flexibilidad del arbitraje es síntoma de la crisis del poder estatal.

Si eso ocurre con el arbitraje, con mayor razón pasa en la mediación. En 2021, el Ministro de Justicia británico, Lord Wolfson, afirmaba que, en sus treinta años de experiencia como abogado comercial, eran mayores los “beneficios de encontrar acuerdos amigables temprano para ayudar a las partes a seguir adelante de forma constructiva”, mientras el Gobierno británico informaba que más del 70% de las personas que acuden a mediación lograrán resolver sus disputas fuera de la corte y solo 3% de los procedimientos civiles en 2019 habían llegado a juicio, demostrando que “la inmensa mayoría de demandas pueden resolverse sin necesidad de juzgamiento”. Una similar penetración existe en los Estados Unidos de América. En nuestras naciones latinoamericanas, si bien hay cada vez mayor presencia de la mediación,

incluso como paso obligatorio en los procesos judiciales donde hay posibilidad de transacción, uno de los grandes desafíos es lograr superar la lógica legalista y judicial, permitiendo una práctica de mediación que no dependa solo de los abogados (Mera, 2016). Esta flexibilidad, aunque ya está permitida en la ley ecuatoriana, aún requiere ser asimilada en la vida social y económica cotidiana para que se convierta en una realidad efectiva.

En definitiva, entender el rol que juegan el arbitraje y la mediación en las sociedades contemporáneas es fundamental para abordar, ya en concreto, algunas de las nuevas tendencias que su regulación y práctica presentan en Ecuador, las cuales son brillantemente expuestas por los colaboradores de esta obra, a quienes agradezco su compromiso académico y profesional para profundizar sobre los métodos alternativos de solución de conflictos. Su contribución en estas páginas es una respuesta a la demanda de quienes aspiran a resolver sus disputas lo más rápida y eficazmente posible, a fin de continuar sus actividades, pacíficas y cotidianas, que contribuyen al progreso de la sociedad.

Finalizo esta introducción con un especial agradecimiento al doctor Santiago Velázquez, Decano de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad Espíritu Santo, quien ha supervisado la presente obra, y a la abogada Andrea Arias Armijo, coordinadora de nuestro Centro de Arbitraje y Mediación, por su laboriosa gestión para hacer realidad esta publicación.

Referencias

- Aylwin, P. (1958). *El juicio arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Barranco, J. (2017, enero 9). *Pero, ¿qué es la modernidad líquida?* La Vanguardia. <https://www.lavanguardia.com/cultura/20170109/413213624617/modernidad-liquida-zygmunt-bauman.html>
- Bauman, Z. (2015). *Modernidad líquida*. México: Fondo de cultura económica.
- Carnelutti, F. (2008). *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Gaillard, E. (2015). *El orden jurídico arbitral*. Bogotá: Colección Cátedra Bancolombia.
- Mera, A. (2016). Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina Diagnóstico y debate en un contexto de reformas.
- Ministry of Justice. (2021, agosto 3). *Views sought on dispute resolution vision*. Gov.uk. <https://www.gov.uk/government/news/views-sought-on-dispute-resolution-vision>.
- Naím, M. (2013). *El fin del poder*. Bogotá: Debate.
- Nye, J. S. (1990). Soft power. *Foreign policy*, (80), 153-171.
- Salcedo, E. (2001). *El arbitraje: la justicia alternativa*. Guayaquil: Editorial Jurídica Míguez Mosquera.
- Oppenheimer, F. (2014). *El Estado. Su historia y evolución desde un punto de vista sociológico*. Madrid: Unión Editorial.
- Rosenberg, L. (2007). *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo II. Lima: ARA Editores.

PRIMERA PARTE:
NUEVAS TENDENCIAS
EN EL ARBITRAJE

Capítulo 1

LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ARBITRAJE

LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ARBITRAJE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

María José Blum Moarry²

RESUMEN

El presente artículo académico pretende recopilar los principios que rigen el arbitraje a la luz de la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, dado que estos son los criterios rectores que se encuentran vigentes para resolver casos o procesos constitucionales concretos, que de alguna manera se encuentran vinculados al arbitraje. Este artículo ilustrará al lector con las importantes y nuevas tendencias en la interacción entre la justicia constitucional y el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos (2019-2023).

Palabras clave: Corte Constitucional, arbitraje, principios, justicia constitucional, interacción sistema arbitral, jurisprudencia

Abstract: This academic article aims to compile the principles that govern arbitration considering the current jurisprudence of the Constitutional Court

² Ph.D.. María José Blum Moarry. Abogada, Máster en Derecho de Empresa. Diplomatura de Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante (España); Doctora en Ciencias Jurídicas en la Universidad de la Habana (equivalente a PHD). Se desempeñó en el ámbito público y privado, principalmente como Abogada de la Corporación Municipal Registro Civil, periodo 2009-2010. Subdirectora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, periodo 2010-2019. Asesora de la Corte Constitucional del Ecuador, periodo 2019-2023. Profesora universitaria de pregrado y posgrado en distintas universidades: UCSG periodo 2011-2023; ECOTEC periodo 2022-2023, UEES 2022-2024. Árbitro 2019-actual; mediadora 2013-2019. Entrenadora competencias universitarias de arbitraje nacionales e internacionales 2013-2016, 2022-2024. Autora de artículos académicos, obras y conferencista en asuntos de derechos humanos, derecho constitucional, derecho procesal, derecho económico y métodos alternos de solución de conflictos.

of Ecuador, given that these are the guiding criteria that are in force to resolve specific constitutional cases or constitutional processes that are somehow linked to arbitration. This article will illustrate the reader with the current trends in the interaction between constitutional justice and arbitration as alternative method. of conflict resolution (2019-2023).

Keywords: Constitutional Court, arbitration, principles, constitutional justice, arbitration system interaction, jurisprudence

Sumario: **1)** Introducción; **2)** Consideraciones previas; **3)** El principio de autonomía y alternabilidad **4)** El principio kompetenz-kompetenz y pro arbitri; **5)** El principio de mínima intervención judicial; **6)** El principio de la especificidad de las causales de nulidad y la especialidad de acciones de nulidad de laudo arbitral; **7)** El principio de voluntariedad; **8)** La flexibilidad del arbitraje; **9)** El principio de (no) gratuidad; **10)** Conclusiones; **11)** Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Los operadores jurídicos tienden a buscar normas legales para resolver casos concretos. No obstante, cuando se tratan de asuntos constitucionales o sometidos a la justicia constitucional, estas no alcanzan para zanjar los conflictos jurídicos. Así, tratándose del arbitraje, la primera cuestión a mencionar es que conforme a la Constitución es un método *alternativo* de solución de conflictos que se regula por normas *especiales*³, y que, no obstante, su *alternabilidad* y *especialidad* es una *forma del servicio público de administración de justicia*⁴. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que:

“El texto constitucional, en su artículo 190, reconoce al arbitraje alternativo para la solución de conflictos, cuestión que además de hacer posible el acceso a este mecanismo mediante un respaldo a la autonomía de las personas, implica un pleno reconocimiento de un sistema ‘alternativo’ con normas y procedimientos propios”⁵.

³ Constitución, Artículo 190.

⁴ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 17.

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 323-13-EP/19, 19 de noviembre de 2019, párr. 33,

Por su parte, la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación, control y justicia constitucional⁶, lo que lleva a que las sentencias y dictámenes de esta alta Corte sean vinculantes para esta y para los operadores jurídicos en general. Sin pretender agotar los importantes efectos de cada criterio emitido por la Corte Constitucional en el ámbito jurídico, político, social, económico, etc., traigo a colación uno de los efectos principales de estas sentencias y dictámenes constitucionales:

“la racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, implican que cada vez que una autoridad judicial dicte una sentencia, se encuentra obligada a resolver futuros casos del mismo modo, siempre y cuando estos compartan los mismos elementos relevantes de aquellos casos que fueron anteriormente resueltos”⁷.

Es decir, todos estos criterios y resoluciones vinculan a la misma autoridad jurisdiccional que las dicta, pues debe resolver de la misma manera casos futuros siempre que compartan propiedades relevantes, esto implica que la misma Corte Constitucional del Ecuador se ve vinculada por su jurisprudencia y tal vinculación, a su vez, irradia en los operadores jurídicos de nuestro sistema en la medida que es la voz autorizada para interpretar en última instancia la Constitución y la máxima instancia de justicia y control constitucional.

En este orden, para conocer las actuales tendencias del arbitraje y su interacción con la justicia constitucional resulta imprescindible conocer la caracterización de este método realizada por la Corte Constitucional, con especial atención a los principios que esta Corte ha señalado que rigen a este método que, al final, son los que van a definir la comprensión del sistema arbitral y su tratamiento en la justicia constitucional al resolver casos concretos.

2. Consideraciones previas

En términos generales, el arbitraje es un método típicamente impulsado por

⁶ Constitución, Artículo 436.

⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Guía de Jurisprudencia Constitucional, “El precedente Judicial”, María Eugenia Díaz Coral y Daniel Eduardo Gallegos Herrera. -- Quito: Corte Constitucional; Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2022. e-ISBN: 978-9942-8887-5-4.

entes privados, los árbitros son profesionales en libre ejercicio y los centros de arbitraje se encuentran adscritos a dichos entes privados. Las disputas que se someten a arbitraje siguen normalmente la misma suerte, son diferencias entre particulares o entre particulares y Estado, cuando este último actúa como parte contractual en un arbitraje comercial. Lo que nos lleva a caracterizar el arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos eminentemente privado, no obstante, al ser parte del sistema de administración de justicia, al tener carácter jurisdiccional, no puede apartarse de los principios básicos de este sistema, en la medida que correspondan o se adecúen a la naturaleza del arbitraje⁸.

En este sentido, no puede deslindarse al arbitraje de las garantías mínimas del debido proceso o de su aproximación al control judicial⁹ o constitucional¹⁰. Si bien estos controles deben ser limitados, existen en el arbitraje. Así, aunque la misma Corte Constitucional ha reconocido las limitaciones de estos controles ha expresado que:

“35. No obstante, esto no significa que el sistema arbitral no esté sujeto a un control constitucional y judicial; sino que este debe efectuarse dentro de las limitaciones previstas en la Constitución y la ley para garantizar su naturaleza y efectividad.

36. Así, los árbitros están, en todo momento, obligados a observar y hacer y garantías constitucionales siguiendo las exigencias de fuerza normativa y supremacía constitucional. Es su deber velar porque a lo largo de los procesos arbitrales y en sus laudos, se garanticen los derechos constitucionales y el debido proceso constitucional. De lo contrario, sus decisiones pueden ser susceptibles de revisión por los órganos previstos en la Constitución y la ley”¹¹.

⁸ Así, por ejemplo, existen varias cuestiones de la administración de justicia no aplicables al arbitraje, por ejemplo, el principio de dedicación exclusiva de los jueces (art. 16 COFJ) no es aplicable a los árbitros ni la doble instancia a los procesos arbitrales en vista de la inapelabilidad de los laudos (art. 30 LAM), etc.

⁹ En relación con la acción de nulidad de laudo arbitral.

¹⁰ En relación con las acciones extraordinarias de protección contra laudos arbitrales.

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 323-13-EP/19, 19 de noviembre de 2019, párr. 35 y 36.

Dicho esto, cabe precisar cuándo un proceso constitucional ante la Corte Constitucional del Ecuador puede estar vinculado de alguna manera al arbitraje. Existen varios escenarios legalmente regulados, por ejemplo, estos casos ingresan a la Corte típicamente por tratados internacionales relativos al arbitraje para la emisión de los dictámenes respectivos¹², acciones extraordinarias de protección contra laudos arbitrales, en la medida que son decisiones definitivas con fuerza de sentencia¹³, acciones extraordinarias de protección contra sentencias emitidas en el marco de una acción de nulidad de laudo arbitral o contra decisiones de la justicia ordinaria relativas a convenios arbitrales, entre otros.

Este último escenario menos deseable, bajo el entendido que los jueces ordinarios no deberían pronunciarse sobre el alcance o eficacia de los convenios arbitrales. En todo caso, a continuación, se sistematizarán los principios que rigen el arbitraje según la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador

3. El principio de autonomía y alternabilidad

En sentencia No. 1010-18-EP/23, la Corte Constitucional, recordó que el arbitraje se encuentra regido por los principios de autonomía y alternabilidad. Así señaló:

“33. La autonomía y alternabilidad del arbitraje se encuentran reconocidas en la CRE. Sobre la alternabilidad, este Organismo ha determinado que, en ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad, si la materia es transigible, las personas pueden escoger la autoridad competente para resolver las controversias suscitadas, bajo un proceso que respete sus garantías básicas y con atención a las reglas particulares de este método alternativo de solución de controversias.

¹² Entre estos, se encuentra el dictamen de necesidad de aprobación legislativa, el dictamen de control automático o también la posibilidad de control posterior del tratado establecidas en el artículo 109 y siguientes LOGJCC.

¹³ Constitución, Artículo 94 y 437.

34. Además, la jurisprudencia de este Organismo ha sido enfática al determinar que “derivado del reconocimiento constitucional a la naturaleza convencional y alternativa del arbitraje, su efectividad también depende un deber de respeto e independencia por parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje”¹⁴

Concuero con este criterio, el arbitraje existe siempre y cuando se le reconozca como un método autónomo y alterno, es decir, separado de la justicia ordinaria u otras potestades jurisdiccionales y regido -siempre- por sus propias reglas – reglas particulares-. Es la única manera. Contrario sensu, implicaría equiparlo o tratarlo como un proceso ordinario con las reglas estrictas de los códigos procesales civiles. De ocurrir ello, el arbitraje -como tal- no existiría ni tampoco las personas verían ventajas en acudir a ese método especial (proceso de única instancia, con duración limitada, con rechazo de incidentes, etc.), por lo que no se desarrollaría dentro de nuestro país. Ahora bien, esta alternabilidad también se encuentra presente en la Constitución ecuatoriana, cuando dentro del poder judicial, se menciona al arbitraje y otros métodos alternos de solución de conflictos (artículo 190 de la Constitución) y su reconocimiento es compatible con los principios de la administración de justicia; particularmente con el de unidad jurisdiccional (artículo 168 numeral 3 de la Constitución) y cuando se les reconoce como formas especiales del servicio público de administración de justicia (artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial). Esto redundaría en su alternabilidad y especialidad frente a los otros métodos de solución de conflictos (como el proceso judicial típico de la justicia ordinaria).

4. El principio *kompetenz-kompetenz* y *pro arbitri*

En sentencia No. 1737-16-EP/21, la Corte Constitucional no solo recordó el principio *kompetenz-kompetenz*, sino que (i) recordó su origen en la voluntad de las partes; (ii) abordó la relación de este principio con los efectos del convenio arbitral (negativo-positivo). Así señaló:

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1010-18-EP/23, 22 de noviembre de 2023, párr. 33-34.

“36. En este punto, es necesario señalar que la competencia de los árbitros se origina en la voluntad de las partes y la determinación de su competencia se encuentra ligado al principio kompetenz-kompetenz, previsto en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Dicho principio, en su efecto positivo, implica: “El efecto positivo del competence-competence, si bien admite variaciones, implica en lo esencial que solo el tribunal arbitral puede decidir sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral.

37. Por su parte, el efecto negativo del kompetenz-kompetenz abarca lo siguiente: “Al suscribir un convenio arbitral, las partes adquieren una obligación de no hacer, consistente en no someter el conflicto a la jurisdicción ordinaria. Para la justicia ordinaria, se genera la obligación de abstenerse de conocer el fondo de un caso en el cual existe convenio arbitral, efecto negativo del principio competence-competence, expresamente reconocido en los art. 7 y 8 LAM”¹⁵.

En esta sentencia la Corte acertadamente señala los efectos del convenio arbitral y, además, lo hace bajo el entendido de que suscribir un convenio arbitral genera obligaciones para las partes que lo aceptan en sintonía con la doctrina más autorizada en materia arbitral.

En esta línea, Eduardo Silva Romero, propone que el arbitraje sea “*analizado a la luz del derecho de las obligaciones*” (2005) y que el efecto primordial del contrato de arbitraje es en su opinión, la producción de tres obligaciones esenciales “*Una obligación de hacer (facere) que consiste en la prestación de someter la controversia presente o futura al arbitraje. Una obligación de no hacer (non facere) que consiste en la prestación de no someter la resolución de dichas controversias a la decisión de una jurisdicción estatal. Y, por último, una obligación de dar (dare) que consiste en la prestación de financiera y sufragar los costos del arbitraje*” (Silva Romero, 2005, pp. 523-524).

La Corte Constitucional no solo reconoce los efectos para las partes suscriptoras del convenio, sino también los efectos que el convenio arbitral

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1737-16-EP/21, 21 de julio de 2021, párr. 36-37.

puede producir para los jueces ordinarios, concretamente, abstenerse de conocer el caso en el que exista un convenio arbitral (*non facere*). Esta obligación de los jueces ordinarios surge cuando advierten la existencia de un convenio arbitral en los casos puestos en su conocimiento. Vale recalcar que es posible que la parte demandada en un proceso judicial oponga expresamente la excepción previa de “*existencia del convenio arbitral*”, con lo cual los jueces al verificarla deberían inhibirse.

En esta línea, mediante sentencia No. 707-16-EP/21, la Corte Constitucional relacionó el principio kompetenz-kompetenz con el procedimiento de excepción de existencia del convenio arbitral advirtiendo que los jueces ordinarios del caso omitieron dicho procedimiento y, en su lugar, se pronunciaron sobre el alcance o eficacia del convenio arbitral, vulnerando derechos constitucionales, como se desprende de los siguientes fragmentos:

“38. Esta Corte advierte que la jueza de primera instancia desconoció la existencia de la cláusula arbitral, y la Sala se pronunció sobre el alcance o eficacia del convenio arbitral, y le otorgó la calidad de potestativa a la cláusula. Y, como tal, omitió el procedimiento de excepción del convenio arbitral. Sin embargo, esa facultad de analizar el alcance del convenio arbitral es propia de los árbitros o tribunales arbitrales, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* recogido en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). Por lo tanto, la Sala se pronunció sobre el alcance o eficacia del convenio arbitral sin tener competencia para ello conforme lo señaló ya esta Corte en la sentencia N°. 1758-15-EP/20.

39. Los jueces accionados frente a la alegación de incompetencia por la existencia de la cláusula arbitral, debieron remitir de forma inmediata el expediente al Tribunal Arbitral, con la finalidad de que este tribunal se pronuncie sobre su propia competencia.

40. Ni la jueza de primera instancia ni los jueces provinciales están facultados para pronunciarse sobre el convenio arbitral en sí mismo, al resolver la excepción de incompetencia debieron solamente verificar la existencia del convenio arbitral, entendiendo que ante la duda debe

prevalecer el arbitraje, bajo el principio *in dubio pro arbitri*, recogido en los artículos 7 y 8 de la LAM”¹⁶.

En esta sentencia además de reconocer los aportes previos de la Corte en sentencia No. 1758-15-EP/20 por el cual se afianza el tratamiento de la excepción de existencia del convenio arbitral, definitivamente la Corte Constitucional reconoce y enfuerza la aplicación del principio de kompetenz-kompetenz, principio que la doctrina ha reconocido en términos prácticos como aquel que -junto a la autonomía del pacto arbitral- buscan proteger la autonomía e independencia de la justicia arbitral con relación a la justicia estatal, y, por esa vía, lograr que la justicia arbitral sea verdaderamente eficaz (Silva Romero, 2005, pp. 579). La Corte, además, refiere el principio *pro arbitri*, en caso de duda estar a favor del arbitraje, esto por cuanto, de los antecedentes del caso podría haber surgido la duda sobre la competencia de los árbitros al existir una cláusula alternativa, es decir que disponía el arbitraje o la justicia ordinaria para resolver las disputas.

No obstante, lo relevante de la misma sentencia 707-16-EP/21, es que la Corte Constitucional es enfática en señalar que los jueces de instancia carecen de competencia para conocer controversias arbitrales, aun cuando estemos en presencia de una cláusula potestativa u optativa¹⁷. Así señala:

“42. La jueza de instancia al desconocer la existencia de la cláusula arbitral y la Sala, en su sentencia al pronunciarse sobre el alcance o eficacia del convenio arbitral dejaron de observar las normas previas,

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 707-16-EP/21, 8 de diciembre de 2021, párr. 38-40.

¹⁷ En la sentencia, se señala que “33. El consorcio accionante alega de manera reiterada que los jueces accionados dejaron de aplicar las disposiciones de la LAM frente a la existencia de una cláusula arbitral.

Además, reclama que los operadores de justicia no tenían competencia alguna para calificar dicha cláusula como optativa y no imperativa y que la falta de aplicación de estas normas previas, claras y públicas devino en una vulneración al derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso en lo atinente al cumplimiento de las normas y derechos de las partes”; y reproduce la cláusula arbitral: “37. La cláusula compromisoria del contrato de la póliza de seguro de manera expresa disponía: “Cuando entre la Compañía, la Entidad Asegurada y el Contratista se suscitare alguna diferencia en virtud de esta póliza, antes de acudir a los Jueces Competentes, de común acuerdo, se podrá recurrir al arbitraje”.²⁷ En el considerando sexto de la sentencia impugnada la Sala precisó que el someter el litigio a un tribunal arbitral es algo potestativo o discrecional para las partes, mas no algo obligatorio, por ello la Sala concluyó que las partes no estaban obligadas a someter el asunto ante árbitros y consecuentemente consideraron que la excepción de incompetencia no tiene sustento”.

claras y públicas relativas al arbitraje que solamente faculta a los árbitros a analizar el convenio arbitral e impiden someter el litigio ante jueces ordinarios cuando las partes anteriormente hayan acordado previamente someter sus diferencias ante árbitros para que las resuelvan. Por lo tanto, la jueza de primera instancia y la Sala vulneraron el debido proceso en lo relativo al cumplimiento de las normas y derechos de las partes¹⁸ (...).

49. En la cláusula arbitral, las partes ya establecieron de manera voluntaria someter sus diferencias ante la jurisdicción de los árbitros, quienes son los únicos facultados para interpretar el alcance o eficacia del convenio arbitral. Por lo tanto, los operadores de justicia al desconocer la jurisdicción arbitral en el caso vulneraron el debido proceso en la garantía del juez competente¹⁹.

En principio, parecería un exceso, que los jueces ordinarios no puedan pronunciarse en torno a una cláusula arbitral potestativa, no obstante en realidad la posición de la Corte Constitucional del Ecuador se condice con el significado real del principio kompetenz-kompetenz, toda vez que este en realidad va más allá de que los árbitros decidan sobre su propia competencia, sino que implica que “la justicia arbitral tiene una prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir toda controversia relativa a la existencia, la validez y el alcance de contrato de arbitraje (...)” (Silva Romero, 2005, pp. 580).

Por otra parte, en la sentencia No. 638-17-EP/21, en relación con un auto de declaratoria de incompetencia de un tribunal arbitral, la Corte Constitucional señaló:

“29. En relación al primer requisito acerca de pronunciarse de manera definitiva sobre la materialidad de las pretensiones, causando cosa juzgada material o sustancial, en el caso concreto se verifica lo siguiente: En el auto N°. 1. el árbitro aceptó la excepción de incompetencia. Con lo cual el proceso arbitral terminó y esta decisión es final. Por

¹⁸ *Ibidem*, párr. 42.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 49.

tanto, no existe cosa juzgada en torno a la controversia suscitada o asunto que fue demandado, sin perjuicio que en virtud del principio kompetenz- kompetenz los árbitros son los llamados a pronunciarse sobre su competencia y tal decisión causó estado en tal sede. El árbitro se declaró incompetente y ordenó el archivo de la demanda arbitral”²⁰.

En relación con este último pronunciamiento, la Corte Constitucional se pronunció únicamente sobre si el auto impugnado (declaratoria de incompetencia del tribunal arbitral) era susceptible de ser impugnado vía acción extraordinaria de protección, resolviendo que no cumplía en ser un auto definitivo y por tanto no se pronunció sobre la demanda. No obstante, quedaba aún pendiente un pronunciamiento en torno al llamado “efecto negativo” del kompetenz-kompetenz. El efecto positivo es el que ya se ha señalado. “Sobre este efecto negativo (...) Fouchard, Gaillard y Goldman escriben (...) El efecto negativo es igualmente importante. Dicho principio permite que los árbitros sean no los únicos jueces, sino los primeros jueces de su competencia. En otras palabras, dicho principio permite que los árbitros lleguen a una decisión en cuanto a su propia competencia antes que cualquier corte o autoridad judicial, y, por esa vía, limita el papel de las cortes estatales a la revisión del laudo arbitral” (Silva Romero, 2015, pp. 584).

Ello (el límite del papel de las cortes estatales para la revisión del laudo arbitral) estaba por definirse, hasta la emisión de la sentencia 2520-18-EP/23 en la cual la Corte Constitucional estableció una interpretación obligatoria del artículo 31 literal d) de la Ley de arbitraje y mediación, de tal forma que se establece que el juez de la nulidad (presidente de la Corte Provincial respectivo) no es competente para revisar la declaratoria de competencia de los árbitros o si la materia decidida en el laudo arbitral era transigible; con lo cual, el juez de la nulidad no puede revisar judicialmente la decisión de los árbitros.

En esta sentencia, la Corte se refiere a que los árbitros tienen competencia para valorar si son competentes en razón de los asuntos sometidos a arbitraje por el alcance del convenio o si son asuntos transigibles (*ratione materiae*) o respecto de los sujetos involucrados en este (*ratione personae*)²¹ y reitera los

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 638-17-EP/21, 20 de octubre de 2021, párr. 29.

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2520-18-EP/23, 24 de mayo de 2023, párr. 37.

efectos negativos del convenio arbitral, con el propósito de reafirmar que la decisión de los árbitros sobre su competencia es “concluyente e indiscutible y no puede ser revisada posteriormente puesto que (...) sería un despropósito que habiéndose pactado arbitraje para dirimir el conflicto fuera de la justicia ordinaria, sea esta última quien revise el fondo de las decisiones de los árbitros”²², la Corte expresamente señala que el juez de la nulidad únicamente puede revisar vicios posibles relativos a la congruencia en el laudo arbitral, esto es: vicios extra Petita (cuando el laudo arbitral se refiere a cuestiones no sometidas al arbitraje); o, vicios ultra Petita (cuando el laudo resuelve más allá de lo reclamado)²³

Lo cual deja fuera del escenario la posibilidad de que el presidente de la Corte Provincial o juez de la nulidad valore o interprete de alguna forma el convenio arbitral o su alcance objetivo o subjetivo o si quiera se pronuncie sobre la declaratoria que hicieron los árbitros sobre su propia competencia. Esto es, la presunta “falta de competencia de los árbitros” ya no puede ser alegada vía acción de nulidad de laudo arbitral bajo la causal 31.d LAM²⁴

Posteriormente, la Corte Constitucional aclara que esto no implica que las decisiones de los árbitros sobre su competencia carezcan de control, más bien específica que se relacionan con las garantías mínimas del debido proceso (art 76.3 y 76.7.k Constitución) y que de existir “eventuales abusos o afectaciones a derechos que no encuentren sustento en la acción de nulidad, sí podrían ser objeto de acción extraordinaria de protección”²⁵, aclarando los límites de esta garantía jurisdiccional pues concluye que esta no constituye una instancia adicional²⁶; con lo cual, la revisión judicial de la competencia de los árbitros, de existir mérito, corresponderá a la Corte Constitucional del Ecuador vía acción extraordinaria de protección.

Finalmente, en una sentencia más reciente la Corte reitera los efectos positivos y negativos del convenio arbitral y los efectos que conllevan para los árbitros, partes y para los jueces ordinarios, en sentencia No. 1010-18-EP/23:

²² Ibidem párr. 38.

²³ Ibidem, párr. 48.

²⁴ Ibidem párr. 50 y 54.

²⁵ Ibidem, párr. 57.

²⁶ Ibidem, párr. 58.

35. “Ahora bien, es preciso señalar que la celebración de un convenio arbitral trae consigo dos efectos, reconocidos por la Ley de Arbitraje y Mediación y desarrollados por la jurisprudencia de este Organismo. Uno positivo, que determina que los árbitros tienen la potestad exclusiva de pronunciarse sobre su propia competencia. Y, otro negativo, que obliga a las partes a no llevar sus disputas a la justicia ordinaria y, consecuentemente, dispone a los jueces ordinarios inhibirse de conocer cualquier demanda, cuando verifiquen que exista una cláusula arbitral y que la parte demandada ha planteado como excepción previa la existencia de dicho convenio arbitral”²⁷

36. El efecto positivo es conocido como el principio “kompetenz-kompetenz”. Como ha sido resuelto previamente por esta Corte, sobre la base de este principio se “autoriza exclusivamente a los árbitros para pronunciarse sobre la validez, alcance y eficacia de un convenio arbitral”²⁸.

Esta sentencia es de particular importancia, porque inclusive reconoce la potestad de los árbitros para -al momento de decidir sobre su propia competencia- por efecto del kompetenz-kompetenz, incorporar a terceros no signatarios -que no han suscrito el convenio arbitral- al arbitraje:

“39. A criterio de esta Corte es de suma trascendencia que sea el tribunal arbitral el único que tenga la potestad jurisdiccional para analizar si determinados sujetos pueden comparecer y ser tratados como partes procesales en una contienda arbitral. Especialmente, considerando que en la esfera arbitral rigen principios particulares e instituciones procesales propias que sirven para evaluar la eficacia y el alcance del consentimiento otorgado, sea expresa o tácitamente, para someterse a arbitraje, e inclusive para vincular al mismo a terceros no signatarios”²⁹.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1010-18-EP/23, 22 de noviembre de 2023, párr. 35

²⁸ *Ibidem*, párr. 36.

²⁹ *Ibidem*, par. 39.

Con lo cual, el convenio arbitral, puede surtir efectos aún frente a terceros que no han suscrito el convenio arbitral pero que pueden encontrarse relacionados a la causa. Si bien la Corte no desarrolla cada uno de los escenarios en los cuales puede ocurrir, es relevante que valide a nivel jurisprudencial la misma figura del tercero no signatario y la posibilidad de que sean los árbitros los que de forma exclusiva al momento de analizar el convenio arbitral, declaren su competencia en razón de los sujetos. Ahora bien, esta sentencia 1010-18-EP/23 es aún más importante, cuando sienta una regla de precedente. Una regla tal que tiene efectos obligatorios³⁰, horizontales -para la misma Corte Constitucional-, como verticales -para todas las demás autoridades jurisdiccionales-, estableciendo la siguiente conclusión y regla aplicable para casos futuros:

“En síntesis, esta Corte reconstruye el precedente expresado en la sentencia 1754-18-EP/23 (Kompetenz-kompetenz y debido proceso) y la presente decisión, quedando la siguiente regla jurisprudencial:

Si, (i) dentro de un proceso judicial se alega la existencia de un convenio arbitral como excepción previa, y (ii) los jueces que conocen dicho caso se pronuncian sobre la validez del convenio arbitral [Supuestos de hecho], entonces, los jueces irrespetan el principio kompetenz-kompetenz y vulneran la garantía del juez competente [Consecuencia jurídica].

Esta regla tiene varios buenos efectos. Respalda al sistema arbitral, respalda a los árbitros al momento de expedir sus decisiones y limita a los jueces ordinarios. Clarificándoles a estos últimos, que les está vedado analizar los convenios arbitrales, so pena de vulnerar el debido proceso. Esto es un gran avance ya que se ha vinculado la transgresión de esta regla con una garantía mínima del debido proceso contenida en el artículo 76.3 de la Constitución, aplicable a todos los procesos en los cuales se decidan sobre los derechos e intereses de las personas. Por otra parte, esta regla además regula a la propia Corte Constitucional, ya que si en un futuro tuviere un caso con el mismo supuesto de hecho -extralimitación de jueces ordinarios que se pronuncian

³⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1035-12-EP/20, 22 de enero de 2020, párr. 17 y siguientes.

sobre el convenio arbitral- deberá declarar las vulneraciones al debido proceso y ordenar medidas de reparación integral, típicamente destinadas a regresar el caso a competencia y pronunciamiento de los árbitros o el centro de arbitraje designado por las partes en el convenio arbitral. Con ello se consolida y respalda el kompetenz-kompetenz de forma integral.

5. El principio de mínima intervención judicial

Para comprender este principio, es pertinente aludir al control judicial del arbitraje. En palabras de Bullard, “me han pedido que hable del control judicial, y, en consecuencia, los jueces están en la ley de arbitraje por dos razones: para colaborar o para controlar”. (Bullard, 2016, pp. 429). Enfatiza este autor que la idea central es el carácter “inevitable” del arbitraje y que “(...) una vez que se pacte el convenio, no se le puede parar, si se detiene, el arbitraje no funciona (...) En los países donde hay mecanismos para parar el arbitraje, no funciona. En los países donde tenemos legislación y jueces que entienden que esa legislación no permite parar el arbitraje, el arbitraje funciona y es lo que ha pasado en el Perú (...) El Tribunal Constitucional ha dicho que el arbitraje no se puede parar y ha dicho que los árbitros pueden rechazar la intervención, que no es otra cosa que el control indebido de los jueces a la actividad y ha dicho que todo control, y esa es la regla, es post al arbitraje, el control no es antes ni durante, el control es post”. (Bullard, 2016, pp. 430), afirmando a continuación que, si el poder judicial tiene como principio respetar el arbitraje, ese es gran parte del éxito del arbitraje (Bullard, 2016, pp. 431).

En sentencia No. 323-13-EP/19, la Corte Constitucional recordó el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje a propósito de abordar el control judicial al arbitraje. Así, señaló:

“32. Sin embargo, este Organismo se aparta de este criterio por cuanto este atenta contra la taxatividad que tienen las causales de la acción de nulidad y que constituyen un efecto del principio de intervención judicial mínima que precisamente limita la interferencia injustificada de la justicia ordinaria en el arbitraje.

(...) 34. Derivado del reconocimiento constitucional a la naturaleza convencional arbitraje, su efectividad también depende un deber de respeto e independencia por parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje. Un control judicial indiscriminado, de oficio, transgrediría el carácter alternativo de este sistema y dejaría sin efecto a la voluntad de las partes.”

En el caso, precisamente la Corte Constitucional se refería a un control indebido por parte de los jueces, concretamente del juez de la nulidad al conocer vicios o causales no previstos en la ley o “de oficio” para anular los laudos. Es por ello que, las palabras de Bullard cobran sentido, todo control indebido es una intervención, y puede tener como resultado restarle eficacia al mismo arbitraje. Por ello, nuestra Corte ha reconocido acertadamente el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje ya que un control indiscriminado transgrediría al mismo sistema y dejaría sin realización la voluntad primigenia de las partes de someter sus controversias a arbitraje.

Ahora, en esta misma línea, la Corte Constitucional en la sentencia No. 308-14-EP/20, se ha referido a otras intervenciones o control indebido de los jueces al arbitraje:

“34. Asimismo, es preciso enfatizar que las decisiones emanadas por los árbitros o tribunales dentro de los procesos arbitrales son de carácter jurisdiccional. 21. De ahí que la Corte -en reiteradas ocasiones- ha reconocido el control constitucional de laudos arbitrales a través de la acción extraordinaria de protección. 35. Bajo este entendido, esta Corte no puede dejar de mencionar que no cabe desnaturalizar la acción de protección pretendiendo utilizarla para atacar decisiones emanadas por los árbitros o tribunales de arbitraje, dado que ello configura una trasgresión al ordenamiento jurídico que expresamente prevé que la acción de protección es inadmisibles cuando se presenta en contra de decisiones de carácter jurisdiccional. De lo contrario, la justicia constitucional se interrelaciona indebidamente con el sistema arbitral, como ha sucedido en este caso, trastocando el principio de intervención judicial mínima que garantiza la eficacia del arbitraje”³¹.

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 308-14-EP/20, 19 de agosto de 2020, párr. 34-35.

“61. Al respecto, esta Corte ya ha establecido que el control judicial del arbitraje debe efectuarse dentro de las limitaciones previstas en la Constitución y la ley, pues la efectividad del sistema arbitral depende de un deber de respeto e independencia por parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje. Así, los jueces tienen como primera limitación no poder entrar a la revisión de las causales de nulidad del laudo arbitral ante una acción extemporánea; y, como segunda limitación, no poder anular un laudo arbitral sin antes haber analizado y verificado el cumplimiento de una de las causales legales”³².

Esta sentencia 308-14-EP/20 es probablemente la que evidencia de mejor manera un control indiscriminado en el arbitraje, porque vía acción de protección (que solo procede contra actos no judiciales) se dejó sin efecto una providencia de un tribunal arbitral, esto es, se dejó sin efecto una providencia jurisdiccional, lesionando el sistema arbitral, el principio de mínima intervención arbitral y trajo como efecto la desnaturalización de la misma acción de protección -cuyo objeto no alcanza decisiones arbitrales- .

También trajo como efecto la desnaturalización de la misma acción de nulidad de laudo arbitral - al haberse iniciado un juicio de acción de nulidad de laudo arbitral por orden del juez de la acción de protección- pese a que un tribunal arbitral había declarado previamente que la acción de nulidad era extemporánea.

Cabe acotar en relación a la forma de sustanciar una acción de nulidad la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en resolución No. 008-2017³³, además de regular la forma de evacuar el proceso de nulidad en las Presidencias de las Cortes Provinciales, agrega la verificación del tiempo en el que se interpuso la acción; y, en caso en que se haya propuesto de forma extemporánea, el Presidente respectivo deberá inadmitir la acción.

Regresando a la sentencia citada, la Corte Constitucional, en este interesante fallo 308-14-EP/20 no desconoce el control judicial del arbitraje,

³² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 308-14-EP/20, 19 de agosto de 2020, párr. 67.

³³ Corte Nacional de Justicia del Ecuador en resolución 008-2017. Recuperado de: <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Resolucion%20Corte%20Nacional%20008-2017%20Nulidad%20laudo%20arbitral.pdf> Consultado el 1 de mayo de 2023

pero sí establece que debe efectuarse “dentro de las limitaciones” previstas en la Constitución y la Ley, dando criterios clarificadores de la acción de nulidad de laudo arbitral, del mismo arbitraje y limitando el uso de acciones constitucionales para parar o controlar indebidamente el arbitraje. Reconoce la Corte que la efectividad del mismo sistema arbitral depende del deber de respeto e independencia de los jueces hacia el arbitraje. Es más, diría que sería un contrasentido esperar que un juez atienda cuestiones arbitrales, cuando en realidad los mismos métodos alternos de solución de conflictos pueden verse como una fórmula de solución a la congestión procesal que invade nuestros sistemas de justicia, por ello es importante en este punto recordar también las contribuciones de los MASC a este sistema judicial en palabras del profesor Caivano (1995, pp.213):

“La mayor utilización de fórmulas autocompositivas, tales como la negociación cooperativa o la mediación; o heterocompositivas, como el arbitraje, como medios alternativos de solución de controversias, pueden contribuir a descongestionar los tribunales de justicia aliviando la sobrecarga que hoy padecen. En la medida en que con ello pueda lograrse una sensible disminución de causas tramitadas en sede judicial, la directa y personal atención del juez evitará la gran delegación de funciones haciendo realidad el principio de la inmediación, ganándose en rapidez y en calidad”³⁴.

6. El principio de la especificidad de las causales de nulidad y la especialidad de las acciones de nulidad de laudo arbitral

En sentencia No. 323-13-EP/19, la Corte Constitucional señaló:

“28. La taxatividad de estas causales de nulidad se justifican en que esto brinda certeza en torno a las exactas situaciones jurídicas que podrían suponer la anulación de una decisión que, al tener efectos de cosa juzgada, ha generado una legítima confianza en las partes procesales

³⁴ Caivano, Roque J. (1995). Un desafío (y una necesidad) para los abogados: Los medios alternativos de Resolución de Disputas. (31), 209-217. pág. 213 Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/1152>. Consultado el 1 de mayo de 2023.

sobre determinada situación jurídica. Es por esto que, en materia de nulidades procesales, rige el principio de especificidad, principio que implica que: ‘no hay nulidad sin texto; no hay nulidad sin ley’.

29. Así, el carácter taxativo de las causales de la acción de nulidad garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las parte procesales del arbitraje, quienes requieren certidumbre sobre las normas jurídicas bajo las cuales se efectuará el control judicial del laudo, así como el principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución del Ecuador, según el cual el juez que conoce la acción de nulidad del laudo puede ejercer sólo las competencias y facultades que se le han atribuido en la Constitución y la ley”³⁵.

Probablemente, esta sentencia junto con la sentencia 31-14-EP/19³⁶ -que fueron emitidas el mismo día por parte de la Corte- enfuerzan de mejor manera, el principio de mínima intervención judicial en los arbitrajes al establecer la taxatividad de las causales de nulidad del laudo arbitral y brindar certeza en cuál es el control judicial que pueden efectuar los Presidentes de las Cortes Provinciales (el llamado juez de la nulidad) cuando conocen y resuelven una acción de nulidad de laudo arbitral. Acción que, por demás, es la única que puede interponerse para que exista un control judicial por parte de la justicia ordinaria. En estas sentencias, no solo que se adopta y reafirma la taxatividad de las causales de acción de nulidad de laudo arbitral, sino que las vincula con la seguridad jurídica.

Precisamente, si existen causales delimitadas por las cuales pudiere declararse nulo el laudo arbitral o retrotraer el proceso arbitral, reconocer su taxatividad genera claridad en las reglas del juego y certeza para las partes que escogieron el arbitraje como vía para solucionar sus conflictos, pues así sabrán cuales son las situaciones jurídicas que podrían afectar un laudo arbitral, sea que resulte favorable o desfavorable a sus intereses.

En esta línea, la Corte además refiere al principio de especificidad, y señala “*no hay nulidad sin texto, no hay nulidad sin ley*”. Esto guía la interpretación

³⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 323-13-EP/19, 19 de noviembre de 2019, párr. 28-29.

³⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 31-14-EP/19, 19 de noviembre de 2019.

que debe darse al artículo 31 LAM que se refiere a las causales de nulidad del laudo, hasta cierto punto restrictivo, pues solo esas situaciones son las que tienen la potencialidad de anular un laudo o retrotraer un proceso arbitral. En la misma línea, al reconocer que existe esta taxatividad de las causales de nulidad del laudo reafirman nuevamente la autonomía del proceso arbitral frente al judicial. Es decir, la taxatividad de las causales aunada a la autonomía del proceso arbitral genera que no le sean aplicables al laudo arbitral las causales de nulidad previstas en los códigos procesales para los procesos o sentencias judiciales. Así, la Corte en la sentencia 323-13-EP/19, señaló:

“67. Cabe mencionar que el fundamento proporcionado por el juez accionado para nulitar el laudo arbitral contraría la taxatividad de las causales previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues los presidentes de las cortes provinciales no están habilitados para declarar nulidades procesales que no están previstas en la ley de arbitraje; y, por tanto, las causales de nulidad de los procesos ordinarios no resultan aplicables a los arbitrajes”³⁷.

Ahora bien, la especialidad del arbitraje alcanza de alguna manera a las acciones de nulidad de laudo arbitral, así la Corte ha señalado en sentencia No. 1059-15-EP/20:

“38. De la revisión del auto impugnado, y como ya se determinó en el acápite anterior, el Tribunal de conjueces, para inadmitir el recurso de casación, se basó en normas de la LAM, Ley de Casación y Código de Procedimiento Civil, vigentes a la época de tramitación de la causa. Además, basó su decisión en jurisprudencia de la Corte Constitucional que determinó el carácter especial de la acción de nulidad de laudo arbitral, que no se rige con las normas adjetivas y recursos propios de la justicia ordinaria”³⁸.

Es decir, la Corte ha reconocido la taxatividad de las causales, y además ha referido que la acción de nulidad de laudo arbitral no debe ser tratada como los procesos judiciales ordinarios, por el contrario, es una acción especial “*que no se rige con las normas adjetivas y recursos propios de la justicia ordinaria*”

³⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 323-13-EP/19, 19 de noviembre de 2019, párr. 67.

³⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1059-15-EP/20, 21 de octubre de 2020, párr. 38.

En este sentido, debe entenderse que no puede aplicársele a la acción de nulidad de laudo arbitral las reglas de la justicia ordinaria en la medida que se encuentra regulada especialmente por la Ley de Arbitraje y Mediación, por tanto, no puede pretenderse que se sujete a las normas o recursos de los procesos ordinarios, por el contrario, es que no se regulan por estas normas (las que fijan la sustanciación de los procesos judiciales) ni existen recursos verticales (apelación, casación, de hecho, etc.). Esto además fue reafirmado por la Corte Constitucional en sentencia No. 1703-11-EP/19³⁹.

La Corte Constitucional ha comprendido la especialidad del arbitraje y del sistema, pues equilibra y limita el control judicial de los arbitrajes. No solamente limita las competencias del presidente de la Corte Provincial con la taxatividad de las causales, sino que entiende a la acción de nulidad como una impugnación autónoma, que debe cumplir su finalidad, y que debe agotarse previo a interponer la acción extraordinaria de protección. Esto únicamente cuando la situación jurídica infringida esté amparada por las causales del artículo 31 LAM.

Es acertado el criterio de la Corte y es evidente que, criterios contrarios a estos que propugnan una interpretación extensiva de las causales de nulidad de laudo o que, deseen equiparar una acción de nulidad de laudo arbitral con un proceso ordinario que equivale a habilitar toda la rigurosidad del sistema procesal y todo el tiempo que toma su sustanciación más los recursos ordinarios -probablemente años- sería contrariar el mismo sistema arbitral o el arbitraje; pues se perdería su especialidad y alternabilidad en la medida que serían igual los tribunales estatales los que diriman la controversia, defraudando además la voluntad de las partes y el propio convenio arbitral.

³⁹ Criterio reiterado por la Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1703-11-EP/19, 18 de diciembre de 2019, párr. 33: “Al respecto, se desprende del caso N°. 0008-2008-DI5, dictado por la Corte Constitucional, que la acción de nulidad de laudo arbitral es un procedimiento especial regulado específicamente por la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) en su artículo 31 6, y no un juicio ordinario con las normas y recursos, propios de la justicia ordinaria, como son la apelación, casación, hecho, entre otros (...) párr. 40 “40. Respecto a la negativa de los recursos de casación y, de hecho, es necesario señalar que del precedente N°. 0008-2008-DI de la Corte Constitucional, antes referido, se desprende que la acción de nulidad de laudo arbitral es un proceso especial, y por lo mismo no puede ser tratado como un juicio ordinario en el que caben recursos verticales, conforme se dejó expuesto en el párrafo 33 supra., párr.41:” 41. Además, cabe señalar que la actual Corte Constitucional ha establecido que en estos procesos especiales se verifican únicamente “errores in procedendo en el arbitraje y vicios de extra petita en la decisión, relacionados al debido proceso arbitral y establecidos taxativamente en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación como causales de nulidad del laudo”.

7. El principio de voluntariedad

En el dictamen 5-21-TI/21, a propósito de decidir si el Convenio CIADI⁴⁰ requería aprobación legislativa⁴¹, la Corte Constitucional refirió el principio de voluntariedad en los métodos alternos de solución de conflictos y señaló:

“33. En ese sentido es importante reiterar el carácter voluntario u origen convencional de los métodos alternos de solución de conflictos y que ha sido traído a colación por esta Corte al dictaminar sobre otros tratados y destacar que el Convenio in comento en su preámbulo reconoce que los Estados no se encuentran obligados a someter las diferencias relativas a inversiones a conciliación y arbitraje ante el CIADI y que ello también se desprende de las reglas de los procedimientos de arbitraje y conciliación, estos no son obligatorios si las partes no han consentido en someterse a estos (artículos 25, 28, 36).

34. De la lectura del Convenio además, se evidencia un marco facilitador para arbitrajes y conciliaciones para diferencias relativas a inversiones mencionadas en el artículo 25 del Convenio, pero en ninguna de sus disposiciones contiene el consentimiento del Estado ecuatoriano para someter dichas diferencias ante los árbitros y conciliadores del CIADI; pues para someter tales diferencias los Estados signatarios o miembros deben consentir en que una o ciertas disputas sean resueltas bajo dicho marco en otros actos -distintos al Convenio in examine- v. gr. una cláusula de arbitraje en un contrato de inversión, en un tratado bilateral o multilateral de inversión o en una ley de protección de inversiones. Esto se debe, como se dijo, al carácter eminentemente convencional de los métodos alternos de solución de conflictos, que, por regla general, exigen un acuerdo de voluntades o consentimiento para someterse a estos métodos y que los Centros no realizan procedimientos de conciliación y arbitraje por sí mismos”⁴².

⁴⁰ Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados “ suscrito en la ciudad de Washington D.C. el 18 de marzo de 1965 (“el Convenio”).

⁴¹ En virtud del artículo 419 de la Constitución, la Corte Constitucional dictamina si se requiere o no aprobación legislativa para tratados internacionales.

⁴² Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 5-21-TI/21, 30 de junio de 2021, párr. 33-34.

En este dictamen fue decisivo el carácter voluntario del arbitraje y enfatizar en que el convenio CIADI si bien era un marco facilitador para arbitrajes y mediaciones, no consistía en sí mismo un sometimiento del Estado ecuatoriano a arbitraje o mediación alguna. Ello por cuanto el objeto del dictamen era determinar si el convenio internacional se encontraba en las causales del artículo 419 de la Constitución para verificar si requería o no aprobación legislativa, y, en la causal número 7, la Corte Constitucional debía verificar si el tratado incurría en la siguiente causal: “*Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional*”.

La Corte concluyó que el Convenio no se encontraba incurso en tal causal teniendo en cuenta que era un marco facilitador de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, pero que los MASC tienen un origen eminentemente convencional y que el Estado ecuatoriano no estaba prestando consentimiento para someterse a algún tribunal arbitral o mediador alguno. La Corte acertadamente diferenció el Convenio marco con las formas en que un Estado puede prestar su consentimiento para someterse a arbitraje o mediación, señalando de forma concreta que para ello se requiere un acto jurídico distinto al convenio marco y señaló que puede ser un contrato de inversión, en un tratado bilateral o multilateral de inversión o en una ley de protección de inversiones. Dejando claro que en todos los casos se requiere un acuerdo de voluntades o consentimiento por parte del Estado.

Este dictamen ha sido comentado por el profesor Gary Born y Soledad Peña (2021), como una “notable” y reciente decisión de la Corte Constitucional de Ecuador de que la ratificación del Convenio del CIADI por parte del país no requiere la aprobación de su Asamblea Nacional⁴³.

⁴³ Born, Gary y Peña, Soledad (2021): “Ecuador: one step closer to ICSID ratification”, *Global Arbitration Review*, 16 de julio de 2021. Recuperado de: <https://globalarbitrationreview.com/article/ecuador-one-step-closer-icsid-ratification>. Consultado el 2 de mayo de 2023. Referencia: “Gary Born and Soledad Peña Plaza of WilmerHale in London consider a “remarkable” recent decision by Ecuador’s Constitutional Court that the country’s ratification of the ICSID Convention does not require the approval of its National Assembly” En relación al análisis del artículo 419 numeral 7 de la Constitución, los autores consideraron que: “The court reasoned that the convention does not itself oblige contracting states to resolve any particular disputes and highlighted the consensual character of international dispute resolution involving arbitration. The court noted that article 25 of the convention makes clear that a state must consent to arbitrate particular disputes in a separate instrument, such as an investment contract, bilateral investment treaty, multilateral investment treaty, or investment protection law to access ICSID arbitration. Consequently, the court concluded that ratification of the convention did not “confer any competence” on ICSID. (...) a decisión del Tribunal Constitucional está bien razonada y

Estos autores comentaron que la Corte Constitucional enfatizó que el mismo Convenio, en su artículo 25 deja claro que los Estados deben consentir en someter a arbitraje disputas particulares en un instrumento separado como un contrato de inversión, tratado bilateral de inversión, tratado multilateral de inversión o una ley de protección de inversiones⁴⁴ (2021, pp. 3-5) y concluyeron que la decisión de la Corte Constitucional “está bien razonada y desarrollada. Es difícil imaginar cómo el Convenio del CIADI podría constituir un tratado de “integración”, ni cómo podría imponer obligaciones comerciales”⁴⁵.

En una sentencia posterior, No. 2573-17-EP/21, a propósito de pronunciarse sobre si una citación por prensa en arbitraje vulneró el derecho a la defensa, la Corte Constitucional señaló:

“57. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos en el cual los árbitros ejercen jurisdicción convencional, es decir, proveniente del acuerdo de las partes. Ergo, a diferencia de un proceso judicial, la competencia del tercero que resuelve el conflicto proviene de la autonomía de la voluntad de las partes reflejada en la cláusula o convenio arbitral, y no de la ley⁴⁶.

Como se observa, la Corte Constitucional de forma previa a resolver casos concretos que se relacionan al arbitraje, tiende a poner sobre la mesa la naturaleza u origen convencional del método que lo diferencia de los procesos judiciales; lo cual es notable pues permite resolver las causas teniendo en cuenta la especialidad de este. Como veremos más adelante, en la misma sentencia, se afianzó la idea de que no puede equipararse un arbitraje a un proceso judicial y a este no pueden imponerse sin más las ritualidades o exigencias de los procesos judiciales ordinarios.

Con relación a la naturaleza convencional del arbitraje, también en la sentencia No. 889-20-JP/21, la Corte constitucional desarrolló el contenido de la tutela judicial efectiva y el derecho al acceso a la justicia⁴⁷ y en este marco,

es bienvenida desarrollo. Es difícil imaginar cómo el Convenio del CIADI podría constituir un tratado de “integración”, ni cómo podría imponer obligaciones comerciales”.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2573-17-EP/21, 25 de agosto 2021, párr. 57.

⁴⁷ Como se verá más adelante, la Corte Constitucional estableció el contenido de la tutela judicial

refirió un efecto importante de la aceptación de un convenio arbitral.

“114. Al ser un derecho de configuración legislativa, como regla general no se considera como obstáculo o impedimento al acceso cuando quien activa a la administración de justicia inobserva los presupuestos o requisitos establecidos para que proceda la acción; cuando se trata de métodos alternativos de solución de conflictos, tales como el arbitraje en el que las partes al suscribir el convenio arbitral aceptan sus condiciones específicas; o cuando la ley exige que los costos de ciertas pruebas corran a cargo de quien solicita, como un peritaje”⁴⁸.

Como se observa, la Corte Constitucional refiere uno de los efectos más importantes de los MASC. Una vez que las partes suscriben un convenio arbitral “*aceptan sus condiciones específicas*”, de tal suerte que debe entenderse que han aceptado las obligaciones que de este convenio derivan (*facere, non facere y dare*) como se explicó anteriormente, pero el efecto de consentir en arbitraje implica también una aceptación a ser regido por las reglas especiales del método. Esto es, otro tipo de litigio que difiere o se distancia del método tradicional estatal (proceso judicial) en múltiples consideraciones: las reglas especiales que regulan el arbitraje (LAM, Reglamento LAM, Reglamentos Centros de Arbitraje, etc.), la inapelabilidad de los laudos arbitrales, la flexibilidad del proceso arbitral, entre otros.

8. La flexibilidad del arbitraje

Respecto a la flexibilidad del arbitraje, la Corte Constitucional señaló en la sentencia No. 177-15-EP/20:

“Así, en la configuración del procedimiento arbitral, la audiencia de estrados no constituye un momento procesal rígido y sustancial para garantizar el debido proceso arbitral, pues depende de cada caso, de la solicitud de las partes procesales y del Tribunal Arbitral que tiene la facultad de dirección del proceso. Esto dado que la LAM reconoce que

efectiva. En este, se dijo que no se tratan de 3 componentes, sino de verdaderos derechos: i) derecho al acceso a la justicia; ii) derecho al debido proceso; iii) derecho a la ejecutoriedad de la decisión.

⁴⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 889-20-JP/21, 10 de marzo de 2021, párr. 114.

el arbitraje constituye un proceso flexible en el que, efectivamente, es posible que la controversia sea resuelta sin la audiencia de estrados. En tal sentido, para garantizar el derecho a la defensa el legislador ha previsto en la LAM únicamente a la audiencia de sustanciación y las diligencias probatorias que el tribunal arbitral señale para la práctica y contradicción de pruebas, como fases orales obligatorias del proceso arbitral que garantizan que las partes puedan defenderse adecuadamente y en igualdad de condiciones”⁴⁹.

En esta sentencia la Corte Constitucional caracteriza al “debido proceso arbitral”, bajo el entendido que las garantías mínimas del debido proceso que son comunes a todo procedimiento en que se vean involucrados derechos e intereses de las personas, si bien alcanzan al arbitraje, deben aplicarse desde la naturaleza y reglas especiales del método. Por ejemplo, la garantía a recurrir no implica la posibilidad de apelar los laudos arbitrales ni tampoco interponer recursos verticales en la acción de nulidad de laudo arbitral.

Por otra parte, en esta sentencia la Corte reconoce hasta cierto punto la flexibilidad del procedimiento arbitral citando en efecto el artículo 25 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) que prevé una audiencia de estrados en el procedimiento si es que las partes “*lo solicitan*”. Esto aunado a que el procedimiento arbitral puede regirse según las reglas de las partes establecidas en el convenio arbitral, a la LAM, Reglamentos de los Centros conforme lo señala el artículo 38 LAM.

Cuando la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, explica las reglas de la Ley Modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, señala las razones por las cuales existe la posibilidad de que las partes regulen el procedimiento:

“30. El artículo 19 reconoce a las partes la libertad para convenir el procedimiento que ha de seguir el tribunal arbitral en sus actuaciones, con sujeción a algunas disposiciones imperativas al respecto, y faculta al tribunal arbitral, a falta de acuerdo entre las partes, a dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal

⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 177-15-EP/20, 18 de noviembre 2020, párr. 24.

arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia, y el valor de las pruebas.

31. La autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste especial importancia en los casos internacionales, pues les permite seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretas, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales del derecho interno y sin el riesgo antes mencionado de la frustración. La facultad discrecional supletoria del tribunal arbitral es igualmente importante pues le consiente dirigir las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin limitaciones impuestas por la ley local ni por cualquier norma interna sobre la prueba. Además, proporciona un medio para solucionar cuestiones procesales no contempladas en el acuerdo de arbitraje o en la Ley Modelo”⁵⁰.

Es pertinente rescatar esta ventaja del arbitraje, que permite a las mismas partes seleccionar las normas que van a regir su procedimiento arbitral sin que se vean obstaculizadas por la aplicación de las normas rigurosas de las leyes internas – típicamente las normas destinadas a los procesos judiciales- pues no podría equipararse o tratar de aplicar al procedimiento arbitral las normas de los procesos judiciales. Este es el principio de la autonomía del procedimiento arbitral frente a las normas que regulan los procesos ordinarios o de justicia ordinaria. Es notable además que la Corte Constitucional en la sentencia *in comento* reconoce la posibilidad de que los árbitros tomen decisiones relativas al procedimiento en el marco de las reglas y naturaleza que gobierna el mismo método. Así, la Corte señaló en la sentencia 177-15-EP/20:

“28. De igual manera, es preciso mencionar también que el Tribunal Arbitral adoptó la decisión de no efectuar la audiencia para dictar el laudo arbitral dentro del término fijado por las partes intervinientes, en virtud de la autonomía de la voluntad que rige en estos procesos. Por lo que, contrario a lo manifestado por el accionante, fue justamente porque se había establecido

⁵⁰ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Nota Explicativa de la secretaria de la CNUDMI sobre la Ley modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales, párr. 30-31. Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/uncitral/icomars3.asp> Consultado el 2 de mayo de 2023

un plazo expreso de duración del arbitraje distinto al legal, que el Tribunal, en este caso, decidió dictar el laudo dentro de dicho término, sin que por ello se haya producido vulneración alguna al derecho a la defensa”⁵¹.

Como se observa la Corte Constitucional comprendió adecuadamente la fuente de las reglas del procedimiento arbitral, pudo detectar que las partes habían pactado un plazo especial -distinto al legal previsto en la LAM- para que los árbitros dicten su laudo, y que el mismo tribunal decidió no efectuar una audiencia de estrados con el propósito de cumplir el plazo dictar el laudo fijado por las partes. Es decir, la Corte pudo comprender la flexibilidad de las reglas y la autonomía del proceso arbitral, descartando vulneraciones al derecho a la defensa bajo el entendido que el tribunal arbitral enforzó la aplicación de las mismas reglas dispuestas por las partes, esto es, que se dicte un laudo arbitral dentro del plazo establecido en el convenio.

Por otra parte, en la sentencia No. 2573-17-EP/21, a propósito de pronunciarse sobre si una citación por prensa en arbitraje vulneraba el derecho a la defensa, la Corte Constitucional señaló:

“59. Debido a su origen contractual, las partes gozan de amplia flexibilidad para determinar las reglas que consideren eficaces y adaptar la estructura del procedimiento en función de su naturaleza y complejidad. Es decir, en el arbitraje no aplican con la misma rigurosidad las normas procesales que rigen en los procesos judiciales. En tal medida, cuando la LAM se remite a la ley procesal o esta aplica por supletoriedad, tal aplicación debe siempre adecuarse a los principios y a la naturaleza propia del arbitraje como mecanismo independiente y alternativo a la justicia ordinaria.

60. Ahora, si bien es un mecanismo ágil, flexible y con reglas propias, se trata a la vez de un proceso en el cual se plantean y resuelven pretensiones. Por lo tanto, la voluntad de las partes encuentra sus límites en la observancia y respeto a principios rectores, principalmente, aquellos relacionados al debido proceso arbitral y sus garantías”⁵².

⁵¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 177-15-EP/20, 18 de noviembre de 2020, párr. 28.

⁵² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2573-17-EP/21, 25 de agosto 2021, párr. 59-60.

En esta destacada sentencia, la Corte Constitucional nuevamente apela al origen y naturaleza del arbitraje para hacer notar la flexibilidad que gobierna el procedimiento arbitral. No solo refiere a la posibilidad de que las partes determinen las reglas del arbitraje, sino que además señala que al arbitraje “no aplican con la misma rigurosidad las normas procesales que rigen los procesos judiciales”. Es decir, la Corte reconoce la autonomía del procedimiento arbitral frente a las reglas de los procesos judiciales.

Asimismo, la Corte aporta a la adecuada comprensión de la LAM, tanto aquellas normas que remiten de forma expresa a los Códigos procesales civiles (artículo 11, 19, 21 LAM, etc.) así como el artículo 38 LAM que refiere los Códigos procesales civiles como norma supletoria al arbitraje y señala que inclusive cuando se intente aplicar normas de la ley procesal esta “*debe siempre adecuarse*” a los principios y a la naturaleza propia del arbitraje como un “*mecanismo independiente y alternativo a la justicia ordinaria*”.

A continuación, si bien la Corte refiere a las garantías básicas del “*debido proceso arbitral*” reconoce el origen del arbitraje y las consecuencias de que las partes sean las que autorregulen las normas sobre las cuales el arbitraje se desarrollará, fundada en la flexibilidad del arbitraje en el que priman los intereses de los intervinientes. Así en la sentencia 2573-17-EP/21, la Corte señaló:

“63. Debido a que la voluntad contractual es el punto de partida del arbitraje, en la medida en que se respeten las garantías básicas del debido proceso arbitral, las reglas acordadas para la conducción del procedimiento arbitral son las que determinan la forma en que este se desarrollará. Así, en virtud de la posibilidad que gozan las partes para autorregular la manera en que se ventilará su controversia, se trata de un proceso flexible en el que priman los intereses de los intervinientes”⁵³.

Ahora bien, en este caso se discutía si la citación por prensa realizada había vulnerado el derecho a la defensa. Como se conoce, el artículo 11 LAM remite al código procesal civil para la citación por prensa cuando señala “*La imposibilidad de determinación del domicilio del demandado deberá*

⁵³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2573-17-EP/21, 25 de agosto 2021, párr. 63.

justificarse con arreglo a las normas del Código de Procedimiento Civil". Lo relevante de esta sentencia es que pudo establecer que aun cuando la misma LAM -que regula de forma especial el arbitraje- remita a los códigos procesales civiles, ello no implica que la rigurosidad de los procesos judiciales deba aplicarse al arbitraje. Es más, la misma sentencia recuerda los estándares hasta cierto punto rigurosos que regulan la citación por prensa en procesos judiciales⁵⁴ y expresamente resuelve que no eran aplicables al arbitraje. Inclusive la Corte da prevalencia al domicilio contractual fijado por las partes para efectos de la citación. Así, señala la sentencia No. 2573-17-EP/21:

“65. La Corte entiende al domicilio contractual como aquel creado por voluntad de las partes y que constituye el asiento legal para todos los efectos que resulten de un contrato. Este domicilio, de carácter voluntario, surge tras la necesidad de facilitar y agilizar las citaciones y notificaciones relacionadas a un negocio jurídico y a posibles controversias que de él deriven. La importancia del domicilio convencional es tal que, si bien en materia procesal el principio básico es que toda notificación se realiza en el domicilio real, este principio cede ante la existencia de un domicilio convencional; precisamente, como consecuencia de la primacía de la voluntad de las partes.

66. Así, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, si las partes han fijado de común acuerdo un domicilio, corresponde que en él se practiquen las citaciones y notificaciones correspondientes. En el ámbito arbitral, al ser este mecanismo de origen voluntario, es claro que la voluntad define, asimismo, las reglas a aplicar. Caso contrario, el arbitraje perdería su esencia y naturaleza propia como mecanismo alterno a la justicia ordinaria. (...)

⁵⁴ En esta línea la sentencia señala: “54. Por lo indicado, y de la revisión de las sentencias de Corte Nacional y Corte Constitucional referidas, se identifican los siguientes elementos fundamentales para que proceda la citación por la prensa en cualquier proceso judicial: (i) Que en la declaración bajo juramento que señala el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil vigente a la fecha, no es suficiente señalar que se desconoce el domicilio de la parte demandada, sino además que “es imposible determinarlo”; (ii) Que dicha declaración juramentada no requiere de solemnidad alguna para entenderla como válida, pues basta que lo señale el actor en la demanda para que genere su responsabilidad; y, (iii) Que el actor debe haber realizado todas las gestiones para determinar el lugar del domicilio de la parte demandada”.

76. En definitiva, esta Corte concluye que, dado que en el presente caso la citación por la prensa tuvo lugar en un proceso arbitral en el que se acordó un domicilio contractual y no se pudo realizar la citación por boletas, las compañías actoras no estaban obligadas a agotar todo mecanismo de determinación de domicilio. Por lo que, en la especie, frente a la existencia de un domicilio contractual y debido a que las partes no aportaron información adicional para la citación durante el curso del proceso, la existencia de una declaración juramentada fue suficiente para que proceda en legal y debida forma la citación por la prensa”⁵⁵.

Como se aprecia, la Corte en el caso concreto sentó las bases de la primacía del domicilio contractual para efectuar citaciones en un arbitraje y además, que para que proceda la citación por prensa en arbitraje no se requiere que se cumpla los presupuestos de los procesos judiciales, principalmente, no era necesario este requisito de que el actor hubiere realizado todas las gestiones para determinar el domicilio del demandado ni haber demostrado que las realizó, por lo que la declaración juramentada “*fue suficiente para que proceda en legal y debida forma la citación por prensa*”. Otro acierto de la Corte Constitucional en la debida comprensión del método.

9. El principio de (no) gratuidad

En el marco de una acción pública de inconstitucionalidad en la que se cuestionaba una norma jurídica que exige caución para la suspensión de actos tributarios, la Corte Constitucional se refirió al principio de la gratuidad en el acceso a la justicia y en la sentencia del caso No. 92-15-IN/21, manifestó:

“27. La Constitución establece, en su artículo 75, que “*toda persona tiene derecho al **acceso gratuito** a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses... (...)*” (énfasis en el original).

⁵⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2573-17-EP/21, 25 de agosto 2021, párr. 76

En la nota al pie de dicho párrafo la Corte señaló “El principio de gratuidad no es absoluto, debido a que el ordenamiento jurídico establece el pago de tasas en algunos casos, por ejemplo, en los métodos alternativos de solución de conflictos, o a su vez en el informe pericial vinculante”⁵⁶.

Si bien la Corte Constitucional no se pronunció sobre la existencia de tasas o costos arbitrales, admite su compatibilidad con la tutela judicial efectiva, en la medida que ha reconocido que el principio de gratuidad no es absoluto. Cabe recalcar que esta línea, tiene su apoyo en la sentencia 889-20-JP/21, en el que la Corte redefinió el contenido de la tutela judicial efectiva. En dicha sentencia, estableció que el contenido de la tutela era: i) el derecho al acceso a la justicia; ii) el derecho a un debido proceso; y iii) el derecho a la ejecutoriedad de la decisión. En ella es importante la vinculación del acceso a la justicia con el arbitraje. Así, la Corte señaló:

“i) El derecho al acceso a la administración de justicia

112. El derecho al acceso a la administración de justicia se concreta en el derecho a la acción y el derecho a tener respuesta a la pretensión.

113. Se viola el derecho a la acción cuando existen barreras, obstáculos o impedimentos irrazonables al acceso a la administración de justicia, tales como barreras económicas (tasas desproporcionadas), burocráticas (exigencia de requisitos no establecidos en la ley o requisitos legales innecesarios), legales (requisitos normativos excesivos para ejercer la acción o plantear el recurso), geográficas (lejanía que impide el acceso) o culturales (desconocimiento de las particularidades de las personas que dificultan el acceso, como el idioma o la comprensión del proceso).

114. Al ser un derecho de configuración legislativa, como regla general no se considera como obstáculo o impedimento al acceso cuando quien activa a la administración de justicia inobserva los presupuestos o requisitos establecidos para que proceda la acción⁹²; cuando se trata de métodos alternativos de solución de conflictos, tales como el arbitraje en el que las partes al suscribir el convenio arbitral aceptan sus

⁵⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 92-15-IN/21, 13 de enero de 2021, párr. 27.

condiciones específicas; o cuando la ley exige que los costos de ciertas pruebas corran a cargo de quien solicita, como un peritaje”.

Si bien esta sentencia no se centra en los costos arbitrales, lo importante es que a propósito de las barreras para acceder a la justicia -como las económicas-, la Corte considera compatible el acceso a la justicia con los presupuestos o requisitos establecidos para que proceda la acción, es decir, permite que el legislador determine los requisitos para las acciones. Lo relevante es que cuando ejemplifica estos presupuestos menciona al arbitraje “en el que las partes al suscribir el convenio arbitral aceptan sus condiciones específicas”.

Es decir, la Corte considera compatible con el acceso a la justicia los requisitos para acceder a las acciones arbitrales bajo el entendido que las partes al suscribir el convenio arbitral se someten y aceptan las condiciones del método. Esto es sumamente relevante pues la Corte reconoce y da efectos a la autonomía privada y permite la realización de los efectos del convenio arbitral, justo como lo menciona Silva Romero y referimos en acápite anteriores ya que una de las obligaciones surgidas del convenio es cubrir los costos y las tasas arbitrales (*dare*).

10. Conclusiones

Del análisis previo, es evidente que la Corte Constitucional del Ecuador ha comprendido a cabalidad los métodos alternos de solución de conflictos, su ubicación dentro del sistema de administración de justicia, esto es, ha entendido que pese a ser parte del mismo sistema son métodos alternos que tienen características y reglas propias. Esto es, su alternabilidad y especialidad (2520-18-EP/23, 2822-18-EP/23, 1010-18-EP/23). Ha reconocido además la interacción existente entre los MASC o el arbitraje con otros sistemas, como la justicia ordinaria o justicia constitucional (308-14-EP/20).

La Corte en su jurisprudencia ha referido y enforzado principios del arbitraje en sintonía con la naturaleza del arbitraje y la doctrina y autores más autorizados. Ha establecido el origen convencional de los métodos alternos de solución de conflictos y el principio de voluntariedad que rige al arbitraje

(2573-17-EP/21, 323-13-EP/19), estableciendo que, si bien puede existir un marco jurídico o convencional que facilite los MASC, para someterse a estos, los particulares o los Estados deben consentir en someter las disputas al arbitraje (5-21-TI/21, 2573-17-EP/21).

En consecuencia, ha tratado al convenio arbitral como la piedra angular del arbitraje. Ha comprendido los efectos del convenio arbitral (1737-16-EP/21, 1010-18-EP/23), sus características específicas que se entienden aceptadas por las partes que lo pactan (889-20-JP/21, 1010-18-EP/23).

La Corte ha determinado con claridad en qué consiste el principio *kompetenz-kompetenz*, la potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia (1737-16-EP/21, 707-16-EP/21, 481-14-EP/20, 1010-18-EP/23), inclusive si fuere una declaratoria de incompetencia (638-17-EP/21) o si se tuviere duda, ha referido expresamente al principio *pro arbitri* para privilegiar el arbitraje (707-16-EP/21). En esta línea, la Corte ha desarrollado los límites que tienen los jueces ordinarios de no interferir en tal potestad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (707-16-EP/21, 1758-15-EP/20, 2822-18-EP/23, 1010-18-EP/23), límites también para la interferencia en decisiones arbitrales por las cuales se declara extemporánea una acción de nulidad de laudo arbitral (308-14-EP/20, 481-14-EP/20).

Ha limitado la intervención del Estado y de los mismos jueces estatales en el arbitraje. Ha reconocido el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje (308-14-EP/, 323-13-EP/19, 31-14-EP/19), ha enforzado la taxatividad de las causales de nulidad de laudo brindando certeza y seguridad jurídica (323-13-EP/19, 31-14-EP/19), ha precisado la especialidad de la acción de nulidad de laudo arbitral y que esta no puede regirse por las normas adjetivas o recursos que le son propios de la justicia ordinaria (1059-15-EP/20, 1703-11-EP/19, 1010-18-EP/23), teniéndolo como un mecanismo que debe incoarse o agotarse únicamente cuando se esté en presencia de las situaciones jurídicas previstas en el artículo 31 LAM (323-13-EP/19, 31-14-EP/19).

La Corte Constitucional ha referido los principios que rigen el procedimiento arbitral, tanto la flexibilidad y la autonomía del procedimiento arbitral. (2573-17-EP/21, 177-15-EP/20, 2822-18-EP/23), bajo el entendido que las partes

pueden determinar el procedimiento a seguir y que el tribunal arbitral puede decidir sobre el procedimiento o incidentes que se presenten, sin que esto vulneren derechos, como la decisión de no celebrar una audiencia de estrados para cumplir el plazo convencional para emisión del laudo (177-15-EP/20), o que la citación por prensa en arbitraje no se rige por la rigurosidad ni las reglas de los procesos judiciales (2573-17-EP/21). También ha aclarado que no es aplicable el principio de gratuidad en este procedimiento (92-15-IN/21).

La Corte también ha referido y caracterizado el “*debido proceso arbitral*” que es la aplicación de las reglas mínimas del debido proceso a el proceso arbitral, bajo el entendido y respeto a su especialidad y naturaleza (323-13-EP/19, 2573-17-EP/21), y que es posible interponer acciones extraordinarias de protección contra laudos arbitrales siempre que se hubiere agotado previamente la acción de nulidad de laudo arbitral, cuando la situación jurídica infringida se encuentra amparada en las causales del art. 31 LAM (323-13-EP/19, 31-14-EP/19).

Finalmente, solo queda reconocer el alto nivel jurídico y el legado de la Corte Constitucional del Ecuador y de sus jueces constitucionales, que han desarrollado jurisprudencia que guía de forma adecuada a todos los operadores del sistema jurídico, a una debida comprensión de los métodos alternos de solución de conflictos, particularmente el arbitraje, y el llamado y exhorto que hace la Corte Constitucional a una debida interacción entre la justicia arbitral, la justicia ordinaria y la justicia constitucional (308-14-EP/20, 481-14-EP/20).

11. Referencias bibliográficas

Born, Gary y Peña, Soledad (2021): “Ecuador: one step closer to ICSID ratification”, *Global Arbitration Review*, 16 de julio de 2021. Recuperado de: <https://globalarbitrationreview.com/article/ecuador-one-step-closer-icsid-ratification>

Bullard González, Alfredo (2016) *Litigio Arbitral, el arbitraje desde otra perspectiva*, Palestra Editores S.A.C, Perú, ISBN: 978-612-4218-42-2

Caivano, Roque J. (1995) Un desafío (y una necesidad) para los abogados: Los medios alternativos de Resolución de Disputas. (31), 209-217. pág. 213 Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/1152>. Consultado el 1 de mayo de 2023.

Código Orgánico de la Función Judicial, Suplemento del Registro Oficial No. 544, 9 de marzo 2009

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 28-15-IN. Sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador, caso No. 92-15-IN, sentencia No. 92-15-IN/21, 13 de enero de 2021

Corte Constitucional del Ecuador, Caso 308-14-EP, sentencia No. 308-14-EP/20, 19 de agosto de 2020

Corte Constitucional del Ecuador, Caso 481-14-EP, sentencia No. 481-14-EP/20, 18 de noviembre de 2020

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 638-17-EP, sentencia No. 638-17-EP/21, 20 de octubre de 2021

Corte Constitucional del Ecuador, Caso 1059-15-EP, sentencia No. 1059-15-EP/20, 21 de octubre de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, Caso 1703-11-EP, sentencia No. 1703-11-EP/19, 18 de diciembre de 2019

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 5-21-TI, dictamen No. 5-21-TI/21, 30 de junio de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No.707-16-EP, sentencia No. 707-16-EP/21, 8 de diciembre de 2021

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 2573-17-EP, sentencia No. 2573-17-EP/21, 25 de agosto de 2021

Corte Constitucional del Ecuador Caso No 323-13-EP. sentencia No. 323-13-EP/19, 19 de noviembre de 2019

Corte Constitucional del Ecuador Caso No 31-14-EP. sentencia No. 31-14-EP/19, 19 de noviembre de 2019

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 1737-16-EP, sentencia No. 1737-16-EP/21, 21 de julio de 2021

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 177-15-EP, sentencia No. 177-15-EP/20, 18 de noviembre de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 1758-15-EP, sentencia No 1758-15-EP/20, 25 de noviembre de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 1010-18-EP, , sentencia No 1010-18-EP/23, 22 de noviembre de 2023.

Corte Constitucional del Ecuador, Guía de Jurisprudencia Constitucional, “El precedente Judicial”, María Eugenia Díaz Coral y Daniel Eduardo Gallegos Herrera. -- Quito: Corte Constitucional; Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2022. e-ISBN: 978-9942-8887-5-4

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N.º. 449 de 20 de octubre de 2008

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Nota Explicativa de la secretaria de la CNUDMI sobre la Ley Modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales. Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/uncitral/icomars3.asp>

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre 2006.

Silva Romero, Eduardo (2005) *El Contrato de Arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis Editores S.A., Colombia. ISBN: 958-653-451-0

Capítulo 2

NUEVAS TENDENCIAS DE LAS ACCIONES POSTERIORES AL LAUDO Y LA EXCEPCIÓN DE EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Santiago Velázquez Velázquez⁵⁷

Marcela Calle Rivero⁵⁸

RESUMEN

El presente artículo académico consiste en la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se refiere a varios aspectos relevantes sobre la acción de nulidad de laudo arbitral. Entre los puntos a tratar se consideran: la naturaleza de la acción de nulidad de laudo, el procedimiento que debe llevarse a cabo y cómo la Corte Constitucional ha señalado que no se trata de un procedimiento de conocimiento. Adicional a esto, se analiza la perspectiva de la Corte Constitucional respecto de cuáles son los recursos que caben frente a la acción de nulidad de laudo, de lo que se verifica que esta decisión es inapelable y únicamente se admitirá la acción extraordinaria de protección cuando la acción de nulidad de laudo no haya sido la herramienta adecuada

⁵⁷ Decano de la Facultad de Derecho de la UEES y Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación UEES, Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca. Se ha desempeñado como docente universitario desde 1995 en varias universidades. Es autor de nueve obras, coautor de cinco obras y varios artículos publicados en revistas nacionales e internacionales. En lo profesional, es socio fundador del estudio jurídico Santiago Velázquez Abogados.

⁵⁸ Marcela obtuvo su título de abogada por UEES con el reconocimiento de Magna Cum Laude, se desempeñó como representante estudiantil y actualmente es Maestrante en Derecho de Empresas (UEES). En el 2019 obtuvo un Diplomado de la Escuela Anticorrupción por la Fundación Ciudadanía y Desarrollo. Actualmente es abogada en el estudio jurídico Santiago Velázquez Abogados.

y eficaz para subsanar las vulneraciones de los derechos constitucionales. También se hace referencia a la taxatividad de las causales de nulidad del laudo arbitral y se propone la inclusión de los árbitros como parte procesal dentro del proceso de acción de nulidad de laudo en aras de proteger su derecho a la defensa y el debido proceso.

Palabras clave: nulidad, laudo, recurso, apelación.

Abstract

This academic article consists of a review of the jurisprudence of the Constitutional Court that refers to various relevant aspects of the action for annulment of the arbitral award. Among the points to be discussed are the nature of the action for annulment of the award, the procedure that must be carried out and how the Constitutional Court has indicated that it is not a hearing procedure. In addition to this, the perspective of the Constitutional Court is analyzed regarding what are the resources that fit against the action of annulment of the award, from which it is verified that this decision is unappealable and the extraordinary action of protection will only be admitted when the action of annulment of the award has not been the appropriate and effective tool to correct the violations of constitutional rights. Reference is also made to the strictness of the grounds for annulment of the arbitral award and the inclusion of the arbitrators as a procedural party within the process of action of annulment of the award is proposed in order to protect their right to defense and due process.

Keywords: annulment, award, resource, appeal.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La Ley de Arbitraje y Mediación, vigente desde el 4 de septiembre de 1997, contempla la institución jurídica de la acción de nulidad de laudo arbitral.

La figura jurídica referida ha constituido la herramienta procesal para permitir a los usuarios del sistema arbitral precautelar la correcta sustanciación

del arbitraje y que los tribunales arbitrales, al dictar el laudo no excedan aquello para lo cual tienen competencia, ni lo solicitado por las partes en el caso en particular. De acuerdo con Gaibor y Del Salto, “En el Ecuador, el ejercicio del control judicial del arbitraje se realiza por medio de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales.” (2020, pág. 139) Durante muchos años no existía otra acción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que pudiese ser interpuesta respecto de decisiones tomadas por los árbitros. A partir de la vigencia de la Constitución actual, en octubre de 2008, la acción extraordinaria de protección permite bajo determinados supuestos utilizar dicha garantía jurisdiccional para tutelar derechos constitucionales de las partes de un proceso arbitral. Es justamente a través de esta última figura, la acción extraordinaria de protección, como la Corte Constitucional ha ido estableciendo mediante sus pronunciamientos vinculantes, criterios para solucionar múltiples inquietudes que la acción de nulidad de laudo ha generado en la comunidad jurídica suscitando pronunciamientos judiciales diversos. Probablemente una de las instituciones jurídicas que mayor cantidad de decisiones contradictorias puede haber generado es la acción de nulidad de laudo arbitral.

Llama la atención que estas situaciones se han producido a pesar de que el arbitraje, como método alternativo de solución de controversias, no es en realidad un instituto jurídico muy utilizado. De hecho, estadísticamente en la ciudad de Guayaquil, tenida como el corazón comercial del Ecuador, los procesos arbitrales en ningún caso han alcanzado el número de 150 causas en un año.

II. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO

Uno de los puntos más controversiales, al inicio de la vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación, fue la naturaleza procesal de la acción de nulidad de laudo. Muchos miembros del foro acostumbrados a litigar bajo las reglas del entonces Código de Procedimiento Civil asimilaban a la acción de nulidad de laudo con el recurso de apelación que en materia arbitral es inexistente puesto que el artículo 30 de la ley de la materia expresamente señala la inapelabilidad de los laudos a más de establecer que solamente es posible intentar de ellos los recursos establecidos en dicha norma especial, esto es,

los de ampliación o aclaración. De igual manera la doctrina lo reconoce: “La naturaleza convencional y alternativa del arbitraje exige que el control judicial de los laudos sea limitado. Es por eso que, a diferencia de las sentencias, los laudos son inapelables.” (Santos Dávalos, 2016, pág. 402).

Lo cierto es que la acción de nulidad, como su nombre lo indica, es una verdadera acción que da inicio a un nuevo proceso, distinto del llevado a cabo en el foro arbitral. Desde luego relacionado, pero en ningún caso constituye un escenario para discutir sobre la controversia llevada a conocimiento y resolución de los árbitros.

Como toda acción permite hacer realidad las pretensiones de quien hace uso de esta, en este caso por su particular naturaleza las pretensiones únicamente pueden ser: la declaratoria de nulidad del laudo arbitral o del proceso arbitral desde el momento en que se haya configurado la actuación que genera la causal de nulidad. Por tanto, es absolutamente improcedente, contrario a la naturaleza y finalidad de esta acción, discutir en la misma sobre aquellos puntos en razón de los cuales se trabó la litis en el procedimiento arbitral, carece en consecuencia de competencia el juzgador de la acción de nulidad de laudo para pronunciarse sobre el fondo de la controversia. La razón de esto, además de la particularidad de la pretensión ya comentada, es el hecho que el pacto arbitral que dio lugar al proceso de dicha naturaleza tuvo como efecto sustraer de la jurisdicción ordinaria la capacidad o aptitud para conocer y resolver el conflicto descrito en la cláusula compromisoria y dotar de competencia para el efecto, única y exclusivamente, a la denominada jurisdicción arbitral. No puede siquiera suponerse que, a través de la acción de nulidad de laudo, podríamos vulnerar este efecto, que resulta ser principal de la existencia de un compromiso arbitral.

Al ser una acción, como hemos señalado, da paso a un nuevo proceso con sus propias peculiaridades, una de ellas la pretensión. Pero además otras como: su propio procedimiento, las partes procesales y, los recursos existentes respecto de la decisión que se adopte en la acción de nulidad de laudo arbitral.

Como se ha mencionado esta acción ha generado muchas dudas en el foro y justamente los puntos citados como partes de la acción de nulidad de laudo,

procedimiento de la acción de nulidad de laudo y recursos existentes respecto de la resolución de la acción de nulidad de laudo han generado opiniones contradictorias a lo largo del tiempo. En líneas posteriores nos referiremos al criterio imperante a la fecha sobre estos tópicos en base a los precedentes que va estableciendo la Corte Constitucional.

A nuestro criterio, un primer problema que plantea la acción de nulidad de laudo es su propia denominación, pues atendiendo su tenor literal podría pensarse que el objeto o pretensión al incoar la misma debiera circunscribirse única y exclusivamente al laudo arbitral, particular que desde luego no es así pues de serlo la acción no podría cumplir con su cometido, ya que varias de las causales citadas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que permiten interponer esta acción, no podrían ser solucionadas si únicamente a través de ella se pudiere conseguir que el operador de justicia declare la nulidad del laudo. Recordemos que entre las causales de nulidad del referido artículo se encuentran: la inexistencia de la citación, la no notificación de providencias que puedan constituir un impedimento para el ejercicio del derecho a la defensa, irregularidades en materia probatoria, vulneración de procedimientos previstos para designación de árbitros o constitución del tribunal arbitral, temas todos que para poder ser subsanados requieren que el juez de la acción de nulidad de laudo, de encontrar mérito en la demanda, deje insubsistente no solo el laudo propiamente dicho sino partes del proceso arbitral.

En todo caso, no es la primera vez que el legislador en materia de acción de nulidad de resoluciones que ponen fin a un conflicto comete ese tipo de imprecisiones al atribuir un nombre a la acción. Pues, el Código de Procedimiento Civil contenía la institución de la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada cuyas causales eran bastante similares a las de la acción de nulidad de laudo y, el Código Orgánico General de Procesos al consagrar dicha acción, la de nulidad de sentencia, comete el mismo error puesto que las causales para poder demandar la nulidad de la sentencia ejecutoriada a las que alude el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos exigen que el operador de justicia declare la nulidad, según sea el caso, no únicamente de la sentencia, sino de partes del proceso según corresponda.

III. SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO

La acción de nulidad de laudo arbitral carece de mayores consideraciones legislativas en la ley que la instituyó lo cual ha generado a lo largo del tiempo diversas interpretaciones respecto del procedimiento bajo el cual debe ser sustanciada. Hay quienes consideraron que la acción de nulidad de laudo al no tener determinado un procedimiento específico para ser llevada a cabo, debía ser sustanciada atendiendo las normas generales del procedimiento de las acciones judiciales, las que a la época de expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación establecían que cuando no existía una vía específica determinada en la ley para tramitar una acción, debía tramitarse la misma a través del denominado procedimiento ordinario. Procedimiento este que desde su configuración legislativa tenía mayores términos para evacuar las distintas etapas del proceso y permitía a esa época la presentación, por regla general, de recursos sin mayor limitación ni exigencia de formalidades a los mismos.

Existieron también voces que consideraron, como hemos dicho, a la acción más que como tal como una suerte de recurso de lo resuelto en sede arbitral y por tanto estimaban que la misma debía ser resuelta fundamentalmente sin mayores tramitaciones en un proceso expedito. También existió un sector importante del foro que estimó pertinente traspasar las reglas de la Ley de Arbitraje y Mediación, que son destinadas al proceso arbitral, a la sustanciación de la acción de nulidad de laudo arbitral.

La situación generó no solo diversas interpretaciones en los abogados sino incluso en los jueces llamados a sustanciar y resolver las acciones de nulidad, esto es, los presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia, llegándose al extremo que no solamente hubo diferencias entre lo que pensaba un presidente de Corte Provincial y su sucesor sino también entre los presidentes de las diversas Cortes.

Lo señalado motivó que la Corte Nacional de Justicia haciendo uso de sus facultades dictare una Resolución generalmente obligatoria en la cual se estableció y precisó los aspectos pertinentes a la sustanciación de la acción.

Dicha resolución es la Nro. 08-2017 de fecha 22 de marzo de 2017 que en lo medular estableció:

1. La acción de nulidad de laudo arbitral se presentará ante el árbitro o tribunal arbitral que dictó el laudo, dentro del término de diez días contados desde la fecha en que éste se ejecutorió.
2. El árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días remitirá el proceso al o la presidenta de la Corte Provincial de Justicia, respectiva.
3. La o el presidente de la Corte Provincial de Justicia verificará si la acción fue interpuesta dentro de término, en caso afirmativo la pondrá en conocimiento de la contraparte para que la conteste dentro del término de cinco días. En caso negativo inadmitirá la petición.
4. Para resolver la acción de nulidad, la o el presidente de la Corte Provincial de Justicia convocará a las partes a audiencia única, la que tendrá lugar dentro del término de treinta días contados desde la fecha que tuvo conocimiento de la acción. En esta audiencia se practicarán las pruebas anunciadas al proponer la nulidad o al contestarla.

Art. 2.- Para el desarrollo de la audiencia, la o el presidente de la Corte Provincial de Justicia, deberá seguir los lineamientos generales de las audiencias establecidas en el artículo 79 del Código Orgánico General de Procesos y, tomará en cuenta los efectos previstos en el artículo 87 del mismo cuerpo legal.

Art. 3.- Una vez finalizada la audiencia, el administrador de justicia deberá pronunciar su decisión en forma oral, y notificará la sentencia motivada por escrito, conforme a lo establecido en los artículos 93 y 94 del Código Orgánico General de Procesos.

Art. 4.- De la sentencia que dicte la o el presidente de la Corte Provincial, no habrá recurso alguno, salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación. (Corte Nacional de Justicia, Resolución Nro. 08-2017)

IV. DE LOS RECURSOS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO

Hemos precisado en la sección anterior que uno de los temas que generó dudas fue la forma de tramitar la acción de nulidad de laudo. Particular que incide en la posibilidad de presentar recursos respecto de la resolución que se adopte en esta acción. Es claro que, conforme a la resolución de la Corte Nacional de Justicia citada, no caben de esta decisión recursos más allá de los horizontales. Sin embargo, esto no fue siempre así ya en los momentos en que se adoptó, por ejemplo, la tesis que la acción se sustanciaba en procedimiento ordinario, se dieron causas en las cuales recursos de apelación se consideraron pertinentes sobre la resolución de las acciones de nulidad de laudo. Incluso recursos de casación permitieron a la Corte Suprema de Justicia llegar a conocer procesos sobre esta temática.

Sobre esto, Santiago Andrade (2005) expresó:

Respecto de las sentencias dictadas dentro de las acciones de nulidad del laudo arbitral, existen discrepancias de tratamiento. La Primera Sala ha resuelto que son procesos de conocimiento por ser dictados por la Corte Superior y poner fin al litigio declarando el derecho (la validez o la nulidad del laudo arbitral). La Segunda Sala ha rechazado el recurso porque sostiene que

[...] La impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el Art. 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje. El Arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión, y cuya existencia impide a la Función Judicial conocer de las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje [...]. (págs. 105-106)

Incluso la Corte Constitucional anteriormente consideró pertinente la existencia de la apelación en las acciones de nulidad de laudo, ya no por la razón antes comentada sino más bien para hacer realidad la tutela efectiva de derechos.

A través de su sentencia No. 325-15-SEP-CC la Corte estableció:

De acuerdo a lo analizado hasta aquí, queda en evidencia que el auto expedido el 01 de febrero de 2013, por los conjuces nacionales vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en el elemento de acceder a jueces y órganos superiores a través de mecanismos de impugnación procesal. Pero, además, como ya quedó establecido, la afectación a derechos constitucionales se produjo desde el momento en el que, mediante providencia del 06 de julio de 2012, el juez presidente de la Corte Provincial de Justicia de Guayas negó el recurso de apelación alegando que los laudos arbitrales son inapelables, cuando tal como ha quedado establecido en el presente fallo, el recurso de apelación no fue formulado en contra del laudo arbitral sino en contra de la sentencia dictada por el juez presidente, en primera instancia (acción de nulidad), el 14 de mayo de 2012. (Corte Constitucional, 2015, pág. 14).

Posteriormente, la Corte Constitucional a través de algunas sentencias ha cambiado dicho parecer y ha establecido que el proceso de la acción de nulidad de laudo arbitral tiene una resolución de única instancia, es decir, un criterio coincidente con el de la Corte Nacional de Justicia.

En la sentencia No. 1059-15-EP/20 vemos que la Corte sobre este tópico expresó:

42. Al respecto, esta Corte ya ha señalado que el derecho a recurrir es de configuración legislativa y la imposibilidad de plantear un recurso por el incumplimiento de los requisitos previstos en la Ley no constituye per se una vulneración de derechos. Además, ha señalado que el derecho a recurrir no es un derecho absoluto. En consecuencia, este Organismo ya determinó con claridad que “por la naturaleza especial de este proceso, la casación no procede y aquello no implica una afectación al derecho al debido proceso en la garantía de recurrir el fallo, pues no todos los procesos tienen siempre doble instancia. (Corte Constitucional, 2020)

De similar forma, la sentencia No. 160-16-EP/21 establece:

37. [...] el diseño legislativo de la acción de nulidad del laudo arbitral, la ha concebido como un medio de impugnación extraordinario, por errores in procedendo en el arbitraje y vicios de extra petita en la decisión, relacionados al debido proceso arbitral y de acuerdo a las causales establecidas taxativamente, y no como un juicio ordinario con sus normas y recursos propios.

38. Por ende, contrario a lo expuesto por el proponente, los arbitrajes son procedimientos de única instancia que culminan con la expedición del laudo arbitral, mas no con lo resuelto en las potenciales acciones de nulidad en contra de estos últimos. Tanto es así, que el laudo arbitral puede ejecutarse aun cuando exista una acción de nulidad iniciada en su contra.

Además, la Corte Constitucional señala mediante su sentencia No. 1703-11-EP que:

33. Al respecto, se desprende del caso N°. 0008-2008-DI5, dictado por la Corte Constitucional, que la acción de nulidad de laudo arbitral es un procedimiento especial regulado específicamente por la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) en su artículo 31 6, y no un juicio ordinario con las normas y recursos, propios de la justicia ordinaria, como son la apelación, casación, hecho, entre otros.

V. LAS PARTES EN LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL

Otro de los puntos materia de diversas opiniones ha sido el de quiénes se consideran partes de la acción de nulidad de laudo arbitral. Ha existido claridad que la parte actora es quien interpone la acción, pero diversas interpretaciones se han dado sobre quién es la parte demandada. Algunos han considerado que la parte demandada está conformada por los árbitros que intervinieron en el proceso arbitral y quien fue la otra parte en dicho proceso. Otros han considerado que la parte accionada está conformada únicamente por quien fue

la contraparte en el proceso arbitral. Un tercer grupo considera que quienes deben ser demandados son los árbitros que han generado con su actuación la circunstancia que motiva la presentación de la acción de nulidad de laudo. La práctica mayoritaria por mucho tiempo fue demandar a la contraparte procesal en el arbitraje y hacer conocer de la existencia de la acción de nulidad a los árbitros para que estos puedan rendir un informe respecto de sus actuaciones.

La Corte Constitucional en la sentencia 308-14-EP/20 se ha pronunciado en el sentido de que la parte accionada es quien fuere la contraparte en el proceso arbitral. Al respecto la Corte en la sentencia señalada estableció lo siguiente:

43. A pesar de la indeterminación en la norma legal en cuanto a la legitimación pasiva, debe entenderse que la declaratoria de nulidad de un laudo arbitral puede afectar directamente a la contraparte del arbitraje, a quien ya se le confirió certeza sobre determinada controversia por la autoridad de cosa juzgada del laudo arbitral. Por lo cual, la parte procesal del arbitraje que no presentó la acción de nulidad del laudo arbitral es la llamada a contradecir la pretensión de nulidad, en tanto dicha decisión tiene la potencialidad de alterar su situación jurídica.

44. En este punto, cabe precisar que la titularidad de la legitimación pasiva en la acción de nulidad del laudo arbitral se limita a las partes del arbitraje y no se extiende a los árbitros o a la institución administradora del arbitraje. Estos últimos tienen la aspiración lícita de que su labor como autoridad jurisdiccional y administrativa sea reconocida, esto es, que el laudo arbitral sea declarado válido y despliegue sus naturales efectos, pero su posición no es equiparable a la de una parte procesal cuyos derechos e intereses legítimos se encuentran en juego. (Corte Constitucional, 2020).

Reconociendo la aplicación de esta decisión por provenir del máximo órgano de administración de justicia constitucional nos permitimos disentir de la misma por las consideraciones siguientes:

1. De la lectura de las causales que permiten incoar la acción de nulidad se

colige que ellas no son actuaciones de las partes procesales. Por lo que mal podría considerarse como legítimo contradictor a alguien a quien le resulta imposible cometer las mismas, por ejemplo, ¿cómo puede una parte procesal a través de un laudo arbitral dar más de lo que le han pedido si las partes no dictan los laudos arbitrales? ¿Cómo puede una parte procesal ser demandada por no haber notificado una providencia relacionada al término de prueba si las partes procesales no notifican las providencias sino el secretario del Tribunal Arbitral? ¿Cómo puede una parte procesal ser demandado por no haber citado a la otra parte si las partes procesales no citan sino los empleados del Centro de Arbitraje a quienes se les confiere dicha potestad o el secretario arbitral?.

2. Es indudable que las situaciones que pueden generar la nulidad de un laudo arbitral provienen de la actuación de los árbitros y que éstos conforme al artículo 18 de la Ley de Arbitraje y Mediación son responsables de sus actuaciones. Por tanto, es necesario contar con ellos como parte en un proceso en que se cuestiona su obrar o en su defecto su inacción ya que de llegarse a establecer que lo uno o lo otro ha generado la nulidad de un laudo puede dar pie al ejercicio de una acción de responsabilidad para lo cual resulta pertinente que haya tenido la oportunidad de defenderse en la acción de nulidad.
3. Es indudable que quien ha realizado o dejado de ejecutar algo es quien está en mejores condiciones de poder dar las razones por las cuales hizo o dejó de hacer algo. Por tanto, habrá muchas inquietudes que mejor podrán ser absueltas por los árbitros que por la contraparte procesal.

Por las consideraciones expuestas estimamos que la parte accionada debiera ser el Tribunal Arbitral, en el caso de falta de citación o de indebida conformación del Tribunal Arbitral también el director del Centro de Arbitraje, sin perjuicio que al tener un legítimo interés quien fuera contraparte procesal en sede arbitral tiene la posibilidad de intervenir en la acción de nulidad de laudo.

VI. CAUSALES DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO

Otro de los temas que ha generado diversos criterios a lo largo del tiempo es si la acción de nulidad de laudo solo puede ser interpuesta si se verifican los supuestos del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación o si puede ser ejercida en casos distintos. La Corte Constitucional en su sentencia No. 302-15-SEP-CC consideró inicialmente que las causales de nulidad previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación no eran taxativas y que por tanto podía ejercerse dicha acción en otros supuestos. Entre estos supuestos destaca el de la falta de motivación. Al respecto la Corte señaló en la citada sentencia:

...La motivación faculta a las partes procesales conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación. Cualquier deficiencia en la motivación equivale a la inexistencia, afectando indefectiblemente a la validez del acto jurisdiccional de que se trate.

De ahí que la falta de motivación en cualquier acto jurisdiccional constituye causal de nulidad, aunque no se encuentre expresamente contemplada en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación... (Corte Constitucional, 2015, pág. 29-30).

Posteriormente, la propia Corte Constitucional se alejó expresamente de este criterio. Así lo señaló en la sentencia No. 323-13-EP/19:

31. A este respecto, es preciso que la Corte Constitucional efectúe una aclaración, pues la sentencia constitucional No. 302-15-SEP-CC, determinó que existió vulneración de derechos por parte del juzgador de justicia ordinaria dentro de una acción de nulidad de laudo, por considerar que la falta de competencia y de motivación constituyen causales de nulidad que, aunque no están expresamente contempladas en el artículo 31 de la LAM, deben ser analizadas de oficio durante cualquier acción de nulidad. [...]

32. Sin embargo, este Organismo se aparta de este criterio por cuanto éste atenta contra la taxatividad que tienen las causales de la acción de nulidad y que constituyen un efecto del principio de intervención

judicial mínima que precisamente limita la interferencia injustificada de la justicia ordinaria en el arbitraje. [...] (Corte Constitucional, 2019)

De modo que la Corte Constitucional ha establecido que se trata de causales taxativas las previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Este último criterio se verifica en la Sentencia No. 2590-16-EP/21 la cual expone en el párrafo 28.3:

Es importante indicar que, en la acción de nulidad, se ventilan cuestiones relativas a la validez del laudo, no pudiendo los juzgadores entrar a considerar el modo en que la controversia ha sido resuelta, es decir el fondo del asunto, pues caso contrario significaría aperturar una instancia de alzada no prevista en la legislación ecuatoriana, ejerciendo una facultad jurisdiccional de la que carecemos por mandato expreso de la ley. Por lo tanto, el recurso de nulidad no está previsto para atacar los errores In iudicando, solamente las causales taxativamente estipuladas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. (Corte Constitucional, 2021).

Además de adecuarse a alguna de las causales señaladas taxativamente en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se tendrá que proponer la acción de nulidad de laudo arbitral en el término de 10 días desde que el laudo se ejecutorió. Cumplir con este requisito es indispensable, pues de lo contrario esta acción no podrá ser admitida. Incluso la Corte Nacional de Justicia ha resuelto en consideración a este punto. En la sentencia de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en el juicio Nro. 179-2010 se resolvió un recurso de casación contra un auto que rechazó la acción de nulidad de un laudo arbitral por ser presentada extemporáneamente. Los actores argumentaron falta de aplicación de normas procesales. El Tribunal consideró que la acción de nulidad fue presentada fuera del plazo legal y que no se justificaba una interpretación diferente sobre la admisibilidad de la acción. Por tanto, se rechazó el recurso de casación, manteniendo la decisión de no admitir la acción de nulidad del laudo arbitral. En este sentido, esta acción deberá considerar además de las causales previstas en el artículo, las cuestiones de forma para que la misma sea admitida.

VII. ACCIÓN DE NULIDAD COMO REQUISITO PARA PODER INTERPONER LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Sobre el punto de este acápite la Corte Constitucional en un primer momento consideró que era necesario agotar la acción de nulidad de laudo arbitral para dar cumplimiento a la exigencia del artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por tanto, debía primero presentarse una acción de nulidad de laudo y solo en el evento que a través de esta no hubiere podido solucionarse las vulneraciones de derecho acusadas, podía presentarse la acción extraordinaria de protección.

En la sentencia No. 31-14-EP/19 la Corte cambió dicho criterio y estableció que la acción de nulidad de laudo arbitral solo debe agotarse como requisito para poder interponer la extraordinaria de protección en aquellos casos en que se configure como una herramienta adecuada y eficaz para solucionar la vulneración de derechos alegados.

50. Considerando lo expuesto, esta Corte no comparte el criterio vertido en la sentencia N°. 302-15-SEP-CC14, mediante la cual se estableció que el juez que conoce la acción de nulidad del laudo puede resolver sobre causales no previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación [...] Por tanto, se lo facultó para revisar el laudo por cuestiones como: [...] (ii) la falta de motivación en el laudo arbitral por la vulneración del derecho previsto en el literal 1), numeral 7 [...]

53. No obstante, bajo el criterio de la sentencia N°. 302-15-SEP-CC, se requiere agotar la acción de nulidad del laudo en todos los casos y sin lugar a excepciones que permitan presentar directamente la acción extraordinaria de protección contra el laudo, puesto que se convirtió a la acción de nulidad en una vía adecuada y eficaz para solventar cualquier vulneración a derechos constitucionales o al debido proceso cometida durante el arbitraje o en la decisión, sin considerar que la vía diseñada para esto es la garantía jurisdiccional que nos ocupa.

54. En consecuencia, esta Corte reafirma que, para efectos de la aplicación del numeral 3 del artículo 61 de la LOGJCC y del artículo

94 de la CRE, la acción de nulidad debe ser agotada exclusivamente por cuestiones subsumibles en las cinco causales indicadas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación previo a la interposición de la acción extraordinaria de protección contra el laudo, al menos que la vulneración de derechos no esté relacionada a las causales legalmente previstas y por tanto, no pueda ser enmendada a través de tal medio de impugnación.

55. Por lo tanto, cuando se presente la extraordinaria de protección de forma directa contra el laudo, la accionante tiene la carga de demostrar lo inadecuado e ineficaz de la acción de nulidad del laudo en función de lo expresado en el párrafo que antecede. (Corte Constitucional, 2019)

Por tanto, en todos aquellos casos ajenos al artículo 31 a la Ley de Arbitraje y Mediación que como se expresó antes son taxativos, se puede interponer la acción extraordinaria de protección sin necesidad de previamente haber presentado la acción de nulidad de laudo arbitral.

VIII. CONCLUSIONES

La acción de nulidad de laudo es una herramienta que tiene como finalidad anular decisiones arbitrales o partes de un proceso arbitral cuando han existido ciertas vulneraciones. Tales violaciones deben adecuarse a alguna de las causales taxativas enumeradas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación para que así sea posible presentar una acción de nulidad de laudo arbitral. De modo que de ninguna manera esta herramienta constituye una vía para impugnar la decisión arbitral, pues como se indicó en reiteradas ocasiones a lo largo del presente artículo, quien resuelve la acción de nulidad de laudo arbitral no se enfoca en los hechos y pruebas practicadas en el proceso arbitral, sino en los posibles errores que llevaron a que se produzca la nulidad según lo establece el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En tal sentido, es relevante destacar que la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la taxatividad de las causales de nulidad, por lo que únicamente se podrá interponer la acción

cuando se verifique que se ha dado alguna de las causales señaladas por la norma. De igual manera, la misma Corte se ha pronunciado respecto a la acción extraordinaria de protección señalando que cuando no se enmarque en algunas de las causales, pero de igual forma se constate que sí hubo violaciones de derechos constitucionales, será posible interponer la acción extraordinaria de protección, esto verificando que no había un medio adecuado y eficaz para subsanar tales vulneraciones.

Finalmente, este artículo plantea una visión distinta a la propuesta por la Corte Constitucional en consideración a las partes del proceso de nulidad de laudo, pues como se ha mencionado, las afectaciones que sufre quien interpone la acción es a causa de una actuación u omisión por parte de los árbitros o director del Centro de Arbitraje y ninguna participación tiene en esto la contraparte del proceso arbitral. En tal sentido, para procurar la protección del debido proceso y garantía del derecho a la defensa para los árbitros, sería recomendable que estos sean parte procesal en los procesos de acción de nulidad de laudo, así pueden aportar lo necesario para justificar tales actuaciones.

Referencias bibliográficas

- Andrade Ubidia, S. (2005). *La casación civil en el Ecuador: Doctrina, análisis de la ley, su aplicación por las salas de lo civil y mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Posibles Reformas*. Quito: Andrade & Asociados.
- Gaibor Arteaga, P., & Del Salto Ubidia, G. (2020). La taxatividad de las causales de anulación de un laudo arbitral: análisis de la jurisprudencia ecuatoriana reciente. *USFQ Law Review*, 136-155.
- Santos Dávalos, O. (2016). La acción de nulidad de los laudos arbitrales. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 401-440.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 325-15-SEP-CC de fecha 30 de septiembre de 2015, Caso N° 1139-13-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1059-15-EP/20 de fecha 21 de octubre de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 160-16-EP/21 de fecha 31 de marzo de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1703-11-EP de fecha 18 de diciembre de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 308-14-EP/20 de fecha 19 de agosto de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 302-15-SEP-CC de fecha 16 de septiembre de 2015, Caso N° 0880-13-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 323-13-EP/19 de fecha 19 de noviembre de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2590-16-EP/21 de fecha 11 de agosto de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 31-14-EP/19 de fecha 19 de noviembre de 2019.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015.

Corte Nacional de Justicia. Resolución Nro. 08-2017 de fecha 22 de marzo de 2017.

Ley de Arbitraje y Mediación. Codificación 14 Registro Oficial 417 de 14-dic.-2006.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

LA EFICACIA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS LAUDOS ARBITRALES

Johanna Garcés Solá ⁵⁹

Sumario: 1. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes; 2.- Los beneficios que reporta el arbitraje en el Ecuador; 3.- La naturaleza jurídica del laudo arbitral; 4.- Sobre el carácter inapelable del laudo arbitral; 5.- La acción de nulidad y sus causales; 6.- El control constitucional de los laudos arbitrales; 6.1.- La acción extraordinaria de protección, su fundamento y procedencia; 6.2.- La acción extraordinaria de protección, su eficacia y procedencia para el control de los laudos arbitrales.

Palabras claves: Corte Constitucional, control jurisdiccional, control constitucional, arbitraje, laudo arbitral, garantías jurisdiccionales.

Key words: Constitutional Court, jurisdictional control, constitutional control, arbitration, arbitration award, jurisdictional guarantees.

Resumen: Este trabajo aborda el análisis del arbitraje como mecanismo de la autonomía de la voluntad de las partes desde el control que ejerce la Corte Constitucional a los laudos arbitrales a través de la acción extraordinaria de protección. Mucho se ha discutido sobre este particular, no obstante, la jurisprudencia constitucional ha ido evolucionando y unificando criterios respecto a este tema, evidenciando su eficacia en la tutela de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador.

⁵⁹ Licenciada en Ciencias Sociales y Políticas y Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Magister en Arbitraje y Mediación por la Universidad de Guayaquil. Mediadora, Docente de la Universidad Espiritu Santo y Asesora Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador.

ABSTRACT: This study deals with the analysis of arbitration as a mechanism of the autonomy of the will of the parties from the control excised by the Constitutional Court over the arbitration process thus providing an extraordinary act of protection. Much has been discussed on this matter; however, constitutional jurisprudence has been evolving and unifying criteria regarding this issue, evidencing its effectiveness in the protection of fundamental rights recognized in the Constitution of the Republic of Ecuador

Introducción

Con el decurso del tiempo y el fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador, el derecho arbitral o el valor de los laudos arbitrales ha presentado serias interrogantes respecto a su conveniencia como justicia privada, gracias a la procedencia de acciones jurisdiccionales en contra de tales decisiones, específicamente la acción extraordinaria de protección.

La Constitución de la República reconoce los métodos alternos de resolución de conflictos o MASC, como el arbitraje y la mediación, entre otros, disponiendo que tales procedimientos se apliquen con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir⁶⁰ (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Este reconocimiento ha sido gracias a la consolidación que han experimentado en distintos ámbitos no solo corporativos o empresariales y estatales – en términos de globalización-sino además individuales. Y es que, la base sobre la cual se asienta la fuente de los métodos alternos de resolución de conflictos es el principio de autonomía de la voluntad de las partes⁶¹ (Alessandri, 2004), que no es más que esa fuerza contractual en que los intervinientes toman decisiones y se someten a lo estipulado o pactado entre ellas, de acuerdo a las prerrogativas que proporciona el ordenamiento jurídico.

⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador, art. 190.- “*Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir...*”.

⁶¹ Alessandri, Arturo, definió en su obra “De los contratos”, a la autonomía de la voluntad como “*la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración*”, y señala que esta voluntad es soberana, que el contrato nace del acuerdo de voluntades”.

El arbitraje, como uno de los MASC, se ha destacado entre otros, como un mecanismo por excelencia en el mundo de los negocios, no solo por su versatilidad y flexibilidad para ajustarse a las necesidades de los que opten por ella, sino por ser célere y especializado a la hora de activar dicha figura para la resolución del conflicto.

Tampoco podemos desconocer que el arbitraje no es un institución nueva o moderna. Platón lo identificaba al señalar que *“los primeros jueces sean aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces, que el más sagrado de los tribunales sea aquel que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento”* (Romero, 1999).

Desde este enfoque, el objetivo principal del presente artículo es evidenciar la problemática y la efectividad que podría representar la garantía constitucional de la acción extraordinaria de protección como un límite a la naturaleza de la autonomía de la voluntad de las partes, cuando se trata de escoger el arbitraje como método para la resolución de las causas.

Para llegar a tal conclusión, primero se detallarán breves conceptos y características respecto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se continuará con el análisis de la figura del arbitraje y la naturaleza de los laudos arbitrales y por último se expondrá el control que realiza la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección, como uno de los mecanismos por excelencia de control constitucional.

I.- El Principio de la autonomía de la voluntad de las partes

Es conocido que, en materia contractual, la voluntad es soberana, pues es ella la que dicta el derecho. De forma que, del acuerdo de voluntades nace el contrato, su duración y los efectos que ha de producir, bajo límites o restricciones en el orden normativo o moral. Esto es básicamente, en lo que consiste la autonomía de la voluntad, principio básico del derecho contractual y universal.

Si bien, este principio se apalanca en la soberanía del acuerdo de las partes, no goza de absoluta libertad pues tiene sus limitaciones, debido a que no pueden transgredir o alterar los elementos esenciales de un contrato, tampoco podrían establecer disposiciones prohibidas por la ley, el orden público o las buenas costumbres como fuente de abusos o injusticias, porque serían nulas y dejarían de surtir los efectos para los cuales fueron pactados.

Dicha libertad de contratación se encuentra no solo reconocida sino garantizada en la Constitución de la República del Ecuador⁶² y se materializa a través de disposiciones infra constitucionales, pues el principio de la autonomía de la voluntad contractual siempre ha formado parte de nuestro ordenamiento jurídico como el Código Civil⁶³, norma por excelencia que regula y protege las relaciones, los acuerdos y los efectos que surjan del negocio jurídico.

El arbitraje, institución que nos ocupa en el presente artículo, se configura su relación negocial a través de la referida autonomía de la voluntad de las partes, mediante su consentimiento expreso en la suscripción de un convenio arbitral o cláusula compromisoria que tiene como finalidad la búsqueda de soluciones ágiles y especializadas respecto de la controversia y el equilibrio contractual de los contratantes.

Es así como, el derecho arbitral ha tomado gran fuerza a partir de dicho principio universal y vinculante, caracterizándose como esencial en las diferentes relaciones de índole comercial o civil, pues sin el mencionado principio no podría manifestarse el consentimiento y la voluntad en el perfeccionamiento del contrato.

El auge del arbitraje como mecanismo de resolución de conflicto en las relaciones contractuales, se evidencia, no solo en su reconocimiento a través de la (LAM)⁶⁴ (Ley de Arbitraje y Mediación, 2018), sino incluso en su

⁶² Constitución de la República del Ecuador. - Art. 66.- “*Se reconoce y garantizará a las personas:*
16.- El derecho a la libertad de contratación”.

⁶³ Código Civil. - Art. 1561.- “*Todo contrato celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

⁶⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. - Art. 1.- “*El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias*”.

fortalecimiento pues, no hace mucho se publicó el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, en específico, el 26 de agosto de 2021, que entre sus aspectos a destacar se puede encontrar: i) la plena independencia y autonomía de los Centros de Arbitraje y Mediación, prohibiendo que cualquier autoridad estatal limite, controle o interfiera en sus funciones; ii) la posibilidad de someter a arbitraje nacional o internacional a las entidades del Estado, bajo parámetros expresamente establecidos en el ordenamiento jurídico; iii) los alcances del convenio arbitral pactado; iv) la responsabilidad de los árbitros; v) la expiración del plazo para laudo; vi) los principios y procedimiento de la acción de nulidad contra laudo arbitral; y, vii) la ejecución de los laudos arbitrales.

II. Las ventajas o beneficios que reporta el arbitraje en el Ecuador

De acuerdo a los estudios y a la doctrina que se ha pronunciado respecto al arbitraje en comparación con la justicia ordinaria, ha evidenciado las variadas ventajas que ofrece este método alternativo de resolución de conflicto a las partes contratantes o los intervinientes del negocio contractual que han pactado convenio arbitral o cláusula compromisoria. De las cuales, podemos destacar, en lo principal: i) la celeridad en relación con los términos o los tiempos para resolver la controversia; ii) la validez en la decisión adoptada (laudo arbitral), por el árbitro o tribunal dentro del procedimiento arbitral sometido por acuerdo voluntario de las partes; iii) la confidencialidad acordada por las partes, que puede versar sobre la práctica de las pruebas, el procedimiento o la resolución y, iv) la idoneidad, que hace referencia a la especialización o experticia y la imparcialidad de los árbitros que resolverán la controversia.

Las ventajas mencionadas resultan relevantes para empresarios grandes o pequeños y para individuos en particular, en el entendido que representa no solo en tiempo, que se traduce en el ahorro de dinero y esfuerzo, sino además una manera eficaz, ágil y especializada en resolver sus controversias, sin tener la necesidad de sujetarse al aparato estatal de la administración de justicia ordinaria y todo lo que aquello conlleva.

III. Naturaleza jurídica del laudo arbitral

Conforme a lo que dispone la LAM, el proceso arbitral puede finalizar por transacción⁶⁵ o por resolución del proceso mediante sentencia o laudo arbitral. Por lo tanto, el laudo arbitral es la decisión emitida por el juzgador, que en este tipo de procesos se denomina árbitro o tribunal arbitral, que pondrá fin a la causa de forma definitiva e inapelable, por medio un laudo.

En este contexto, hay que destacar que la decisión emitida por un árbitro o tribunal arbitral puede ser en equidad⁶⁶ o en derecho⁶⁷, precisando que la particularidad del laudo en derecho debe ser dictado por abogados.

Pese a esta diferencia sustancial que existe entre el laudo en derecho y el laudo en equidad, es preciso destacar que estos últimos no perderán su naturaleza de un procedimiento arbitral técnico, pues su pronunciamiento estará sujeto a su *“leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica”*, observando el sentido de justicia, de conciencia y de valores. Así también, se advierte que, bajo ningún concepto se podrá inobservar las reglas mínimas del debido proceso como la garantía de motivar las decisiones, aunque estas sean bajo el prisma de los conceptos morales y éticos. Como bien destaca Fernando Bajaña Tovar:

“... los laudos en equidad deben abordarse bajo una concepción material de la argumentación, según la cual “las cuestiones prácticas se responden con razones no autoritativas, las cuales comprenden tanto razones morales, como éticas y pragmáticas”. Se había explicado el por qué de la necesidad de basar las decisiones de los laudos en equidad en premisas sustantivas, esto es, razones que “no supongan apelaciones a la autoridad [y que] [...] consistan en consideraciones

⁶⁵ Ley de Arbitraje y Mediación. - Art. 28.- *“En el caso de que el arbitraje termine por transacción, ésta tendrá la misma naturaleza y efectos de un laudo arbitral debiendo constar por escrito y conforme al artículo 26 de esta ley”*.

⁶⁶ Ley de Arbitraje y Mediación. - Art. 3.- *“Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados”*.

⁶⁷ Ley de Arbitraje y Mediación. - Art. 3.- *“Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados”*.

morales, económicas, políticas o de otro carácter social” (Bajaña Tovar, 2019).

Los laudos, en derecho o en equidad, equivalen a una sentencia que producirá los mismos efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Sin embargo, son procedentes los recursos horizontales de aclaración o ampliación, dentro de los tres días posteriores contados a partir de la notificación del laudo, mismas que deben ser resueltas dentro del término de diez días, desde la presentación.

De acuerdo con María Elena Jara, el laudo arbitral es el resultado del carácter heterocompositivo del arbitraje, en virtud del cual, los árbitros tienen la potestad de decidir con efecto vinculante sobre el fondo de la disputa sometida a su conocimiento. Por este motivo, el laudo no sería “... *una mera opinión sobre aspectos técnicos, sino que consiste en una resolución, fundamentada ya sea en derecho o en equidad*” (Jara Vásquez, 2017).

En este marco, el laudo se constituye en una decisión irreversible e improponible en otras instancias, no pudiendo las partes volver a plantear la misma controversia ante ningún otro tribunal, sea este judicial o arbitral. En tal virtud, el laudo tiene idénticos efectos a los de la sentencia judicial (Pallares Bossa, 2003), esto como una consecuencia evidente y lógica de la anteriormente referida autonomía de la voluntad contractual de las partes.

IV. Sobre el carácter inapelable del laudo arbitral

Los laudos arbitrales son inapelables por disposición expresa del artículo 30 de la LAM⁶⁸. Esta premisa normativa no ha escapado de cuestionamientos provenientes de la academia, así como del resto de la comunidad jurídica. Como ejemplo, Gustavo Villacreses, María Marroquín y Génesis Bermeo consideran que:

⁶⁸ Ley de Arbitraje y Mediación. - Art. 30.- “*Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación. Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley*”.

“... respecto al derecho constitucional a recurrir el fallo y su situación en el arbitraje ecuatoriano, se puede resumir que el ejercicio de la jurisdicción implica transversalmente al derecho al debido proceso y con este a la garantía esencial de apelar” (Villacreses Brito, Marroquin Ruiz, & Bermeo Gallegos, 2019).

En el mismo sentido, mediante sentencias No. 124-15-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador, 2015)⁶⁹ y 325-15-SEP-CC⁷⁰ (Corte Constitucional del Ecuador, 2015), adoptó un criterio contrario a lo mencionado previamente. En estos pronunciamientos, dicho Organismo, a través de la acción extraordinaria de protección presentadas por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y el Club Sport Emelec, respectivamente, admitió la posibilidad de impugnar respecto de las acciones de nulidad contra laudos arbitrales. En ambos casos consideró que, al haberse negado a los accionantes el derecho de apelar de la acción de nulidad se produjo la vulneración del derecho constitucional al debido proceso, específicamente no ser privados del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, establecida en el artículo 76, número 7, letra a) de la Constitución.

Esta circunstancia abrió la polémica entre los administradores de justicia, quienes en aplicación del artículo 428 de la Constitución⁷¹, remitieron a la Corte Constitucional mediante consulta de norma para que resuelva sobre la constitucionalidad de los artículos 30 y 31 de la LAM.

Para dicho Organismo resultó complejo dar respuesta a las distintas jurisdicciones sobre esta problemática. Finalmente, en varios fallos la Corte ha reiterado que esta disposición jurídica no es contraria a la Constitución.

⁶⁹ Corte Constitucional del Ecuador, acción extraordinaria de protección planteada por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, casos acumulados No. 1279-11-EP y 1279-11-EP, Sentencia No. 124-15-SEP-CC, 22/04/2015.

⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Acción Extraordinaria de Protección planteada por el Club Sport Emelec, Caso No. 1139-13-EP, Sentencia No. 325-15-SEP-CC, 30/09/2015.

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador. - Art. 428.- “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que, en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

Así, observamos en la sentencia constitucional No. 007-16-SCN-CC, dictada el 28 de septiembre de 2016, dentro de la consulta de norma elevada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Esmeraldas, la Corte Constitucional consideró que existen procesos en los que la ley expresamente no prevé la posibilidad de impugnar, sin embargo, esto no supone una vulneración al derecho constitucional a la tutela efectiva, sino que al contrario, brinda certeza jurídica al proceso⁷² (Corte Constitucional del Ecuador, 2016), de forma que, aunque el derecho a un doble pronunciamiento está reconocido en la Constitución, éste no es absoluto. En razón de lo cual, no es necesario que el legislador establezca recursos en todo proceso, en atención a la naturaleza del mismo⁷³ (Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

Si bien, el fallo referido en el párrafo que antecede ratificó la constitucionalidad del artículo 30 y 31 de la LAM, mediante el control concreto, en la práctica abrió el debate sobre la naturaleza jurídico procesal de la acción de nulidad y su obligatoriedad de agotar la vía previo a activar la tutela constitucional.

Este particular no resultó menor, considerando algunos fallos de la Corte Constitucional que generaron inconsistencias al respecto, lo que será objeto de análisis en el acápite VI. II.

A pesar de estas desavenencias de la Corte Constitucional, actualmente se ha ratificado que los laudos arbitrales no son apelables. En tal sentido, la autoridad *ad quem*, al conocer y resolver la acción de nulidad, como mecanismo de impugnación contemplado en el artículo 31 de la LAM, podrá examinar únicamente los vicios *in procedendo*, en observancia de la tutela al debido proceso y el derecho a la defensa, incurridos durante la sustanciación del procedimiento arbitral.

⁷² Corte Constitucional del Ecuador, *Consulta de norma realizada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Esmeraldas*, Caso No. 0141-14-CN, Sentencia No. 007-16-SCN-CC, 28/09/2016.

⁷³ Corte Constitucional del Ecuador, *Casos acumulados No. 0033-09-CN, 0012-10-CN, 0026-10-CN, 0029-10-CN, 0033-11-CN, 0040-11-CN, 0043-11-CN, 0052-11-CN, 0016-12-CN, 0344-12-CN, 0579-12-CN, 0598-12-CN, 0622-12-CN, 0623-12-CN y 0624-12-CN*, Sentencia No. 008-13-SCN-CC, 14/03/2013.

V. La acción de nulidad y sus causales

Una vez que hemos verificado los tipos de laudos reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y su carácter de inapelables, se debe precisar que dichas decisiones se encuentran sujetas al control jurisdiccional de la justicia ordinaria, aunque los procedimientos arbitrales gocen del principio de la autonomía de la voluntad de las partes; pues, en el caso de producirse una transgresión a la garantía de los derechos fundamentales, la parte agraviada tendrá la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para solicitar su revisión y en el evento que corresponda la anulación del laudo.

De forma que, la acción de nulidad se torna en un mecanismo adecuado y eficaz para la tutela del debido proceso arbitral, al derecho a la defensa y a la seguridad jurídica, cuyo propósito es enmendar y retrotraer el procedimiento al momento en que se produjo el vicio o la vulneración de una garantía constitucional.

En este marco, la intervención del control judicial encuentra su límite en la propia norma aplicable a la materia, que deberá atender a su literalidad para no desvirtuar o invadir la esfera de actuación y decisión del tribunal arbitral.

Para tal efecto, la LAM preceptúa, en el artículo 31, que cualquiera de las partes puede presentar la acción de nulidad del laudo, cuando éste se subsuma en una o varias de las causales taxativamente detalladas *numerus clausus*. Dicha normativa prevé los parámetros para activarla en la vía ordinaria. A continuación, analizaremos cada una de ellas:

La primera causal se refiere a aquellos casos en los que:

- a) *“No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia”*.⁷⁴

⁷⁴ Ley de Mediación y Arbitraje, Artículo 31(a), R.O. 417, 14/12/2006.

La citación, de acuerdo con el artículo 53 del COGEP (Código Orgánico General de Procesos, 2019), es el acto procesal de poner en conocimiento del demandado, el contenido de la demanda y la providencia recaída en ella. En cuanto la forma de practicarse y tiempos procesales, el artículo 11 de la LAM dispone que se realizará conforme a las reglas del COGEP.

Cuando la citación no ha sido realizada conforme estas reglas, tal vicio ha producido la indefensión del demandado, si así ha sido reclamado por éste, el hecho se subsume en esta causal de nulidad del laudo arbitral. Por lo general, puede ocurrir que la citación no se realice en la persona que debe comparecer al proceso, o que se incumplan los términos legales para tal diligencia.

La siguiente causal de nulidad se presenta cuando:

“b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte”.

Al igual que la causal anterior, la falta de notificación debe impedir a una de las partes ejercer su derecho a la defensa, para que sea considerada como causa de nulidad. En la práctica puede ocurrir que el demandado sea citado, pero no notificado con las providencias subsiguientes.

En relación con eso, esta causal tendría tres requisitos. En primer lugar, debe existir una providencia emitida por el tribunal arbitral; en segundo lugar, que esta providencia no se haya notificado a una de las partes; y, finalmente, que esta falta de notificación haya provocado la indefensión de la parte procesal afectada.

Una vez que han confluído estos tres requisitos, podrá invocarse la causal b) para solicitar la nulidad del laudo, ya que se estaría afectando el derecho a la defensa, violentando el principio de contradicción y consecuentemente transgrediendo una de las garantías básicas del derecho al debido proceso, es decir, el principio de inmediación, el cual garantiza la defensa en todas las etapas del procedimiento, conforme lo señalan los artículos 75 y 76, número 7, letra a) de la Constitución de la República.

La causal c) preceptúa como supuesto de nulidad:

“Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse”.

Esta causal supone dos circunstancias. En primer lugar, se encuentra la falta de convocatoria a la audiencia. Esta diligencia es de suma importancia, debido a que se lleva a cabo la práctica de pruebas, y se exponen argumentos acerca de cualquier incongruencia en el proceso. Por estas razones, la falta de audiencia o de la convocatoria, así como la falta de práctica de las pruebas, constituye una afectación directa a las garantías del debido proceso, particularmente el derecho a la defensa.

Por otra parte, la letra d) establece que es causal de nulidad cuando:

“d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”.

Esta causal tiene relación con los vicios procesales de *ultra petita* y/o *extra petita*. Cuando existe alguna de estas circunstancias, el juzgador debe declarar la nulidad del laudo arbitral, debido a las atribuciones que se toman los árbitros resolviendo sobre cuestiones no solicitadas en la demanda por ninguna de las partes, o se excedan en cuanto a sus atribuciones delimitadas por la ley y/o la cláusula compromisoria arbitral. En otras palabras, procede cuando el tribunal arbitral ha ejercido su labor con exceso o con defecto.

Un ejemplo muy conocido de esta causal es la sentencia emitida por el presidente de la Corte Provincial de Pichincha, dentro del caso de Liga Deportiva Universitaria de Loja contra CRATEL, en la que se persiguió la nulidad del laudo arbitral dictado por el tribunal de la Cámara de Comercio de Quito, el juzgador consideró lo siguiente:

“el Tribunal Arbitral ha ejercido su labor con defecto, en la medida en que el contenido de la Cláusula Segunda del Contrato de Cesión de Derechos en el numeral 4to., dice: “Las transmisiones televisivas se efectuarán en directo, salvo caso de fuerza mayor o caso fortuito,

según definición del Código Civil que lo impida”, por tanto, a más de las causales de terminación del contrato establecidas en la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Cesión de Derechos, se determina en la citada Cláusula, un motivo más, en virtud del cual podría incumplirse con el Contrato, sin que medie la voluntad de cualquiera de las partes, esto es el caso de fuerza mayor o caso fortuito, lo cual, no ha sido considerado por el Tribunal Arbitral, que estaba en la obligación jurídica de analizar tal figura jurídica, a fin de cumplir con la garantía de la motivación. En efecto, el accionante/LDUL, sostiene tanto en el proceso arbitral, como en la presente acción de nulidad, que su incumplimiento del Contrato celebrado deviene de una Resolución del Congreso Ordinario de Fútbol emitido por la FEF, órgano al cual pertenece y que tomó la decisión de invalidar los contratos celebrados entre los equipos de fútbol y las empresas televisivas, sin que exista forma de que LDUL impida la emisión de dicha Resolución, lo cual comporta un posible caso de fuerza mayor, que como se explicó, se derivaría de un incumplimiento, sin que medie intención de ninguna de las partes intervinientes, lo cual, no ha sido tratado por parte del Tribunal Arbitral, así como tampoco ha analizado la cláusula de asumir el riesgo, que aludió en audiencia la defensa de la demandada de la presente acción de nulidad, por tanto, el Tribunal ha actuado con defecto al momento de resolver el laudo⁷⁵.

Finalmente, la causal e) se refiere a aquellas circunstancias en las que “se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral”.

Esta causal se refiere a que, es inadmisibles que alguna de las reglas legales o contractuales previstas para la designación de árbitros, sean omitidas o transgredidas. En tal sentido, cada una de las formalidades previstas para este efecto, son solemnidades sustanciales, y su inobservancia causa la nulidad del laudo.

Si el arbitraje es en derecho, todos los árbitros deben ser abogados, y si este requisito es incumplido, la consecuencia directa es la nulidad del laudo.

⁷⁵ Corte Provincial de Pichincha. Presidencia, Causa No. 17100-2017-00005, sentencia de 25/08/2017.

Otro requisito es la presencia de todos los miembros del tribunal al momento de emitirse el fallo.

Un ejemplo de la aplicación de esta causal puede encontrarse en el caso resuelto por el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en relación con el laudo del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, el 13 de marzo del año 2009, en el caso de Quasar Nautica Expeditions S.A., contra Oceanadventures S.A.⁷⁶. En este caso, uno de los miembros del tribunal se encontraba fuera del país, por lo que, a criterio del juzgador, se configuró la causal de nulidad prevista en la letra e).

La necesidad de que las causales de la acción de nulidad se encuentren reconocidas de forma específica, se justifica en la medida de la certeza jurídica que deben producir ante el supuesto de anular una decisión que goza de efectos de cosa juzgada, razón por la cual, en esta materia rige el principio de especificidad o taxatividad, que implica que *“no hay nulidad sin texto; no hay nulidad sin ley”*.

IV. El control constitucional de los laudos arbitrales

La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado en diversos casos que han llegado a su conocimiento para tutelar derechos reconocidos en la Constitución, puesto que, las resoluciones que se emiten en el ámbito del derecho arbitral no escapan de ser susceptibles de vulnerar derechos fundamentales. En tal sentido, la garantía jurisdiccional preferida por antonomasia para efectuar el control a posibles transgresiones de derechos es la acción extraordinaria de protección.

En este aspecto, se analizará: 1) la acción extraordinaria de protección, su fundamento y procedencia; 2) la acción extraordinaria de protección y su procedencia para el control de los laudos arbitrales; 3) la eficacia que reporta el control constitucional sobre el laudo arbitral.

⁷⁶ Corte Provincial de Pichincha. Presidencia, Causa No. 17111-2010-0011, sentencia de 12/05/2011.

VI. I. La acción extraordinaria de protección, su fundamento y procedencia

La acción extraordinaria de protección (AEP) es una garantía jurisdiccional reconocida en la Constitución de la República⁷⁷, que tiene por objeto la tutela de los derechos constitucionales frente a las sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de ley, en los que se evidencie violación de estos derechos.

Desde el punto de vista del Derecho Procesal, la AEP no constituye una instancia adicional en la que se vuelva a discutir sobre el fondo del litigio. Bajo esta premisa, no se trataría de un recurso (al menos ordinario) sino de una acción totalmente independiente y extraordinaria, cuya pretensión es el control a posibles vulneraciones de derechos fundamentales.

Al respecto, la Corte Constitucional, en su sentencia No. 027-09-SEP-CC, de 8 de octubre de 2009, ratificó este criterio, y prohibió expresamente que la AEP se convirtiera en un juicio de instancia. Particularmente consideró que *“este control no significa intromisión en la justicia ordinaria, como pudo ser pensado en algún momento; por el contrario, constituye la protección de los derechos y la vigilancia de la supremacía de la Constitución”*⁷⁸ (Corte Constitucional del Ecuador, 2009).

Ratificando lo señalado, este mismo Organismo estableció en la sentencia No. 1236-14-EP/20 *“no se puede desconocer las competencias de la justicia ordinaria, por lo que la jurisdicción constitucional no constituye una superposición o reemplazo de aquella, ya que esto devendría en desarticular una estructura jurisdiccional establecida en la propia Constitución”*⁷⁹ (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

⁷⁷ Constitución de la República. - Art. 94.- *“La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”*.

⁷⁸ Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, *Acción extraordinaria de protección planteada por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito*, Caso No. 0011-08-EP, Sentencia No. 027- 09-SEP-CC, 08/10/2009.

⁷⁹ Corte Constitucional del Ecuador, *Acción extraordinaria de protección planteada por Maira Pamela Monar Paredes*, Caso No. 1236-14-EP, Sentencia No. 1236-14-EP/20.

En este orden de ideas, la AEP se concibe como una institución que tiene por objeto garantizar la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, mediante el control que realiza la Corte Constitucional a la actividad de los jueces en su labor jurisdiccional. La revisión del proceso tiene por objeto identificar presuntas violaciones a los derechos constitucionales, mas no pronunciarse sobre la apreciación respecto de lo correcto o incorrecto de la sentencia en relación a los hechos, pruebas o del derecho ordinario a aplicar⁸⁰ (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

En adición, es menester precisar que se trata de una verdadera innovación de la Constitución de 2008. Como tal, desde un inicio fue objeto tanto de aplausos como de críticas. Las principales posturas que la defendieron realizaban su característica de ser tuitiva de los derechos vulnerados a través de las actuaciones u omisiones de la función judicial. En cambio, las detracciones generalmente giraban en torno al conflicto con la institución de la cosa juzgada, especialmente respecto de las sentencias de casación.

En todo caso, esta institución habría surgido como una necesidad imperiosa de ejercer control sobre la actuación u omisión de las autoridades judiciales que transgreden los derechos reconocidos por la Constitución. El profesor Agustín Grijalva concuerda con esta postura, y afirma que:

“[para] cumplir su función, el juez debe interpretar la ley conforme a la Constitución y la jurisprudencia constitucional, y eventualmente incluso suspender la aplicación de la ley que considere inconstitucional, pero puede suceder que no haga ni lo uno ni lo otro, o que lo haga inadecuadamente, y entonces viole derechos constitucionales mediante sus decisiones judiciales” (Agustín, 2012).

Aunque pareciera que esta institución jurídica, al ser ampliamente abordada por la doctrina y la jurisprudencia no tendría mayor inconveniente en su aplicación práctica, lo cierto es que sigue generando una serie de interrogantes y discrepancias, principalmente por su carácter vinculante y por el denominado “choque de trenes”. Pese a esto, es menester recalcar que la

⁸⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1121-12-EP/20, de 8 de enero de 2020.

acción extraordinaria de protección es una garantía residual, extraordinaria y procede siempre que se cumplan rigurosamente los requisitos establecidos en la Constitución y en la ley.

El artículo 437 de la Constitución del Ecuador prescribe que, toda persona individual o en forma colectiva podrá presentar la acción extraordinaria de protección, siempre que se trate de autos o resoluciones con fuerza de sentencia y que se demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, los derechos reconocidos en la Constitución⁸¹. En concordancia, el artículo 59 de la LOGJCC dispone que *“La acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso”* (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009). En tal sentido, la legitimación activa de la causa representa una condición necesaria como uno de los requisitos de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección⁸² (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

A su vez, la LOGJCC dispone en el artículo 62, lo que deberá verificar la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para admitir a trámite una acción extraordinaria de protección:

- “1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;*
- 2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;*
- 3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;*

⁸¹ Constitución de la República del Ecuador. - Art. 437.- *“Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.

2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución”.

⁸² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 838-16-EP/21, de 09 de junio de 2021.

4. *Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;*
5. *Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;*
6. *Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley;*
7. *Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,*
8. *Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional”.*

Como se puede observar, la disposición de la LOCGCC obliga a interpretar de forma estricta y rigurosa los requisitos y causales de admisión de la acción extraordinaria de protección con el propósito de evitar que la Corte Constitucional actúe como una instancia adicional o que su ámbito de actuación invada otras esferas que le competen de forma exclusiva a la justicia infra constitucional.

Algunos ejemplos sobre los pronunciamientos que ha tenido la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para inadmitir AEP presentadas en el marco de un procedimiento arbitral, los podemos encontrar en los casos: i) 2866-22-EP; ii) 461-19-EP; iii) 125-22-EP; iv) 1193-22-EP; v) 1413-22-EP; vi) 2847-21-EP; vii) 2681-22-EP; y, viii) 893-21-EP.

VI. II. La acción extraordinaria de protección, su eficacia y procedencia para el control de los laudos arbitrales

Ha medida que se ha ido consolidando el desarrollo jurisprudencial a través de los precedentes que ha emitido la Corte Constitucional del Ecuador, se ha

advertido cierta cautela en su accionar, en especial a la relacionada con el derecho arbitral y el control que ejerce sobre los laudos arbitrales. Es menester resaltar que, la academia y el foro en general ha mostrado un creciente interés por el estudio de la jurisprudencia constitucional, por lo que, a partir de esto, plantearé algunas cuestiones que surgen sobre su eficacia y procedencia de la garantía jurisdiccional contra decisiones arbitrales, al momento de ejercer el control constitucional.

Para Jürgen Habermas, no basta que una norma jurídica exista, sino que cumpla el objetivo para las cuales fue creada (que encauce, limite, garantice y eduque), en síntesis, que sean eficaces en cuanto a una utilidad real en la sociedad y conlleven a la realización del derecho (Habermas, 2005). De modo que, la eficacia jurídica se convierte en la fuerza o capacidad para producir efectos jurídicos, tal como lo expresa Luis Pietro Sanchis, quien resalta la diferencia en la eficacia material de cada norma y los efectos que haya querido atribuir o reconocer la autoridad que la ha producido, como tutelar un derecho (Sanchis, 2005).

En el contexto de las garantías jurisdiccionales, encontramos que el objeto y finalidad de la LOGJCC es regular la jurisdicción constitucional para garantizar los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; garantizar su eficacia y supremacía constitucional⁸³.

Podría suponerse como una problemática que se ha presentado en el último tiempo, no solo a nivel local sino regional, es la excesiva judicialización y la consecuente constitucionalización del arbitraje, tal como lo expone Pablo Rey Vallejo (Rey Vallejo, 2013), quien considera que el arbitraje presenta cuestionables situaciones en Latinoamérica, precisamente porque la constitucionalización desfavorece a la independencia o libertad que deben gozar los MASC.

⁸³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. - Art. 1.- Objeto y finalidad de la ley. – “Esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional”.

Un ejemplo conocido, que evidencia la forma en cómo los mecanismos judiciales podrían representar visos de intervencionismo a la naturaleza del arbitraje, es la sentencia emitida por el presidente de la Corte Provincial de Pichincha, dentro del caso de Liga Deportiva Universitaria de Loja contra CRATEL, en la que se persiguió la nulidad del laudo arbitral dictado por el tribunal de la Cámara de Comercio de Quito, el juzgador consideró lo siguiente:

“el Tribunal Arbitral ha ejercido su labor con defecto, en la medida en que el contenido de la Cláusula Segunda del Contrato de Cesión de Derechos en el numeral 4to., dice: “Las transmisiones televisivas se efectuarán en directo, salvo caso de fuerza mayor o caso fortuito, según definición del Código Civil que lo impida”, por tanto, a más de las causales de terminación del contrato establecidas en la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Cesión de Derechos, se determina en la citada Cláusula, un motivo más, en virtud del cual podría incumplirse con el Contrato, sin que medie la voluntad de cualquiera de las partes, esto es el caso de fuerza mayor o caso fortuito, lo cual, no ha sido considerado por el Tribunal Arbitral, que estaba en la obligación jurídica de analizar tal figura jurídica, a fin de cumplir con la garantía de la motivación. En efecto, el accionante/LDUL, sostiene tanto en el proceso arbitral, como en la presente acción de nulidad, que su incumplimiento del Contrato celebrado deviene de una Resolución del Congreso Ordinario de Fútbol emitido por la FEF, órgano al cual pertenece y que tomó la decisión de invalidar los contratos celebrados entre los equipos de fútbol y las empresas televisivas, sin que exista forma de que LDUL impida la emisión de dicha Resolución, lo cual comporta un posible caso de fuerza mayor, que como se explicó, se derivaría de un incumplimiento, sin que medie intención de ninguna de las partes intervinientes, lo cual, no ha sido tratado por parte del Tribunal Arbitral, así como tampoco ha analizado la cláusula de asumir el riesgo, que aludió en audiencia la defensa de la demandada de la presente acción de nulidad, por tanto, el Tribunal ha actuado con defecto al momento de resolver el laudo”⁸⁴.

⁸⁴ Corte Provincial de Pichincha. Presidencia, Causa No. 17100-2017-00005, sentencia de 25/08/2017.

A su vez, las críticas que se han presentado sobre la constitucionalización del derecho arbitral han girado, particularmente, en torno al debilitamiento de la figura arbitral en el Ecuador, bajo los argumentos generales: i) el costo adicional que representa extender el proceso arbitral a instancias fuera de su órbita; ii) afectación al derecho a la seguridad jurídica pues los jueces no son especializados o conocedores de la naturaleza del arbitraje; iii) contribuye a la congestión de los tribunales de justicia en carga procesal; y, iv) la eventual falta de legitimación pasiva, pues la competencia de los árbitros es temporal.

Si bien, podría ser discutible la intervención de la Corte Constitucional mediante la acción extraordinaria de protección como una de sus garantías jurisdiccionales, su jurisprudencia ha permitido demostrar que los laudos arbitrales dictados en el marco de un proceso arbitral no riñen con los postulados jurídicos ecuatorianos, debido a que, a través de ellos se materializa la protección de las garantías de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República, por lo tanto, su control se sustenta sobre la base del principio de supremacía constitucional⁸⁵ (Corte Constitucional del Ecuador, 2014).

Un ejemplo de aquello lo encontramos en la sentencia No. 481-14-EP/20: El caso inicia por la presentación de una acción de protección por parte de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo (EPMAPA-SD) en contra del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Construcción de Santo Domingo (CENARME-SD) y en contra de Washington Javier Paredes Rugel, en calidad de árbitro único designado dentro del proceso arbitral No. 003-2011-CENARME-SDT. La Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Santo Domingo de los Tsáchilas resolvió aceptar la acción propuesta, declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y como medida de reparación dispuso: i) dejar sin efecto lo actuado a partir de la foja 146 del expediente arbitral; ii) que el árbitro remita el expediente al presidente de la Corte Superior de Justicia de

⁸⁵ La Corte Constitucional ha señalado que “*La supremacía constitucional es uno de los principios característicos de un Estado constitucional de derechos y justicia en el cual, todas las normas y actos del poder público, se encuentran obligadas a mantener conformidad con la Constitución y esta inobservancia, da como resultado su ineficacia jurídica*”. Sentencias No. 155-14-SEP-CC y No. 042-14-SEP-CC.

Santo Domingo de los Tsáchilas, con la finalidad de que conozca la acción de nulidad planteada por el accionante en contra del laudo arbitral. En atención a la apelación interpuesta por la parte accionada, la Sala única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas resolvió rechazar la apelación y confirmó la sentencia subida en grado.

Mediante acción extraordinaria de protección presentada por el director de (CENARME-SD), la Corte Constitucional conoce la causa y tiene la posibilidad de pronunciarse, en lo principal, en el siguiente sentido: *“Esta Corte verifica que los juzgadores de primer y segundo nivel al aceptar la acción de protección, pese a haber sido presentada en contra de un proceso arbitral, inobservaron normas claras, previas y públicas contenidas en los artículos 88 de la Constitución de la República y 42 numeral 6 de la LOGJJ. Más aún, cuando en el fallo el órgano jurisdiccional de primer nivel ordenó al árbitro que remita el expediente arbitral al Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas para que este resuelva la acción de nulidad presentada por la EPMAPA-SD, pese a que en la jurisdicción arbitral ya se había dictado una providencia negando la acción por haberse presentado de forma extemporánea”*.

La Corte Constitucional resolvió: i) aceptar la AEP y declarar la vulneración de los derechos al debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y a la seguridad jurídica; ii) dejar sin efecto las sentencias dictadas en las dos instancias; y, iii) ratificar la medida adoptada en la sentencia No. 308-14-EP/20 que determinó dejar en firme el laudo arbitral dictado por el árbitro del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Santo Domingo de los Tsáchilas dentro del proceso arbitral No. 003-2011. CENARME-SDT (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

Como se puede constatar, mediante este proceso la Corte garantizó los derechos fundamentales violentados por la actuación del operador de justicia al inobservar el marco normativo y constitucional, con lo cual, podríamos afirmar que la acción extraordinaria de protección se convierte en la vía adecuada e idónea para tutelar derechos.

Es por esta razón, que la Corte ha señalado, de forma reiterada, que la AEP es el medio idóneo para impugnar laudos arbitrales, considerando, como punto de partida, que la resolución arbitral constituye una decisión que tiene efecto de cosa juzgada, por lo que, incluso cumple con el parámetro exigido en el artículo 58 de la LOGJCC⁸⁶.

Tal como se desprende de la sentencia No. 169-12-SEP-CC, dentro del caso No. 1568-10-EP, en que la Corte Constitucional determinó: “... *los laudos arbitrales tienen la misma fuerza que una sentencia ejecutoriada, lo que determina que sí pueden ser impugnados por medio de la acción extraordinaria de protección. Lo que resta preguntar es si los laudos pueden ser impugnados directamente por medio de la acción extraordinaria de protección, o si se requiere necesariamente la interposición de la acción de nulidad de los mismos, como requisito previo a su interposición...*” (Corte Constitucional del Ecuador, 2012).

A pesar de que, la jurisprudencia constitucional solventó la discusión sobre la procedencia de las acciones extraordinarias de protección contra laudos arbitrales, abrió otra situación particularmente cuestionable que giraba en torno a si los laudos podían ser impugnados directamente por acción extraordinaria de protección o debía agotarse la acción de nulidad como requisito previo.

En este punto, es oportuno señalar que la Corte Constitucional ha manifestado que la jurisdicción constitucional no implica una superposición o reemplazo a las competencias de la justicia ordinaria, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución, en consecuencia, con la finalidad de que las acciones constitucionales cumplan los requisitos básicos contemplados en la Carta Fundamental, determinó, que la acción extraordinaria de protección procedía, únicamente, sobre la decisión judicial calificada conforme al artículo 94 *ibídem*, “*dicha calificación incluye, por tanto, que sea una sentencia, auto definitivo o resolución con fuerza de sentencia sobre la cual se hayan agotado los*

⁸⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. - Art. 58.- Objeto. – “*La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución*”.

recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de los mismos no fuere producto de la negligencia del legitimado activo⁸⁷, (énfasis en original) (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

No obstante, nos encontramos con algunas decisiones constitucionales que fueron objeto de críticas por su obscuridad o ciertas contradicciones que se evidenciaron, por ejemplo: en las sentencias No. 113-1-SEP-CC⁸⁸ (Corte Constitucional del Ecuador, 2015) y 174-17-SEP-CC⁸⁹ (Corte Constitucional del Ecuador, 2017), la Corte Constitucional resolvió sobre los méritos de los casos, sin establecer o pronunciarse respecto a la posibilidad de impugnar directamente el laudo mediante AEP o si debían los accionantes agotar la acción de nulidad.

En otro ejemplo, se puede citar la sentencia No. 302-15-SEP-CC, a través de la cual se estableció que el juez que conocía la acción de nulidad del laudo arbitral podía resolver sobre causales no previstas en el artículo 31 de la LAM, puesto que el juez está al servicio de la satisfacción de los derechos constitucionales en un Estado constitucional de derechos y justicia. En consecuencia, se lo facultó para revisar el laudo por cuestiones como: i) la falta de competencia del tribunal arbitral por la violación del derecho establecido en el literal k), numeral 7 del artículo 76 de la CRE; y, ii) la falta de motivación en el laudo arbitral por la vulneración del derecho previsto en el literal l) numeral 7 del artículo *ibidem*⁹⁰ (Corte Constitucional del Ecuador, 2016), pero incluso incorporó como requisito previo a la presentación de la AEP, agotar la acción de nulidad en todos los casos.

⁸⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1944-12-EP/19, 5 de noviembre de 2019.

⁸⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 113-15-SEP-CC, de 8 de abril de 2015, resolvió la acción propuesta contra el laudo arbitral, declarando la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de ser juzgado por juez o autoridad competente y el derecho a la seguridad jurídica, sin pronunciarse sobre el agotamiento de la acción de nulidad, o lo inadecuado o ineficaz que dicha acción resultaba para tutelar los derechos del accionante.

⁸⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 174-17-SEP-CC, 7 de junio de 2017, resolvió desestimar la acción, no obstante, no se observa ningún pronunciamiento sobre el requisito de agotamiento de recursos, especialmente porque la impugnación contra el laudo versaba sobre una supuesta falta de citación.

⁹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 302-15-SEP-CC, de 16 de septiembre de 2015.

Posteriormente, y con la finalidad de corregir estas inconsistencias, la Corte Constitucional se apartó expresamente de las sentencias referidas en los párrafos que anteceden, sosteniendo que tales pronunciamientos atentaban contra la taxatividad que tienen las causales de la acción de nulidad, las que constituyen un efecto del principio de intervención judicial mínima que precisamente limita la interferencia injustificada de la justicia ordinaria en el arbitraje.

Específicamente, la sentencia No. 323-13-EP/19, señaló: “... *el carácter taxativo de las causales de la acción de nulidad garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las partes procesales del arbitraje, quienes requieren certidumbre sobre las normas jurídicas bajo las cuales se efectuará el control judicial del laudo, así como el principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución del Ecuador, según el cual el juez que conoce la acción de nulidad del laudo puede ejercer sólo las competencias y facultades que se le han atribuido en la Constitución y la ley*”⁹¹ (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

Del mismo modo, la sentencia No. 31-14-EP/19⁹² puntualizó “*esta Corte reafirma que, para efectos de la aplicación del numeral 3 del artículo 61 de la LOGJCC y del artículo 94 de la CRE, la acción de nulidad debe ser agotada exclusivamente por cuestiones subsumibles a las cinco causales indicadas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación previo a la interposición de la acción extraordinaria de protección contra el laudo, al menos que la vulneración de derechos no esté relacionada a las causales legalmente previstas y por tanto, no pueda ser enmendada a través de tal medio de impugnación*” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

Por último, la sentencia 308-14-EP/20, sintetizó y consolidó los criterios jurisprudenciales que se habían emitido hasta el momento, en el siguiente sentido: i) los laudos y decisiones arbitrales son actos jurisdiccionales y, en dicha medida, no es procedente impugnarlos ni dejarlos sin efecto a través de acciones de protección; ii) las controversias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los tribunales arbitrales, mientras que la resolución

⁹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 323-13-EP/19, de 19 de noviembre de 2019.

⁹² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 31-14-EP/19, de 19 de noviembre de 2019.

de las acciones de nulidad de laudo arbitral corresponde en única instancia al presidente de la Corte Provincial, quien verificará exclusivamente las causales expresadas en la ley de la materia; iii) la acción de nulidad debe ser presentada ante el árbitro o tribunal arbitral para que éste califique su oportunidad; iv) los presidentes de las Cortes Provinciales deben asegurar su competencia, pudiendo sustanciar, únicamente, las presentadas oportunamente y bajo las causales determinadas en la ley para el efecto; v) los presidentes de las Cortes Provinciales deberán procurar citar a todos los intervinientes en la causa, en especial a los legitimados pasivos, para que estos puedan ejercer a cabalidad su derecho a la defensa y demás derechos relacionados al debido proceso; y, vi) los árbitros, jueces y en general todos los órganos jurisdiccionales tienen el deber irrestricto de procurar garantizar el debido proceso y tutela judicial efectiva, cada uno en el marco de sus competencias “y a evitar indebida interacción entre la justicia constitucional o justicia ordinaria al sistema arbitral cuya mala práctica conlleva a desnaturalizar las acciones constitucionales o legales”⁹³ (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

Resulta imperativo resaltar, que la Corte Constitucional en función de limitar el abuso o la desnaturalización de la acción extraordinaria de protección, estableció:

“Si bien las personas jurídicas de derecho público tienen legitimación para reclamar derechos de protección en su dimensión procesal a través de la acción extraordinaria de protección, el ejercicio de esta acción debe ejercerse con suma responsabilidad. Esta responsabilidad conlleva que las demandas de acción extraordinaria de protección, especialmente aquellas formuladas por las entidades públicas, deben contener argumentos que permitan a esta Magistratura el análisis de vulneraciones a derechos constitucionales adjetivos por acciones u omisiones judiciales. Si las entidades de la administración pública presentan demandas de acción extraordinaria de protección sin esgrimir argumentos relativos a la vulneración de derechos constitucionales, en las que se busque convertir a la acción extraordinaria de protección

⁹³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 308-14-EP/20, de 19 de agosto de 2020.

*en una nueva instancia, es claro que se podría producir un abuso del derecho, además de que se entorpece el adecuado funcionamiento de la administración de justicia constitucional*⁹⁴ (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

Como se ha puesto de manifiesto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha permitido, en el tiempo, establecer parámetros claros respecto a las causales de procedencia de la acción de nulidad contra laudos arbitrales y la acción extraordinaria de protección, su ámbito de actuación en el amparo eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y, en el caso que corresponda, establecer las reparaciones integrales por los daños ocasionados.

En atención a todo lo expuesto y en un ejercicio ilustrativo, se detallan las sentencias más citadas, que muestran la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción extraordinaria de protección y en el caso que corresponda controvertir tanto la decisión jurisdiccional como el laudo arbitral.

| | | |
|-----------------|-----------------|-----------------|
| • 16-12-SEP-CC | • 308-14-EP/20 | • 2120-16-EP/21 |
| • 323-13-EP/19 | • 1758-15-EP/20 | • 638-17-EP/21 |
| • 31-14-EP/19 | • 1573-15-EP/21 | • 295-16-EP/23 |
| • 1737-16-EP/21 | • 707-16-EP/21 | • 2520-18-EP/23 |
| • 2822-28-EP/23 | • 1010-18-EP/23 | |

⁹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2120-16-EP/21, de 1 de septiembre de 2021.

CONCLUSIONES

Con la finalidad de resumir algunas cuestiones sobre las que he intentado introducir el valor que representa el control que realiza la Corte Constitucional a los laudos arbitrales y en general al proceso arbitral como tal, he enfocado mi análisis en función de 6 temas: 1. El Principio de la autonomía de la voluntad de las partes; 2.- Los beneficios que reporta el arbitraje en el Ecuador; 3.- La naturaleza jurídica del laudo arbitral; 4.- Sobre el carácter inapelable del laudo arbitral; 5.- La acción de nulidad y sus causales; 6.- El control constitucional de los laudos arbitrales, 6.1.- La acción extraordinaria de protección, su fundamento y procedencia, 6.2.- La acción extraordinaria de protección, su eficacia y procedencia para el control de los laudos arbitrales

En atención a lo expuesto, podemos concluir lo siguiente:

1. A pesar de que el laudo arbitral produce los mismos efectos de una sentencia judicial expedida por jueces ordinarios, el laudo es definitivo e inapelable. Esta premisa generó debates académicos y pronunciamientos jurisprudenciales en torno al derecho constitucional de apelar de las decisiones judiciales, por esta razón es menester señalar que este derecho no constituye una garantía absoluta, sino por el contrario se encuentra sujeto a una configuración legislativa, dentro del marco constitucional y de instrumentos internacionales de derechos humanos, tal como lo ha señalado la actual Corte Constitucional. Dicho de otra manera, los procesos en los cuales no es posible recurrir no implica una vulneración de derechos constitucionales. En ese sentido, el laudo proveniente de un proceso arbitral constituye la manifestación expresa del principio de la autonomía de la voluntad, mediante el cual las partes a través de una cláusula compromisoria o convenio arbitral renuncian someter sus controversias a la justicia ordinaria, delegándola a terceros; por lo tanto, quienes optan por este método alternativo de solución de conflicto, conocen que la decisión es definitiva y de única instancia.

2. La acción de nulidad del laudo arbitral no constituye una instancia adicional, en tanto que al presidente de la Corte Provincial no le está

permitido revisar el fondo del laudo, sino únicamente un control de legalidad del mismo, con base en las causales determinadas en el artículo 31 de la LAM.

3. Las causales de nulidad del laudo están taxativamente establecidas por el artículo 31 de la LAM, y a la Corte Provincial le está vedado pronunciarse sobre vicios que no guarden relación con dicho catálogo. Al respecto, la Corte Constitucional ha ido evolucionando en cuanto a sus fallos, y si bien en algunos casos ha considerado que la Corte Provincial podría analizar vicios constitucionales, actualmente no cabe duda de que esta labor es exclusiva de la justicia constitucional.

4. La Corte Constitucional ha reiterado, en varias ocasiones a través de sus fallos, la proscripción de los accionantes en el abuso o la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales, con la finalidad de evitar invadir esferas privativas de la justicia ordinaria o convencional, pues ello devendría en desarticular la estructura normativa establecida en la Constitución.

5. Los actos del poder público se sustentan en el principio de supremacía constitucional, característico de un Estado constitucional de derechos y justicia, su inobservancia acarrea su ineficacia jurídica, por lo tanto, si bien la Corte Constitucional ha afianzado el criterio de la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales, su límite de actuación consistirá exclusivamente en la verificación de violaciones a derechos fundamentales.

Bibliografía

- Agustín, G. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador. Pesamiento jurídico contemporáneo*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional (CEDEC).
- Alessandri, A. (2004). *De los Contratos*. Chile: Temis S.A.
- Bajaña Tovar, F. (2019). El problema de la corrección en el arbitraje en equidad: una propuesta de modelo descriptivo. *Revista ecuatoriana de arbitraje*, No. 10.
- Código Civil*. (2005 (octava edición)).
- Código Orgánico General de Procesos*. (2019). Registro Oficial.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008).
- Constitución de la República del Ecuador, Art. 66*. (2008).
- Corte Constitucional del Ecuador*. (8 de octubre de 2009). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=027-09-SEP-CC>
- Corte Constitucional del Ecuador*. (26 de abril de 2012). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=169-12-SEP-CC>
- Corte Constitucional del Ecuador*. (14 de marzo de 2013). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=008-13-SCN-CC>
- Corte Constitucional del Ecuador*. (28 de octubre de 2014). Obtenido de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=155-14-SEP-CC#:~:text=Supremac%C3%ADa%20Constitucional%3A%20La%20supremac%C3%ADa%20constitucional,inobservancia%2C%20da%20como%20resultado%20su>

Corte Constitucional del Ecuador. (22 de abril de 2015). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=124-15-SEP-CC>

Corte Constitucional del Ecuador. (30 de septiembre de 2015). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=325-15-SEP-CC>

Corte Constitucional del Ecuador. (15 de mayo de 2015). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=113-15-SEP-CC>

Corte Constitucional del Ecuador. (28 de diciembre de 2016). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=007-16-SCN-CC>

Corte Constitucional del Ecuador. (3 de junio de 2016). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=302-15-SEP-CC>

Corte Constitucional del Ecuador. (30 de junio de 2017). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=174-17-SEP-CC>

Corte Constitucional del Ecuador. (29 de noviembre de 2019). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=1944-12-EP/19>

Corte Constitucional del Ecuador. (19 de noviembre de 2019). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=323-13-EP/19>

Corte Constitucional del Ecuador. (22 de noviembre de 2019). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=31-14-EP/19>

Corte Constitucional del Ecuador. (6 de marzo de 2020). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoriaaspx?numdocumento=1236-14-EP/20>

Corte Constitucional del Ecuador. (8 de enero de 2020). Obtenido de [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/5cc5d988-5460-4403-bb05-613cd672bde9/1121-12-EP-20%20\(1121-12%20-EP\).pdf](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/5cc5d988-5460-4403-bb05-613cd672bde9/1121-12-EP-20%20(1121-12%20-EP).pdf)

Corte Constitucional del Ecuador. (27 de noviembre de 2020). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoriaaspx?numdocumento=481-14-EP/20>

Corte Constitucional del Ecuador. (31 de agosto de 2020). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoriaaspx?numdocumento=308-14-EP/20>

Corte Constitucional del Ecuador. (16 de junio de 2021). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoriaaspx?numdocumento=838-16-EP/21>

Corte Constitucional del Ecuador. (1 de septiembre de 2021). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoriaaspx?numdocumento=2120-16-EP/21>

Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

Harbermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

Jara Vásquez, M. E. (2017). *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley de Arbitraje y Mediación. (2018).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Registro Oficial.

- Pallares Bossa, J. (2003). *Arbitraje conciliación y resolución de conflictos: teoría, técnicas y legislación*. Bogotá: Leyer.
- Rey Vallejo, P. (2013). El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización. *Revista Javieriana*, 199-237.
- Romero, S. (1999). *Nociones generales sobre la justicia arbitral*. Chile: Revista Chilena de Derecho.
- Sanchis, L. P. (2005). *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Villacreses Brito, G. A., Marroquin Ruiz, M. P., & Bermeo Gallegos, G. A. (2019). Inconstitucionalidad de la inapelabilidad de los laudos en Ecuador. *USFQ Law Review*, 257-283.

EL ROL DE LOS JUECES ORDINARIOS AL TRAMITAR LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Verónica Rodríguez Barco⁹⁵

RESUMEN

En el presente artículo se aborda la convergencia entre el derecho contitucional y el arbitraje para centrarse en las sentencias de la Corte Constitucional relativas a la excepción procesal de existencia del convenio arbitral.

Palabras clave: arbitraje, excepción procesal, convenio arbitral.

1. Convergencia del derecho constitucional y el arbitraje

El acto de pactar arbitraje presupone la renuncia al juez natural del caso concreto, sin que por ese motivo deba entenderse que ha operado una renuncia a la tutela judicial efectiva, pues el arbitraje no es ajeno a las garantías constitucionales que se reconocen a favor de todos los justiciables en procesos donde se resuelve sobre sus derechos.

Sobre este punto la doctrina ha señalado que “*respecto a la aplicación y la interpretación de las normas, el juicio del árbitro no se diferencia en nada*”

⁹⁵ Verónica Rodríguez es abogada graduada en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y es Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas por la Universidad Pompeu Fabra. Fue asesora en la Corte Constitucional del Ecuador, y actualmente se desempeña como asociada del Estudio Jurídico Coronel & Pérez, es árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, y docente de la facultad de derecho de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

de aquello realizado por los jueces y tribunales del estado” (Merino Merchán, 2009, pág. 94).

Desde este punto de vista, el mismo autor subraya que “*la comparación laudo/sentencia puede considerarse plenamente paritaria en lo que atañe al aspecto lógico-racional y al carácter decisorio que guardan ambos tipos de resoluciones*” (Merino Merchán, 2009, pág. 48).

En la misma línea, la Corte Constitucional del Ecuador (“Corte Constitucional” o “Corte”) ha reconocido que si bien el arbitraje es un mecanismo ágil, flexible y con reglas propias, al tratarse de un proceso en el cual se plantean y resuelven pretensiones, “*la voluntad de las partes encuentra sus límites en la observancia y respeto a principios rectores, principalmente, aquellos relacionados al debido proceso arbitral y sus garantías*” (Sentencia No. 2573-17-EP/21, 2021, pág. 14).

De ahí que, con absoluta coherencia la Corte Constitucional ha reconocido que el control judicial estatal alcanza a las actuaciones de los árbitros cuando de ellas se desprenda una vulneración de índole constitucional.

Concretamente, la Corte determinó que “*cuando se trate de una vulneración de derechos que no pueda ser reparada a través de la acción de nulidad del laudo, queda disponible la acción extraordinaria de protección como un remedio procesal excepcional para que la Corte Constitucional efectúe el respectivo control de la actividad jurisdiccional de los árbitros*” (Sentencia No. 31-14-EP/19, 2019, pág. 11).

Concordantemente, la Corte señaló en un caso similar que “*los árbitros están, en todo momento, obligados a observar y hacer respetar los derechos y garantías constitucionales siguiendo las exigencias de fuerza normativa y supremacía constitucional*”. Añadiendo que, “*es su deber velar porque a lo largo de los procesos arbitrales y en sus laudos se garanticen los derechos constitucionales y el debido proceso constitucional*” (Sentencia No. 323-13-EP/19, 2019).

En el marco de tales reglas jurisprudenciales, la Corte se ha visto avocada a analizar diversos casos que se originan en procesos arbitrales o que se

relacionan a ellos, y en aras de cumplir con su labor principal de hacer efectivos los derechos constitucionales, la Corte ha resuelto problemas jurídicos sobre temas relevantes para la correcta práctica arbitral, entre ellos, el rol de los jueces al conocer sobre la *excepción de incompetencia por la existencia de un convenio arbitral*, lo cual será materia de análisis en este artículo.

2. La excepción de existencia de un convenio arbitral

El convenio arbitral es la fuente contractual que fundamenta la jurisdicción de los árbitros para conocer y resolver -todas o algunas- controversias -surgidas o que puedan surgir- con respecto a una determinada relación jurídica. Asimismo, la existencia del convenio arbitral para determinadas disputas aparta del conocimiento de estas a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Estos son los llamados efectos positivos y negativos del convenio arbitral, siendo el primero de ellos la manifestación del principio *pacta sunt servanda* en virtud del cual “*el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado*”. El efecto negativo por su parte “*impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*” (Cremades Sanz-Pastor, 2014, pág. 101)

Bajo ese contexto, el profesor Torres Zagal sostiene que “*el convenio arbitral produce el efecto de derogar la jurisdicción de los tribunales ordinarios respecto de las materias comprometidas en ella, lo que se materializa en la excepción de falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios*” (Torres Zagal, 2021, pág. 46).

En otras palabras, la incompetencia del juez ordinario ante la existencia de un convenio arbitral no puede ser declarada de oficio, sino que debe ser invocada por la parte a quien interese y además debe sostenerse en la forma de una excepción procesal conforme a la legislación especial aplicable.

En la legislación procesal general la existencia de un convenio arbitral se encuentra expresamente reconocida como excepción previa, a saber “[s]olo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes 10. Existencia de

convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación” (Código Orgánico General de Procesos (COGEP), 2015, Art. 153).

Asimismo, la ley especial de la materia arbitral ha diseñado el trámite específico que deben seguir los jueces ordinarios ante el evento de que una de las partes formule la excepción de existencia de convenio arbitral.

Concretamente, la Ley de la materia establece que, en el evento de haber sido propuesta dicha excepción, el juez deberá correr traslado a la otra parte, exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art. 8).

El mismo artículo adicionalmente dispone que la omisión de la parte interesada de formular la excepción de existencia de convenio arbitral comporta la renuncia tácita del convenio arbitral.

3. Relevancia constitucional del cumplimiento del trámite a seguir cuando una parte se exceptiona con la existencia de convenio arbitral en la justicia ordinaria

Como se anticipó en la primera sección de este artículo, la Corte Constitucional ha desempeñado un rol predominante a la hora de zanjar problemáticas que se presentaban en la práctica arbitral y que devenían en vulneraciones constitucionales. Este esfuerzo del máximo organismo constitucional coadyuva en la eficacia del sistema arbitral y de los derechos de las partes involucradas.

En el tema que nos ocupa, la Corte aclaró que existe trascendencia constitucional cuando un juez inobserva el trámite previsto en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación para sustanciar y resolver la excepción de incompetencia por existencia de convenio arbitral.

Particularmente, la Corte ha sido consistente en identificar que la inobservancia al mencionado trámite comporta una violación del derecho a la

seguridad jurídica, y como consecuencia de ello, la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía al juez competente. Esto es así, porque se frustran los efectos del convenio arbitral, concretamente el de que sean los árbitros los que determinen su competencia a la luz del principio *kompetenz-kompetenz*.

La postura adoptada por la Corte Constitucional está alineada a la tesis ampliamente aceptada por la doctrina de que son árbitros los llamados a interpretar el alcance de los convenios arbitrales con la finalidad de declarar su propia competencia o incompetencia. Esto como consecuencia del ya mencionado principio de origen alemán *Kompetenz-Kompetenz*, entendido como “*la potestad del árbitro para pronunciarse su propia competencia*” (Torres Zagal, 2021, pág. 79). Así como también en el precepto legal establecido en el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y mediación.

El ejercicio hermenéutico de la Corte para establecer las reglas sobre el rol de los jueces al sustanciar la excepción en cuestión, y su incidencia en múltiples derechos constitucionales, se muestra de manera uniforme en sus sentencias, algunas de las cuales se pasan a explicar a continuación:

3.1. Caso de incumplimiento de contrato civil entre particulares

Dentro de un proceso civil por incumplimiento de contrato planteado contra una empresa de turismo, los jueces de segundo nivel se extralimitaron en sus facultades al resolver que la cláusula arbitral invocada por el demandado era patológica, y revocar la decisión del juez de primer nivel que había aceptado la excepción de incompetencia al constatar la existencia de un convenio arbitral.

En dicho caso, la Corte Constitucional consideró que la actuación de los jueces de segundo nivel configuró una vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de ser juzgado por una o un juez independiente, imparcial y competente, dado que “*al que le correspondía pronunciarse sobre el convenio arbitral es al tribunal arbitral, mas no a la justicia ordinaria, ya que, según el principio kompetenz-kompetenz, el tribunal arbitral es el primero*

en resolver sobre su competencia. Por lo que, el análisis sobre la suficiencia y validez de la cláusula arbitral y, por ende, la determinación de si la cláusula arbitral era o no patológica o si el tribunal arbitral era competente o no para conocer la controversia, es un asunto que no le correspondía a la justicia ordinaria (Sentencia No. 1737-16-EP/21, 2021, pág. 9).

3.2 Caso de reembolso del valor pagado por la ejecución de una póliza

En el marco de un caso planteado por una aseguradora contra un particular para reclamar el reembolso del valor pagado por la ejecución de una póliza de buen uso de anticipo. La Corte Constitucional analizó las vulneraciones constitucionales que se habrían generado en dicha causa judicial por cuanto la jueza de primera instancia desconoció la existencia de la cláusula arbitral, y la Sala superior se pronunció sobre el alcance o eficacia del convenio arbitral, y le otorgó la calidad de potestativa a la cláusula.

Al respecto, la Corte anotó que “[n]i la jueza de primera instancia ni los jueces provinciales están facultados para pronunciarse sobre el convenio arbitral en sí mismo, al resolver la excepción de incompetencia debieron solamente verificar la existencia del convenio arbitral, entendiendo que ante la duda debe prevalecer el arbitraje, bajo el principio *in dubio pro arbitri*, recogido en los artículos 7 y 8 de la LAM” (Sentencia No. 707-16-EP/21, 2021, pág. 10).

En el mentado caso, la Corte declaró la vulneración al debido proceso en las garantías del cumplimiento de normas y derechos de las partes, de ser juzgado por el juez competente, y del derecho a la seguridad jurídica, considerando que “*las partes ya establecieron de manera voluntaria someter sus diferencias ante la jurisdicción de los árbitros, quienes son los únicos facultados para interpretar el alcance o eficacia del convenio arbitral*”.

3.3 Caso contravencional por supuesta violación a los derechos del consumidor

Este caso inició con la denuncia de un particular contra un consorcio y un fideicomiso por cuanto éstos últimos supuestamente le habrían despojado de su vehículo. En el proceso constitucional ante la Corte, el consorcio que planteó la demanda de acción extraordinaria de protección alegó la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía a observar el trámite propio de cada procedimiento, por cuanto el juez de contravenciones no cumplió el trámite previsto en el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación al declarar nulo el convenio arbitral y además omitir su obligación de escuchar a las partes.

Al analizar el caso, la Corte consideró que *“dado que del expediente se observa que el accionante invocó la excepción de existencia de convenio arbitral, lo que correspondía, justamente, era que el Comisario, en aplicación al artículo 8 de la LAM, corra traslado a la contraparte; abra el término a prueba por el plazo de 3 días, con la finalidad de que las partes presenten la evidencia que estimen pertinente a fin de demostrar sus afirmaciones frente a la excepción planteada; y, habiéndose formado un criterio frente a esta última, dicte una resolución. Por todo lo anterior, se evidencia que en el presente caso se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de observancia del trámite propio de cada procedimiento”* (Sentencia No. 1758-15-EP/21, 2020, pág. 9).

En consonancia con lo expuesto, en la misma sentencia la Corte enfatizó en que *“[l]a potestad de pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral, así como su alcance, está reservada exclusivamente a los árbitros o tribunales arbitrales, en virtud del principio kompetenz-kompetenz, recogido en el artículo 22 de la LAM. En este sentido, cuando un juez conoce y resuelve la excepción de convenio arbitral, no le corresponde entrar a pronunciarse sobre el convenio en sí mismo (alcance y validez) (...)”*.

Finalmente, la Corte resolvió que la inobservancia al trámite establecido en el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación configuró la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, y a la garantía del juez competente.

4. Conclusiones

- 4.1 Aunque el arbitraje es una representación del derecho de libertad contractual, éste no es absoluto y tanto las partes al diseñar las reglas de procedimiento, como los árbitros al dirigir y resolver el arbitraje no pueden transgredir los preceptos procesales que son de orden público.
- 4.2 La Corte Constitucional en el ámbito de sus competencias ha acentuado los principios que caracterizan al arbitraje como el *Kompetenz-Kompetenz*, y *pro arbitri*. Esto es así porque ha delimitado las facultades de los jueces en torno a la excepción de incompetencia por la existencia de un convenio arbitral en aras de precautelar el respeto al debido proceso arbitral.
- 4.3 La violación del trámite establecido en el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación configura una afectación directa al contenido de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al debido proceso en las garantías al juez competente, y al cumplimiento del trámite propio de cada procedimiento.

5. Bibliografía

- Torres Zagal, Ó. (2021). *El Proceso Arbitral*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Merino Merchán, J. F. (2009). *Curso de Derecho Arbitral*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia No. 31-14-EP/19, caso No. 31-14-EP.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 2573-17-EP/21, caso No. 2573-17-EP.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia No. 323-13-EP/19, caso No. 323-13-EP.
- Cremades Sanz-Pastor, J. A. (2014). *El Arbitraje de Derecho Privado en*

España. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2022 de mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos (COGEP). *Código Orgánico General de Procesos (COGEP)*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 506.

Asamblea Nacional del Ecuador. (14 de diciembre de 2006). Ley de Arbitraje y Mediación. Ecuador: Registro Oficial 417.

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 1737-16-EP/21, caso No. 1737-16-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. (2020) Sentencia No. 1758-15-EP/21, caso No. 1758-15-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. (2021) Sentencia No. 707-16-EP/21, caso No. 707-16-EP.

Capítulo 3

EL ARBITRAJE Y EL ESTADO

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN ENTRE ESTADO Y PARTICULARES, ESPECIAL MENCIÓN AL NUEVO REGLAMENTO Y SU APLICACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR

Daniel López Suárez⁹⁶

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Nuevas Reglas. **III.** Autorización de la Procuraduría General del Estado. **IV.** Nuevo Modelo de Pliegos para contratación pública contiene convenio arbitral. **V.** Nuevas reglas para Mediación con entidades del sector público. **VI.** No todo quedó tan claro, existen dudas. **VII.** Conclusiones y Recomendaciones.

RESUMEN: El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, en su corto período de aplicación desde su entrada en vigencia, ha provocado un resurgimiento en el arbitraje y la mediación como mecanismos eficientes para solucionar controversias en materia de contratación pública en Ecuador. En

⁹⁶ Máster en Derecho de Contratación Pública por Universidad de Castilla-La Mancha, España; Master en Derecho de los Negocios por ADEN University Business School, Centro Adscrito de la Universidad Politécnica de Catalunya, España, y a The George Washington University, School of Business, Especializado en Litigation Skills Program por American University - Washington College of Law, Postgrado de Derecho Administrativo Universidad Andina Simón Bolívar, Abogado Universidad Católica del Ecuador, Co-autor del Manual de Contratación Pública, Autor del Manual ABC del Emprendimiento, Consultor jurídico del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD y Contribuyente del Banco Mundial, Profesor de Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito, Ex asesor del despacho del Procurador General del Estado, Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Árbitro y Director del Centro de Arbitraje y Mediación Fedexpor, Director del Centro de Arbitraje y Mediación FEDEXPOR, Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, Abogado rankeado por las prestigiosas publicaciones internacionales CHAMBERS AND PARTNERS, LEGAL500 y LEADERS LEAGUE como un profesional destacado en Resolución de disputas en Ecuador, y en ésta última como el abogado mejor rankeado del Ecuador en Litigio Administrativo. Actualmente Socio fundador y Managing Partner de LÓPEZ RIBADENEIRA MORA Abogados.

este trabajo se analizarán las nuevas reglas de aplicación incorporadas en el mencionado Reglamento para procesos de arbitraje y mediación con entidades del sector público ecuatoriano, compartiendo al final ciertas dudas sobre su aplicación y conclusiones.

Palabras clave: Arbitraje, Mediación, Contratación Pública, Transigibilidad, Arbitrabilidad, Autorización de Procuraduría General, Acto Administrativo.

Introducción

En Ecuador, con el relativamente nuevo Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación⁹⁷, el arbitraje y la mediación regresaron como mecanismos eficientes para solucionar controversias en materia de contratación pública en Ecuador. Con este reglamento, ahora sí las partes podrán evitar juicios engorrosos e interminables en los Tribunales Contencioso Administrativos, pactando en el contrato acudir a mediación y arbitraje para solucionar posibles controversias con las entidades estatales.

Sin duda el lector se preguntará: Si el arbitraje y la mediación “regresaron” para esta finalidad en Ecuador, ¿cuándo se fueron? Yendo más allá, el lector entendido en la materia seguro afirmará: ¡pero siempre estuvieron a disposición de las partes! Este análisis pretende responder la primera pregunta, así como aclarar qué tan cierta es la segunda afirmación.

¿Cuáles son las características más relevantes del arbitraje y la mediación como mecanismos alternativos de solución de conflictos? A mi criterio, los siguientes: 1. Voluntarios, 2. Alternativos; y, 3. Son Títulos de ejecución (en Ecuador). Hago esta introducción por la importancia que tienen estos tres aspectos en relación al tema a tratar en este artículo: su aplicación en controversias con el Estado.

Antes de avanzar, es importante destacar que no existía reglamento a esta ley desde su vigencia, hace más de 20 años, durante los cuales no es exagerado

⁹⁷Decreto Ejecutivo No. 165 por el presidente de la República el 18 de agosto de 2021.

afirmar que los últimos 15 años el arbitraje fue satanizado y rechazado por las autoridades públicas de turno como método alternativo de solución de conflictos con entidades públicas. Vamos a cumplir un año con este nuevo reglamento en vigencia y las diferencias se notan, mucho más en procesos de mediación, pero también en arbitrajes. A continuación, comentaremos sobre las nuevas reglas para procesos de arbitraje y mediación con entidades del sector público ecuatoriano y los principales cambios vigentes, compartiendo al final ciertas dudas sobre su aplicación y conclusiones.

II. Nuevas Reglas:

El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación aporta nuevas e interesantes reglas de aplicación, siendo a mi criterio las principales, para efectos de procedimientos alternativos de solución de conflictos con el Estado, las siguientes:

- Las entidades públicas pueden someterse a arbitraje, nacional o internacional, antes o después del surgimiento de la controversia, o cuando la ley o un tratado internacional así lo permitan.
- Se requerirá autorización previa del Procurador General del Estado para someter la controversia a arbitraje únicamente cuando la controversia ya haya surgido, o cuando el arbitraje sea internacional.
- La autorización para arbitraje internacional no calificará la conveniencia o no del arbitraje, sino solamente que el convenio arbitral no contravenga, en materia de arbitraje, la legislación del lugar de sede escogido.
- Cuando se pacte arbitraje con una entidad pública, los árbitros tendrán competencia exclusiva para resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas relacionadas con el contrato administrativo, incluyendo terminación unilateral del contrato, caducidad, multas u otras sanciones contractuales. Los árbitros podrán dictar, modificar, suspender o revocar medidas cautelares.

- Si no se hubiere pactado arbitraje y surge una controversia, el particular puede requerir a la entidad contratante firmar un convenio arbitral, y si ésta no responde en 30 días hábiles, la solicitud se entenderá aprobada.
- Si las entidades públicas reciben un laudo desfavorable, no están obligadas a presentar acción de nulidad; solo deben hacerlo cuando existan fundamentos claros de la nulidad que pueda afectar la validez del laudo.
- El Reglamento permite que el Tribunal y también los árbitros de emergencia (figura que se hace mención por primera vez), puedan dictar medidas cautelares. Antes de la constitución del Tribunal es posible solicitar medidas ante los jueces ordinarios, sin que esto implique renuncia al convenio.

Con la aplicación de estas reglas queda mucho más claro la línea de acción para un proceso de arbitraje con una entidad pública.

Entre las reglas antes descritas, considero importante resaltar dos que traerán un cambio significativo a los arbitrajes con entidades del sector público: Si las entidades públicas no responden en 30 días hábiles una solicitud de arbitraje del particular, ésta se entenderá aprobada⁹⁸; y, los árbitros tendrán competencia exclusiva para resolver sobre actos administrativos, incluyendo terminación unilateral del contrato, caducidad, multas u otras sanciones contractuales⁹⁹.

Hago énfasis en estas dos nuevas reglas, ya que en la práctica venía ocurriendo todo lo contrario: Cualquier solicitud de arbitraje presentada a una entidad pública, en el mejor de los casos era contestada con negativa, en la mayoría de los casos ni se la respondía (dando a entender que a las entidades públicas no les “agradaba” el arbitraje, no se sentían cómodas, preferían los largos y engorrosos procesos de la justicia ordinaria).

Así mismo, otorgarles a los árbitros competencia exclusiva para resolver sobre actos administrativos, incluyendo terminación unilateral del contrato, caducidad, multas u otras sanciones contractuales, supone terminar un largo

⁹⁸ Artículo 5.1 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

⁹⁹ Artículo 4.2 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

debate sobre la transigibilidad y arbitrabilidad de los actos administrativos en Ecuador.

Históricamente, hablar de transigibilidad es necesariamente identificar a los conceptos de potestades regladas con lo no transigible, y a las potestades discrecionales con lo transigible.¹⁰⁰ Esto no se discute, sin perjuicio de nunca olvidar que las potestades regladas, al no ser transigibles, no pueden rayar en arbitrariedad.¹⁰¹ Lo no motivado, a decir de FERNÁNDEZ, es arbitrario¹⁰², a lo cual añadiría yo, lo no controlado. Finalmente, es un asunto de disponibilidad de derechos.

En materia específica de arbitraje en contratación pública, conocemos la vigencia de la disposición constitucional (artículo 190) que prevé la necesidad de contar con la autorización del Procurador General del Estado¹⁰³. Hubo muchas dudas y diferencia de criterios sobre la aplicación de este requisito previo al arbitraje con entidades públicas, pero el Reglamento aborda esa problemática; y, a mi criterio, la resuelve de forma definitiva, conforme veremos a continuación:

III. Autorización de la Procuraduría General del Estado:

Mi primera reflexión al revisar el texto del nuevo Reglamento fue: ¡Finalmente una definición! (por fin existe base normativa que otorgue certeza sobre este punto, para su aplicación). El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación define claramente en qué casos (o cuándo, como ya explicaremos) se requerirá autorización previa del Procurador General del Estado para someter la controversia en materia de contratación pública a arbitraje, y en qué casos no. Veamos:

¹⁰⁰ J. M. Trayter, "El arbitraje de Derecho Administrativo", Revista de Administración Pública. Mayo-agosto. 1997, pp. 75-106.

¹⁰¹ Aguilar, Juan Pablo, Derecho Administrativo y transigibilidad, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 6, 2014.

¹⁰² T. Fernández, De la arbitrariedad de la administración, Madrid: Civitas, 2002, p. 87.

¹⁰³ Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

En la práctica, lo que venía ocurriendo en Ecuador desde el año 2008¹⁰⁴ era que, en los pocos casos en los que un contrato administrativo contenía un convenio arbitral¹⁰⁵ y los contratistas presentaban una demanda arbitral contra la entidad pública contratante, los Centros de Arbitraje corrían traslado con la misma a las entidades contratantes; y éstas, así como los delegados de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado designados para el caso, automáticamente alegaban como principal excepción la falta de autorización previa del Procurador General del Estado. En esos casos, la determinación de si el proceso arbitral podía continuar o no, dependía enteramente del criterio de los árbitros que conocían la causa. Existieron laudos en ambos sentidos.¹⁰⁶

La falta de claridad sobre este tema, sumado a criterios discordantes emitidos por árbitros y Tribunales, provocaron en la práctica que el Arbitraje, como método alternativo de soluciones de conflictos, pierda claridad, eficacia y se aleje totalmente de la esfera de la contratación pública en Ecuador. No era un asunto fácil de solucionar sin la emisión de normativa que lo aclare.

La consecuencia directa sobre la indefinición y restricciones casi fulminantes para el arbitraje con entidades del sector público ecuatoriano, fue que el número de dichos procesos de arbitraje se vio reducida considerablemente¹⁰⁷, todo lo contrario, a lo que ocurría (y viene ocurriendo) con el arbitraje en nuestros países vecinos, no se diga en la región y en el mundo.

Por ejemplo, en relación al arbitraje con entidades públicas (o de interés público), la CAP (Corte Permanente de Arbitraje)¹⁰⁸, la CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission)¹⁰⁹, la SCC (Stockholm Chamber of Commerce)¹¹⁰, la Corte de Arbitraje de Madrid¹¹¹ y

¹⁰⁴ Año en que entró en vigencia la actual Constitución del Ecuador.

¹⁰⁵ Nos referimos a una verdadera y completa cláusula de convenio arbitral, no a la cláusula patológica que estaba contenida, por pocos años inicialmente, en el modelo de pliegos emitidos por el SERCOP para contratación pública en Ecuador, la cual posteriormente desapareció.

¹⁰⁶ Laudo Arbitral caso No. 109-11 emitido el 15 de julio de 2013 por Tribunal Arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.

¹⁰⁷ Véase las cifras de arbitrajes nacionales iniciados contra entidades públicas ecuatorianas en la página web de la Procuraduría General del Estado <http://www.pge.gob.ec/index.php/component/sppagebuilder/10-asuntos-estadisticas>

¹⁰⁸ Véase <https://pca-cpa.org/es/home/>

¹⁰⁹ Véase <http://www.cietac.org/?l=en>

¹¹⁰ Véase <https://sccinstitute.com/>

¹¹¹ Véase <https://www.arbitramadrid.com/>

la ICC (International Chamber of Commerce)¹¹², todas presentan números crecientes y alentadores en pro del arbitraje como una solución al estancamiento de disputas ante justicia ordinaria.

En Ecuador se produjo una tendencia totalmente contraria desde la emisión de la Constitución en el Ecuador en el año 2008, específicamente con el requisito de autorización previa del Procurador General del Estado para someter a arbitraje controversias en materia de contratación pública: el número de procesos de arbitraje nacional entre particulares y entidades del sector público se redujo dramáticamente.

En su gran mayoría, las controversias suscitadas entre particulares y Estado tienen relación con asuntos de contratación pública y se ventilan ante su sede natural (justicia ordinaria ante Tribunales Contencioso Administrativos); tanto es así que nuestro Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) contempla a las controversias en materia de contratación pública¹¹³ como una de las acciones especiales que se tramitan vía procedimiento contencioso administrativo ordinario.

Sin embargo, el análisis que se realizaba por parte de la mayoría de los actores del sistema arbitral ecuatoriano, sobre la disposición y requisito constitucional de la autorización previa del Procurador General del Estado era, para mi criterio, ligero y superficial, por no decir errado. Específicamente para arbitrajes con el Estado en materia de contratación pública, el artículo 190 de la Constitución del Ecuador señala que debe contarse previamente con el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, pero advierte textualmente: “*conforme a las condiciones establecidas en la ley*”.

¿A qué otras “condiciones establecidas en la ley” puede referirse el precepto constitucional si no es a las que constan en la ley especial de la materia, la Ley de Arbitraje y Mediación? cuyo artículo 4 señala en su parte pertinente: “*Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;...*” (resaltado me pertenece).

¹¹² Véase <https://iccwbo.org/>

¹¹³ Artículo 326, numeral 4 literal e) del COGEP.

Conforme las condiciones establecidas en la ley de Arbitraje y Mediación, a las cuales el artículo 190 de la Constitución de la República somete expresamente su aplicación, para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someter una controversia a arbitraje, deben pactar, antes o después de surgida la misma, un convenio arbitral; y, solamente en caso de que se quiera firmar el convenio arbitral una vez surgida la controversia, debía consultarse al Procurador General del Estado. La ley especial de la materia lo prevé de forma clara y literal, siempre lo hizo.

Sobre este tema la Procuraduría General del Estado se pronunció en el siguiente sentido: *“La Constitución de la República demanda el pronunciamiento del Procurador General del Estado previa la suscripción del convenio arbitral, por lo que es criterio de esta Procuraduría General del Estado que aquellas instituciones o empresas regidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben solicitar este pronunciamiento previa la suscripción de cualquier convenio arbitral, sea para controversias existentes o que puedan surgir en el futuro.”*¹¹⁴

Este criterio fue confirmado y desarrollado en el Instructivo para solicitar al Procurador General del Estado autorización para el sometimiento a arbitraje nacional, internacional, ley y jurisdicción extranjera¹¹⁵, emitido por la Procuraduría General del Estado.

Sin embargo, nunca existió claridad ni unanimidad en este criterio, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia de laudos arbitrales y sentencias judiciales.

La duda surgía al tratar de responder: ¿qué pasaba cuando el convenio arbitral suscrito previamente no contaba con la aprobación previa del Procurador General del Estado? (es decir, en casi la mayoría de los contratos administrativos suscritos entre entidades del sector público y contratistas, que contenían convenios arbitrales (o mención al arbitraje) y no fueron previamente aprobados por el Procurador General). Parece que la Ley de Arbitraje y Mediación, al incluir una diferenciación en su texto, precisamente

¹¹⁴ Oficio circular No. 09258 del 15 de septiembre de 2009 emitido por el Procurador General del Estado.

¹¹⁵ Artículo 2 de la Resolución de la Procuraduría General del Estado No. 122, publicado en el Registro Oficial No. 254 el 27 de mayo de 2014.

se anticipó a este problema y ofrece una solución práctica real (solamente se necesita autorización previa en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia).

También se escuchaba una interpretación del artículo 190 de la Constitución de la República en el sentido de que, cuando dicho artículo dispone: “*conforme a las condiciones establecidas en la ley*”, no se refiere a la Ley de Arbitraje y Mediación sino a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, se argumentó que conforme los textos de opiniones e intervenciones de asambleístas e informes de mayoría de la Asamblea Constituyente, mesa 8, al momento de redactar la Constitución de la República, se veía reflejada la real intención de los asambleístas constituyentes al redactar el artículo 190 de nuestra Constitución.

Frente a estos argumentos, quienes defendíamos (y defendemos) que la autorización del Procurador General del Estado no se necesita para todos los casos, sino solamente para casos en los que se quiera firmar el convenio una vez surgida la controversia (tal como expresamente lo dice el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación), argumentamos que la Constitución del 2008 efectivamente agregó un caso adicional en el que se necesita la autorización previa del Procurador General del Estado, que es para temas de contratación pública, pero esto no modifica lo previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación, cuya aplicación no implica contradecir ni incumplir el precepto constitucional, todo lo contrario, permite su cumplimiento.

En relación a los textos de opiniones e intervenciones de asambleístas de la Asamblea Constituyente, mesa 8, al redactar la Constitución, debe recordarse que, al tratarse de derecho público, no cabían ni caben interpretaciones extensivas, menos aún para completar o modificar el texto de una disposición constitucional, en base a una supuesta intención de los asambleístas constituyentes al redactarla. Debe estarse a su tenor literal (ya que el mismo es claro y directo).

Se trataba, finalmente, de un tema de interpretación. Siempre consideré importante que, para realizar un análisis a profundidad y llegar a un criterio debidamente sustentado, debían separarse dos momentos o instancias distintas

dentro de la jurisdicción y procedimiento arbitral: la primera, que consiste en la celebración de un convenio arbitral previo a que ocurra una controversia; y, la segunda: proceder con el arbitraje en una controversia efectivamente ocurrida. ¿Cómo debe entonces interpretarse y aplicarse la disposición constitucional y la ley en relación a la autorización previa de Procuraduría General del Estado? ¿Debe o no requerirse la autorización previa para todos los casos? En el momento en que ocurre la controversia, está la respuesta, lo cual ha sido confirmado por el nuevo Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

Lo anterior, sin perder de vista la aplicación del principio *compétence - compétence*, que implica que el árbitro es el primer juez de su jurisdicción, y “La Ironía de *Compétence*” en el *Liber Amicorum*, CREMADES Y DEKAINS: para arbitrar sería necesario litigar. Además, pronunciamientos como el de la Corte Constitucional ecuatoriana en el caso Cobo vs. Misle Zaidán¹¹⁶ refuerzan el principio favor *arbitralis*.

Sin perjuicio de esta diferente interpretación que se le puede dar al artículo 190 de la Constitución de la República, el factor que fue determinante para explicar la reducción de procesos de Arbitraje con entidades del sector público en Ecuador en esa época fue la vergonzosa e invasiva disposición emitida por el secretario nacional Jurídico de la Presidencia de la República, quien mediante oficio No. T.1-C.1-SNJ-12-1134 de 5 de octubre de 2012, dirigido a los ministros y secretarios de Estado y a las autoridades de la administración pública central e institucional, comunicó que: “*Por disposición del señor presidente Constitucional de la República, me permito comunicarles que en los diversos contratos que se suscriban a partir de esta fecha, deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales. Excepción hecha a los contratos de empresas extranjeras amparados por Tratados Internacionales de protección de inversiones aún vigentes.*” (el subrayado me pertenece).

Esta disposición se vio materializada y ampliada por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública del Ecuador (SERCOP), ente que en su versión de Modelo de Pliegos de ese año no incluyó, como venía haciéndolo,

¹¹⁶ Corte Constitucional ecuatoriana, Sentencia No. 006-10-SEP-CC.

un Convenio Arbitral dentro de la cláusula de solución de controversias en contratos administrativos. Fueron muy obedientes. Sin el convenio, ninguna controversia entre particulares y entidades públicas en materia de contratación pública podía ser resuelta vía arbitraje, salvo que se pactara una vez surgida la controversia y el Procurador General emitiera su autorización, o sea un escenario casi imposible de cumplir considerando las órdenes y predisposición contrarias al arbitraje de las más altas autoridades del gobierno de turno.

Sin perjuicio de lo anterior, lo importante como país era volver por la senda de la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos, que como el arbitraje y la mediación, representan una verdadera oportunidad de diversificar la resolución de disputas en nuestro país; y, especialmente pueden constituirse como sólidas y efectivas herramientas para aliviar la también alarmante cifra en constante crecimiento de nuevos procesos y juicios que actualmente maneja la administración de justicia ordinaria en Ecuador.

Con el cambio de mando presidencial, afortunadamente, el clima contra-arbitral empezó a cambiar. Por ejemplo: La Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal¹¹⁷, incluyó en su texto lo siguiente¹¹⁸:

- El Estado ecuatoriano tiene la obligación de pactar arbitraje (nacional o internacional) para resolver controversias que se hayan generado por contratos de inversión.
- Si los contratos de inversión superan los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América, el arbitraje nacional o internacional será en derecho.
- Los laudos arbitrales dictados en un procedimiento internacional tienen los mismos efectos y serán ejecutados de la misma manera que los laudos dictados en el marco de un arbitraje nacional (se elimina necesidad de homologación de laudos extranjeros).

¹¹⁷ Publicada en agosto 2018.

¹¹⁸ Artículo 37 reformas de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, Artículo innumerado posterior al artículo 16 del Código de la Producción, Comercio e Inversiones.

La intención fue clara: otorgar nuevamente al arbitraje la relevancia y papel fundamental como herramienta para atraer inversiones a nuestro país; y por qué no decirlo, captar inclusive capitales nacionales que estaban fugando comprensiblemente al extranjero, en razón de la inseguridad jurídica y sometimiento obligatorio a la justicia ordinaria ecuatoriana, en la cual no todos confían.

Y, finalmente, llegó el nuevo Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación referido en este artículo, para solucionar de un tajo esta larga y compleja disputa. Conforme el nuevo reglamento lo prevé expresamente, únicamente se requiere autorización de la Procuraduría General del Estado cuando la controversia ya haya surgido, o cuando el arbitraje sea internacional. Punto. Así de sencillo. Con esa definición normativa se supera un problema que surgió desde la vigencia de la Constitución del 2008. Por tanto, si las partes incluyen el convenio arbitral al firmar un contrato administrativo, entendiendo por partes necesariamente a una entidad del sector público entre ellas, no se requerirá la autorización del Procurador General para someter a arbitraje una controversia que surja posteriormente.

IV. Nuevo Modelo de Pliegos para contratación pública contiene convenio arbitral

Como consecuencia de lo anterior, fueron emitidos por parte del SERCOP los nuevos modelos de pliegos¹¹⁹ para todos los procesos precontractuales que obligatoriamente deben utilizar las entidades contratantes en Ecuador, incluyendo el modelo de contrato que ahora incluye en la cláusula relativa a la SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, un convenio arbitral; es decir, las partes (incluida la entidad pública contratante) renuncian a la jurisdicción ordinaria para aplicar procesos de mediación y arbitraje para solucionar posibles controversias.

¹¹⁹ Reformas a los Modelos de Pliegos versión SERCOP 2.1 de 9 de junio de 2017 y Modelos de Pliegos de Licitación de Seguros de 23 de septiembre de 2021 (la Resolución). https://portal.compras-publicas.gob.ec/sercop/normativa/nor_res_ext/re-sercop-2021-0120

Por tanto, al ser el modelo de pliegos emitido por el SERCOP obligatorio para las entidades públicas, éstas (junto con los contratistas), al firmar un contrato con dicha cláusula, renuncian a la jurisdicción ordinaria, debiendo aplicarse procesos de mediación y arbitraje para solucionar posibles controversias. Ciertamente es que el arbitraje se fundamenta en uno de sus principales fundamentos: voluntariedad; sin embargo, considero que tanto entidades públicas como oferentes adjudicados, al firmar un contrato administrativo con el convenio arbitral del modelo de pliegos del SERCOP incorporado, están consignando su voluntad para someter las controversias a arbitraje, más aún las entidades contratantes (el contrato administrativo se entiende de adhesión para los contratistas). No se podría alegar, a posteriori, que no hubo voluntad de someterse al arbitraje.

Conforme el texto del convenio arbitral constante en los nuevos pliegos emitidos por el SERCOP para contratación pública, se deben respetar los reglamentos de los Centros de mediación y arbitraje del país, además de aplicarse las siguientes reglas:

- Previo al arbitraje las partes deben tratar de resolver la controversia vía mediación.
- En caso de no poder solucionar la controversia vía mediación, las partes acudirán a arbitraje ante el Centro de mediación y arbitraje acordado por ellas en el contrato.
- El Tribunal estará conformado por tres árbitros principales y un alterno. Cada una de las partes elegirán su árbitro y los dos árbitros elegidos escogerán al tercer árbitro, quien presidirá el Tribunal, y al árbitro alterno.
- Las partes autorizarán al Tribunal Arbitral que ordene medidas cautelares.
- El laudo debe fundarse en derecho y tendrá el mismo efecto que cosa juzgada.

- Los costos y gastos arbitrales que genere el proceso arbitral serán cubiertos por el demandante.
- El proceso arbitral será confidencial.

Reglas claras que aportan a la aplicación sin accidentes del proceso arbitral: es un importante avance.

IV. Nuevas reglas para Mediación con entidades del sector público

El nuevo Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación también contiene reglas claras para los procesos que se sometan a mediación entre particulares y una entidad del sector público. Revisemos las principales:

- Se permite a los funcionarios públicos dejar sin efecto multas, actos de terminación unilateral y otros, con miras a alcanzar acuerdos y evitar a la entidad juicios inconvenientes. Esta autorización expresa resulta muy conveniente para ambas partes, entidad contratante y contratista, ya que les otorga la oportunidad de evitar largos juicios por estos frecuentes temas contractuales, con el ahorro de gastos y honorarios que ello implica.
- Una solicitud de mediación interrumpe plazos de prescripción y caducidad, acertada disposición para evitar que la estrategia de los funcionarios públicos llamados a mediar sea dilatar y dilatar las negociaciones, para finalmente rechazar todo acuerdo y provocar caducidad y prescripción de las acciones del particular.
- Los funcionarios públicos que asistan a mediación como representantes de la entidad pública, deberán hacer una relación de costo beneficio para decidir si mediar o ir a juicio en cada caso, en base a informes técnicos (no en base a miedo, que considero era el factor determinante en la práctica de una mediación con el sector público en nuestro país, miedo a glosas de la Contraloría General del Estado). Sobre esta importante regla, cabe aclarar que llegar a un acuerdo en mediación no genera,

per se, responsabilidad de los funcionarios públicos, salvo que hayan actuado con dolo. Es todo lo contrario, el no acceder a mediar, si se comprueba que la mediación era lo más conveniente para los intereses de la entidad pública y el erario público nacional, eso sí generará responsabilidad civil personal contra los funcionarios. Con esto, ahora sí los funcionarios públicos se cuidarán y analizarán bien antes de rechazar mediar, que era lo más común, sometiendo la controversia a justicia ordinaria. Las consecuencias de hacerlo, sin fundamento válido, serán repetidas en su contra.

Sobre lo anterior cabe destacar lo que muchos no ven: Las nuevas facultades otorgadas a funcionarios públicos dentro de una mediación con contratistas, no los complican o perjudican, todo lo contrario: los protegen, frente a posteriores auditorías y exámenes especiales de Contraloría General del Estado, que venía siendo, en la práctica, la razón fundamental por la que no se podían zanjar controversias de forma amistosa y consensuada con el estado, terminando todo en manos de un aparato de justicia ordinaria lento y saturado. Esta nueva disposición protegerá a los funcionarios que someten a mediación una controversia con el Estado, Contraloría General no podrá imputar responsabilidad en su contra si existe un correcto y completo análisis de la conveniencia de mediar y evitar los perjuicios de un juicio (que es precisamente lo que la norma exige).

V. No todo quedó tan claro, existen dudas:

Más allá de si estamos o no de acuerdo con el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (existen aspectos de su contenido que han sido cuestionados por juristas en nuestro país, por ejemplo entregar a árbitros la facultad de conocer y resolver sobre actos administrativos, o la definición sobre cuándo se necesita autorización del Procurador General para someter una controversia en contratación pública a arbitraje y cuándo no), todos debemos estar de acuerdo en que la emisión de este reglamento era una necesidad desde hace décadas. Tal como hemos repasado en este corto artículo, la mayoría de sus disposiciones aportan claridad y practicidad para resolver disputas

mediante los métodos alternativos de solución de conflictos. Sin embargo, existen aspectos que consideramos se deben aclarar:

- Si la Ley de Arbitraje y Mediación señala en su artículo 1 como requisito principal para la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos, que se los someta a “controversias susceptibles de transacción”, la pregunta de cajón es: ¿son las potestades públicas susceptibles de transacción? Este nuevo reglamento prácticamente (no textualmente) ha definido que los actos administrativos sí constituyen materia transigible; y, por tanto, arbitrables y/o mediables. Existen trabajos de análisis y opinión muy valiosos sobre este tema, de administrativistas ecuatorianos del mejor nivel¹²⁰; personalmente me decanto por darle la razón al Reglamento: los actos administrativos, emitidos como parte de las etapas pre y post contrato administrativo, sí son transigibles; paso a explicar por qué: Someter a arbitraje actos administrativos no implica negar o impugnar la potestad pública para emitirlos; lo que se determina en el Reglamento es que, en caso de surgir una controversia en el marco de un contrato administrativo, los árbitros pueden conocer dicha controversia y dejar sin efecto dichos actos administrativos. Es decir, lo transigible no es la potestad pública de emitirlos o revocarlos, lo transigible es su aplicación y validez dentro de una relación contractual con el estado. Lo que se discutiría y resolvería por parte del Tribunal arbitral es si la potestad, no disputada, fue ejercida conforme a la ley y el contrato.

Además, si la Constitución de nuestro país, las leyes aplicables a la materia y las partes, todas conceden facultad de transigir sobre determinado tema (la Constitución ecuatoriana en su artículo 190 y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 104, aceptan someter controversias en materia de contratación pública a arbitraje), ¿por qué suponer que esta facultad tiene limitaciones? Por ejemplo, transigir sobre los actos administrativos más comunes emitidos dentro de un contrato administrativo:

¹²⁰ Aguilar, Juan Pablo, Derecho Administrativo y transigibilidad, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 6, 2014.

Larrea Naranjo, Francisco Santiago, Arbitrabilidad de Actos Administrativos contractuales, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 7, 2015.

multas y terminación unilateral del contrato. Tal como lo define AGUILAR:

*“..los temas contractuales caen dentro del espacio de lo transigible, y esa es precisamente la consideración que ha llevado a admitir que se trata de temas arbitrables...”*¹²¹

El único límite en estos casos podría ser una disposición incluida por las partes, dentro del convenio arbitral, que limite las materias o actos transigibles en ese caso específico. Todo esto, dentro del marco de los límites que la propia legislación y las partes impongan.¹²²

La observación y conclusión anterior no deben confundirse con otorgarle a un Tribunal de Arbitraje total competencia para declarar la legitimidad o ilegitimidad de actos administrativos fuera de una relación contractual, lo cual no sería materia transigible. La legitimidad de los actos de la administración pública, por mandato legal, queda reservada exclusivamente para la jurisdicción ordinaria, tal como lo ha aclarado la justicia en nuestro país.¹²³ Es más, hasta los Tribunales arbitrales lo han aceptado¹²⁴, lo cual no afecta, en absoluto, la posibilidad de arbitraje de los actos administrativos dentro de un contrato administrativo con convenio arbitral que no fije este límite al árbitro o tribunal. Sobre esto se pronunció nuestra Corte Suprema en Ecuador¹²⁵.

¹²¹ Aguilar, Juan Pablo, Derecho Administrativo y transigibilidad, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 6, 2014.

¹²² E. GAILLARD y J. SAVAGE (Eds.). FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999. p. 331. Citado por R. CAIVANO. “Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje”, Revista Peruana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, No. 2, 2006, p. 119.

¹²³ Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Di-Chem Del Ecuador v. Petroindustrial, Sentencia, Caso No. 41-2009-B. L., 22/03/2010; Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Acción de nulidad del laudo arbitral, Caso No. 045-05, 22/03/2010.

¹²⁴ Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Laudo en Arbitraje. Caso No. 010-06, 30/10/2007. Este criterio fue replicado en otro caso en el cual el Tribunal arbitral señaló que no tenía competencia “para resolver nada en relación a los actos administrativos que pudieren haberse dictado respecto de esta relación contractual”; Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Constructora Carlos Poggi Barbieri S.A. v. Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, Laudo en Arbitraje, Caso. No. 02-10, 05/05/2011.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Gaceta Judicial I, Serie XVIII, 18/10/2004.

La Corte Constitucional ha aplicado, en sus sentencias, el principio pro arbitraje:

Una vez que, [...] se configuró un convenio arbitral con todos sus efectos, la justicia ordinaria estaba impedida, por no tener jurisdicción ni competencia para este caso, de conocerlo y resolverlo. Pues bien, como a pesar de este impedimento, tanto el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, la Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha, hoy Corte Provincial de Justicia, y la Segunda Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, fallaron en el caso en mención, atribuyéndose una competencia que no tenían, vulneraron claramente el derecho del accionante al debido proceso en lo que respecta a ser juzgado por un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento⁴⁵.

Para cerrar este tema, concluyo: los actos administrativos, emitidos dentro de un contrato administrativo, son arbitrables, sin más límites que los que la ley y las partes fijen.

- En otro tema, conforme el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, si no se hubiere pactado arbitraje y surge una controversia, el particular puede requerir a la entidad contratante firmar un convenio arbitral. Si ésta no responde en 30 días hábiles, la solicitud se entenderá aprobada. Pero, lo que no se explica en ese último caso es, ¿qué pasa con la autorización previa del Procurador General del Estado que sí se requeriría para esos casos conforme el propio Reglamento? Esto será un problema porque la solicitud de autorización a Procuraduría la tiene que enviar, necesariamente, la entidad pública. El particular (contraparte en la controversia surgida) no puede hacerlo, solo las entidades públicas tienen esa potestad. Lo más probable que ocurra, en esos casos, es que la entidad pública que no respondió la solicitud de arbitraje no envíe tampoco la solicitud al Procurador General del Estado. Claramente existe un vacío porque el Reglamento da efectos de “silencio administrativo positivo” únicamente a la respuesta de la entidad pública frente a la

solicitud del particular de someter la controversia a arbitraje, pero esa “aceptación tácita” no incluye el requerimiento constitucional y legal de contar con la autorización del Procurador General.

- Otro aspecto que causa confusión es lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta del nuevo Reglamento a la LAM, ya que, de la forma en la que está redactada, haría obligatorio el arbitraje en todos los contratos que no sean de ínfima cuantía en contratación pública. Sin duda, ese no fue el espíritu de la norma (¿o sí?); se requiere aclaración.
- ¿Si una parte contractual propone a una entidad pública firmar un convenio arbitral (asumiendo que el contrato administrativo no lo contenía y una controversia ha surgido durante su ejecución), esa entidad pública podría contestar, dentro del término otorgado, simplemente “NO” y punto? (impidiendo que su silencio implique aceptación tácita) ¿O debería “motivar” su decisión? Aquí chocan el principio de voluntad de las partes (incluida la entidad pública, obviamente, que simplemente no quisiera someter dicha controversia a arbitraje) propio del arbitraje, con la obligación constitucional de motivación de todas las decisiones de funcionarios públicos. Considero que lo segundo prima, por lo que toda entidad pública que no quiera ir a arbitraje, en ese escenario, debería motivar su decisión. El Reglamento debió aclarar eso.
- Otro aspecto propio del arbitraje, que podría chocar con los principios rectores de la cosa pública, es la publicidad y transparencia necesarias en lo segundo, contra la confidencialidad del primero. Consideremos el supuesto en el que, en una mediación o transacción intra proceso arbitral, se llega a acuerdos entre las partes (entre ellas una entidad pública) y se dejan sin efecto multas o sanciones impuestas previamente al particular, ¿Qué pasa con la rendición de cuentas de los abogados de las entidades públicas y de la Procuraduría General que participaron en ese acuerdo? La condonación de multas y sanciones podría afectar el interés colectivo, más aún si no tiene fundamento, lo cual debe ser transparente y escrutable. Considero que la transparencia en decisiones de la administración pública debe primar por sobre cualquier confidencialidad con la que se pretenda cubrir lo acordado.

- Finalmente, no podemos dejar de advertir que el estándar de responsabilidad para la actuación de los árbitros que aceptan el encargo, fijado en el nuevo reglamento, es de culpa grave¹²⁶, frente a la regla general en el Código Civil que la fija como culpa leve, cuerpo normativo que debía aplicarse anteriormente a falta de norma especial.

VI. Conclusiones y Recomendaciones

Considero que este Reglamento cumple dos funciones puntuales muy provechosas para el sistema arbitral en el Ecuador: 1. Dota reglas de aplicación y claridad necesarias a una Ley vigente durante 20 años; y, 2. Mejora el clima de negocios en nuestro país, lo vuelve más atractivo a inversionistas y empresarios extranjeros y nacionales, quienes verán como mejores ojos a la contratación pública en Ecuador, otorgándoles seguridad jurídica.

Sin embargo, no es suficiente. Será igualmente fundamental y oportuno que los usuarios y actores del arbitraje y mediación en Ecuador, entiéndase árbitros, mediadores, abogados, centros de arbitraje y mediación y ahora funcionarios públicos, conjuguen esfuerzos para perfeccionar la práctica arbitral y de mediación en el país, especialmente en materia de contratación pública. Para esto, me permito sugerir lo siguiente:

- Mejorar la especialización y formación en materia específica de contratación pública y derecho administrativo de todos los actores del sistema arbitral y de mediación.
- Revisar los montos de tasas arbitrales de los centros actuales, un factor que abonará a que el arbitraje sea competitivo frente a la gratuidad de la justicia ordinaria.

¹²⁶ Art. 7 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación: Responsabilidad de los árbitros. -

1. La aceptación obligará a los árbitros a cumplir el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa grave. Las partes y los árbitros podrán acordar directamente o por referencia a un reglamento de un Centro de Arbitraje y Mediación, que toda acción por responsabilidad de los árbitros se tramitará por arbitraje.

2. Incurrirán en la misma responsabilidad y con las mismas limitaciones las instituciones arbitrales, sus directivos y empleados por los hechos realizados en ejercicio de sus funciones.

- Establecer procesos arbitrales expeditos, abreviados o de emergencia, para casos de menores o ínfimas cuantías en la contratación pública, o de tramitación urgente, entre otras ideas.

Aprovechemos este cambio de rumbo en la normativa especial en materia de arbitraje y mediación para casos de contratación pública en Ecuador, para que estos métodos alternativos de solución de conflictos vuelvan a constituir una vía conveniente, accesible y prioritaria para solucionar controversias con entidades del Sector Público.

Referencias bibliográficas

Aguilar, Juan Pablo, Derecho Administrativo y transigibilidad, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 6, 2014.

Constitución de la República del Ecuador

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 006-10-SEP-CC.

Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Di-Chem Del Ecuador v. Petroindustrial, Sentencia, Caso No. 41-2009-B. L, 22/03/2010; Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Acción de nulidad del laudo arbitral, Caso No, 045-05, 22/03/2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Gaceta Judicial 1, Serie XVIII, 18/10/2004

Decreto Ejecutivo No. 165 por el presidente de la República el 18 de agosto de 2021.

E. GAILLARD Y J. SAVAGE (Eds.). FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999. p. 331. Citado por R. CAIVANO. "Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje", Revista Peruana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, No. 2, 2006, p.119.

J. M. Trayter, "El arbitraje de Derecho Administrativo", Revista de Administración Pública. Mayo-agosto. 1997, pp. 75-106.

Larrea Naranjo, Francisco Santiago, Arbitrabilidad de Actos Administrativos contractuales, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 7, 2015.

Laudo Arbitral caso No. 109-11 emitido el 15 de julio de 2013 por Tribunal Arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.

Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, Artículo innumerado posterior al artículo 16 del Código de la Producción, Comercio e Inversiones.

Oficio circular No. 09258 del 15 de septiembre de 2009 emitido por el Procurador General del Estado

Reformas a los Modelos de Pliegos versión SERCOP 2.1 de 9 de junio de 2017 y Modelos de Pliegos de Licitación de Seguros de 23 de septiembre de 2021 (la Resolución). [https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/normativa/nor res ext/re-sercop- 2021-0120](https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/normativa/nor%20res%20ext/re-sercop-2021-0120)

Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

Resolución de la Procuraduría General del Estado No. 122, publicado en el Registro Oficial No. 254 el 27 de mayo de 2014.

T. Fernández, De la arbitrariedad de la administración, Madrid: Civitas, 2002.

Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Laudo en Arbitraje. Caso No. 010-06, 30/10/2007.

INCENTIVOS Y LIMITACIONES EN EL MARCO NORMATIVO ECUATORIANO PARA EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACION CON EL ESTADO

Dr. Diego García Carrión¹²⁷

RESUMEN

El objeto de este artículo es referirme al marco legal del arbitraje en la contratación con el Estado en el Ecuador, analizando la forma en que la legislación ha buscado incentivar el uso de este método alternativo de solución de controversias, pero a su vez, los requisitos o limitaciones que existen para la suscripción del compromiso de someter las controversias a arbitraje con el Estado o las instituciones del sector público en el Ecuador, según han evolucionado las normas y las políticas públicas.

En este artículo revisaré el marco constitucional y legal que rige el arbitraje entre el Estado y sus instituciones públicas, con los particulares, contratistas del Estado, dentro y fuera del país, incluyendo el análisis de lo que debemos entender por contratación pública.

Partiré del estudio de la Constitución de la República y la Ley de Arbitraje y Mediación y su Reglamento, así como leyes complementarias como la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, el Código Orgánico de la Producción y la Ley Orgánica de Eficiencia Económica

¹²⁷ Socio director de García Feraud & Hijos, Quito, Ecuador. Ex Procurador General del Estado. Abogado y Doctor en jurisprudencia por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación UEES y del Centro de Arbitraje y Mediación Consenso. Actúa como abogado en arbitrajes nacionales y como experto en derecho público en arbitrajes comerciales internacionales.

y Generación de Empleo, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el Código Orgánico Administrativo, entre otras.

Palabras clave: arbitraje, contratación pública, marco legal.

Revisaré la necesidad de contar con la autorización del Procurador General del Estado para que el Estado o sus instituciones se sometan a arbitraje nacional o internacional y la incidencia de las reformas introducidas en relación a ello por el Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Finalmente, en las conclusiones, abordaré la necesidad de que ciertas reformas incluidas en el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación sean revisadas a la luz de la Constitución y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

MÉTODO:

Esta investigación sigue el método cualitativo, buscando dar una valoración de la correcta aplicación de las normas y definir si estas finalmente permiten incentivar el uso del arbitraje como método alternativo de solución de controversias o hasta qué punto, mantienen dudas que puedan afectar la seguridad jurídica en el arbitraje con el Estado.

Adicionalmente, se utilizan los métodos descriptivo y explicativo, al abordar ciertos aspectos de las posibilidades y procedimientos para someterse a arbitraje en contratación pública.

INTRODUCCIÓN:

El arbitraje es uno de los medios alternativos de solución de conflictos previsto en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), es decir es un medio de solución de controversias con jerarquía constitucional, con el mismo valor que la solución de controversias en la justicia ordinaria. Es claro entonces que, en el Ecuador, el arbitraje es

un método alternativo válido para la solución de las controversias, incluyendo las que corresponden a la contratación con el Estado. Nada en la legislación ecuatoriana impide someter una controversia contractual del Estado o sus instituciones a arbitraje, más allá de las políticas públicas que pueda tener cada gobierno.

El tema central de mi análisis es si partiendo de esta norma constitucional, la legislación, de alguna manera dispersa y en algunos casos contradictoria, permite adoptar el arbitraje como un método alternativo de solución de controversias que brinde seguridad jurídica a las partes.

EL LAUDO ARBITRAL ES UNA DECISIÓN DE NATURALEZA JURISDICCIONAL

Al ser una decisión de naturaleza jurisdiccional, equivalente a una decisión de la justicia ordinaria, los laudos arbitrales quedan fuera del alcance de las acciones de protección, aunque, como lo veremos más adelante, sí admiten acciones extraordinarias de protección (en adelante AEP). La Corte Constitucional ha sido clara en destacar la naturaleza jurisdiccional del laudo arbitral, en los siguientes términos:

*33. El artículo 190 de la Constitución de la República contempla que “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos.” De ahí, que la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que **las decisiones que se dicten en el marco de un proceso arbitral, son de carácter jurisdiccional, por lo que incluso ha reconocido el control constitucional de laudos arbitrales mediante la acción extraordinaria de protección.***

*34. Consecuentes con esta línea, esta Corte ha manifestado que “no cabe desnaturalizar la acción de protección pretendiendo utilizarla para atacar decisiones emanadas por los árbitros o tribunales de arbitraje, dado que ello configura una trasgresión al ordenamiento jurídico que expresamente prevé que **la acción de protección es inadmisibles cuando se presenta en contra de decisiones de carácter jurisdiccional.** De*

lo contrario, la justicia constitucional se interrelaciona indebidamente con el sistema arbitral (...)”. (Lo resaltado me corresponde). (Corte Constitucional, Sentencia N° 481-14-EP/20 de 18 de noviembre de 2020).

EL ARBITRAJE DEBE VERSAR SOBRE MATERIA TRANSIGIBLE:

Un elemento importante en relación al arbitraje en el Ecuador, conforme al artículo 190 de la CRE¹²⁸, es que la materia que puede someterse a este medio alternativo debe ser transigible, tanto en el ámbito público como en el privado. Sobre la transigibilidad, requisito indiscutible para la arbitrabilidad, pues se encuentra expresamente prevista en la CRE, existe sin embargo discusión sobre su alcance, dado que no existe precisión legal en cuanto a lo que comprende o no materia transigible, particularmente en tratándose de controversias sobre cuestiones de derecho público, ya que no se encuentra exactamente definida.

Vemos que, por ejemplo, la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) se refiere a la materia transigible tanto en el ámbito del arbitraje como en la mediación, según lo prevén los artículos 1 y 43 de la LAM¹²⁹. No hace referencia a ello el Reglamento a la LAM (en adelante RLAM). Sin embargo, esta exigencia nace de una disposición constitucional.

Hoy se discute además el alcance de la materia transigible, especialmente en tratándose de las potestades públicas. Se discute si debemos entender que son transigibles todo tipo de controversias contractuales, lo que podría incluir la validez de los actos administrativos provenientes de las potestades exorbitantes

¹²⁸ “Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

¹²⁹ “Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

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 extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”

del Estado, o solamente los efectos patrimoniales del contrato, aunque estos efectos siempre tendrán de por medio su origen en los actos administrativos adoptados en relación al contrato, de manera que es casi imposible tomar una decisión arbitral en relación a una controversia contractual que no parta de la validez o invalidez de los actos administrativos adoptados en relación a dicho contrato.

El autor ecuatoriano Antonio Pazmiño Ycaza, plantea el problema haciendo una relación entre la transigibilidad y la capacidad de disponer de los objetos materia de la transacción, en la forma como lo prevé el artículo 2349 del Código Civil. Luego, en cierto, casos, como el de la LOSNCP, en los que no se permite la cesión de los derechos sobre el contrato, al no poderse disponer de ellos, no cabría la transacción y, por tanto, tampoco el arbitraje.

Así deja planteada la interrogante el autor:

“De la lectura de estos artículos podríamos pensar que en el Ecuador no cabe el Arbitraje en el Derecho Público, ya que si solo puede transigir, quien tiene la libre disposición de sus bienes, y el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prohíbe en forma expresa la cesión (lo cual implica que el contrato público no es de libre disposición)...” “las cláusulas arbitrales en las que el Estado pacte este mecanismo de solución de controversias serían nulas por causa inarbitrable? ¿O es que se podría distinguir entre dos temas diferentes dentro de un mismo negocio jurídico contractual?” (Antonio Pazmiño Ycaza, “Temas Arbitrales: El Control Judicial en el Arbitraje y los Diferentes Centros de Arbitraje a Nivel Mundial”, II Edición, año 2016, página 11 y 12, editado por la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual).

El mismo autor, con quien coincido en su criterio, concluye más adelante diciendo que *“debe quedar claro que el arbitraje en materia pública es plenamente válido, incluso, en los casos a los que me he referido líneas atrás, por lo que mal podría pensarse que por haber estas limitaciones el arbitraje no es válido”*. (Antonio Pazmiño Ycaza, obra citada, página 13).

EN CONTRATACIÓN PÚBLICA PROCEDE EL ARBITRAJE EN DERECHO:

También deja claro el artículo 190 de la CRE el que, en contratación pública, únicamente procede el arbitraje en derecho. ¿Qué debemos entender por “contratación pública”? Fundamentalmente la que está prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP); sin embargo, el término no es lo suficientemente claro y es válido pensar que este término puede abarcar contratos del Estado o de la Administración Pública que no necesariamente estén previstos en la LOSNCP, pero cuyas controversias deben someterse a arbitraje en derecho, como podrían ser los contratos comerciales de la administración.

En el mismo sentido se encuentra redactado el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (en adelante LOPGE) cuando dice: “*Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho...*” (artículo 11 de la LOPGE), sin limitarlos al ámbito de la LOSNCP.

Sobre el particular debemos tener presente lo que dijo la Corte Constitucional en su Sentencia Interpretativa sobre el inciso final del artículo 422 de la CRE, haciendo referencia al artículo 190 de la CRE:

*“El Procurador General del Estado, al emitir su criterio respecto del inciso segundo del artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, no diferencia el límite expreso que contiene la norma, que es referida a la Contratación Pública, entendida ésta, como la relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado, relacionadas, **por ejemplo**, con licitaciones, concurso público de ofertas, etc., mismas que según mandato constitucional están obligadas a realizar un arbitraje en derecho.”* (Lo resaltado me corresponde) (Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa N° 0001-09-SIC-CC del 13 de marzo de 2009, publicada en el Suplemento 1 del Registro Oficial N° 549 del 16 de marzo de 2009, página 4).

Podemos estar en desacuerdo con la interpretación que, con cierta ligereza, hace aquí la Corte Constitucional de esa época, tomando en cuenta que su

intención fue permitir el arbitraje en equidad en los contratos de deuda externa, más que la delimitación de lo que debemos entender por contratación pública, pero, finalmente, ese es el único pronunciamiento vigente que sobre la materia ha hecho la Corte Constitucional.

PREVISIONES LEGALES QUE INCLUYEN EL ARBITRAJE COMO MÉTODO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS:

Aparte de la CRE, existen algunos cuerpos legales que incluyen el arbitraje como un método válido de solución de controversias, particularmente en las controversias con el Estado o con las entidades del sector público.

Entre estas nos encontramos con la LOSNCP, norma dictada por la Asamblea Constituyente en el año 2009, en cuyo artículo 104 se dice:

“Art. 104.- Métodos Alternativos de Solución de Controversias. - De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.” (Art. 104 de la LOSNCP).

La redacción del artículo 104 de la LOSNCP, así como las de los artículos 328¹³⁰ y 329¹³¹ del Reglamento a la LOSNCP, nos llevan a pensar que el diseño legal para la contratación pública incentiva la inclusión del compromiso arbitral en los contratos, aunque no sea una cláusula obligatoria, dejando la justicia ordinaria a través de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para los casos en que no se haya previsto el compromiso arbitral.

¹³⁰ “Art. 328.- De la cláusula compromisoria o convenio arbitral. - En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación y pago. El arbitraje será en derecho.

Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables. Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje.”

¹³¹ “Art. 329.- Controversias en sede jurisdiccional. - De no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias derivadas de la suscripción y ejecución del contrato se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del actor o demandado, observando lo previsto en la ley de la materia.”

De hecho, el artículo 5 del RLAM¹³² incluye ahora (reforma de agosto de 2021) una previsión por la cual los contratistas del Estado pueden solicitar la inclusión de una cláusula arbitral cuando esta no hubiere sido prevista en el contrato original, con un procedimiento para su negociación y aprobación, incluyendo la autorización del Procurador General del Estado cuando el RLAM considera que es necesario, tema sobre el que me detendré más adelante.

El Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), por su parte, luego de definir lo que es un contrato administrativo, como el que tiene una parte que ejerce función administrativa, incluye la previsión de que las “*diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.*” (El resaltado me corresponde). (Artículo 126 del COA).

La definición de contratos administrativos que hace el COA podría admitir discusión, pues esta hace referencia simplemente a las partes que conforman la relación contractual y si bien siempre que una de las partes sea el Estado o una institución pública nos encontramos frente a un contrato de la administración, no siempre será un contrato administrativo propiamente dicho, pues bien podría tratarse de un contrato civil o comercial de la administración.

Otra norma que incluye el arbitraje como método de solución de controversias es la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, que ahora incluye a las Asociaciones Público Privadas, cuyos artículos 53 y 54¹³³ establecen las reglas a través de las cuales, las partes pueden someter

¹³² “Art. 5.- *Convenio arbitral con posterioridad a la celebración de un contrato con entidades del sector público.* -

1. *Cuando en el contrato no se hubiere pactado arbitraje, el contratista podrá solicitar a la entidad contratante la suscripción de un convenio arbitral para que un tribunal de arbitraje resuelva las diferencias existentes o futuras que tengan relación con dicho contrato. La entidad deberá responder a la solicitud en el término máximo de treinta (30) días. Dentro del mismo término, las partes podrán negociar el contenido del convenio arbitral. Si la entidad no da respuesta a la solicitud en el tiempo establecido en este artículo, se entenderá que ha aceptado el convenio arbitral propuesto por la contratista.*

2. *El contratista presentará su solicitud adjuntando el proyecto de convenio arbitral. De requerirse autorización de la Procuraduría General del Estado, la contratista presentará también el proyecto de solicitud de autorización.*”

¹³³ “Art. 53.- *Cláusula compromisoria: Toda disputa que se genere o surja con relación a los Contratos APP, se resolverá de conformidad con lo pactado por las partes en el Contrato APP. La cláusula compromisoria deberá contemplar los siguientes mecanismos preclusivos de resolución de disputas:*

a. *Negociación directa entre las partes;*

sus controversias a arbitraje. El lenguaje utilizado en este caso también privilegia la vía arbitral, sin siquiera mencionar la posibilidad de acudir a la vía contencioso administrativa, aunque incluyendo otros mecanismos de solución de controversias a los que se puede acudir antes de llegar a un arbitraje.

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), por su parte, en el caso de los contratos de inversión, en el artículo innumerado¹³⁴ posterior al artículo 16.2 agregado en agosto de 2018, prevé la obligatoriedad de que dichos contratos incluyan una cláusula de sometimiento a arbitraje nacional o internacional. El arbitraje debe ser internacional cuando la cuantía de la inversión supere los diez millones de dólares, mientras que es nacional cuando la cuantía de la inversión no supera dicha suma.

Es interesante mencionar, en relación con esta norma, el hecho de que siempre se destaque el principio de voluntariedad como un elemento fundamental del arbitraje, aunque, como vemos, existen casos en que la propia ley elimina el principio de voluntariedad, convirtiendo el arbitraje en obligatorio.

b. *Mediación ante un Centro de Mediación debidamente autorizado;*

c. *Junta Combinada de Disputas, cuando sea aplicable, y,*

d. *Arbitraje*

Para el caso de conflictos de carácter técnico que surjan durante la fase diseño, construcción u operación del Contrato, las partes podrán pactar que, previo a acudir a arbitraje, las controversias que no hayan sido resueltas ni por negociaciones directas ni en mediación, se someterán al dictamen de una Junta Combinada de Disputas, la misma que estará conformada por uno o varios técnicos expertos en la materia de la disputa, conforme determine el Reglamento.

e. *La composición, forma de reuniones, activación y otras disposiciones necesarias para el funcionamiento de la Junta Combinada de Disputas estarán reguladas en el Reglamento de esta Ley y demás normativas que apruebe el CIAPP. La activación de la Junta Combinada de Disputas no suspenderá la ejecución del Contrato.*

Art. 54.- Arbitraje.- *En el marco de los Contratos APP celebrados entre el Estado y los Gestores Privados, se autoriza y reconoce la posibilidad de pactar arbitraje nacional o internacional, previa autorización de la cláusula compromisoria por parte del Procurador General del Estado, como mecanismo de resolución de controversias entre las partes.*

Las partes contratantes podrán acordar expresamente que cualquier disputa o controversia derivada del Contrato APP, incluyendo pero no limitándose a cuestiones relacionadas con la interpretación, ejecución, terminación o nulidad del Contrato; sea sometida a arbitraje nacional o internacional. El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con las normas y procedimientos establecidos en el Contrato APP.”

¹³⁴ “Art. ...- *Contratos de inversión. - El estado ecuatoriano deberá pactar arbitraje nacional o internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley.”*

CAPACIDAD PARA ACUDIR A ARBITRAJE POR PARTE DEL ESTADO O DE LAS INSTITUCIONES DEL SECTOR PÚBLICO:

Conforme lo prevé el artículo 4 de la LAM, las entidades públicas deben cumplir ciertos requisitos adicionales a los previstos en la LAM de manera general, que son los siguientes:

“a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

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

d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.”
(Artículo 4 de la LAM)

Si bien la letra a) del artículo 4 de la LAM se refiere a la celebración de convenios arbitrales pactados con anterioridad al surgimiento de una controversia, ya el artículo 11 de LOPGE, permite que: “Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes”. (artículo 11 segundo inciso de la LOPGE). Para ello, deben contar con la autorización del Procurador General del Estado, entendiéndose que es facultad del Procurador General del Estado el autorizar o no dicho sometimiento a arbitraje no pactado previamente, siempre que lo considere conveniente para los intereses del Estado, lo que no tiene que ver únicamente con el cumplimiento de formalidades en la redacción de una cláusula, sino en la estrategia misma de defensa del Estado.

Por su parte, el artículo 4 del RLAM, prevé tres casos en los que el Estado y las entidades estatales pueden someter sus controversias a arbitraje:

“a. Celebrando un convenio arbitral antes del surgimiento de la controversia;

b. Celebrando un convenio arbitral luego del surgimiento de la controversia; o,

c. Cuando la ley o un tratado internacional así lo permitan.” (Artículo 4 del Reglamento a la LAM).

Desde mi punto de vista la inclusión de la letra c en el artículo 4 del RLAM es poco clara, ya que más que los casos en que la ley o un tratado internacional lo permitan, pues en aquéllos el Estado o las entidades del sector público también podrán someterse a arbitraje celebrando un convenio antes o después del surgimiento de la controversia, a lo que se quiso referir aquí el reglamento es a aquellos casos en que el arbitraje nace de un instrumento internacional de protección de inversiones, en el que no es necesaria una cláusula contractual. Pero es obvio que los casos previstos en las letras a y b, también responden a la previsión de una ley o un tratado.

El Reglamento en esta parte pretende modificar la CRE y la Ley y, a mi criterio es, por tanto, inaplicable en cuanto limita la facultad del Procurador General del Estado para autorizar el sometimiento a arbitraje a los casos previstos en la letra b del artículo 4 del RLAM, es decir, a los casos en que se celebre un convenio arbitral luego del surgimiento de la controversia. Esta previsión reglamentaria dejaría de lado todos los contratos públicos que incluyen cláusulas arbitrales, las que requieren autorización previa del Procurador General del Estado, lo que contraviene expresamente el artículo 190 de la CRE que se refiere al pronunciamiento previo del Procurador General del Estado.

Aquí se ha dicho, en defensa de la previsión reglamentaria, que el pronunciamiento previo se requiere únicamente *“conforme a las condiciones establecidas en la ley”* (Artículo 190 inciso segundo de la CRE), dando a entender que la ley podría condicionar los casos en que se requiera del

pronunciamiento del Procurador, respecto de lo que debo observar por lo menos dos aspectos importantes: primero, la frase “*conforme a las condiciones establecidas en la ley*”, no puede entenderse como una limitante a la previsión constitucional que determina la necesidad del pronunciamiento previo del Procurador General del Estado como un requisito para que proceda el sometimiento a arbitraje. Esto significaría que la ley puede eliminar una previsión expresa de la CRE, lo que resulta inaceptable. Y, segundo, que no estamos frente a una previsión legal, sino frente a una previsión reglamentaria, que no puede modificar la ley, menos aún la CRE.

En el mismo sentido, el artículo 3 número 2 del RLAM pretende limitar la facultad constitucional del PGE para conceder autorización previa para someterse a arbitraje internacional. La norma dice que la autorización “deberá observar únicamente que el convenio arbitral no contravenga, en materia de arbitraje, la legislación de lugar de la sede escogido. La autorización, por tanto, no calificará la conveniencia o no de su suscripción.” Esta norma reglamentaria contradice la previsión del artículo 190 de la CRE que, al contrario, no prevé limitación alguna al ámbito del pronunciamiento del Procurador.

Tampoco procede la previsión del artículo 4 inciso segundo del RLAM, que pretende limitar la autorización del PGE a los convenios arbitrales luego del surgimiento de la controversia, es decir, eliminando tal exigencia previa en los convenios arbitrales a pactarse antes del surgimiento de la controversia, porque tal disposición reglamentaria contradice, además de lo previsto en el artículo 190 de la Constitución, las previsiones de los 42 de la LAM y 11 de la LOPGE, ninguno de los cuales prevé tal limitación.

Aquí debemos tomar en cuenta que, si bien el RLAM busca que la norma sea más amigable con el arbitraje, la vía para hacerlo no pasa por el nivel reglamentario. Debemos tener presente que, para tener un ambiente favorable al arbitraje en contratación con el Estado, se requiere de seguridad jurídica, lo que implica, de acuerdo con la CRE, contar con normas “claras, previas y públicas”. Ahora, cuando hablamos de normas claras, debemos entender que esa claridad no surge de la lectura aislada de una norma, sino de la aplicación integral de la norma dentro del sistema jurídico del país, partiendo de las previsiones constitucionales.

Sobre la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha dicho:

*“36. Respecto del artículo mencionado que conceptualiza el derecho a la seguridad jurídica, esta Corte Constitucional en la sentencia No. 2034-13-EP/19, determinó lo siguiente: “Del texto constitucional se desprende que el individuo debe contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas. Este debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar certeza al individuo de que **su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente** y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad.” (Énfasis agregado)*

37. La certeza y confianza que brinda el ordenamiento jurídico se constituyen en garantía de todos los derechos consagrados por la Norma Suprema.” (Lo resaltado me corresponde) (Corte Constitucional, Sentencia N° 2170-18-EP/20 del 29 de junio de 2020. Párrafos 36 y 37).

De ahí que, cada vez que dejamos de seguir los procedimientos regulares establecidos previamente, finalmente estamos afectando a la seguridad jurídica que queremos fortalecer, en este caso, a través del arbitraje como método alternativo de solución de controversias.

El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (RLAM) que entró en vigencia en el Ecuador en agosto de 2021, introdujo algunos aspectos importantes para el mejor desarrollo del arbitraje, tomando en cuenta el principio de alternabilidad y la voluntariedad del sometimiento a este tipo de jurisdicción alternativa.

De acuerdo con el considerando segundo del Decreto Ejecutivo que reformó el RLAM, *“el artículo 190 de la Constitución de la República **reconoce el principio de alternabilidad del arbitraje frente a la administración de justicia** que corresponde a los jueces, cortes y tribunales de la Función Judicial; dispone que los métodos alternativos de solución de conflictos guardarán sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir; y,*

prevé que en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley". (Lo resaltado me corresponde) (Decreto Ejecutivo N° 165 del 2021, publicado en el Registro Oficial N° 524 Suplemento del 26 de agosto de 2021).

De ello se desprende que el principio de alternabilidad tiene que ver con la posibilidad de escoger la vía del arbitraje por sobre la vía de la jurisdicción ordinaria. Pero a pesar de ser una vía alternativa, en materia de contratación pública o más concretamente en contratación con el Estado o sus instituciones, sigue siendo una jurisdicción sometida al derecho, de manera que de la alternabilidad no se desprende que se trate de una jurisdicción difusa, sometida a la simple convicción de los árbitros, como si se tratara de arbitraje en equidad.

Tampoco puede ello ser consecuencia de que el arbitraje se rijan por el principio de voluntariedad. Aquí se hace referencia a la posibilidad de que las partes escojan libremente someterse a arbitraje y no que se lo imponga la ley, aunque, como ya hemos visto, los contratos de inversión se someten obligatoriamente a arbitraje. En esta parte, muchas veces, se recurre al principio de voluntariedad para dar la idea de que lo que prima es la voluntad de las partes, pero debemos tener presente que ni la alternabilidad ni la voluntariedad son absolutas y que existen cuestiones de orden público que marcan los límites de la arbitrabilidad y la forma de acceder a ella, más aún cuando se trata de arbitraje con una parte estatal. Desde mi opinión esto está claramente previsto por el artículo 190 de la CRE y no lo puede modificar un reglamento.

Sobre la naturaleza convencional y los principios de voluntariedad y alternabilidad, en un reciente fallo de la Corte Constitucional se expresa lo siguiente:

27. Este Organismo ha resuelto que el reconocimiento constitucional del arbitraje (artículo 190 CRE) “[a]demás de hacer posible el acceso a este mecanismo mediante un respaldo a la autonomía de las personas, implica un pleno reconocimiento de un sistema ‘alternativo’ con normas y procedimientos propios”.

28. Además, esta Corte ha determinado “debido a su origen contractual, las partes gozan de amplia flexibilidad para determinar las reglas que consideren eficaces y adaptar la estructura del procedimiento en función de su naturaleza y complejidad”. Esto implica la posibilidad de que las partes convengan libremente las reglas de trámite (incluyendo las aplicables a la prueba), garantizando así la flexibilidad de este método alternativo de solución de conflictos.

29. Este Organismo ha señalado que “el origen contractual del arbitraje otorga a las partes una amplia facultad para modificar y adaptar el procedimiento a las particularidades del caso concreto”; en este sentido, las reglas de trámite que conducen al mismo serán, principalmente, aquellas que las partes procesales hayan pactado y acordado libremente, sin perjuicio de que se puedan aplicar -por referencia- disposiciones de reglamentos arbitrales.

30. De este modo, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad de las partes, se deberá preferir las regulaciones sobre el procedimiento realizado por las partes, ya sea de forma autónoma en el convenio arbitral o por referencia a un reglamento de un centro; y en un segundo término se preferirá las regulaciones adoptadas por el tribunal arbitral, lo que pudiese incluir las normas de soft law comunes a los procedimientos arbitrales (v.g. Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba, Reglas de Praga para la Tramitación Eficiente de los Procedimientos, entre otros).” (Corte Constitucional, Sentencia N° 2822-18-EP/23 del 13 de septiembre de 2023. Párrafos 27 al 30).

Nada de lo dicho por la Corte en este importante fallo que introduce principios importantes para la modernización de las reglas del arbitraje, nos permite llegar a la conclusión que tales principios permitan que un Reglamento modifique sustancialmente la CRE o la Ley.

Tampoco es aceptable la autorización tácita prevista en el artículo 5 del RLAM, para los casos en que, no habiéndose pactado arbitraje, el contratista solicite que se pacte arbitraje y se negocie la cláusula que contenga el

compromiso arbitral, dándole mayor valor al texto propuesto por el contratista. El RLAM, aquí, introduce una especie de silencio administrativo positivo, para considerar que, si el Procurador General del Estado no se pronunció en determinado tiempo, se entienda que el pronunciamiento ha sido positivo, algo no previsto en la LOPGE y que, adicionalmente no sigue los efectos del silencio administrativo previsto en el artículo 207 del COA¹³⁵. Los efectos del silencio administrativo deben provenir de una norma legal y no reglamentaria.

El artículo 6 del RLAM, por su parte, introduce una disposición de acuerdo con la cual *“los efectos del convenio arbitral alcanzan:*

1. A aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje se derivare, según los preceptos de la buena fe de su participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del negocio jurídico que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.

2. A quienes pretendan derivar derechos o beneficios del negocio jurídico, según sus términos, tales como sucesores, cesionarios, entre otros.

3. A los organismos de las administraciones originadores de las actuaciones administrativas.

Es decir, los efectos del convenio arbitral pudieran alcanzar a un tercero que no firmó el contrato que contiene la cláusula arbitral, siempre que hubiere tenido una participación activa en la negociación, celebración, ejecución o terminación del negocio jurídico, algo que se produce, en ciertos casos, cuando

¹³⁵ “Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.

Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código.

El acto administrativo presunto que resulte del silencio será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además, acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.

No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios invalidadables, esto es, aquellos que incurrir en las causales de nulidad del acto administrativo, previstas en este Código, en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud.”

la compañía oferente, probablemente la matriz, se sustituye por una empresa constituida en el Ecuador para efectos de la firma y ejecución contractual.

Esta norma reglamentaria incluye, además, a los organismos de las administraciones originadoras de las actuaciones administrativas, algo que no podría lograrse vía reglamentaria, dado que las instituciones estatales requieren de autorización del Procurador General del Estado, como ya lo hemos visto.

PREVISIONES SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL CON EL ESTADO:

Las instituciones del Estado también pueden someterse a arbitraje internacional, en los casos previstos en el artículo 41 de la LAM, que dice:

“Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;

b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,

c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.”

En general, la norma se refiere a contratos comerciales o de inversión con contratistas que no tengan su domicilio en el Ecuador. Es decir, no es posible que el Estado se someta a arbitraje internacional en un contrato público con un proveedor nacional de bienes o servicios, por ejemplo.

Sin embargo, el artículo 2 del RLAM, nuevamente pretende alterar normas

de orden legal, cuando dispone que los requisitos del artículo 41 de la LAM son solo exigibles “cuándo un arbitraje internacional tiene sede en el Ecuador” (artículo 2 del RLAM).

Ahora bien, en materia de arbitraje internacional, conforme a lo previsto en el artículo 42 de la LAM, “...*Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero...*” (artículo 42 inciso segundo de la LAM).

El lenguaje del artículo 42 de la LAM es claro en la plena libertad de las instituciones del sector público de someterse a un procedimiento arbitral, estipulando, sin restricción alguna, las reglas de dicho arbitraje. Entonces, si bien, la misma norma exige el pronunciamiento previo del Procurador General del Estado, debemos entender que, salvo en lo que afecten a normas de orden público, el Procurador debe conceder la autorización para someterse a arbitraje internacional, pudiendo, en todo caso, asesorar a la entidad pública en cuanto a las mejores prácticas en materia de arbitraje, para efectos de la redacción de la cláusula arbitral, según el caso.

Siguiendo este criterio, el número 2 del artículo 3 del RLAM, prevé que: “*Para la autorización referida en el numeral 1 de este artículo, se deberá observar únicamente que el convenio arbitral no contravenga, en materia de arbitraje, la legislación del lugar de la sede escogido. La autorización, por tanto, no calificará la conveniencia o no de su suscripción*” (Artículo 3 número 2 del RLAM).

Ahora, además de los casos en los que el Estado o sus instituciones se han sometido a arbitraje internacional a través de una cláusula contractual, en cuyo caso, se trata de un arbitraje comercial basado en un contrato, el Estado también podría verse obligado a acudir a arbitraje internacional en virtud de un instrumento internacional de promoción o protección de inversiones u otro de similar naturaleza, en cuyo caso estaremos frente a un arbitraje internacional de inversiones sometido a un centro de arbitraje o a un arbitraje ad hoc

administrado o no por un centro de arbitraje y sometido a las reglas de arbitraje que señale dicho instrumento internacional.

REGLAS QUE RIGEN LAS ACTUACIONES DE LOS ÁRBITROS:

Un aspecto importante para hacer del arbitraje un método de solución de controversias más ágil, teniendo una norma legal ya desfasada en el tiempo, que requiere reformas que actualicen el procedimiento, constituyó la reforma del artículo 10 del RLAM¹³⁶, que se refiere a la libertad de las actuaciones de los árbitros. Ciertamente que lo ideal sería que se reforme la LAM, algunas reformas son posibles desde la reforma del RLAM y de las reformas a los reglamentos de los Centro de Arbitraje en el país.

De acuerdo con el artículo 10 del RLAM¹³⁷, las normas que rigen el procedimiento y las actuaciones arbitrales podrán encontrarse previstas en el contrato que incluya la cláusula arbitral, sea que las partes diseñen el procedimiento estableciendo sus reglas o que hagan referencia a las reglas de un determinado centro. Finalmente, supletoriamente son aplicables las normas del Código Orgánico General de Procesos, las que al momento prevén normas de procedimiento oral que no prevén nuestra hoy obsoleta LAM. Esto es correcto y conveniente, en la medida en que no vulnere una norma legal.

Al fortalecimiento de la flexibilización de las reglas del arbitraje ha contribuido la Sentencia N° 2822-18-EP/23 del 13 de septiembre de 2023 dictada por la Corte Constitucional, previamente citada.

¹³⁶ “Art. 10.- Libertad de regulación de las actuaciones. -

Art. 10

¹³⁷ “Art. 10.

Libertad de regulación de las actuaciones.-

1. Las partes podrán pactar y determinar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones, sea directamente o por referencia a un reglamento arbitral. A falta de acuerdo o en ausencia de una disposición aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso pudiendo para esto recurrir a los principios y prácticas de uso común en materia arbitral.

2. Supletoriamente, cuando no contravenga los principios del arbitraje y si el tribunal estimare oportuno, se podrán aplicar las disposiciones contenidas en el Código Orgánico General de Procesos.”

CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES:

Un tema importante para la seguridad jurídica del arbitraje, especialmente en materia de contratación con el Estado, tiene relación con la delimitación del control constitucional que puede hacerse por vía de una acción extraordinaria de protección (AEP), partiendo de lo que corresponde a las acciones de anulación de laudos en jurisdicción ordinaria. La Corte Constitucional, a través de sus sentencias, ha ido delimitando en gran medida lo que corresponde a una AEP, de manera que no se abuse del recurso constitucional, aunque quedan ciertas dudas que voy a abordar en este análisis.

Lo primero que definió la Corte Constitucional en su nueva conformación luego de ser nombrada en 2018, en material de control de los laudos arbitrales, es que la AEP solo procede en contra de un laudo arbitral cuando las vulneraciones constitucionales no tienen relación con las causas de anulación previstas en el artículo 31 de la LAM, de manera que primero deba agotarse la acción de nulidad del laudo arbitral, conforme se aprecia en la sentencia que cito a continuación:

“24. La nueva conformación de la Corte Constitucional ha establecido también, de forma reiterada, que independientemente de que se trate de un proceso arbitral o uno proveniente de la justicia ordinaria, cuando la vulneración constitucional que se pretende alegar constituye una causal de acción de nulidad, esta debe ser agotada previo al planteamiento de la acción extraordinaria de protección.” (Corte Constitucional, Sentencia N° 323-13-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, párrafo 24).

Esto, sin embargo, puede terminar generando acciones paralelas, lo que no contribuye a la seguridad jurídica. Esto porque una parte podría plantear al mismo tiempo la acción de anulación del laudo, por las causales previstas en el artículo 31 de la LAM¹³⁸, mientras por otro lado plantee una AEP por

¹³⁸ Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

- No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;

- No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o

otros derechos constitucionales que se estimen vulnerados, pero que no sean parte de las causales de anulación del artículo 31 de la LAM, cada una con sus respectivos tiempos para ser ejercidas, dado que nada se ha dispuesto respecto de que dicho término se suspenda mientras se tramita la acción de anulación. A ello se agrega el que dictada la sentencia de la acción de anulación, cabría una AEP contra dicha sentencia, si se estima que esta vulnera otros derechos constitucionales, generando lo que he llamado un “carrusel sin fin de procesos que van y vienen de la justicia ordinaria a la constitucional y viceversa, restándole seguridad jurídica al sistema de justicia arbitral” (El Pensamiento de la Corte Constitucional Ecuatoriana a través de sus Sentencias, Diego García Carrión y Galo García Feraud, Editorial Edino, año 2021, página 315.

Esta posibilidad de que por una parte se plantee un recurso de anulación del laudo, bajo las causales del artículo 31 de la LAM y, por otra, una AEP por vulneraciones distintas a dichas causales queda clara en lo dicho por la Corte Constitucional:

*“38. En consecuencia, por las consideraciones expuestas, esta Corte Constitucional determina que las causales establecidas expresamente en el artículo 31 de la LAM deben ser agotadas cuando la vulneración que se pretende alegar en la acción extraordinaria de protección se enmarque en una de ellas. Sin que ello signifique que **otras vulneraciones** que no encuentren sustento en la acción de nulidad*

limite el derecho de defensa de la parte;

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite.

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

El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

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

puedan ser presentadas de forma directa ante esta Corte a fin de que estas tengan una tutela constitucional que las garantice.” (Corte Constitucional, Sentencia N° 323-13-EP/19 del 19 de noviembre de 2019, párrafo 38).

EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES:

Un tema trascendental para la confiabilidad del arbitraje como un método efectivo de solución de controversias tiene relación con la ejecutabilidad del laudo. Los laudos arbitrales son títulos de ejecución, conforme a lo previsto en el artículo 363 del COGEP¹³⁹. Por su parte, el inciso segundo del artículo 32 de la LAM, dispone:

“Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.” (Artículo 32 inciso segundo de la LAM).

Es decir que, para los efectos de la ejecución, el laudo arbitral tiene el mismo valor que la sentencia ejecutoriada. Esto por lo menos desde lo previsto en la norma legal, aunque en la práctica los procesos de ejecución de sentencia o de títulos de ejecución en general, no sean tan efectivos como se espera.

En el caso de los laudos dictados en el exterior, el artículo 104 del COGEP¹⁴⁰

¹³⁹ “Art. 363.- Títulos de ejecución. - Son títulos de ejecución los siguientes:

1. La sentencia ejecutoriada.

2. El laudo arbitral.”

¹⁴⁰ “Art. 104.- Homologación de sentencias y actas de mediación expedidos en el extranjero. Para la homologación de sentencias y actas de mediación expedidos en el extranjero, la sala competente de la Corte Provincial deberá verificar:

1. Que tengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de origen.

2. Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada.

3. Que, de ser el caso, estén traducidos.

4. Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes.

5. Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero.

Para efectos del reconocimiento de las sentencias en contra del Estado, por no tratarse de asuntos

prevé su homologación previa a la ejecución, ante una Sala de una Corte Provincial. No puede entenderse que la previsión del artículo 15 del RLAM, elimine el procedimiento de homologación, de manera que este está referido al trámite posterior de ejecución, una vez homologado el laudo, aunque la intención de la norma secundaria parecería prescindir de ello cuando prevé que *“Para ejecutar un laudo arbitral internacional se requerirá únicamente una copia certificada del mismo. No se requerirá razón de ejecutoria, legalización o formalidad adicional alguna.”* (Artículo 15 del RLAM).

CONCLUSIÓN:

El arbitraje en derecho es una alternativa válida frente a la jurisdicción ordinaria, para la solución de controversias entre el Estado o sus instituciones y los particulares que celebran contratos con estos, sean contratos públicos, en la forma como lo han previsto la LOSNCP y el COA o sean contratos comerciales de la administración.

De igual forma, cuando las controversias no provengan de un contrato, pero sí de las protecciones otorgadas por un tratado internacional de promoción y protección de inversiones.

A mi criterio, los contratos con el Estado o sus instituciones en los que se convenga una cláusula de arbitraje requieren de pronunciamiento previo del Procurador General del Estado.

Finalmente, deben estar referidos a materia transigible.

En conclusión, si bien el arbitraje nacional e internacional son métodos válidos de solución de controversias a los que se puede someter el Estado y sus instituciones, de manera que el marco legal ecuatoriano incentiva el uso del arbitraje para la solución de las controversias contractuales con el Estado, deben cumplirse las normas que la CRE y las leyes orgánicas prevén respecto del pronunciamiento previo del Procurador General del Estado.

comerciales, deberá además demostrarse que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si constan en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez.”

REFERENCIAS:

Constitución de la República

Código Orgánico Administrativo

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPECI)

El pensamiento de la Corte Constitucional Ecuatoriana a través de sus Sentencias, Diego García Carrión y Galo García Feraud

Ley de Arbitraje y Mediación

Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Sentencias Corte Constitucional del Ecuador

Temas Arbitrales: El Control Judicial en el Arbitraje y los Diferentes Centros de Arbitraje a Nivel Mundial, Antonio Pazmiño Ycaza

SEGUNDA PARTE:
NUEVAS TENDENCIAS
EN LA MEDIACIÓN

Capítulo 4

EL CONFLICTO Y LA MEDIACIÓN

LA IMPORTANCIA DEL CONFLICTO EN LA MEDIACIÓN

Lic. Sara Mantilla Pacheco, Mgs.¹⁴¹

RESUMEN

Para la mediación entender la naturaleza del conflicto es indispensable a la hora de la búsqueda de su resolución pacífica. El conflicto es parte de la vida, es inherente al ser humano y se encuentra presente en la convivencia.

Para los lectores el presente escrito tiene el objetivo de identificar la importancia del conflicto y su enfoque con el fin de transformar posiciones, encontrar intereses y construir acuerdos que trasciendan en la vida de las personas.

Es por esto que podemos ver que el conflicto en la mediación es importante y transforma la dicotomía de la paz y la guerra, nos ayuda a entender su origen y causas; los elementos y sus actores.

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos son reconocidos por la Constitución del Ecuador en el año 2008. En el Ecuador la Mediación cumple con un rol importante que pretende descongestionar la carga procesal que los juzgados tienen en materias transigibles.

¹⁴¹ Licenciada en Ciencias de la Educación con mención en Administración Educativa. Magíster en Educación y Proyectos de Desarrollo con enfoque de género. Mediadora, certificado de aprobación otorgado por la Procuraduría General del Estado con aval académico de la Universidad San Francisco de Quito. Docente de Mediación en la Universidad Espíritu Santo (UEES). Mediadora del Centro de Arbitraje y Mediación UEES.

Para la Cultura de Paz la aplicación de la mediación permite la evolución en la búsqueda de la construcción de sociedades pacíficas.

ABSTRACT

For mediation, understanding the nature of the conflict is essential when seeking its peaceful resolution. Conflict is part of life; it is inherent to the human being and is present in coexistence.

For readers, this paper aims to identify the importance of conflict and its approach in order to transform positions, find interests and build agreements that transcend people's lives.

This is why we can see that the conflict in mediation is important and transforms the dichotomy of peace and war, it helps us understand its origin and causes, the elements, and their actors.

The Alternative Methods of Conflict Resolution are recognized by the Constitution of Ecuador in 2008. In Ecuador, Mediation plays a significant role that aims to decongest the procedural burden that the courts have in compromised matters.

For the Culture of Peace, the application of mediation allows evolution in the search for the construction of peaceful societies.

Palabras clave: Mediación, Cultura de Paz, Conflicto

Keywords: Mediation, Culture of Peace, Conflict

INTRODUCCIÓN

La mediación es un método alternativo de resolución de conflictos, legalmente reconocido en el Ecuador a través de la Constitución y de la Ley de Arbitraje y Mediación. Para la aplicación de las técnicas de mediación y en la búsqueda de la resolución de los conflictos, es necesario conocer, entender y profundizar sobre el conflicto.

El conflicto ha existido siempre. El ser humano es un ser social, cuyas necesidades, expectativas e intereses dependen, directa e indirectamente, de nuestro entorno y las personas que nos rodean. Por eso cuando dos o más personas persiguen el mismo interés o intereses opuestos y no es posible una colaboración, surgen desacuerdos y conflictos. El hecho de que el conflicto nos haya acompañado siempre ha supuesto también que hayan existido siempre mecanismos para su resolución, definidas por las distintas construcciones culturales e históricas. Por lo tanto, los conflictos se asocian a todas las manifestaciones de la vida, englobando guerras y disputas, crisis y problemas. Debemos entender el conflicto como un fenómeno universal con infinitas expresiones, pero con una unidad conceptual. Un fenómeno que se manifiesta en el primer y último acto de la vida, es decir, en el momento del nacimiento y de la muerte.

Hablar de conflicto, por tanto, es hacer referencia a situaciones habituales y cotidianas que se dan en el marco de la convivencia y de las relaciones humanas, donde los valores, necesidades, deseos, expectativas, intereses o posiciones son o se perciben como opuestas. Es decir, percepción, interdependencia e incompatibilidad tienen que estar presentes para que podamos hablar del conflicto. La configuración del conflicto interpersonal consta de tres elementos que interactúan entre sí: Persona – proceso – problema.

Para conseguir un adecuado abordaje del conflicto es preciso saber cuántas personas están implicadas, en qué medida, su papel e interdependencia. El conflicto se desarrolla a lo largo del tiempo, escala y desescala progresando gradualmente, es decir, es un proceso. Los problemas pueden resolverse mejor compartiendo que repartiendo.

EL CONFLICTO

¿Qué es el conflicto?

El conflicto es inherente al ser humano, forma parte de la convivencia y está presente en todas las culturas. Desde la sociología (Simmel G., pp. 17)

señala que el conflicto tiene relevancia sociológica, por cuanto genera o modifica comunidades de intereses, unidades y organizaciones, entendiendo que el conflicto es una forma de socialización. Es importante conocer que los elementos que pueden disociarse son las causas del conflicto.

Para Morales Francisco y Santiago Yubero (1999) una definición aceptable de conflicto debe tener en cuenta, cuando menos, la existencia de dos o más participantes individuales o colectivos que, al interactuar, muestran conductas internas o externas incompatibles con el fin de prevenir, obstruir, interferir, perjudicar o de algún modo hacer menos probable o menos efectiva la acción de uno a través de la del otro, como consecuencia observable de una incompatibilidad subjetiva de metas, valores, posiciones, medios, estrategias o tácticas que implican el ejercicio del poder de uno sobre otro en un ambiente de ausencia, libre interpretación o transgresión de normas. (p.32, 33)

Marinés Suárez se refiere al conflicto como un proceso interaccionar que nace, se desarrolla y puede transformarse, desaparecer, resolverse o permanecer estacionario; y que se da entre dos o más partes (sean personas, grupos o instituciones); donde predominan las interacciones antagónicas, generando malestar y tensión, aunque no siempre agresividad; en estas interacciones las partes implicadas lo hacen como seres totales con sus acciones, pensamientos, afectos y discursos; siendo un proceso co-construido por las partes participantes y que puede ser conducido por ellas o por un tercero. El proceso en cadena de Necesidades – Miedo – Acción, es útil para describir el sistema de funcionamiento, origen, formación y desarrollo de los conflictos. Una vez descrito podremos proveernos y prever sistemas para reducir el coste negativo del conflicto y aprovechar la capacidad humana de reacción frente a las adversidades, problemas y urgencias que marcan nuestras necesidades.

Finalmente, podemos ver que el conflicto es necesario e importante, nos permite socializar entre dos o más personas, posee características y estrategias.

Importancia del conflicto

El conflicto es importante cuando a pesar de la dificultad ayuda a construir algo. Los conflictos son el detonante, el termómetro que nos indica la necesidad de ser intervenido. Los conflictos al ser problemáticos podrían en sí mismo llevarnos a conductas constructivas, en forma de actitudes profundas y reflexivas.

La conducta destructiva desgarrar, daña y hiere; la conducta constructiva erige algo. Ambas pueden estar presentes en el mismo tiempo y lugar, en la misma persona; no son incompatibles”. (Galtung, 2003, p.108)

Es importante identificar el detonante del conflicto, conocerlo y transformarlo de forma positiva en búsqueda de su resolución.

Función del conflicto

El conflicto es un agente de cambio social, transforma las relaciones humanas, impulsa la cooperación mutuamente beneficiosa, señala la necesidad de modificar reglas, normas, leyes e instituciones.

Sin embargo, el conflicto puede ser destructivo, con elevados costes materiales y humanos (vidas) para las personas y la sociedad.

Johan Galtung en una de sus conferencias reflexiona sobre la paz y el conflicto, recuerda la diferencia que existe entre trabajar para la paz y las dificultades que atraviesa este camino, sin embargo, cuando el esfuerzo es dedicado a la guerra todos cooperan.

La clave está en saber establecer la línea divisoria entre las consecuencias destructivas del conflicto y las constructivas. Entender por qué los rasgos destructivos del conflicto llegan a predominar sobre los constructivos. Poder identificar cómo las consecuencias destructivas del conflicto pueden ser minimizadas previniéndolo, manejándolo o transformándolo.

En este contexto el conflicto debe ser abordado desde la prevención, sin embargo, no siempre es posible. Las personas debemos trabajar por mejorar nuestras habilidades del manejo de los conflictos entendiendo que el problema no son las personas sino el conflicto. La transformación de conflictos permitirá resolverlos a través de medios pacíficos.

Dicotomía entre la paz y la guerra

Para entender el conflicto es importante confrontar la dicotomía entre la paz y la guerra. Para el autor e investigador Johan Galtung es necesario que para conocer la paz tenemos que conocer el conflicto y saber cómo puede transformarse, tanto de manera no violenta como de manera creativa.

“Paz por medios pacíficos” Galtung (2003) manifiesta que la paz posee dos definiciones compatibles:

1. Es la ausencia/reducción de todo tipo de violencia.
2. Es una transformación creativa y no violenta del conflicto

Con el criterio del autor podemos entender que el conflicto debe ser abordado a través del enfoque transformativo con un único resultado – cambiar de visión – Si la visión convencional era pensar que el conflicto debe ser evitado, la visión actual dirá que el conflicto es normal y por lo tanto inevitable; la visión convencional nos dice que el conflicto perturba la ejecución de políticas y planes, la visión actual nos dice que el conflicto puede favorecer o perjudicar la ejecución de políticas en diversos grados.

De la misma manera la visión convencional dice que el conflicto es fruto de los errores en la administración, diseño o manejo de una situación, la visión actual nos dice que el conflicto es fruto de múltiples causas, incluyendo las diferencias de percepción y valores, y sus manifestaciones en los comportamientos. Por lo tanto, el conflicto no debe ser eliminado, más bien se debe buscar un óptimo desarrollo del conflicto.

Origen y causas del conflicto

Para Fisher (2000) las diferencias económicas, divergencias en valores y en el poder, son consideradas como fuentes básicas de los conflictos, además de las necesidades humanas (p. 169), su origen el miedo. La mayoría de los conflictos se desarrollan a partir de la decisión de que la otra parte representa un peligro o una amenaza.

Johan Galtun, en uno de sus artículos señala la importancia de entender que cuando las necesidades básicas del ser humano se ven afectadas, la paz se convierte en un fin imposible de obtener.

Por otro lado, Eduard Vinyamata señala que “Las personas, como las sociedades, tenemos unas necesidades esenciales que satisfacer, necesidades básicas como la alimentación, la seguridad y la protección y aquellas otras que nos vinculan al cuerpo social, de tipo afectivo y cooperativo. También poseemos necesidades como la libertad y la trascendencia, que nos permiten desarrollarnos de manera integral”. (p. 59)

Causas del conflicto

Existen diversas causas que ocasionan los conflictos. Moore (1994) clasifica los conflictos en conflictos de relación, conflictos de información, conflictos de intereses, conflictos estructurales, conflictos de valores. Estas causas no pueden ser las únicas, se entiende que cada conflicto es único.

Elementos del conflicto

Con el fin de otorgar más información a la hora de analizar un conflicto, se ha visto la necesidad de elaborar una hoja de ruta que nos permita disgregar cada elemento. La Fundación Gizagune, en el año 2010, publicó un documento llamado “Los conflictos, claves para su comprensión”, en este instrumento cita a John Paul Lederach y destaca tres elementos que interactúan entre sí.

- 1. Las personas:** Para el análisis de los conflictos las personas cumplen una función esencial, sin personas no existirían conflictos; y para ello “...es necesario conocer cuántas personas se encuentran implicadas en el conflicto; qué nivel de implicación mantienen, el papel que juega cada una de ellas y el grado de interdependencia existente”.

Se considera a Maslow (1975) como el exponente más claro de esta teoría, para quien las necesidades son las motivadoras del comportamiento. Argumenta que las necesidades, que son comunes a los seres humanos, se ordenan jerárquicamente según su importancia, de modo que hasta que las de orden inferior no se encuentran suficientemente satisfechas, las que le siguen en escala no se rigen en motivadores activos del comportamiento.

- 2. El proceso:** El conflicto es un procedimiento, se va desarrollando a lo largo del tiempo. Debemos conocer aproximadamente en qué fase se encuentra para determinar qué actuaciones serán necesarias, si el objetivo es su resolución o transformación. El procedimiento que sigue el conflicto se conoce como escalada y desescalada.

Ciclo del conflicto

La mayoría de los investigadores coinciden en que el conflicto tiene una dinámica previsible, podríamos decir que al igual que una obra de teatro se desarrolla entre actos:

1. El conflicto escala
2. El conflicto llega a su clímax y se produce un estancamiento, y al último, se dan los movimientos hacia el acuerdo.
3. Inicia la desescalada

Sin embargo, no siempre ocurre de la misma manera, pues se puede resolver el conflicto antes de que empiece su escalada o el conflicto se detiene por el dominio de una de las partes.

Escalada: En esta etapa las partes tratan de prevalecer su posición. Se agranda el problema.

Las fases son las siguientes:

Estancamiento: Las partes pierden energía para continuar la lucha o han tomado conciencia de lo inútil del comportamiento. Se pierde la esperanza de conseguir el objetivo.

Desescalada o resolución: Las partes toman conciencia y saben que pueden llegar a una solución. El conflicto se puede solucionar con la intervención. (Wagner J., 2015)

3. El problema: La exposición más completa, donde se encuentran reflejados los tipos de “problemas”, que habitualmente afectan a los conflictos lo han realizado Louise E. Samrt y Bernard S. Mayer de la CAR Asociados, en la conferencia anual de COPRECA de 1989 (citado por Ramos Pérez, 2006).

Cuando no resolvemos un conflicto que se produce en su momento este empeora, se deteriora y lo lleva a otro problema, es decir el conflicto es mayor o incorpora nuevos elementos para confrontación. A esto lo llamamos escalada del conflicto. El crecimiento de la tensión adopta la forma de una escalera donde cada gradita incrementa la tensión y es precedido por un periodo de interiorización, preparación o descanso del esfuerzo invertido. Las primeras graditas suelen definirse por pérdidas de confianza, malestar propio o deterioro de la salud y el equilibrio interno, menor capacidad comunicativa y desconfianza del entorno.

Actores del conflicto

Para que exista un conflicto las personas son esenciales. Max Weber señala que al categorizar al conflicto como una relación social queda establecido que sus actores son seres humanos, incluye actores plurales como colectivos, especialmente si están de alguna manera organizados. (pág. 77).

Sin personas los conflictos no se materializan, sin embargo, es necesario identificar las personas que forman parte de los conflictos y sus relaciones. Existen actores principales, actores secundarios.

En el mismo contexto es necesario identificar las diferentes percepciones con conflicto, las emociones y los sentimientos, las posiciones, los intereses y las necesidades; los valores y los principios; la relación y la comunicación.

Rol de las personas frente al conflicto

Ante un conflicto las personas llegan en un primer escenario de posiciones. Las posiciones son la primera cara hacia un conflicto en el cual las emociones cumplen con un papel muy importante. En el desarrollo del conflicto este primer momento desencadena la escalada del conflicto ocasionando acrecentarlo, en este espacio surgen muchos encuentros incluso agresiones verbales o físicas.

Como se evidencia el conflicto debe ser abordado y enfrentado con creatividad y transformando el escenario de posiciones a intereses que permitan evidenciar las verdaderas necesidades. Al llegar a este espacio el conflicto podrá encontrar temas en común que le permita llegar acuerdos pacíficos.

El rol de las personas frente al conflicto es crucial a la hora de intervenir, el diálogo, la comunicación asertiva y la escucha activa son herramientas de la comunicación que permitirá avanzar en la resolución del conflicto.

Cultura de paz

“Cuando nos referimos a la cultura de paz, convendría promocionarla no tanto a través del discurso esquizofrénico que proclama valores pero no los practica; conviene desarrollarlo de manera integral, que las palabras coincidiesen con las actitudes, objetivos y formas de vida solidaria y cooperativa, en especial en los entornos próximos como el familiar, laboral y vecinal, sin olvidar por ello los entornos lejanos a la mayor parte de individuos, propios de las relaciones internacionales” (Eduard Vinyamata, 2014)

Para el autor la cultura de paz no debe ser es tan solo teoría, sin ser llevada a la práctica no surge ningún efecto en la sociedad. Es imprescindible trabajar desde el auto conocimiento y el desarrollo de las habilidades socioemocionales que permitan practicar la cultura de paz.

La educación para la paz nos dice que: En la Carta de la Tierra se indica: «A medida que el mundo se vuelve cada vez más interdependiente y frágil, el futuro depara, a la vez, grandes riesgos y grandes promesas. Para seguir adelante, debemos reconocer que, en medio de la magnífica diversidad de culturas y formas de vida, somos una sola familia humana y una sola comunidad terrestre con un destino común. Debemos unirnos para crear una sociedad global sostenible fundada en el respeto hacia la naturaleza, los derechos humanos universales, la justicia económica y una cultura de paz». Federico Mayor Zaragoza, Ex director general de la UNESCO.

El Método Transcend (Galtung; 2006)

Este método busca ir más allá del conflicto, desarticulándolo de su estado actual y rearticulándolo en una nueva realidad: ir más allá de la situación de recursos limitados y orientarse a la cooperación para satisfacer las necesidades. El procedimiento elegido depende del resultado esperado en un conflicto. Para trascender un conflicto primero se tiene que ir hacia los fundamentos del mismo a través del diálogo. Por ello Galtung, como buen matemático, parte de la convicción de que todo problema tiene escondida la propia solución dentro de sí. Lo único que se tiene que hacer en este caso es contar con un método y generar las condiciones para que esta pueda manifestarse.

Según Galtung (2006) no hay alternativa a la transformación empática, no violenta y creativa de un conflicto. La creatividad se localiza en la tierra fronteriza entre lo intelectual y lo emocional. Señala además que las fuerzas directoras, la intelectualidad es el instrumento. Esta contradicción aparente es trascendida en el trabajo de conflictos a través del enraizamiento apasionado de valores como la empatía para conocer realmente a las partes, la creatividad para poder ser, de verdad, de alguna ayuda, y la no violencia que promueve, nunca insulta, las necesidades básicas.

- ✓ Empatía para suavizar las actitudes
- ✓ No violencia para suavizar los comportamientos
- ✓ Creatividad para superar las contradicciones

Cuando hablamos de Transcend, nos estamos refiriendo a un método, por ello a un conjunto de pasos y procedimientos. Para ello Galtung compara el método con las ciencias de la salud, específicamente del esquema diagnóstico, pronóstico y terapia. Estos términos estatizan también la relación que existe entre salud y paz, por un lado (objetivo a lograr) y por el otro enfermedad y violencia (lo que debe evitarse, prevenir y superarse).

Entonces lo primero que debe hacer el diagnóstico es identificar los elementos y relacionarlos con los conceptos de cultura, profunda, comportamiento profundo, (necesidades básicas) y estructura profunda, para acceder a los objetivos de las partes y validarlas como legítimas e ilegítimas, si una meta va en contra de las necesidades básicas, entonces es ilegítima. Aquí las necesidades básicas humanas se convierten en derechos y que existen, aunque los sujetos no lo exijan. Este segundo paso nos dará un pronóstico. Finalmente, estas dos estructuras van relacionadas con los conceptos de empatía, no violencia y creatividad para lograr la trascendencia – transformación como terapia.

En conclusión, los elementos básicos que caracterizan este método serían:

1. Superar el conflicto con la finalidad de que todas las partes alcancen sus objetivos. Hacer, crear las condiciones para que los aspectos transformativos sean dominantes.
2. Empatía, creatividad, no violencia
3. Considera a los actores como partes iguales. La transformación va más allá de las asimetrías sociales.

4. Supone el conocimiento de todas las circunstancias que rodean el conflicto, así como los orígenes de la violencia.
5. Supone la presencia de una tercera persona, el trabajador de la paz, que actúe como fundamentalmente como moderador entre las partes implicadas.
6. Implica las nociones de las 3R (Reconciliación, reconstrucción y resolución)
7. Tiene como sus elementos metodológicos: no violencia, creatividad y empatía.

MEDIACIÓN

La Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, en su artículo 43 establece que “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 extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.

El artículo 47, de esta misma normativa determina: El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrá las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en este son auténticas.

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la

suscripción del acta de mediación. (...) “En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.”

El rol del mediador frente al conflicto

Para ser mediador es necesario conocer (de dónde venimos), nuestras competencias (personales y profesionales), cualidades, actitudes, aptitudes, habilidades, carencias, barreras, miedos, entre otros aspectos importantes, que cada uno tiene como persona o como profesional y que necesitamos identificar, desarrollar y fomentar, hasta llegar a definirnos como mediadores.

El mediador o mediadora debe:

- ✓ Estar técnicamente preparado.
- ✓ Tener capacidad para escuchar y comunicarse verbalmente.
- ✓ Adaptabilidad y capacidad de respuesta creativa ante obstáculos y contratiempos.
- ✓ Capacidad de autocontrol y confianza.
- ✓ Motivación para trabajar por objetivos y sentimientos de orgullo por los logros obtenidos.
- ✓ Eficacia grupal e interpersonal, cooperación.
- ✓ Capacidad de trabajo en equipo y habilidad para negociar las disputas.
- ✓ Eficacia dentro de la organización proactiva.
- ✓ En general competencias de inteligencia emocional.

El mediador o mediadora es un profesional capacitado en diversas técnicas de mediación, es un facilitador de la comunicación de los actores de un conflicto o controversia para que estos negocien acuerdos mutuamente aceptables.

Es muy importante que el mediador o mediadora cuide sus condicionantes, estereotipos, formas de percibir el mundo para que no condicione la evolución del proceso y debe blindar el espacio para que no se contamine el proceso de mediación. El mediador no juzga ni decide. Debe poner reglas sobre el proceso de mediación.

CITAS, BIBLIOGRAFICAS Y REFERENCIAS

El conflicto – Simmel G., El conflicto en la sociología del antagonismo. https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/65844867/Simmel_El_conflicto-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1662746017&Signature=Ds9URkkYsa5U841vX5FCR9O19s15yEm~JUSAnjA~2FEy-M0a6DMfMQcb21jCA7BqJdTdRSY1cIU2LIJps5IyxhCam7nT-QRVkGhJX3tzs1qT7Xjpu5d8LFtX6YX~XKIbAWqgUPqMHTw33Tg7w7E-8OQR~qFYul-KvaDMWX~T3exTRB3-gZoGjpSAB3FaV4D5gb2Y9F0AkbGVK2KqBO9NqrBNU3jPXi~FtapI7pnm-HDtev7c879xvEhOPJ7Z~BR1rCji2ulTqP5NwARAYSG9pWL5tMdCL74EQIzyDCQxspi30Bk5farihI6sNaYDh0BRFFZnJfwBHmxqbWbQjL8SA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

Teoría de conflictos, Remo E., https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/43763262/Entelman_Remo_-_Teoria_De_Conflictos-with-cover-page-v2.PDF?Expires=1662757016&Signature=IozGYRfw2tp9PYCDrvJg9If2yndUBykDtHrEg-uljQxNk35bgfarenh2S319sWGvXz4xsOi3P~J-tjnNJwo3pVf7w-wyfsT4~8fUX9sTua5d-j9bnXJ0I9WnbacRom0O2IDyHXn8utD9KzGoVX2aJwWvZbeVLV5jR8Ib2sllU1hL3lyAMqiHlJe9xqsNoWQEGQek1tcw-JLXtJKLhVaepY7O0mOUqNE2AR8dGo7kVgGsxxpUZJESur4ApaQCn-6xYvKTS0MpXI1IhpCeGcDyg7G1qxx4LA1ziyBYOTOQuEcWoeg8A55w-n2eCHSjmAp3NhDA0JKE~aa87NRvh3EcIw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

- Constitución de la República del Ecuador, 2008. https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Ley de Arbitraje y Mediación, 2006. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>
- Peña Yáñez, M. Á. (2013). El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador. El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador, 1-340.R
- Ayala Peñaranda G. Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore. *Revista Academia & Derecho* 4 (7) (79-106) Julio- diciembre 2013. ISSN: 2215-8944. Disponible en; <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6713671>
- Galtung, J. (2003) Paz por medios pacíficos – Paz y conflicto, desarrollo y civilización.
- Fundación Gernika y Working Papers Munduan, Centro de investigación por la paz.
- Morales, F., Yubero S. (1999). *El Grupo y sus conflictos*. Ediciones de la Universidad de Castilla- LaMancha.
- Ramos, M.E. y Muñoz, Y. (2010). *Los conflictos. Claves para su comprensión*. (Gizateka documento No. 3). Fundación Gizagune.
- <https://www.fundaciongizagune.net/wp-content/uploads/Conflictos.pdf>
- Vinyamata, E. (2014) *Conflictología. Curso de Resolución de Conflictos*. Editorial Paneta S.A. Barcelona, España.
- Wagner Jim, 2015, <https://www.facebook.com/jimwagnerrbpbpp/posts/el-ciclo-de-conflictojim-wagner-cualquier-conflicto-humano-en-el-que-te-veas-env/810125089104942/>

LA MEDIACIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA PSICOLÓGICO

Psic. Alejandra Checa Conde¹⁴²

RESUMEN

En este artículo se aborda una perspectiva psicológica de la mediación, la actividad de mediar desde la psicología, las condiciones para ejercer la función del mediador desde la psicología y las etapas del proceso de mediación que ello conlleva.

Palabras clave: mediación, psicología, etapas de la mediación.

Introducción

El presente trabajo pretende sensibilizar a los mediadores que cuentan con una formación en leyes, en la importancia de mirar la mediación desde un punto de vista psicológico, donde se busca delimitar un modelo de intervención que responda a las necesidades actuales y la resolución del conflicto. Parra (2014, p 13), define el término “conflicto” como aquellas situaciones en las que se presentan diferencias de intereses, valores o necesidades entre las personas, grupos, organizaciones o estados que dificultan la resolución de un problema. Ante esto se puede indicar que indistinto de la materia transigible en la que se trabaje, siempre a estos procesos van a estar ligadas las manifestaciones psicoemocionales y es ahí cuando se le da un alto valor a la psicología jurídica, para eso, es necesario que el mediador cuente con competencias psicológicas adicionales a las jurídicas, de esta manera, podrá comprender a cada una de

¹⁴² Psicóloga, graduada en la Universidad Guayaquil. Mediadora del Centro de Arbitraje y Mediación UEES.

las partes y las causas que han desembocado la controversia y así poder llegar a un acuerdo, brindando tranquilidad mental y resolución al problema. Para lograrlo no es posible que la mediación se dé como un trabajo rutinario y de procesos puramente enmarcados, sino que sus principios deben ser instaurados a partir desde un modelo humanista, como menciona Salvador (2011), sin un adecuado abordaje de la esfera emocional, no podemos pasar a la etapa de diálogo y resolución de conflictos, por lo cual, se debe comprender que estas partes, a pesar de que estén de acuerdo llevar a cabo un proceso de mediación, su componente emocional va a influenciar en la toma de decisiones, posibles alternativas y comprensión, ante el conflicto.

Desarrollo

Las relaciones humanas se basan en sentimientos, pensamientos subjetivos e ideales, estas relaciones son inherentes ante cualquier rol que esté cumpliendo una persona, dentro de los diferentes contextos sociales, por lo tanto, toda relación humana atraviesa por el caos, ya que las percepciones falsas o estereotipos que se generan a partir de las experiencias previas conducen una escasa o nula comunicación.

Considerando la modernidad, donde todo está al alcance de todos y se llevan a cabo grandes decisiones solo con deslizar el dedo a través de pantallas táctiles, existiendo una sobre información y donde las personas están inmersas en las vidas de los demás, se podría suponer, que esto afecta a la madurez social y da como consecuencia que las relaciones humanas se vean más afectadas por el conflicto.

Este conflicto que puede ser real o imaginario, llega a imposibilitar la sana convivencia en los diferentes contextos. La modernidad por otro lado nos ha ayudado a valorar mucho más la salud mental ya que busca establecer que el sujeto sea visto desde un aspecto más integral y no solo como una persona funcional; el ámbito jurídico también se ha actualizado en este aspecto, desarrollando técnicas alternativas de resolución de conflictos, entre ellas, la mediación.

La mediación se la puede considerar desde el punto de vista psicológico como una decisión de dos partes, que tienen presente que deben ser ayudadas, escuchadas y acompañadas durante un proceso de conflicto, que no les permite continuar desempeñando su rol en el espacio afectado, por lo tanto, requieren una solución, teniendo en cuenta que ambas partes tendrán que perder algo para poder restablecer este malestar, ya que ambos han sido parte de la creación del conflicto.

La mediación parte de una serie de bases teóricas y de estudios verificados para que esta se pueda llevar a cabo, está sustentada en un marco conceptual que permite simplificar procedimientos, a partir de una serie de habilidades con las que debe contar el mediador, con la finalidad de dar un correcto alcance ante los involucrados en el conflicto.

Para esto es importante tener en cuenta que un conflicto va a estar cargado de emociones, sentimientos, inseguridades, experiencias previas, como también se involucra mucho la mirada que tiene el sujeto ante el mundo y su forma de gestionar sus propias emociones y resolver los conflictos. Esto nos indica que debemos ver la mediación desde un punto de vista humanístico, donde, sin profundizar en temas subjetivos de cada una de las partes, permita al mediador dotarse de esta habilidad para comprender el funcionamiento de cada persona que interviene en el conflicto.

Por lo tanto, tener esta visión ayuda a desvincular el conflicto como tal y se centra en la persona, quien, al momento de encontrarse en una situación de malestar, genera una actitud competitiva que es parte de los principios de ser humano y esto impide que se dé una resolución de conflictos de manera objetiva y enfocada netamente a una respuesta sin prejuicios dentro del proceso.

Actualmente existen diversidad de enfoques para generar una mediación óptima, sin embargo, esto no genera un conflicto, más bien nos permite obtener herramientas y así como mediadores, mejorar nuestros procesos. Santos (2017) indica que la mediación psicológica aporta bienestar psicológico a las personas, para ello deben primar los factores humanos que benefician la salud mental, donde se debe tener en cuenta que el mediador debe identificar los siguientes elementos entre sus usuarios: detección de distorsiones del pensamiento,

manejo de las emociones y de empatía, estrategias de comunicación y maneras de comportamiento.

Mediar desde la psicología

El mediador cuenta con ciertos principios en el desarrollo de la mediación y puede desempeñar sus funciones a partir de un rol de mediador facilitador y mediador experto (Reglamento general del centro de arbitraje y mediación CAM UEES – 2021), desde la mirada psicológica se le designa al mediador como función principal, manejar las emociones que producen las personas ante la dificultad que están atravesando y que saben que se tienen que llegar a establecer acuerdos. Esto se lo maneja a partir de un proceso técnico, en donde el mediador debe de encausar en el aquí y ahora a las partes, logrando la disminución de la intensidad emocional, sin que esta desaparezca en su totalidad, pero dándole paso a la razón y la inteligencia (Santos, 2017).

Para ello se debe de comprender el fundamento de las emociones, Aristóteles (2011c) en varias de sus obras, mencionó: Las emociones son mecanismos de reacción rápida en situaciones inesperadas y que se manifiestan de manera automática, además, son fenómenos inesperados que pueden derivarse en situaciones más simples. Por lo que, durante un proceso de mediación, estas emociones van a ir activándose de acuerdo con lo que se vaya tratando y es ahí donde el mediador no debe simplemente pasarlas desapercibidas, sino que debe hacerle notar a las partes, la emoción que están sintiendo, para que así puedan identificarlas y comprenderlas desde el propósito.

De los Ríos (2014) habla de seis categorías de emociones “básicas”:

- Miedo: Anticipación de una amenaza o peligro (real o imaginario), que produce ansiedad, incertidumbre, inseguridad.
- Sorpresa: Sobresalto, asombro, desconcierto. Es transitoria y permite una aproximación cognitiva para saber qué está ocurriendo.
- Aversión: Disgusto o asco hacia aquello que tenemos delante.

- Ira: Rabia, enojo que aparece cuando las cosas no salen como queremos o nos sentimos amenazados por algo o alguien.
- Alegría: Sensación de bienestar y de seguridad que sentimos cuando conseguimos algún deseo o vemos cumplida alguna ilusión.
- Tristeza: Pena, soledad, pesimismo ante la pérdida de algo importante o cuando nos han decepcionado.

Comprender las emociones y desarrollarlas como habilidades, aportarán a la solución del conflicto, por lo que, mediar desde la psicología significa que el mediador deberá percibir las emociones, evaluarlas y buscar que se expresen adecuadamente en el momento oportuno, dándole paso a una facilitación emocional, que pueda brindar un cambio de perspectiva y la consideración de nuevos puntos de vista, a partir de una regulación emocional sin que estas sean reprimidas en su totalidad, sino que siempre se las tenga en cuenta dentro del propósito de resolución del conflicto. (De los Ríos, 2014)

Condiciones para ejercer la función de Mediador desde la Psicología

El mediador debe de ser un sujeto competente e imparcial dentro del proceso, además este debe ser percibido por las partes como una persona capaz de orientarlos y ayudar a restablecer el conflicto. Además, el papel del mediador no es definido, este va a ir modificándose en función de la interacción que surja entre las partes, sin que su manera principal de intervenir (imparcial, metódico y ético) se vea afectada.

El mediador debe cumplir con ciertas características, que aportan en este proceso, según Santos (2017), estas son:

- Físicas: gozar de buena salud física y cuidar su apariencia.
- Psicológicas: actitud conciliadora, autocontrol, sentido del humor, espontaneidad y sinceridad.
- Profesionales: Experto en relaciones interpersonales. habilidad de

comunicación, manejo del conflicto, conocimientos legales específicos, escuchar de forma afectiva, asertivo en la comunicación, figura de autoridad y jerarquía.

- Ética profesional: formación profesional, imparcialidad en los acuerdos, justicia, respeto a las personas, carácter imparcial.

Etapas del proceso de Mediación desde la psicología

La mediación según Vygotsky, es un proceso que tiene la capacidad de transformar nuestra cognición, pero no parte de un diseño predeterminado, sino que se busca escoger varias herramientas mediadoras que más respondan ante la resolución del conflicto, principalmente este proceso va a estar adaptado a las circunstancias individuales de cada uno y tiene que ser flexible, donde cada involucrado pueda explorar de manera activa las posibles soluciones, para ello, deberá existir una cooperación entre los involucrados.

Análisis de situación. En esta etapa se investiga las necesidades, sensaciones, intereses, perspectiva, actitudes y comportamientos que nos aporte con información del conflicto, aquí buscamos entender la situación personal, de cómo lo ha vivido cada parte y comprender la postura que adoptan en el conflicto ante su propia vivencia.

Encuadre. En esta etapa, donde el mediador ha comprendido la carga emocional que lleva cada una de las partes, motiva a las mismas a que se comprometan con el proceso, para lo cual también es necesario dejar sobre la mesa las reglas y lo que se espera de cada una de las partes, primando la confidencialidad, mientras dure el proceso, a esto es lo que podemos denominar como una experiencia guiada, que surge una vez que se agota la resistencia.

La comunicación. Para llegar a la comunicación asertiva, primero se deberá atravesar por un confrontamiento, donde las partes expondrán desde sus propias expectativas el conflicto y sus intereses, para esto el mediador deberá dejar a un lado sus propias expectativas ante el conflicto y direccionarse únicamente en la identificación de los intereses, posiciones y necesidades de

cada una de las partes, para así identificar el verdadero problema y no solo el que subyace dentro del confrontamiento.

La resolución del conflicto. Luego de haber logrado la comunicación asertiva, basada en la concienciación y empatía con el conflicto, el mediador puede iniciar la reconciliación, sin que este actúe directamente, es decir, que no se vea afectado su lado imparcial y neutral dentro del proceso. Por lo que, las partes realizarán su propia lluvia de ideas y así establecer un acuerdo.

El acuerdo. Surge cuando el procedimiento de mediación concluye, este según el reglamento general del CAM UEES – 2021, puede ser un acuerdo total o parcial, o en su defecto la imposibilidad de lograrlo. Este acuerdo es un documento legal y está amparado en la ley.

Como se puede comprender durante el proceso de mediación, este atraviesa por varias etapas de intervención, en todo momento se apoya de manera psico emocional a las partes, motivando la mediación, lo que da lugar a que se genere un proceso de manera eficaz y así evitar que éste se imposibilite, para ello el mediador debe de constantemente estimular la interacción y comunicación, entre las partes y mantener una línea del tiempo de los antecedentes del conflicto y así este pueda tener un pronóstico.

Conclusiones:

Es importante que el mediador tenga en cuenta las diversas emociones que pueden surgir durante y después de un conflicto, por lo que, no se podrá llegar a un diálogo asertivo sin antes verbalizar dichas emociones y que cada parte se sienta comprendida en función de su rol y las propias características de su personalidad.

El mediador debe de contar con habilidades psicológicas: control de emociones, empatía, escucha activa, comunicación, que le permita comprender la situación por la que está atravesando cada una de las partes y de esta manera ayudar a generar habilidades sociales y recursos de afrontamiento que

promuevan la resolución del conflicto, esto se lo debe de trabajar de manera inherente con sus habilidades jurídicas y de manejo de conflictos.

Los procesos de mediación deben ser manejados a partir de una visión empática o humanista, donde se admita que este proceso va a estar estrictamente ligado a emociones y sentimientos, indiferente que estos sean en materia: sociales, comunitarios, familiares, entre otros que cuentan con un marcado vértice emocional, sino que también se lo puede enlazar dentro del ámbito comercial, laboral, etc.

El rol del mediador no es un concepto establecido, este va a modificarse de acuerdo con las funciones que desempeña en determinado contexto, sin embargo, siguiendo la dinámica profesional, debe cumplir con ciertas características físicas, personales, y éticas, que permitan a las partes percibirlo como una persona idónea para trabajar en este delicado proceso.

Referencias

- Parra, E., Darío, T., Franco, J y Vallejo, P (2014). Manual para la Formación y Capacitación en Mediación Comunitaria. México: Centro de Seguridad Urbana y Prevención S. C
- Salvador, C. (2011). El valor de la inteligencia emocional en los mediadores. En E. Gómez- Tagle y L. Morales Quintero, Crimen, Emociones y Castigo. (pp. 107 -126). Puebla: Asesoría de Diseños Normativos.
- Santos, M, José (2017). La mediación psicológica perspectiva desde la psicología clínica. (pp. 79 – 84). Universidad de Cuenca.
- De los Ríos, A. (2014). Las emociones comprenderlas para vivir mejor (Asociación Española contra el cáncer). Recuperado de http://www.apega.org/attachments/article/767/GUIAEMOCIONES_v2-1.pdf.
- Aristóteles (2011c) Retórica. Madrid: Editorial Gredos.

Bodoque, G, Luis. Método empático o humanista de mediación. Recuperado de www.agoraconsenso.org/MEDIACION.pdf.

Reglamento general del centro de arbitraje y mediación de la universidad particular de especialidades espíritu santo. UEES (2021). Recuperado de <https://uees.edu.ec/wp-content/uploads/2022/03/REGLAMENTO-CAMUEES.pdf>

Capítulo 5

ÁREAS DEL DERECHO

ASPECTOS GENERALES DE LA TRANSACCIÓN Y MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

Kleber Izquierdo Castro¹⁴³

RESUMEN

Este artículo aborda las nuevas tendencias de la mediación en el ámbito tributario, las reglas, las partes que intervienen en la mediación tributaria con énfasis en la participación de la administración tributaria, el sujeto pasivo, y los asuntos que pueden someterse a mediación tributaria, las fases de dicha mediación y demás aspectos generales para someter asuntos a mediación tributaria.

Palabras clave: aspectos generales mediación tributaria, administración tributaria, conflictos tributarios.

1. Antecedentes

La Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19 publicada en el Registro Oficial Suplemento 587 de 29 de noviembre de 2021 introdujo la transacción como modo de extinguir las obligaciones tributarias, generando un cambio radical de paradigma en las relaciones entre la Administración Tributaria y los sujetos pasivos debido a que, hasta antes del cambio legislativo, siempre fueron conflictivas.

¹⁴³ Abogado graduado en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (UCSG), Máster en Asesoría Fiscal por la Universidad de Navarra (España). Mediador en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Espíritu Santo. Profesor de Mediación Tributaria en la Universidad Espíritu Santo. Socio del Estudio Jurídico Izquierdo & Castro.

La transacción entendida como la “concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la razón o justicia propia” (Guillermo Cabanellas de Torres, 1991, P.314), consiste en un método autocompositivo, en donde las partes de forma voluntaria buscan la solución de conflictos.

En el ámbito tributario la transacción puede materializarse mediante la mediación, la cual consiste en que “las partes en conflicto, con la ayuda de un tercero neutral (el mediador), resuelven sus diferencias alcanzando por sí mismas un acuerdo. El mediador actuará como canal de comunicación, creando un espacio de diálogo necesario para que las partes puedan expresar su versión de la situación, fijar los puntos del conflicto, expresar sus opiniones y puntos de vista, sus intereses y necesidades, de modo que entre ellas se vayan acercando las posiciones para llegar a un acuerdo” (Susana San Cristóbal Real, 2012, P.47).

Otra manera de efectuar la transacción es mediante la conciliación, comprendido como un medio no judicial de resolución de conflictos mediante el cual las partes, con la presencia activa de un tercero conciliador, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o por el mismo, buscan la forma de encontrar una solución y superar el conflicto de intereses que existe.

La transacción no es ajena a la realidad del derecho tributario, desde la creación del Modelo de Código Tributario para América Latina OEA/BID 1998 ya se establecía este modo de extinguir la obligación tributaria; y, tal como veremos en el presente artículo, desde su inicio se entendió como una herramienta que debía ser fuertemente regulada.

Adicionalmente existen otras legislaciones donde también ha surgido la transacción, pero principalmente para evitar conflictos entre la Administración Tributaria y los sujetos pasivos, tal es el caso de México que ha implementado los Acuerdos de Precios Anticipados.

Los Acuerdos de Precios Anticipados (APA's) son convenios entre la Administración Tributaria y el contribuyente, cuyo fin es establecer una

metodología previa para ciertas operaciones comerciales o financieras entre el sujeto pasivo y la Administración. Estos APA's tienen validez por un período de tiempo determinado. Según la OCDE: “Es un acuerdo que fija con carácter previo a la realización de transacciones con o entre empresas relacionadas, un conjunto de criterios apropiados (por ejemplo: métodos de valoración, comparables y ajustes correspondientes, presunciones críticas sobre eventos futuros) para la determinación de los precios de transferencia aplicables a esas transacciones, por un período de tiempo establecido”.

Al definirlo como un acuerdo de voluntades, este mecanismo requiere de una negociación para poder arribar a un consenso, no obstante, es una negociación sobre aspectos claramente limitados que básicamente se centran en establecer el valor de determinadas transacciones para definir el valor de la imposición.

En sentido contrario, nuestra legislación adoptó la transacción desde un ámbito mucho más amplio permitiendo evitar posibles conflictos, así como solucionar los ya existentes.

La transacción como mecanismo de solución de conflictos en el ámbito tributario ha sido reconocido y aceptado por los máximos organismos de administración de justicia de nuestro país.

La Corte Constitucional de la República del Ecuador mediante la Sentencia No. 110-21-IN/22 y acumulados efectuó un análisis referente a la constitucionalidad de este mecanismo y concluyó:

“262. Por lo expuesto, este Organismo descarta el argumento de que la introducción de la transacción en materia tributaria atenta contra el principio de suficiencia recaudatoria, previsto en el artículo 300 de la Constitución.”

En el mismo sentido, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en reiterados casos ha aceptado al acta de mediación como una forma de concluir los procesos judiciales.

A modo ejemplificativo se puede citar el proceso judicial No. 09501-2020-00141, auto interlocutorio emitido el 18 de septiembre de 2023 que establece:

“3.2. Se establece por consiguiente, que por haberse presentado la solicitud de mediación con anterioridad al 29 de mayo de 2022, la presente causa se enmarca en el caso excepcional o régimen de transición establecido por la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19 (Ley s/n Tercer Suplemento del Registro Oficial 587, 29-XI-2021); y, toda vez que ha sido puesto en conocimiento de esta judicatura del Acta de Acuerdo Total de Mediación, corresponde ordenar el archivo del proceso que, en virtud de encontrarse en esta sede jurisdiccional implica el archivo del recurso de casación.”

De igual manera, dentro del proceso judicial No. 09501-2020-00218, en el auto interlocutorio emitido el 13 de febrero de 2023 la Corte Nacional de Justicia dispuso:

“TRES: 3.1. De la documentación adjunta al escrito antes especificado, se observa el Acta de Acuerdo Total de Mediación ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo, UESS, dentro del expediente No. 071-2022, de 7 de septiembre de 2023, de la que se resalta que la solicitud de mediación fue presentada el 28 de enero de 2022. 3.2. Se establece por consiguiente, que por haberse presentado la solicitud de mediación con anterioridad al 29 de mayo de 2022, la presente causa se enmarca en el caso excepcional o régimen de transición establecido por la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19 (Ley s/n Tercer Suplemento del Registro Oficial 587, 29-XI-2021); y, toda vez que ha sido notificado a esta judicatura del Acta de Acuerdo Total de Mediación, corresponde ordenar el archivo del proceso, que en virtud de encontrarse en esta sede jurisdiccional implica el archivo del recurso de casación.”

2. Las partes en la Transacción en Materia Tributaria

La transacción es un método autocompositivo que busca generar consensos entre las partes (sujeto activo y sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria) por lo que es necesario en primer lugar establecer el hecho que causa el conflicto, y quiénes son las partes en este tipo de negociaciones; así como cuáles son sus facultades, obligaciones y limitaciones al momento de acceder a una transacción.

En este orden, el hecho materia del conflicto es una obligación tributaria, así como cualquiera de sus elementos accesorios.

Una de las grandes dudas que surgieron cuando entró en vigor estas disposiciones era si se podía transar sobre los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ante esto es necesario destacar que según nuestra legislación los aportes al IESS no se consideran tributos según lo dispuesto en el Art. 287 de la Ley de Seguridad Social; y, por lo tanto, no es posible transar sobre estos.

Definido el tema de la controversia, concerniente a una obligación tributaria, las partes que intervienen a transar son:

- La Administración Tributaria que ostenta la calidad de sujeto activo; y,
- Sujetos pasivos en calidad de contribuyentes o responsables.

Vale la pena mencionar que, dentro de un proceso de transacción en materia tributaria, las partes se encuentran obligadas a negociar de buena fe implicando que las negociaciones deben realizarse con la intención de poder alcanzar un acuerdo, por tanto, se configura en una obligación de medios y no de resultados para las partes. La Corte Constitucional mediante Sentencia No. 110-21-IN/22 y acumulados ha ampliado este concepto señalando:

“261. Finalmente, cabe mencionar que para la utilización de la transacción en materia tributaria es imprescindible la introducción del concepto de buena fe, mismo que no sólo debe constituir un principio inspirador de la actividad del obligado tributario, sino también para la administración tributaria. Es así como la entidad pública acreedora del tributo tendrá la obligación de negociar de

buena fe durante el proceso de mediación, con miras a alcanzar un acuerdo que permita prevenir o finalizar un litigio y que agilice y/o facilite la recaudación, precautelando de esta manera, el principio de suficiencia recaudatoria”.

2.1. La Administración Tributaria

Por Administración Tributaria se debe entender cualquiera de los tres sujetos regulados en los Artículos 64, 65 y 66 del Código Tributario, que son:

1. La Administración Central;
2. La Administración Seccional; y,
3. La Administración de Excepción.

Debido al principio de legalidad en el ámbito público, las Administraciones Tributarias requieren de normas que fijen sus facultades para poder llevar a cabo un procedimiento de transacción.

Actualmente el Código Tributario ecuatoriano establece que la transacción deberá celebrarse por la máxima autoridad del ente acreedor del tributo, no obstante, no se prohíbe la posibilidad de delegar esta función.

En efecto, las máximas autoridades de las Administraciones Tributarias Centrales (SRI y SENAE) han optado por delegar estas funciones a directores, con la finalidad de poder agilizar los procedimientos de mediación o conciliación.

Estas Administraciones Tributarias deben efectuar una serie de análisis para determinar si cabe la transacción.

En primer lugar, debe realizar un análisis para establecer si el conflicto radica en elementos que pueden ser objetos de la transacción, como se analizará más adelante existen ciertos aspectos que han sido excluidos de la transacción.

En segundo lugar, deberá realizar un análisis costo - beneficio de proseguir con la controversia, considerando:

- Costo en tiempo y recursos de un litigio;

- Expectativa de éxito de seguir el litigio; y,
- Conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

De esta manera la administración se verá obligada a determinar mediante una proyección de egresos futuros, los distintos gastos en que deberá incurrir en caso de continuar en la controversia y esos flujos traerlos a valor presente para poder compararlos con las alternativas propuestas en la negociación.

Es importante destacar que la ley de forma expresa exime de responsabilidad civil y administrativa a los funcionarios que suscriban las actas de mediación otorgándole un mayor incentivo a este método.

2.2. El Sujeto Pasivo

Toda vez que los sujetos pasivos son los obligados a pagar la obligación tributaria, la normativa ecuatoriana establece la posibilidad de que quienes lo desean accedan a la transacción, para lo que dispone dos requisitos.

Como primer requisito, es necesario que se presente la correspondiente declaración del tributo, vale la pena señalar que este requisito únicamente aplicará cuando la determinación del tributo le corresponda al sujeto pasivo.

El segundo requisito que establece la ley consiste en haber efectuado algún pago y es en este aspecto donde se genera un inconveniente debido a que, por disposiciones legales, es posible determinar un impuesto causado de \$0,00, lo que implica que no exista ningún pago. Ante esto surge la duda de si en estos casos cabe la posibilidad de transar, para este intérprete estos casos no deberían ser excluidos de los procesos de mediación, pues se estaría privando a los sujetos pasivos de una alternativa para resolver el conflicto de forma innecesaria.

3. Elementos Materia de Transacción

Es importante destacar que nuestra legislación permite a las

Administraciones Tributarias efectuar una serie de concesiones en diferentes elementos de las obligaciones tributarias, otorgando la posibilidad de generar varias opciones en una negociación.

Claro está que la posibilidad de transigir no es absoluta, la ley establece que no se podrá transigir sobre el entendimiento o alcance general de conceptos jurídicos indeterminados en disputa, más sí es posible respecto al caso concreto en el que tal concepto debe ser aplicado. Adicionalmente se establece que no serán objeto de transacción las pretensiones que persigan la anulación total o parcial de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y circulares de carácter general emitidas por la Administración Tributaria.

Los elementos sobre los que la ley permite efectuar concesiones son los siguientes:

3.1. Tributo

Consiste en el elemento más importante de la transacción en este ámbito, la norma establece la posibilidad de efectuar “concesiones sobre aspectos fácticos de valoración incierta controvertidos durante la fase de determinación de la base imponible o dentro de procesos contenciosos”.

Básicamente la normativa permite modificar la cuantía del tributo al realizar consensos sobre la valoración de elementos probatorios, permitiendo en algunos casos alterar la base imponible del tributo o incluso la tarifa, con la finalidad de generar alternativas de acuerdo.

Según la Resolución No. NAC-DGERCG22-00000036 emitida por el Servicio de Rentas Internas, en relación con el tributo existen dos elementos sobre los que pueden efectuar concesiones:

1. Aspectos fácticos de valoración incierta que se encuentren controvertidos;
y,
2. Aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en disputa.

Por aspectos facticos de valoración incierta la administración establece que

son “hechos cuya acreditación se cuenta con medios de prueba indiciarios o mediatos para lo cual corresponde una valoración subjetiva”.

Resulta llamativo que el Servicio de Rentas Internas deje fuera del alcance de la mediación hechos cuya acreditación pueden ser ciertos mediante la presentación de elementos probatorios directos.

3.2. Intereses

El Art. 56.7 del Código Tributario de forma expresa establece la posibilidad de otorgar una remisión total de intereses cuando el sujeto pasivo ofertare el pago de contado de la obligación tributaria; y, en los otros casos donde no se oferte el pago de contado es posible realizar una reducción de la tasa de intereses hasta la tasa pasiva referencial fijada por el Banco Central del Ecuador.

Con fecha 05 de agosto de 2022 el Procurador General del Estado mediante oficio No. 19729 emitió absolución de consulta en virtud de la cual se establece que la facultad de condonar o reducir la tasa de intereses es aplicable incluso para obligaciones contenidas en actos firmes o ejecutoriados. La Resolución NAC-DGERCG22-00000036 ha restringido esta posibilidad únicamente a deudas que sean catalogadas como de “difícil recaudo”, esta misma norma determina que serán deudas de difícil recaudo las obligaciones pertenecientes a un “contribuyente que no registra bienes o activos en el Ecuador, lo que hace inútil y/o costoso el inicio de un procedimiento de cobro activo”.

3.3. Recargos

Otro de los elementos accesorios al tributo, son las sanciones que la ley regula como por ejemplo el recargo del 20% que se establece en el Art. 90 del Código Tributario y el recargo del 100% fijado en el Art. 47 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Estos recargos, que nuestra jurisprudencia los ha calificado como sanciones, pueden ser reducidos o incluso eliminados como alternativa para llegar a un acuerdo.

3.4. Multas

Sobre este punto es necesario señalar que las multas por incumplimiento de obligaciones tributarias se encuentran reguladas por el Código Tributario y se imponen en virtud de un proceso reglado, en tal virtud, negociar sobre si efectivamente se cometió o no el acto tipificado como infracción no es posible mediante un proceso de mediación ya que no existe la posibilidad de realizar concesiones.

Por lo antes expuesto, el Servicio de Rentas Internas en su “Instructivo para la Aplicación de la Transacción en Materia Tributaria” ha señalado que la mediación sobre las sanciones o multas solo puede recaer sobre su recaudo.

3.5. Plazos y facilidades de pago de la obligación

La normativa referente a la transacción en el ámbito tributario establece que es posible transar sobre el plazo y facilidades para los pagos de las obligaciones tributarias, lo que se ha interpretado como dos figuras distintas para la extinción de la obligación tributaria.

En cuanto a las facilidades de pagos, estas se encuentran regulados en el Código Tributario y posee un trámite administrativo establecido. La administración ha mantenido como posición que en referencia a las facilidades de pago solo se pueden otorgar en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que establece el Código Tributario.

En cuanto al plazo para el pago de obligaciones, esta se configura en una nueva alternativa que busca otorgar un mecanismo más flexible para el pago de los tributos, mecanismos que no tiene un tiempo máximo estipulado ni requisitos que cumplir, las limitaciones o condiciones se establecerán en virtud de las particularidades de la controversia que permitan determinar hasta qué plazo, es beneficioso o no para los intereses de ambas partes.

3.6. Levantamiento de todas o parte de las Medidas Cautelares

Dentro de los procedimientos de ejecución, las Administraciones Tributarias tienen la facultad de interponer medidas para asegurar el pago de las obligaciones tributarias, entre las medidas más relevantes se encuentran

la de retención de dinero en las cuentas del deudor y prohibición de enajenar de bienes. Cualquier medida dispuesta puede ser alterada o incluso eliminada dentro de un procedimiento de transacción, lo que realmente se busca en este apartado es que mediante la modificación de las medidas cautelares se puede otorgar facilidades para cumplir con el pago de la obligación tributaria.

4. Fases en la que cabe la Transacción

El Código Tributario ha dividido la transacción según la etapa en que se encuentra el conflicto, definiéndolos como transacción intraprocesal y extraprocesal. Según mi criterio es una clasificación que puede generar controversias pues podría interpretarse que las disputas, que se encuentran en el ámbito judicial, solo pueden ser objeto de transacción en los momentos que permite el Código Orgánico General de Procesos, limitando de esta manera la verdadera naturaleza de la transacción como modo de resolver conflictos.

La transacción al ser un método voluntario, que depende necesariamente del acuerdo de las partes, debe ser permitida durante todas las etapas administrativas y judiciales de los conflictos, hasta antes de que exista una resolución definitiva, es decir, una sentencia ejecutoriada.

4.1. Transacción Extraprocesal

El Art. 56.7. del Código Tributario establece que “Las obligaciones tributarias y los actos administrativos emanados de las facultades de la administración tributaria, cuya impugnación en sede judicial no esté pendiente, serán susceptibles de transacción extraprocesal”.

De esta forma se establece la posibilidad de mediar sobre cualquier conflicto que esté pendiente o haya sido resuelto en el ámbito administrativo.

En la actualidad, para iniciar una transacción extraprocesal el Reglamento de la LODE ha dispuesto la necesidad de acceder mediante un Centro de Mediación avalado por el Consejo de la Judicatura debido a que establece que éstos serán los únicos que puedan notificar a la Administración para que inicie el procedimiento de mediación.

Un importante avance respecto a la interpretación de esta norma consiste en que la Administración Tributaria Central ha aceptado mediar, como si se tratara de una transacción extraprocesal, en procesos que tienen pendiente de resolución recursos de casación. Esto es un avance significativo pues aun cuando la norma parece algo obscura en ese aspecto, en la práctica se la ha interpretado de la forma más racional.

4.2. Transacción Intraprocesal

La transacción intraprocesal la define el Código Tributario (Art. 56.12) como el método de extinguir obligaciones, cuyas impugnaciones se encuentren pendientes en la vía judicial. Ante ello el Código Tributario se remite a las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos para regular esta forma de transacción.

Existen dos formas de transar en la vía judicial:

1. Por conciliación efectuada por el juez.
2. Por derivación del conflicto a un centro de mediación.

Bajo las disposiciones del Reglamento de la LODE únicamente se ha contemplado la segunda alternativa, esto es cuando el juez deriva el conflicto a un centro de mediación. En la práctica esto ha provocado que, hasta la presente fecha, las Administraciones Tributarias no estén dispuestas a conciliar en las audiencias preliminares o en las fases iniciales de las audiencias únicas de juicio.

5. Autorización del Procurador General del Estado

Finalmente, con la publicación del Reglamento a la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19, se introdujo un requisito adicional para poder materializar los acuerdos que se efectúen en el ámbito de las transacciones tributarias.

El reglamento dispone que los acuerdos que se efectúen dentro de un

proceso de transacción que superen los USD 20.000,00 o que sean de cuantía indeterminada, requerirán la autorización por parte del Procurador General del Estado previo a la suscripción del acta de acuerdo.

Resulta llamativo que el Art. 25 del reglamento establezca que “se deberá contar con la autorización de la Procuraduría General del Estado de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, ente que, para conceder tal autorización, considerará el informe costo-beneficio que determina el Código Tributario.”

Al señalar la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, esta norma en su Art. 12 regula únicamente la transacción cuando una entidad pública interviene como actor o demandada en un proceso judicial.

No obstante, como ya he señalado en líneas anteriores, en el ámbito tributario existe transacción sobre aspectos que no han sido judicializados, incluso se puede mediar sobre obligaciones aún no determinadas en un acto administrativo (mediación dentro de un proceso de determinación) por lo que este artículo no sería de aplicación.

Lamentablemente, las Administraciones han interpretado que esta disposición debe aplicarse en prácticamente todo tipo de mediación, generando que este método, que se caracteriza por su simplicidad y rapidez, se convierta un trámite prolongado, perdiendo la eficacia y ahorro procesal que persigue la transacción.

6. Casos en los que no se requiere autorización del Procurador General del Estado

Por motivo del retraso en la conclusión de los procedimientos de mediación, el Servicio de Rentas Internas realizó una consulta al Procurador General del Estado para conocer si es necesario obtener autorización de esta institución en todos los acuerdos en materia tributaria. Mediante Oficio No. 19668 el Procurador emitió la absolución de consulta esgrimiendo el siguiente criterio:

Existen acuerdos que no implican concesiones por parte de la Administración Tributaria sino únicamente el cumplimiento de condiciones establecidas en la ley, dentro de los cuales se destacan:

- Casos en que se discutan las medidas cautelares;
- Facilidades de pago; y,
- Remisión aplicando la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal, únicamente cuando el sujeto pasivo acepte los valores glosados con la finalidad de acogerse a la remisión de intereses y recargos.

En los casos antes mencionado, debido a que no existe concesión por parte de la Administración, se ha concluido que no será necesario la autorización por parte del Procurador General del Estado.

7. Referencias bibliográficas

Cabanellas, G. Diccionario Jurídico Elemental. Recuperado 23 de febrero de 2024, de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina34261.pdf>

Código Tributario. Registro Oficial Suplemento No. 38 de 14 de junio de 2005.

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 110-21/IN22 y acumulados, sentencia No. 110-21-IN/22, de fecha 28 de octubre de 2022

Corte Nacional de Justicia. Caso 09501-2020-00141, auto interlocutorio, de fecha 18 de septiembre de 2023.

Corte Nacional de Justicia. Caso 09501-2020-00218, auto interlocutorio, de fecha 13 de febrero de 2023.

Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2017. (2018). En OECD eBooks. <https://doi.org/10.1787/9788480083980-es>

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19. Registro Oficial Suplemento 587 de 29 de noviembre de 2021.

Oficio No. 19668 (Procurador General del Estado). Registro Oficial No. 155 de 23 de septiembre de 2022.

Oficio No. 19729 (Procurador General del Estado). Registro Oficial No. 155 de 23 de septiembre de 2022.

Reglamento a Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19. Registro Oficial No. 608 de 30 de diciembre de 2021.

Resolución NAC-DGERCGC22-00000036 (Servicio de Rentas Internas). Registro Oficial Suplemento 114 de fecha 27 de julio de 2022.

San Cristóbal Real, S. “*Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*”. Recuperado 23 de febrero de 2024, de file:///Users/kleberizquierdo/Downloads/Dialnet-SistemasAlternativosDeResolucionDeConflictos-4182033.pdf

Varios, A. (2010). Modelo de Código Tributario para América Latina. Tendencias actuales de tributación. RePEc: Research Papers In Economics, 1. <http://econpapers.repec.org/bookchap/extderech/474.htm>

LAS NUEVAS REGLAS SOBRE LA TENENCIA Y SU APLICACIÓN EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Miguel A. Bunces¹⁴⁴

RESUMEN

El presente trabajo pretende resumir la sentencia No. 28-15-IN/21, dictada por la Corte Constitucional dentro del caso No. 28-15-IN, cuyo contenido cambia las reglas sobre la tenencia en Ecuador. El trabajo busca además explicar por qué este fallo es importante para la mediación familiar.

Palabras clave: Corte Constitucional, mediación, tenencia, niños niñas y adolescentes.

Abstract: The present essay intends to summarize the court ruling No. 28-25-IN/21 issued by the Constitutional Court on the trial No. 28-15-IN, which content changes the rules of child custody in Ecuador. The essay also aims to explain why the court ruling is important to family matters mediation.

Key words: Constitutional Court, mediation, child custody, minors.

11. Introducción.

Con fecha 24 de noviembre del 2021, la Corte Constitucional del Ecuador, dentro del caso No. 28-15-IN, dicta la sentencia No. 28-15-IN/21, que trata

¹⁴⁴ Miguel Bunces, Mediador en Centro de Arbitraje y Mediación, Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Abogado, socio fundador del Estudio Jurídico Probus Abogados. Coordinador Legal de Seguros Córdor.

sobre la declaración de inconstitucionalidad por el fondo de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (“CONA”).

Los artículos en cuestión fijan las reglas para atribuir la patria potestad de los niños niñas y adolescentes (“NNA”), entre los progenitores separados. Sin embargo, su importancia, de cara al fallo, radica en que dichas reglas son aplicables también para la figura de la tenencia.

La tenencia, de acuerdo con el artículo 118 del CONA, consiste en el encargo otorgado por el juez competente, a favor de uno de los padres, para el cuidado y crianza de los menores¹⁴⁵. Para la atribución de la tenencia, el código se refiere a los numerales 2 y 4 del artículo 106 que, previo al fallo que se estudiará, mandaba lo siguiente:

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

(...)

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

(...)

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

(...)¹⁴⁶

La mediación, de acuerdo con la ley, “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,

¹⁴⁵ Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 118

¹⁴⁶ Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 106.

de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”¹⁴⁷. Este mecanismo tiene plena aplicabilidad en materia de familia, ya que en virtud del artículo 294 del CONA, se permite a las partes recurrir a este sistema, siempre que, además de tratarse de materia transigible, no se vulneren derechos irrenunciables de los menores¹⁴⁸.

La mediación familiar puede ser entendida de la siguiente manera:

Una intervención en un conflicto o una negociación por parte de una tercera persona aceptable a las partes, imparcial y neutral sin ningún poder de decisión y que pretende ayudarles a que ellos mismos desarrollen un acuerdo (una «entente») viable, satisfactorio y capaz de responder a las necesidades de todos los miembros de una familia, en particular las de los hijos e hijas. (Romero Navarro, 2002)

Las materias transigibles son la tenencia, la pensión alimenticia y el régimen de visitas; de ahí la importancia del fallo No. 28-15-IN/21, ya que, al fijarse nuevas reglas sobre la tenencia, las partes y el mediador, como facilitador de estas, contarán con nuevos criterios para poder alcanzar acuerdos satisfactorios. Por lo tanto, es menester estudiar el fallo y revisar los nuevos parámetros que permitirán a los progenitores, en una mediación, alcanzar acuerdos satisfactorios con la colaboración de un mediador.

12. Qué Dice la Sentencia No. 28-15-IN/21.

Como se afirmó en la parte introductoria, la sentencia declara la inconstitucionalidad por el fondo de las reglas de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, expulsándolas del ordenamiento jurídico, en cuanto estas sirven para fijar las reglas sobre la atribución de la tenencia, es decir, el cuidado y la crianza de los hijos “por ser contraria al principio de igualdad y no discriminación, al interés superior de NNA y a la corresponsabilidad parental”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre 2006, artículo 43.

¹⁴⁸ Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 294.

¹⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, párr.

Estas reglas establecían una preferencia a favor de la madre, siempre que no existiera acuerdo entre los progenitores o en caso de que el acuerdo fuera desfavorable para el menor. Así mismo, se favorecía a la madre cuando ambos padres fueran idóneos para el encargo.

Para la Corte Constitucional, tanto la tenencia, como el deber de educación y de representación judicial y extrajudicial forman parte de las obligaciones personales que tienen los padres para con sus hijos y que, junto a las obligaciones económicas, conforman el régimen de patria potestad. Por lo tanto, y tal como indica el artículo 118 del código prenombrado, puede el juez confiar la tenencia a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad¹⁵⁰.

La Corte consideró que los numerales citados resultan inconstitucionales, por los siguientes motivos:

En relación a los progenitores, la norma atenta contra el principio de igualdad y no discriminación, respecto a la madre, porque “contempla un trato diferenciado que supone que la mujer es más idónea para criar a los hijos que el hombre”¹⁵¹, siendo el fundamento de dicha preferencia “el simple hecho de serlo”¹⁵²; por su parte, de cara a los padres “la norma impugnada no explica por qué a los hombres, pese a ser progenitores, no se les debe encargar la tenencia, aunque tengan las mismas condiciones que la madre¹⁵³”; es decir, que el padre “deberá probar que es un cuidador más idóneo que la madre, aunque ambos sean igualmente aptos para que se les entregue la tenencia¹⁵⁴”

Así, las normas perpetúan situaciones de violencia intrafamiliar:

El padre en lugar de demostrar que es más idóneo para el cuidado de sus NNA, tiene que evidenciar por qué la madre no es apta para que se le encargue la tenencia. Esto, indefectiblemente, llevará a una batalla de desprestigio hacia la madre independientemente del interés superior, que debería ser el principal elemento a considerar.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, párr. 129, 130.

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 157

¹⁵² *Ibid.*, párr. 160

¹⁵³ *Ibid.*, párr. 179

¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 194

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 195

Sobre los menores, la Corte se manifiesta en defensa del principio de interés superior del NNA¹⁵⁶ en varias oportunidades, dejando claro que “supeditar el interés general de NNA a posibles escenarios en los que primen otros intereses, como el de los padres, supondría limitar el interés superior de NNA¹⁵⁷”, y observando además que las reglas declaradas inconstitucionales, vulneran el principio citado, ya que se prefiere “encargar la tenencia a uno de los progenitores, sin considerar lo que es mejor para NNA¹⁵⁸”.

La Corte recuerda la importancia de la Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño, que manda a “que la evaluación del interés superior implica valorar y sopesar, caso por caso, todos los elementos necesarios para tomar una decisión¹⁵⁹”, es decir, se deben atender a las situaciones concretas de cada menor para atribuir la tenencia, no siendo otro que el operador de justicia es el responsable del “considerar la integralidad de los hechos (...) y las circunstancias particulares de cada caso, lo que implica examinar situaciones específicas de los NNA involucrados y particularmente la realidad en la que se desenvuelven¹⁶⁰”.

En relación con lo anteriormente expuesto, se analiza el derecho del NNA a ser escuchado, de acuerdo a su condición personal¹⁶¹, y que dicha opinión sea tomada en cuenta, a la hora de determinar cuál es su interés superior. Reitera la Corte, en base a dictámenes del Comité de los Derechos del Niño (“COMITÉ”), que es deber del juzgador, con apoyo del equipo técnico,

¹⁵⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N°. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 44: El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

¹⁵⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, párr. 162

¹⁵⁸ Ibid., párr. 180

¹⁵⁹ Ibid., párr. 160

¹⁶⁰ Ibid., párr. 203

¹⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 148: La escucha debe ajustarse a sus condiciones personales, como edad o capacidad de comprensión, y es una de las formas de advertir su interés genuino. Garantizar el derecho a ser escuchado permite aplicar el interés superior, tomar mejores decisiones y, al mismo tiempo, promover la participación del niño o niña, estimular el futuro desarrollo de la personalidad y de sus capacidades para ejercer derechos

considerar el criterio del NNA, incluso de aquel que no ha cumplido 12 años¹⁶². En este punto se reafirma que las reglas de atribución de la tenencia descritas en el CONA, al fijar la prevalencia materna por sobre el sentir del menor vulneran su derecho a ser escuchado¹⁶³.

Otro punto relevante, es la protección del derecho del menor a conservar su entorno y relaciones familiares, que incluyen por supuesto, a su familia ampliada paterna, quienes pueden estar en condiciones de cuidar al NNA. Se observa que las reglas de atribución de tenencia obligan al padre a probar que la madre no es apta para criar al menor, generando conflictos que conllevan contextos de violencia de género e intrafamiliar y “distanciamientos emocionales entre los NNA y su familia paterna¹⁶⁴”. Sin embargo, la Corte deja claro lo siguiente:

Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso¹⁶⁵

La Corte así mismo advierte la afectación al principio de corresponsabilidad parental¹⁶⁶, que “implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos tanto en el plano personal como en el patrimonial¹⁶⁷”; este reparto debe mantenerse en caso de divorcio o separación, conservando la relación entre los progenitores, ya que es lo más beneficioso para el menor¹⁶⁸.

¹⁶² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, párr. 209, 210, 211.

¹⁶³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, párr. 212.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 219

¹⁶⁵ *Ibid.*, párr. 227

¹⁶⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N°. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 69, num. 1 y 5: Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (...) El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

¹⁶⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, párr. 224

¹⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, párr.

Se advierte de forma contundente, que la disputa sobre la tenencia, en razón de las reglas vigentes a la época, puede ser una herramienta de chantaje, manipulación o negociación entre los padres, violentándose entre ellos para obtener intereses personales, privando así al menor de sus intereses propios que son superiores. Sin embargo, se reconoce también que la corresponsabilidad parental debe ser ejercida aún en caso de que exista una tendencia exclusiva, a fin de mantener un equitativo reparto de derechos y obligaciones¹⁶⁹.

13. Parámetros Actuales Para la Atribución de la Tenencia.

Expulsados los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA por ser inconstitucionales y ante la carencia de una normativa que supla dicha falta, la Corte fija una serie de criterios para que los operadores de justicia resuelvan los casos puestos a su conocimiento en materia de tenencia, siempre con el objeto de hacer prevalecer el interés superior del menor.

Entre los parámetros, que la misma Corte afirma no son taxativos, sino que irán adecuándose a las necesidades de cada caso, encontramos la no discriminación en base al género o la capacidad económica de los padres; la obligatoriedad de contar con la opinión del NNA, de acuerdo a su condición; la presencia de un cuidador sensible y disponible; descartar cualquier forma de violencia, como la económica, psicológica, vicaria, etc., así como la existencia de un daño o la potencialidad de este; la continuidad en la vida y rutinas del menor; la dedicación de los padres y estudio de su vínculo afectivo con el hijo; el respeto a la identidad del NNA; la capacidad de los padres para cubrir las necesidades del menor; la preservación del entorno familiar y cooperación entre progenitores; respecto del menor, la existencia de una discapacidad o pertenencia a un grupo minoritario; colaboración con el equipo técnico; y, la debida motivación de la decisión¹⁷⁰.

226

¹⁶⁹ Ibid., párr. 229

¹⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021, párr. 247, 248

14. La Aplicación del Fallo en la Mediación Familiar

Una vez se ha explicado la sentencia, sus consideraciones, decisión, y los cambios que incorpora a la legislación, es necesario analizar por qué en materia de mediación familiar resulta relevante. Este apartado se desarrollará en dos puntos: el primero se referirá a la tenencia respecto a su carácter transigible, y el segundo sobre la importancia de contar con la opinión del menor durante un proceso de mediación.

4.1. La Extensión del Carácter Transigible de la Tenencia.

El Código de Niñez y Adolescencia, en el artículo 294, reconoce a la mediación como un mecanismo válido para resolver conflictos, siempre que versen sobre asuntos transigibles y que se respeten los derechos de los NNA.

Tradicionalmente, los temas que se entienden como transigibles en esta materia, son la pensión alimenticia, el régimen de visitas y claro está, la tenencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la ley no otorga a los progenitores una capacidad absoluta para llegar a acuerdos sobre estos asuntos.

Así, por ejemplo, los artículos 15 y 43, del Capítulo I, Título V, del libro segundo del código citado, mandan a que la pensión de alimentos fijada en un proceso judicial no puede ser inferior al mínimo reconocido en la tabla de pensiones alimenticias¹⁷¹. En ese sentido, un acuerdo de mediación, en el que se discuta entre los progenitores el monto a pagar por aquel concepto, no podrá contemplar un valor inferior al mínimo dispuesto.

De la misma forma, respecto a la tenencia, las partes veían limitada su capacidad para transigir ya que, los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, ahora declarados inconstitucionales, obligaban a atribuir el cuidado y guarda del menor a la madre.

¹⁷¹ Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 15: (...) El Juez/a, en ningún caso podrá fijar un valor menor al determinado en la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas (...) Las pensiones alimenticias en ningún caso serán inferiores a las mínimas establecidas en la mencionada tabla (...).

El fallo no institucionaliza otras formas de tenencia como la tenencia compartida¹⁷² (Conceptos Jurídicos, s.f.), ni convierte en mandato obligatorio un modelo de tenencia en particular. Todo lo contrario, elimina la monoparentabilidad y obliga a los jueces a analizar caso por caso y determinar así lo mejor para el menor, en virtud de las directrices introducidas.

Lo que nos conduce a la aplicación de la sentencia en la mediación. En este método de solución de controversias, las partes, asistidas por el mediador, intentarán llegar a un acuerdo que consiga terminar con una controversia pendiente. El mediador actuará como facilitador y brindará, en este caso, a los progenitores, todas las herramientas necesarias para que estas resuelvan su conflicto. La importancia del fallo radica principalmente en que, al declarar inconstitucional la obligatoriedad de la tenencia materna, y al aportar las directrices estudiadas, otorga al mediador recursos, que, puestos a disposición de los progenitores, permitirán abordar la cuestión de la tenencia desde una perspectiva amplia, brindando a las partes la posibilidad de expresar sus necesidades y capacidades, tendiendo a la búsqueda del interés superior del menor, y alcanzando acuerdos satisfactorios, atendiendo a las necesidades y dinámicas propias de cada familia.

En un proceso de mediación familiar en el que, por falta de predisposición, la parte invitada muestre poco interés en arribar a un acuerdo, podría conseguirse una mayor apertura al diálogo, al mostrársele que existe la oportunidad de conseguir una solución que le otorgue mayor tiempo con su hijo, atendiendo a sus posibilidades, en beneficio de todos.

Por esto resulta indispensable que el mediador conozca los nuevos parámetros aportados por la Corte Constitucional para la atribución de la tenencia; estos se convierten a su vez, en herramientas de diálogo y negociación entre las partes, recordando que “el objetivo final de la mediación es ayudar a restablecer la organización familiar desde una nueva configuración” (Romero Navarro, 2002).

¹⁷² Se entiende a la custodia compartida como un régimen legal que regula la guarda de los hijos de padres divorciados o separados en partes iguales. Este acuerdo permite que los hijos permanezcan con ambos padres la mitad del tiempo.

4.2. La Opinión del Menor es Trascendental.

La Corte Constitucional insiste de manera reiterada en la necesidad de escuchar al menor, de acuerdo a su capacidad, durante la disputa de la tenencia. Sin embargo, esta obligación no solo se impone a los jueces. Entre los argumentos esgrimidos en el fallo, se cita al Comité de los Derechos del Niño y su Observación General N°. 12., cuyo texto manda lo siguiente: “toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación¹⁷³”

Esta observación contempla a la mediación como un procedimiento en el que se debe dar escucha al NNA en distintos escenarios; así, en asuntos penales, se dispone lo siguiente:

En caso de remisión a medios extrajudiciales, **incluida la mediación**, el niño debe tener la oportunidad de dar su consentimiento libre y voluntario y de obtener asesoramiento y asistencia jurídicos y de otro orden acerca de lo apropiado y conveniente de la remisión ofrecida¹⁷⁴. (énfasis agregado).

Otro supuesto es el relacionado a procedimientos administrativos:

El párrafo 2 del artículo 12 especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular “en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño” (...) Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la **mediación** o el arbitraje¹⁷⁵. (énfasis agregado).

De lo expuesto queda clara la necesidad de contar con la opinión del menor durante la mediación. Darle voz implica asegurar que se satisface el interés superior del NNA.

¹⁷³ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 12*. El derecho del niño a ser escuchado. Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párr. 52.

¹⁷⁴ *Ibid.*, párr. 59.

¹⁷⁵ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 12*. El derecho del niño a ser escuchado. Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párr. 32.

El rol del mediador, por lo tanto, será el de otorgar un espacio al menor para expresar sus inquietudes y necesidades, sobre todo cuando los progenitores se muestren renuentes a atender por sí mismos el interés superior de su hijo. Dicho de otra forma, el mediador es también garante de los derechos del menor en un proceso de mediación, ya que será un elemento que el mediador deberá poner sobre la mesa.

El respeto al derecho del menor a emitir su criterio, y la consideración de su opinión, de acuerdo a sus capacidades, como elemento indispensable para la toma de decisiones, permitirá arribar a acuerdos perdurables que satisfagan las necesidades de todos los involucrados, obedeciendo así el dictamen de la Corte Constitucional.

Por ende, es menester también atender a los elementos que el Comité considera necesarios para que exista por parte de un menor, el ejercicio pleno del derecho a ser escuchado, adaptando estos elementos a los procedimientos propios de la mediación; estos requisitos son:

- 1) Preparación: se debe preparar a los niños, niñas y adolescentes antes de que ser escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes.
- 2) Audiencia: el lugar donde se realice la entrevista tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que los niños, niñas o adolescentes puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar.
- 3) Evaluación de la capacidad del niño: en cada caso se debe evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio, luego de ello, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes como factor destacado en la resolución de la cuestión.
- 4) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño, niña o adolescente (comunicación de los resultados al niño, niña o adolescente): se debe informar al niño, niña o adolescente del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones para efectos de conocer su posición.
- 5) Quejas, vías de recurso y desagravio: los niños, niñas

o adolescentes deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas¹⁷⁶.

Conclusión.

Los nuevos parámetros impuestos por la Corte Constitucional no son una invención de la misma Corte; de los documentos internacionales citados se observa que el estado ecuatoriano solamente se está poniendo al día con las obligaciones internacionales pendientes.

Pese a que la mediación es apenas mencionada por la Corte Constitucional, se desprende que, de la naturaleza de las exigencias impuestas en el fallo y de la fuerza vinculante de este tipo de decisiones, lo dispuesto en la sentencia es tan exigible ante un mediador como lo es para cualquiera otra persona que intervenga en la solución de un conflicto en el que un menor se vea involucrado.

Es deber entonces adaptar estos nuevos parámetros a nuestro día a día, para hacer de la mediación un proceso realmente efectivo de solución de controversias, protegiendo el interés de las partes, pero, sobre todo, el de los menores, que siempre serán los más vulnerables.

Referencias

Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre 2006.

Corte Constitucional del Ecuador. Proceso No. 28-15-IN. Sentencia No. 28-15-IN/21 de 24 de noviembre de 2021.

¹⁷⁶ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 12*. El derecho del niño a ser escuchado. Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párr. 41 a 46

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N°. 449 de 20 de octubre de 2008

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 12. El derecho del niño a ser escuchado. Doc. CRC/C/GC/12, 2009.

Romero Navarro, F. (2002). La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. Observatorio de la Infancia, (40). https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/2225_d_LA_MEDIACION_FAMILIAR.pdf

Conceptos Jurídicos. (s.f.). Custodia Compartida. <https://www.conceptosjuridicos.com/ec/custodia-compartida/>

LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS TRANSFRONTERIZOS RELACIONADOS A LA SUSTRACCIÓN ILEGAL DE MENORES

Eva Harimech¹⁷⁷

RESUMEN

En este artículo se aborda la aplicación de la mediación en casos de conflictos transfronterizos relacionados a la sustracción de menores, entendida como una mediación internacional que procura la prevención y gestión de estos conflictos; así como las fases que conlleva este proceso.

Palabras clave: mediación internacional, sustracción de menores, conflictos transfronterizos.

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es una garantía básica que le permite a los individuos la posibilidad de acudir a cualquier mecanismo organizado por la participación estatal a fin de solucionar sus conflictos. Con el nacimiento de dicha garantía, cualquier miembro de la sociedad puede elegir la instancia y el mecanismo de su preferencia. Con base en lo mencionado, todos los estados garantistas tienen la obligación de crear instituciones encargadas especialmente de la solución de conflictos, aquí nacen el proceso judicial y los mecanismos alternos de

¹⁷⁷ Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad de Especialidades Espiritu Santo (UEES). En 2019 culminó la formación de Mediadores Especializados y en 2022 recibió el grado de Máster en Mediación y Gestión del Conflicto por la Universidad Internacional de Valencia.

resolución de controversias como intento de modernizar y agilizar el sistema de justicia.

La justicia alternativa nació como una promesa para aliviar la presión de los tribunales y agilizar la resolución de conflictos y tiene una estructura procesal diferente a la del proceso judicial ordinario. En esta se reconocen los mecanismos de arbitraje, conciliación, negociación y mediación. La mediación, eje central de la presente obra, es un procedimiento por medio del cual varias partes colaboran para alcanzar una solución a una controversia que verse sobre materia transigible mientras son guiados por un tercero neutral e imparcial llamado mediador.

Por otro lado, el derecho internacional tiene como principal objetivo el mantenimiento de la paz según lo mencionado en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Para lograr tal objetivo se instauró a los mecanismos alternos de solución de conflictos como medios idóneos para solucionar controversias internacionales. Pese a que la mediación no siempre fue la primera alternativa en conflictos trasfronterizos, desde inicios del siglo XX se mostró como un elemento eficaz en la erradicación de conflictos en la esfera internacional.

La mediación internacional por otro lado es un medio diplomático que permite la prevención o gestión de controversias con un alto grado de conflictividad como lo es el caso de la sustracción ilegal de menores. El secuestro de menores es un problema humano, social y jurídico que representa un fenómeno que merece especial atención y cuidado. Esto requiere principal esfuerzo institucional y personal ya que se trata de un proceso donde se incumplen las obligaciones de la patria potestad y se violentan las garantías y derechos del menor.

MEDIACIÓN INTERNACIONAL COMO ALTERNATIVA A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La mediación no ha ocupado tradicionalmente el lugar que merece en la esfera internacional. El carácter general de la mediación constituye el medio

idóneo para resolver un conflicto de forma pacífica, en el plano internacional, la mediación es un medio diplomático para arreglar una controversia. Tal como lo indica Ernesto Salcedo (2007), la mediación requiere y promueve una participación activa, directa e irremplazable de las partes en la resolución de sus conflictos, por lo tanto, prima lo colaborativo. (p. 7)

A diferencia de los métodos adversariales, como fue precisado con anterioridad, los actores reservan su libertad de acción y de decisión en cuanto a la solución del conflicto. Por otro lado, el someterse a una mediación internacional da como resultado un acuerdo internacional obligatorio que rige bajo el principio de “pacta sunt servanda”, y que expresa que lo pactado debe ser fielmente cumplido por los Estados parte.

La diversidad de normas que actualmente regulan los mecanismos alternos de solución de controversias ha facilitado el desarrollo y uso de estos mecanismos. Sin embargo, en la mediación internacional, por tratarse de un proceso transfronterizo las regulaciones deberían ser lo suficientemente claras y delicadas como para no coartar el carácter informal de este tipo de procedimientos. Pese a aquello, en caso de recurrir a una mediación internacional donde se logre llegar a un acuerdo, no tiene que basarse necesariamente en el Derecho Internacional, sin embargo, este es aconsejable por las múltiples directrices que ofrece.

SUSTRACCIÓN ILEGAL DE MENORES

La sustracción ilegal de menores nace en el seno de los conflictos familiares, específicamente entre parejas que en el momento de la ruptura de la relación amorosa tienen hijos menores de edad. Los avances tecnológicos y la globalización son causales que contribuyen a la formación de parejas mixtas en donde sus integrantes pertenecen a nacionalidades o culturas diferentes, aquella situación puede complicarse cuando existe descendencia.

Esta temática tiene como principal característica un elemento sentimental que generalmente no se aprecia en otras áreas del derecho y por tanto merece

una especial fijación, sensibilidad y tratamiento para que en cualquier procedimiento se vele por el interés y bienestar de los menores.

Manuel García (2021) indica que la sustracción de menores es un fenómeno que empezó a manifestarse a inicios del siglo XX y creció exponencialmente a finales de los años cincuenta, siendo la globalización culpable de tal incremento. (p. 7) A raíz de aquello, y gracias a la falta de regulación y protección jurídica a los menores en situaciones de traslado ilegal, se elaboró el Convenio de Autoridades y Ley aplicable en materia de menores en 1961 que funcionó como base para la creación del Convenio de la Haya sobre sustracción de menores en 1980.

El artículo 3 del Convenio de la Haya sobre la sustracción de menores proporciona la siguiente definición:

“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.”

Pese a que tal definición abarca las características esenciales de una sustracción ilegal como la retención del menor en el extranjero, la esencialidad de que el sujeto activo sea un progenitor y que el traslado se realice sin consentimiento del otro progenitor, la doctrina desarrolla distintas modalidades según las circunstancias en que se desarrolle:

- Traslado ilícito: Ocurre cuando el progenitor no custodio aprovecha su horario de visitas para trasladar al menor a otro Estado y en este, ante las autoridades, intenta conseguir la custodia por medio de engaños o documentos falsos.

- Retención ilícita: Esta se produce cuando el progenitor no custodio solicita permiso especial al progenitor custodio para trasladar al menor durante un tiempo determinado a otro Estado, pero pasado dicho tiempo establecido, el menor no es devuelto.
- En previsión de pérdida de la custodia: Sucede cuando ante la posible ruptura de la relación amorosa uno de los progenitores, por miedo a perder la custodia del menor, lo traslada a otro Estado y se niega a regresar.
- Violencia de género o intrafamiliar: En casos donde existe maltrato o violencia intrafamiliar, uno de los progenitores huye con el menor implicado para proteger su integridad y la de sus descendientes.

Sobre esto último cabe destacar que la violencia de género tiene una clara tendencia al alza a nivel mundial y debido a tal situación se puede apreciar un cambio de tendencia en el contexto de la sustracción de un menor, ya que ante estos casos el sujeto activo será la persona violentada, aunque muchas veces esta ostente el derecho de custodia. El Convenio de la Haya de 1980 no menciona alguna respuesta explícita frente a la sustracción de menores originada por violencia de género o intrafamiliar, sin embargo, presenta una oscura referencia al tema en su artículo 13 literal b:

“No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente¹⁷⁸, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenarla restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. (...)”

¹⁷⁸ El artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980 indica lo siguiente: *“Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. (...)”*

Dicho articulado ofrece la posibilidad de no restitución del menor cuando se lo pone en una situación intolerable, por tanto, se debe demostrar que la violencia sufrida por uno de los progenitores afecta de manera directa a los descendientes. Pese a lo antes mencionado, el artículo 13b tiene una limitante que se encuentra dentro del Reglamento Brusellas II Bis.

El Reglamento Brusellas II Bis¹⁷⁹ es un instrumento jurídico creado por el Consejo Europeo para socorrer la resolución de litigios internacionales por motivos de divorcio o custodia de los hijos y en su artículo 14 literal 4 fija el principio de reposición inmediata cuando se demuestre que se ha intentado proteger al menor durante el proceso de restitución. Tal articulado manifiesta literalmente lo siguiente:

“(...) Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. (...)”

Finalmente, el nuevo Reglamento No. 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019¹⁸⁰ también establece un principio de restitución inmediata y contempla el caso de violencia de género indicando:

“En aquellos casos en que la divulgación o confirmación de la información pertinente pueda perjudicar la salud, la seguridad o la libertad del menor o de otra persona, por ejemplo, cuando, a raíz de una situación de violencia sobre la mujer, el órgano jurisdiccional ordena que no se ponga en conocimiento del demandante la nueva dirección del menor (...)”

Lo antes mencionado revela que, aunque se demuestre el motivo de violencia y se compruebe que afecta directamente la integridad del menor, la

¹⁷⁹ Reglamento (CE) n 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹⁸⁰ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

restitución del menor se dará obviando lo indicado en el Convenio de La Haya antes analizado e ignorando la problemática de la sustracción por violencia.

La lucha contra la sustracción internacional de menores exige una acción de cooperación entre Estados y debe abordarse como un fenómeno mundial. Nuria González (2014) desarrolla que en este sentido resulta obvia la necesidad de introducir respuestas a la violencia, de género e intrafamiliar, en la normativa del Derecho Internacional y homogenizar la legislación ya existente ya que en la actualidad no se protege en su totalidad a los intereses del menor. (p. 5)

LA MEDIACIÓN COMO MEDIDA PREVENTIVA Y DE GESTIÓN

Se parte de que la Organización de las Naciones Unidas es el máximo organismo encargado de velar por la paz¹⁸¹ y para cumplir con dicho objetivo ha logrado instaurar varios mecanismos de solución de conflictos en el plano internacional, entre esos la mediación. La mediación internacional tiene dos funciones: 1) la preventiva; y, 2) de gestión.

Mediación en materia preventiva

La mediación en materia de prevención de conflictos tiene como finalidad principal evitar la existencia y escalada de los conflictos, limitar su propagación y mejorar las relaciones entre las partes. June Alzola (2019) indica que la prevención se basa en los pilares fundamentales de la paz, el respeto a los derechos y la seguridad que son capaces de abordar un problema y solucionarlo desde la raíz.

La mejor manera de evitar consecuencias perjudiciales a causa de la sustracción de menores es evitar que la misma se produzca. El ya mencionado

¹⁸¹ El artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 indica: “Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz (...)”

Manuel García (2021) expone que deben adoptarse medidas desde la perspectiva institucional y particular. (pp. 48-49) La perspectiva institucional supone la cooperación y coordinación entre Estados debido al carácter trasfronterizo que tiene este fenómeno. De igual manera se incluyen en este aspecto la realización de convenios y tratados internacionales con una normativa clara, homogénea y aplicable a los distintos casos.

Vale la pena mencionar además que en la medida en que los países se comprometan a cumplir con lo establecido en los instrumentos internacionales se podrá reconocer que los Estados tienen un papel activo en la lucha contra este fenómeno. Los convenios no pueden ser únicamente regulatorios de procedimientos, sino que deben ser aplicables y útiles a las distintas circunstancias.

Por otro lado, perspectiva individual debe buscar minimizar los efectos negativos que el conflicto pudiera reflejar en el menor afectado y es aquí donde la mediación puede limitar los daños. La sustracción ilegal de menores se da especialmente al momento de una ruptura amorosa en una relación de pareja, aquella situación puede causar implicaciones graves a nivel psicológico en los menores, así como en los progenitores y el círculo íntimo que los rodea. Ante aquello resulta inevitable presentar a la mediación como medida útil para prevenir la escalada del conflicto. El asegurar un acuerdo voluntario entre los progenitores con relación a la custodia, el régimen de visitas, la pensión alimenticia y demás obligaciones podrían reducir en gran cantidad sustracciones ulteriores.

Mediación en materia de gestión

La sustracción ilegal de menores no resulta a simple vista la materia más conveniente de ser sujeta a mediación por el alto nivel de conflictividad que conlleva. Al tratar este fenómeno se debe lidiar con varios elementos como la distancia geográfica, la diferencia cultural y de idiomas, la coexistencia de varios sistemas legales que pueden o no ser compatibles y demás puntos sumados al delicado aspecto emocional.

Pese a aquello, resalta Marta Pescador (2019) que el hecho de que el actor principal del secuestro sea uno de los progenitores representa una ventana para asomar a la mediación como un incentivo para alcanzar un acuerdo que beneficie a todos. (p. 8) No se debe dejar de lado el aspecto emocional y psicológico que acarrea una sustracción ya que no solo se enfrenta a la separación del menor, sino que se arrastran preocupaciones económicas, miedo a afrontar la situación, la necesidad de tomar decisiones trascendentales y demás.

En las situaciones donde los progenitores han perdido el control de la situación y la integridad del menor está en debate la mediación puede ofrecer la posibilidad de limitar el daño causado ya que el activar otras vías confrontacionales podría ser perjudicial para la relación de las partes. La mediación, en armonía con lo establecido en la legislación internacional, es capaz de resolver el conflicto y restituir a los menores implicados en una situación idónea.

No está de más resaltar que el procedimiento de mediación en una sustracción ilegal de menores debe ir acompañada de una serie de garantías básicas para que prevalezca el interés superior del menor en todo momento siendo las más sustanciales las de temporalidad, para que el conflicto sea resuelto en el menor tiempo posible, y las de información y transparencia para que las partes implicadas en el proceso estén al tanto de todas las actuaciones.

Tras la salida y localización del menor implicado se puede iniciar con un procedimiento de mediación que debe contener ciertas características esenciales para que sea fructífero. La doctrina establece que el lugar de la mediación debería ser en el Estado donde el menor se encuentra, sin embargo, no hay limitante para aquello, lo que sí es exigible es que ambos progenitores asistan a las sesiones del procedimiento. Por otro lado, la presencia del menor y su opinión podrá ser tomada en cuenta en las audiencias siempre y cuando se estime necesario y resulte dañino para el menor.

La vía de mediación como gestión puede ser activada antes o después de haberse iniciado algún procedimiento judicial. Inclusive, autores como Patricia Orejudo (2010), manifiestan que la mediación es realmente útil cuando se

emplea con posterioridad al proceso judicial o administrativo para resolver asuntos relacionados a la restitución y a las órdenes de retorno facilitando la ejecución de las sentencias o acuerdos alcanzados. (pp. 372-373)

PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

La mediación de este tipo merece una preparación logística bastante detallada que debe trabajarse junto con las partes para sobrellevar el conflicto. Es recomendable que en el inicio del procedimiento el mediador empape a las partes en información concerniente al proceso como los lugares de reunión, la duración de las audiencias, la disponibilidad, los posibles encuentros con el menor implicado, el contenido de la mediación, los costos económicos, el idioma en que se llevará a cabo y demás.

Mercedes Caso (2011), señala que el proceso puede pasar por tres fases:

1. Fase de calentamiento;
2. Fase de reflejo mutuo; y,
3. Fase de acuerdos. (p. 24-25)

En la fase de calentamiento existe mucha tensión y rivalidad entre las partes, el aspecto emocional se encuentra más latente que en cualquier otra fase y requiere atención. En esta fase lo que se busca es clarificar intereses y posiciones de los progenitores con respecto al secuestro, encontrar razones ocultas y dilucidar elementos disimulados. Para lograr lo mencionado el mediador debe ser capaz de aplicar diferentes herramientas comunicacionales. Es recomendable que en este punto se realicen reuniones individuales para que cada parte aporte información más detallada en un ambiente sin amenazas.

La segunda fase, llamada de reflejo mutuo, busca principalmente bajar tensiones e iniciar la guía hacia la comunicación entre los progenitores. El mediador debe introducir los intereses y posiciones de ambas partes en la conversación para que funcione como reflejo y la empatía figure en el diálogo. En esta fase es posible introducir al menor al dialogo para que dé su opinión

si fuera requerida, aquello únicamente en casos donde su integridad física y psicológica no peligré. Una vez que se haya logrado quitar a las partes de un enfrentamiento se puede guiar el discurso hacia la toma de decisiones en conjunto.

Finalmente, la tercera fase, o fase de acuerdos es donde se pueden llevar a cabo los convenios alcanzados en la conversación. Los acuerdos a los que lleguen pueden versar sobre una parte o todo el conflicto y deberán quedar plasmados en un acta final de mediación que tendrá que contar con todos los requisitos de fondo y forma requeridos por la legislación internacional.

OBSTÁCULOS QUE LA MEDIACIÓN ENFRENTA EN ESTE ÁMBITO

La mediación se enfrenta a importantes obstáculos en este aspecto dentro de los que se pueden destacar algunos. La falta de homogeneidad entre las legislaciones y normativa internacional suponen una de las más grandes falencias institucionales, tal y como fue analizado en párrafos anteriores no puede permitirse una violación a los derechos de los menores con tal de producir una restitución expedita. Todos los procedimientos deben llevarse a cabo con mira en el interés superior del niño.

La concurrencia de la violencia intrafamiliar o de género que aumenta cada día también representa un obstáculo ya que, en ciertos estados, como en España, no es permitida la mediación familiar en casos de violencia de género.¹⁸² Sin embargo, deberá analizarse el caso cuando la violencia coexista en un proceso de sustracción ya que vetar en todos los casos no podría resultar adecuado.

La falta de regulación internacional con respecto al procedimiento de mediación en estos casos también es una dificultad latente. Pese a que no existe una normativa expresa, las mediaciones internacionales en la actualidad se llevan a cabo siguiendo las directrices doctrinarias y legales según el país donde se desarrolle. Por otro lado, la necesidad de que el procedimiento se

¹⁸² Aquello según el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2014 del 28 de diciembre, que se refiere a las medidas de protección integral contra la violencia de género.

lleve a cabo con celeridad es una expectativa que puede acarrear una desilusión por los costos que se elevan con el transcurso del tiempo.

Si el acuerdo de mediación logra ser alcanzado pone un fin formal a la disputa, tal acuerdo es de naturaleza contractual pues genera obligaciones a las partes y tiene una causa transaccional, ya que busca extinguir un conflicto. Una de las ventajas de la mediación aplicada en conflictos internacionales es su alta tasa de cumplimiento de los acuerdos, aquello se debe a que el proceso es voluntario y las partes convienen arreglos que los benefician.

Pese a aquello, el derecho internacional prevé circunstancias donde no se cumpla dicho acuerdo y por tanto lo dota de fuerza ejecutiva para que su cumplimiento sea exigible y homologado. Sin embargo, los acuerdos alcanzados no son siempre exigibles ante todos los Estados, por lo tanto, deberá seguirse un trámite que puede variar de país a país para volverlo vinculatorio y ejecutoriarlo.

Gracias a la diversidad de legislaciones y regímenes jurídicos que existen en la actualidad, la eficacia ejecutiva de un acuerdo alcanzado en mediación podría quedar en duda en ciertos casos, lo cual supone un gran impedimento para la implementación de la mediación como principal herramienta en los casos de sustracción ilegal de menores, razón por la cual debería armonizarse la legislación internacional para que su fuerza ejecutiva quede garantizada.

A lo mencionado se pueden agregar la falta de información con respecto a la mediación internacional, la falta de mediadores entrenados y especializados en materia de resolución de conflictos transfronterizos, así como las posibles dificultades de homologación de acuerdos internacionales que varían de país a país y dependen meramente de la burocracia.

CONCLUSIONES

El fenómeno de la sustracción ilegal de menores ha tomado fuerza en el último siglo y merece especial atención institucional y particular. Como fue analizado con anterioridad, la mediación en materia de resolución de conflictos

relacionados puede utilizarse como mecanismo idóneo ante un posible secuestro, o como medida de gestión cuando el menor ha sido trasladado y localizado, sin embargo, la prevención es esencial para erradicar o reducir considerablemente casos de secuestro.

Las características de voluntariedad, imparcialidad y autodeterminación convierten a la mediación en un mecanismo idóneo para solucionar controversias internacionales, la atención y detalle que se puede tomar en cuenta con este procedimiento a elementos inusuales como el aspecto emocional y psicológico, lo convierten en un método capaz de atender la problemática que supone una sustracción ilegal de menores internacional.

Pese a eso, resulta obvia la existencia de varios obstáculos para el desarrollo de la mediación en este ámbito, sin embargo, es menester hacer hincapié en que la homogenización de la legislación y normativa internacional resulta en una de las más grandes falencias en el derecho internacional y merece especial atención.

La erradicación de la sustracción ilegal de menores trasfronteriza exige una acción de cooperación y colaboración entre Estados, no solo es necesaria la condensación de regulaciones, sino que además les corresponde concientizar a la población sobre los múltiples beneficios que la mediación puede ofrecer en la esfera internacional. La mediación en este ámbito se enfrenta a numerosas dificultades que exigen una alta atención por parte del derecho internacional, de los Estados, de los mediadores y de todos los que intervienen en los procesos judiciales, y que deberá evolucionar en el tiempo.

REFERENCIAS

- Caso, M. (2011). La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores. En *IMOTIVA*, Revista de Mediación número 8.
- García, M., Claudia, G., Raquel, G., González Irene, G. N., De León, M., López, A., . . . Muñoz, A. (2021). *Mediación y Sustracción Ilegal de Menores: Buenas Prácticas*. Salamanca.

González, N. (2014). Sustracción internacional parental de menores y mediación. En U. C. Venezuela, Derecho familiar internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios. Caracas.

Orejudo, P. (2010). Mediación y sustracción internacional de menores. En n. F. (Coords.), La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derecho (págs. 367-384). Madrid: Marcial Pons.

Pescador, M. (2019). Sustracción Internacional de Menores. Valladolid.

Salcedo, E. (2007). El arbitraje, la justicia alternativa. Guayaquil.

LA MEDIACIÓN EN EL FÚTBOL

Andrés Holguín¹⁸³

RESUMEN

En este artículo se explora la aplicación de la mediación en el fútbol, desarrollando los beneficios que esta conlleva como la igualdad de las partes al negociar, eliminación del pasado conflictivo, solución rápida, preservar la continuidad de la relación y patrimonio institucional, para luego reflexionar sobre la experiencia de la aplicación de este método en el ámbito deportivo.

Palabras clave: mediación en el fútbol, derecho deportivo, acuerdos deportivos.

I. INTRODUCCION

El auge y el interés en los deportes en las últimas décadas lo han vuelto una parte importante de la vida social de las personas, asimismo el deporte en general es un negocio que genera millones de dólares en todo el mundo. Ya sea por transferencias, contratos de deportistas profesionales, sponsors el deporte no se puede aislar como una simple actividad física o una mera actividad de entretenimiento, el interés económico que genera el deporte también genera conflictos que, de alguna forma u otra, pueden afectar al mismo deporte.

¹⁸³ Abogado. Mediador y Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo.

A lo largo de los años hemos visto paralizaciones masivas de un deporte específico por conflictos contractuales. Las cuatro ligas más grandes de los Estados Unidos han visto sus temporadas suspendidas por huelgas de los deportistas, la National Hockey League (NHL) en los años 1992, 1994, 2004 y 2012, el football americano en el año 1987 que forzó a los equipos a utilizar jugadores amateurs, la suspensión completa de la temporada de béisbol del año 1994 y la suspensión de seis meses de la temporada de básquet en el año 1998. A nivel individual hemos visto jugadores profesionales de cualquier deporte no acudir a entrenamientos por conflictos contractuales, los mismos árbitros han paralizado torneos a nivel mundial por conflictos con las ligas. Los ejemplos detallados permiten colegir con claridad que el deporte profesional y amateur no está exento de conflictos y, que estos conflictos afectan directamente al deporte y a los réditos económicos que este genera para todas las personas involucradas en él.

La mediación ha sido utilizada por los estadounidenses en la solución de conflictos de manera exitosa.

La relación entre los deportistas, clubes y ligas en USA se regula mediante los denominados “Collective Bargain Agreements” que se firman por un determinado periodo de tiempo. Cuando el acuerdo está por vencer, se inician las negociaciones y se genera un temor de paralización del deporte.

La liga de hockey (NHL) en USA fue cancelada en la temporada 2004-2005 y desde ahí no ha recuperado el estatus que tenía en el país como uno de los 4 deportes más vistos en los Estados Unidos.

En el 2012 la NHL estaba a punto de cancelarse hasta que el mediador Scto L. Beckenbaugh intervino. Su presencia fue tan determinante que durante 12 horas mantuvo separadas a las dos partes (jugadores y equipos), visitando constantemente a cada parte a fin de determinar los puntos en los que cederían y los puntos en los que no había forma de ceder. Luego de lo cual los volvió a juntar y durante 16 horas lograron el acuerdo a fin de que se pueda jugar la temporada 2012.

En el año 1987 la liga de Football americano se paralizó luego de haberse jugado 2 fechas de 15, en ese año no hubo mediador, los clubes contrataron jugadores de la calle, tal como la película “The Replacements”. En el año 2011 la NFL corrió riesgo de otra paralización al no haberse llegado a un acuerdo entre equipos y la asociación de jugadores. El conflicto fue llevado a la justicia ordinaria y un juez ordenó a las partes a someterse a mediación; el mediador asignado fue Arthur Boyland y su primer acto fue encontrar en un almuerzo al Comisionado de la Liga y al representante de los jugadores para hablar de sus antecedentes y su pasión por el deporte, la temporada inició sin demora alguna.

En el fútbol, muchas veces la FIFA ha actuado como mediador. Cuando el jugador Brasileño Ronaldo pagó su salida del FC Barcelona para firmar con el Inter de Italia, el club catalán retuvo el pase del jugador al no considerarse debidamente compensado; el caso fue llevado a FIFA que obligó a las 3 partes a mediar ya que una decisión del organismo hubiese afectado no solo los intereses de las 3 partes, la FIFA se hubiese visto obligada a pronunciarse sobre un decreto español que trata sobre el pago de la cláusula de terminación de contrato y sus efectos.

En el caso Ronaldo no hubo la intervención de un mediador, el caso probablemente se hubiese solucionado antes si un tercero imparcial hubiese recopilado las posiciones de las 3 partes y los hubiese conducido a un acuerdo al que llegaron tarde, a mi criterio, porque meses son muy importantes en el acoplamiento de un futbolista en su nuevo club y Ronaldo no podía firmar con el Inter.

II. BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN DEPORTIVA EN EL FÚTBOL

Los casos antes expuestos demuestran la eficacia de la mediación en el deporte y, lo perjudicial que puede ser no utilizarla, en consecuencia, es necesario entender los beneficios de esta en el fútbol.

1.- Igualdad de las partes al negociar

Los conflictos en el fútbol, por lo general, se resuelven dentro de las asociaciones miembros de la FIFA o de los organismos continentales del deporte (CONMEBOL, UEFA, CONCACAF), es decir organismos constituidos por los clubes de los que los deportistas son miembros a través del contrato deportivo que los vincula al club.

El deportista por lo general percibe que no está negociando en una cancha neutral, por el contrario, considera que su contraparte son el club y la persona que resuelve el conflicto, por eso son renuentes a acudir a las federaciones cuando no se sienten en igualdad de condiciones.

La mediación logra un equilibrio entre las partes, donde cada una de ellas tendrá lugar para exponer sus argumentos y la negociación sea igualitaria.

Aunque el asesoramiento interno de una asociación sea efectivo en una negociación antes de iniciar un arbitraje o demanda, las partes necesitan negociar en un contexto institucional y neutral de un centro de mediación externo. (Despina, 2015).

2.- Eliminación de pasado conflictivo

En el fútbol, al tratarse de un deporte público que atrae el interés de la colectividad, los conflictos generalmente se exponen públicamente. La publicidad del conflicto y las declaraciones de las partes, defensores, comentaristas deportivos y el público a través de redes sociales crea un precedente tan adverso que motiva a las partes a concluir que la mejor forma de resolver los conflictos es a través de la demanda.

La mediación deportiva presenta un escenario nuevo a las partes en el que pueden discutir varias opciones de solución al conflicto, sin considerar lo que ha sucedido hasta el momento de la mediación, el mediador por su parte puede intervenir y conducir a las partes a dejar de un lado lo sucedido en aras de llegar a una solución que beneficie a ambas partes.

3.- Solución rápida

En el fútbol los procesos ante los órganos de resolución de disputas de la FIFA pueden durar de tres a ocho meses, luego las partes pueden apelar al Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD) donde un proceso puede durar de seis meses a un año o año y medio.

Los procesos ante los órganos de resolución de disputas también pueden durar de seis meses a un año, desde la creación de la segunda Cámara de Mediación y Resolución de Disputas de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, antes duraban un año o más, desde la reforma del Reglamento de esta Cámara hay una instancia de apelación en la misma Federación Ecuatoriana de Fútbol y después al TAD. La Comisión del Estatuto del Jugador de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, a raíz de los cambios en su composición ha mantenido un despacho irregular de causas que se podrían extender hasta por más de un año.

En la mediación en cambio se puede obtener una solución en días.

4.- Preservar la continuidad de la relación y el patrimonio institucional

La carrera de un deportista es corta, su relación no sólo es con el club, por el contrario, mantiene relación con la asociación y su futuro con otros, potenciales, clubes. En el fútbol en muchos conflictos entre clubes y jugadores se litiga sobre la estabilidad contractual, es decir si el contrato entre las partes continúa o no; en estos casos, la falta de acuerdo y, la imposición de una sentencia puede terminar con un contrato a largo plazo (hasta cinco años en contratos con jugadores mayores de edad) donde una de las partes no se encuentra satisfecha, lo que genera la sospecha de la otra parte de cómo se va a ventilar la relación por el resto del contrato.

La mediación procura un acuerdo que satisfaga a las dos partes, a fin de que, si es la voluntad de las partes la continuidad del contrato, se sientan tranquilas de que todo va a continuar sin mayor problema y con las partes satisfechas del acuerdo al que llegaron.

En lo personal, tuve un conflicto con un delantero en Barcelona, que terminó siendo el goleador del torneo el año en el que el club se coronó campeón. A mitad de la temporada el jugador recibió una oferta para jugar en México, por un valor inferior al que establecía el contrato para su salida; el conflicto entre la dirigencia y el jugador y su agente se mantuvo por semanas y, este generó la desconfianza del cuerpo técnico para alinearlo. Finalmente llegamos a un acuerdo que permitió que el jugador termine el año en el club y, al final de la temporada se pueda ir a México por el valor ofrecido. Al igual que en una mediación, las partes obtuvieron en parte lo deseado, el club retuvo al jugador hasta diciembre y el jugador su cesión a México. Si bien no acudimos a mediación, se utilizaron tácticas de mediación a fin de que las partes salgan satisfechas y, durante el tiempo restante del contrato el club y su cuerpo técnico no duden del compromiso del jugador con el club, es decir la relación continuó bien y el jugador fue el goleador del torneo.

Todo deportista tiene un valor patrimonial (económico) para la institución (Grispo, 2006), la solución del conflicto a través de la mediación permite que el club conserve este patrimonio, en buen estado, es decir un jugador de fútbol comprometido con el club en lugar de un jugador que está obligado a continuar en la institución por el contrato. Mantener el patrimonio es lo que le permite al club ceder a los jugadores que forman parte de su patrimonio a otros clubes y generar réditos económicos que permitan invertir en infraestructura y nuevos jugadores.

Otros beneficios de la mediación deportiva son el evitar la publicidad por el carácter de confidencial de la mediación y uno muy importante es la reducción de costos ya que, dependiendo de las partes los órganos de resolución de disputas tienen costos elevados que las partes prefieren evitar.

III. LA MEDIACIÓN EN EL FÚTBOL: VIRTUDES Y PROBLEMAS

Para esta sección del artículo es menester analizar los órganos que ofrecen mediación deportiva y los problemas que genera la mediación en centros no deportivos con el fútbol.

Voy a enfocar este análisis en primer lugar en los órganos de resolución de disputas de la Federación Ecuatoriana de Fútbol (FEF).

Para eso es necesario analizar los reglamentos de los dos órganos de resolución de disputas que funcionan en el seno de la FEF. El primero es la Cámara de Mediación y Resolución de Disputas, creada al amparo del pedido de la FIFA de que las asociaciones constituyan estas Cámaras a nivel nacional. El artículo 3 del Reglamento de Funcionamiento de la Cámara de Mediación y Resolución de Disputas establece que la Cámara está compuesta por un presidente, independiente elegido de una lista elaborada en común entre jugadores y clubes, dos representantes designados por los clubes y dos representantes de los jugadores.

El artículo 7 del mismo reglamento al detallar los casos en los que el presidente de la Cámara puede actuar como “Juez Único”, el literal b) señala “como mediador”; el reglamento no contempla un proceso de mediación como tal, el artículo 33 lo considera como una etapa dentro del litigio obligatoria para el Juez Único y las partes, luego de la contestación a la demanda por parte del demandado.

Lo antes expuesto permite colegir con claridad que la mediación se ventila ante una persona que forma parte del tribunal que va a resolver la disputa, en consecuencia, es costumbre que las partes utilicen esta etapa procesal para dilatar el expediente o simplemente no la utilizan por miedo a que el Juez Único reciba, en mediación, información que pudiese formar un criterio al momento de resolver.

El otro órgano de resolución de disputas dentro de la FEF es la Comisión del Estatuto del Jugador, conformada conforme el Directorio de la FEF determine de acuerdo al Estatuto de la FEF, sin embargo, el Reglamento de Funcionamiento de la Comisión del Estatuto del Jugador de la Federación Ecuatoriana de Fútbol prevé la presencia de un presidente que, de acuerdo con el artículo 25 de este reglamento puede actuar como Juez Único “*como juez de mediación y conciliación*”. Al igual que en el reglamento de la Cámara de Mediación y Resolución de Disputas de la FEF, la mediación es una etapa procesal, donde el mediador es el presidente de la Comisión que forma parte del panel de miembros de la Comisión que resolverán el caso.

En ninguno de los dos organismos de la FEF se puede apreciar una independencia de la asociación que permita a las partes considerar que están en un ambiente independiente donde se sientan que comparecen en igualdad de condiciones.

La segunda parte de este análisis es la mediación en el fútbol en el TAD y la FIFA.

El Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD) tiene mediación independiente de los procesos de arbitraje o de apelación que conoce a través de los departamentos encargados de esos procesos. También cuenta con una lista de mediadores de todas partes del mundo.

La mediación en el TAD tiene dos problemas a mi criterio, siendo el primero de estos el costo de la mediación; el artículo 14 del reglamento de mediación del TAD (2013) contempla el pago de mil francos suizos como requisito para la presentación de la solicitud de mediación, por concepto de tasa, al igual como lo requiere para la presentación de la declaración de apelación y en la solicitud de arbitraje.

Luego del pago de la tasa, el valor de la mediación y honorarios del mediador pueden llegar hasta los cuatro mil francos suizos más gastos adicionales (hospedaje, viaje en primera clase y comidas), que deberán ser justificados.

El segundo problema con la mediación ante el TAS es que el acuerdo tiene fuerza de un contrato privado entre las partes de acuerdo con la legislación suiza. En caso de incumplimiento de los términos del acuerdo las partes pueden optar por iniciar un arbitraje acelerado o acudir ante las cortes nacionales (Mavromati, 2015). El acta de acuerdo de mediación ante el TAD es un contrato que deberá ejecutarse ante un tribunal de arbitraje en un proceso de arbitraje o un juicio ante las cortes ordinarias, que en muchos casos es lo que las partes querían evitar.

Con la creación del Tribunal del Fútbol la FIFA le concede al presidente de este tribunal la potestad de invitar a las partes a someter la disputa a mediación, es decir que requiere de la presentación de una demanda para que el presidente

del Tribunal del Fútbol analice e invite a las partes a someter la disputa a mediación (artículo 26 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal del Fútbol).

Dentro de lo positivo de esta mediación ante la FIFA es que no tiene costo alguno, los mediadores son nombrados por la Secretaría General de la FIFA lo que permite asumir que no son los miembros de la Cámara de Resolución de Disputas o de la Comisión del Estatuto del Jugador y se trata de mediadores independientes a los litigios.

La mediación en FIFA tiene una mejor etapa de ejecución que la del TAD, de acuerdo con el reglamento, “...*El acuerdo extrajudicial se considerará una decisión del Tribunal del Fútbol firme y vinculante conforme al reglamento de la FIFA correspondiente*”; ante el incumplimiento del acuerdo de mediación la parte afectada puede exigir su ejecución ante la Comisión Disciplinaria de la FIFA con las respectivas sanciones deportivas y multas.

Lamentablemente la mediación ante la FIFA no está disponible para todo tipo de conflicto deportivo, al ser una potestad del presidente del Tribunal del Fútbol conminar a las partes a someter la controversia a mediación, es necesario que haya una demanda.

El artículo 22 del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de la FIFA establece la competencia de la FIFA para conocer y resolver disputas laborales y, en todos los casos se requiere de un elemento de internacionalidad para que la FIFA sea competente.

El literal a) establece la competencia de la FIFA para conocer casos de estabilidad contractual entre jugadores y clubes cuando haya un pedido de Certificado de Transferencia Internacional, lo que elimina los casos de estabilidad contractual cuando la transferencia sea local. Los literales b) y c) del artículo tratan de las disputas entre clubes y jugadores o entrenadores y clubes, con respecto a la relación laboral, cuando cobren una dimensión internacional, esto significa que las partes sean de nacionalidades distintas, excluyendo los casos en los que las partes son de la misma nacionalidad. Finalmente, los literales d) y e) abarca disputas entre clubes de asociaciones distintas.

Adicionalmente, si se trata de una demanda entre clubes, la mera presentación de la demanda ya tiene un costo que varía entre los mil dólares hasta los cinco mil dólares, dependiendo de la cuantía, por ende, hay ciertos casos en los que el proceso no es del todo gratis.

Finalmente, teniendo claro que en los países hay centros de mediación que reúnen los requisitos para poder mediar en conflictos deportivos o del fútbol, estos no tienen dos elementos muy importantes para los actores del fútbol.

El primero de ellos es el mediador capacitado para conocer y resolver cuestiones inherentes al fútbol.

El segundo elemento del que carecen los centros de mediación que desanima a los actores del fútbol es la ejecución del acta de mediación. Al igual que las actas de mediación en el TAD, las actas de mediación se ejecutan, a través de los jueces ordinarios del país, mediante el mismo proceso de ejecución de una sentencia ejecutoriada.

Las decisiones dictadas por los órganos de resolución de disputas de la Federación Ecuatoriana de Fútbol y los de la FIFA se ejecutan en los tribunales disciplinarios de estos organismos. Los reglamentos de los tribunales disciplinarios contienen sanciones deportivas que se imponen en contra de la parte que no cumple una decisión o un acta de mediación suscrita dentro de la instancia de mediación de los procesos deportivos.

Las sanciones en contra de un club que incumple una decisión ejecutoriada o un acuerdo de mediación suscrito en un proceso deportivo van desde la imposibilidad de poder contratar jugadores durante uno o varios periodos de inscripción, suspensión del club de todos sus derechos, entre los cuales está el de participar en los partidos del torneo, en todas las categorías, pérdida de puntos y la pérdida de la categoría.

Si el que incumple es el jugador, este queda suspendido y no puede actuar mientras no cumpla con la decisión o el acuerdo de mediación.

Las sanciones deportivas son, en parte, lo que hacen más atractivo para las partes someter las disputas ante los órganos de resolución de disputas deportivos

y esta no es una ventaja con la que cuentan los centros de mediación que no estén vinculados con la asociación deportiva o cuyas actas sean reconocidas por esta.

IV. POSIBLE SOLUCIÓN

En primer lugar, es necesario reconocer la necesidad de que haya al menos un centro de mediación deportivo, que sea debidamente reconocido por la Federación Ecuatoriana de Fútbol y la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador.

El artículo 246 del Reglamento del Comité Ejecutivo de la Federación Ecuatoriana de Fútbol prevé la posibilidad de que los actores del fútbol inscriban los acuerdos de pago y cobrarlos mediante una simple notificación, al deudor se le conceden treinta días para que cumpla con su obligación de lo contrario será sancionado de acuerdo con el Reglamento de Comisión Disciplinaria.

El artículo 123 del Reglamento de Comisión Disciplinaria de la Federación Ecuatoriana de Fútbol establece como consecuencia de la falta de pago de la parte que no cumpliera con la obligación reclamada de acuerdo a lo previsto en el artículo 246, será *“suspendido en sus derechos, lo que implica, a más de la imposibilidad de ejercer sus derechos, el no poder participar en los organismos nacionales de fútbol profesional y en los campeonatos organizados bajo el control de la FEF, o de cualquiera de las organizaciones asociativas aceptadas por la FIFA y la FEF, como la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador. Además, no podrán negociar jugadores ni adquiriendo ni cediendo, y será penalizado con la pérdida de tres puntos que hubiere obtenido o llegare a obtener, que le serán restados para determinar su ubicación en la correspondiente tabla de posiciones, de la respectiva etapa; sanción aplicable a todas las categorías.”*

En caso de reincidencia se sancionará al club con la pérdida de seis puntos y, en caso de un tercer incumplimiento la pérdida de categoría.

A simple vista, la solución sería que en el artículo 246 del Reglamento del Comité Ejecutivo se incluya la posibilidad de registrar actas de mediación en dicho Comité y que estas se puedan cobrar en la forma prevista en el artículo. En el Ecuador, las actas de mediación tienen valor de sentencia ejecutoriada, de acuerdo con la ley su ejecución debe seguir un proceso judicial.

El Comité Ejecutivo de la FEF, carece de competencia para exigir el pago de un acta de mediación, debiendo la parte perjudicada acudir a la instancia judicial para su ejecución.

Teniendo esto presente, el centro de mediación debería ser constituido en el seno de la Federación Ecuatoriana de Fútbol como lo ha hecho el TAD o hacer un convenio con un centro de mediación ya constituido, es decir como un centro avalado por la FEF pero que conserve su independencia de esta y los demás órganos de resolución de disputas.

Las actas de mediación quedarían debidamente registradas en la FEF o cualquiera de las partes podría registrarlas; el incumplimiento podría darse de manera automática a través de la Comisión Disciplinaria si el acuerdo de mediación es remitido desde el centro de mediación a la Comisión Disciplinaria o podría ser registrado como lo establece el artículo 246 del Reglamento del Comité Ejecutivo.

V. MEDIADOR DEPORTIVO ESPECIALIZADO EN FÚTBOL

El derecho deportivo enfocado al fútbol es una rama del derecho que debe ser considerada como especial y requiere de especialización en ella para poder practicarla con éxito. El fútbol y sus normas han evolucionado tanto que la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación establece que el fútbol se organizará a través de la Federación Ecuatoriana de Fútbol y se regirá de acuerdo con sus estatutos y los reglamentos que se dicten de acuerdo a las directrices de la FIFA y la CONMEBOL.

La FIFA al ser una persona jurídica constituida en Suiza dicta normas, interpreta normas y resuelve conflictos utilizando el derecho suizo como base, lo mismo el TAD.

Este antecedente demuestra lo especial del derecho deportivo enfocado al fútbol; el mediador deportivo de un centro constituido para mediar conflictos en el fútbol debe tener al menos, conocimientos de los términos y figuras que son distintas de otras ramas de derecho y que a continuación detallo:

V.I INTERMEDIARIOS Y AGENTES

Son usados como sinónimos comúnmente pero no son lo mismo. Definir al intermediario es una labor compleja, el Dr. Pablo C. Barbieri sostuvo *“La complejidad de encuadrar al representante de deportistas dentro de alguna categoría preestablecida para delinear su naturaleza jurídica; creo que resulta más adecuado referirnos a esta figura como atípica y propia del llamado Derecho Deportivo, sin regulación positiva expresa dentro de nuestro derecho positivo”* (Barbieri, 2013)

La FIFA, en su nuevo intento de regular la actividad de agentes e intermediarios, solo define al Agente como persona natural con licencia FIFA para ejercer Servicios de Agente de Fútbol, continúa y define a estos servicios como *“servicios relacionados con el fútbol para o en beneficio de un cliente, que incluye cualquier negociación, comunicación o preparación para estos actos....”*

En el borrador del reglamento que esperan publicar constaba una diferencia sustancial en el máximo de honorarios que puede cobrar un intermediario y un agente de futbolistas, que no son lo mismo para el derecho deportivo.

La FIFA va a asumir, nuevamente la resolución de conflictos con agentes, sin embargo, sus órganos de resolución de disputas serán competentes cuando la disputa tenga dimensión internacional, dejando los conflictos entre nacionales de un mismo país para los órganos de resolución de disputas nacionales.

La mediación en este tema es muy importante ya que se puede utilizar para resolver conflictos de pago de honorarios, terminación de contratos, reclamaciones sobre el servicio del agente; pero también es necesario que el mediador conozca los reglamentos FIFA y FEF relacionados con estos servicios.

V.II. DERECHOS DE FORMACIÓN Y CONTRIBUCIÓN DE SOLIDARIDAD

Los derechos de formación y la contribución de solidaridad son beneficios creados por la FIFA a favor de los clubes formadores de jugadores desde los 12 hasta los 21 años.

El beneficio para los clubes se podría tornar en un problema para los jugadores, quienes en muchos casos no son contratados por clubes para evitar el pago de estas indemnizaciones.

La mediación en estos casos que son, netamente económicos, es muy efectiva ya que permite al club formador recibir algún beneficio a cambio de los gastos y el tiempo invertido en la formación de un jugador de fútbol; por otro lado, la carrera de los jugadores no se vería afectada por la negativa de clubes de asumir estos derechos de formación y, el nuevo club obtendría un acuerdo en el que pagaría por estos derechos un valor que sienta justo y contrataría al jugador, que supone es el interés principal.

Asimismo, se reducirían las figuras de clubes puentes o simulación de contratos amateurs utilizadas por clubes para evadir el pago de derechos de formación.

V.III TRANSFERENCIA

Hacer referencia a la transferencia de un jugador inmediatamente nos hace pensar que un club ha vendido al jugador a otro club.

Desde el 2001 con la eliminación de los pases, derechos de retención de los clubes, el derecho de un club sobre un jugador es la posibilidad de ceder derechos contractuales, ya no es la antigua venta de un jugador que, por cuestiones reglamentarias, podría ser propiedad de un club hasta su retiro del fútbol. El derecho de un club sobre un jugador está vinculado exclusivamente por el plazo del contrato.

El derecho del club que se considera cedente se puede definir como el *“derecho que tienen los clubes al cobro de una indemnización o compensación por la rescisión anticipada y/o suspensión del contrato de trabajo que mantienen con el jugador”* (Gonzalez, 2012)

El mediador debe conocer que, en la transferencia, hay más actores que los dos clubes, por ejemplo genera a favor del jugador el 15% del valor de la transferencia, de acuerdo a la Ley del Futbolista Profesional y Reglamento del Jugador de la FEF; puede darse el caso de que haya un club anterior que haya conservado derechos económicos del jugador o que el mismo jugador haya conservado un porcentaje adicional de sus derechos económicos (aparte del que la ley prevé), la transferencia genera derechos a favor de agentes e intermediarios.

V.III DERECHOS FEDERATIVOS

Es el derecho de un club para poder registrar a un jugador, este derecho se deriva de un contrato, sin embargo, hay casos especiales como el de los menores de edad que de acuerdo con los reglamentos de la Federación Ecuatoriana de Fútbol deben permanecer registrados en un mismo club hasta la mayoría de edad.

Nuestros reglamentos también prevén la posibilidad de inscribir jugadores amateurs en clubes de primera categoría.

El derecho a registrar un contrato o a un jugador, también se puede ver afectado por la firma del jugador de varios contratos o la aparición de contratos que el jugador desconoce y el mediador debe procurar un acuerdo entre las

partes, debiendo conocer qué normas regulan la inscripción de jugadores y los momentos en los que estas se producen.

V.IV DERECHOS ECONÓMICOS

Dependiendo de la parte, el concepto de derecho económico varía. Si se trata de un club que mantiene contrato con un jugador, el concepto de derecho económico es el que consta en el numeral V.III cuando traté la transferencia.

Si se trata de un club anterior, que al ceder al jugador al club actual guardó para sí un porcentaje de una futura venta, es el derecho de este club a percibir un porcentaje de la transferencia que, por el mismo jugador, realice el club que mantiene contrato con el jugador.

Dentro de esta materia, un mediador debe conocer quiénes pueden ser dueños de estos derechos económicos; asimismo las limitaciones que la FIFA ha dictado para quienes posean derechos económicos de jugadores.

La evolución de los derechos económicos ha motivado la expedición de un manual sobre la propiedad de terceros y la influencia de terceros con relación a estos derechos económicos.

V.V. JUGADOR LIBRE

Un jugador profesional se libera de su contrato cuando el plazo concluye, el artículo 13 del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de la FIFA así lo determina al señalar que el contrato podrá rescindirse “*sólo al vencimiento del contrato o de común acuerdo*”, siendo esta la norma general.

Acto seguido en el artículo 14 ya agrega que el contrato se puede rescindir cuando una de las partes tenga causa justificada. Continúa el artículo aclarando que cualquier conducta abusiva constituye causa justificada. El artículo 14bis explica la causa justificada cuando el jugador la invoca por falta de pago y, con este artículo concluyen los ejemplos, para conocer más de lo que constituye

causa justificada para terminar un contrato debemos acudir a la jurisprudencia de la FIFA, el TAS y los órganos de resolución de disputas nacionales.

Otras figuras como la habilitación provisional y el visto bueno laboral influyen en la forma como se termina un contrato.

La calidad de jugador libre no le permite a un jugador ser habilitado en un club de manera inmediata, se debe respetar los periodos de inscripciones que la Federación Ecuatoriana de Fútbol impone anualmente; sin embargo, tanto el reglamento de la FEF como el de inscripciones de jugadores de la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador contienen excepciones que permiten el registro de jugadores fuera de este periodo. Un mediador especializado en derecho deportivo vinculado al fútbol debe conocer esto para entender la necesidad de una las de partes.

Un problema muy común en el fútbol ecuatoriano es el de los jugadores menores de edad, que no tienen contratos y están obligatoriamente federados en el club que los inscribe hasta la mayoría de edad. Los pedidos de liberación, la retención por parte de los clubes, sumado a que en estos casos intervienen los padres de los jugadores y sus agentes, son conflictos que, al no haber una persona que ayude a resolverlos concluyen muchas veces con jugadores abandonando clubes y paralizando su actividad hasta la mayoría de edad.

V.VI INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN

El Código del Trabajo prevé claramente cuál es la indemnización que se debe pagar al trabajador en caso de despido. El artículo 17 del Reglamento Sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de la FIFA establece una forma de calcular la indemnización, cuando no haya sido pactada en el contrato, distinta.

Asimismo, el trabajador, en caso de renuncia, no paga indemnización alguna al empleador, de acuerdo con el Código del Trabajo; sin embargo, en el fútbol, al haber una inversión del club sobre el jugador, la renuncia o el

abandono conlleva una obligación de pago de indemnización, el reglamento FIFA es claro: el que termina sin causa debe indemnizar.

CONCLUSIÓN

La mediación es una herramienta necesaria en el deporte, el uso de esta en los Estados Unidos ha demostrado más de una vez lo eficaz que ha sido para evitar paralizaciones de los deportes en general.

En el fútbol, la FIFA ha tomado un paso positivo al admitir una etapa de mediación, aunque solo puede presentarse para casos que cobren dimensión internacional, es decir que los conflictos locales no tienen cómo ser conocidos en FIFA.

En Ecuador, en cambio, considero que es necesario que la Federación Ecuatoriana de Fútbol instaure un centro de mediación o suscriba un convenio con un centro de mediación, ya constituido, a fin de que se pueda incorporar la mediación en el fútbol ecuatoriano, no como parte de una instancia en los expedientes ante la Cámara de Mediación y Resolución de Disputas y la Comisión del Estatuto del Jugador, sino como una opción para la resolución de conflictos que pueda generar acuerdos plenamente ejecutables en el seno de la FEF.

MEDIACIÓN TRIBUTARIA EN ECUADOR¹⁸⁴

Ab. María Isabel Cisneros A.¹⁸⁵

RESUMEN

Este artículo aborda la mediación aplicada en el ámbito tributario, con énfasis especial en el procedimiento y los efectos de la mediación, situaciones especiales y posibles resultados.

Palabras clave: mediación tributaria, administración tributaria, sujeto pasivo, responsables, efectos.

Existen varios métodos alternativos de solución de conflictos y uno de ellos es la mediación, seguramente se preguntan ¿por qué alternativo? Alternativo porque es una opción que las partes involucradas del conflicto tienen para resolverlo antes de acudir al sistema judicial o incluso ya iniciado un proceso judicial.

Como dice Gustavo Fariña¹⁸⁶ el conflicto forma parte del ser humano y actualmente abundan los problemas, nos encontramos ante diferentes

¹⁸⁴ Es importante aclarar que el presente artículo se refiere a la normativa vigente hasta septiembre de 2022; sin embargo, gran parte de sus reflexiones y argumentos siguen siendo válidos. (Nota del Compilador)

¹⁸⁵ Abogada por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Magíster en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar. Magíster en Mediación y Gestión de Conflicto en la Universidad Internacional de Valencia. Fundadora de Cisneros Arias Legal. Mediadora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito; de la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica; y, del Centro de Mediación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

¹⁸⁶ Fariña, G. (2015). *¿Qué se entiende por métodos RAD?* La mediación en el patrocinio jurídico de la Facultad de Derecho UBA. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-mediacion-en-el-patrocinio-juridico-de-la-facultad-de-derecho-uba/mediacion-completo.pdf>

percepciones, opiniones, intereses y el mundo cada vez crece más y más, existen distintas legislaciones, servicios, negocios que pueden generar muchos disgustos y crear conflictos. Por eso es importante prevenir, es posible prevenir ¿por qué no hacerlo? ¿Por qué esperar que el conflicto escale? Con la mediación es posible dialogar, plantear soluciones y llegar a acuerdos convenientes para todas las partes que estén involucradas en el problema.

La mediación es un procedimiento que se encuentra amparado en la Constitución de la República del Ecuador,¹⁸⁷ el cual consiste en que una tercera persona neutral e imparcial, quien no forma parte del conflicto colabore con las partes involucradas en el mismo, en el sentido que ellas puedan contar sus percepciones, experiencias, posiciones, necesidades, intereses de lo que está sucediendo y señalar lo que esperan para terminar con el inconveniente. Esa tercera persona es un mediador, quien deberá contar con una formación y reunir algunos requisitos para ser habilitado como tal en un centro de mediación.

Highton y Álvarez¹⁸⁸ dicen “...el mediador no es un mero oyente amable y pasivo que muestra compasión mientras las partes describen sus aflicciones. Por el contrario, es un oyente activo, modelador de ideas, que mostrará el sentido de realidad necesario para lograr los acuerdos convenientes. Esto lo hará a través de una gama de estrategias y técnicas que favorece el cambio de actitudes”.

Por otro lado, es importante señalar que los usuarios o las partes tendrán beneficios ante un procedimiento de mediación. Realmente tendrán muchas ventajas y que la sociedad desconoce de ellas y el desconocimiento ha sido una de las principales causas para que la mediación no sea una forma habitual para prevenir o resolver conflictos.

Dentro de los beneficios de la mediación están:

- Las partes podrán manifestar lo que sucede desde sus propios

¹⁸⁷ Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

¹⁸⁸ Highton, E.; Álvarez, G. (1998). *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Buenos Aires., Ad-hoc. Pág 37.

criterios de forma directa, ante un mediador con la finalidad de que ellas sean quienes planteen sus soluciones y se sientan cómodas con sus propuestas. Es importante señalar a las partes que las soluciones deben ser efectivas, rentables y prácticas, que beneficien a todas las partes porque justamente el propósito de la mediación es que todos estén satisfechos con lo que han logrado. Pero si nos colocamos en un escenario judicial, quien toma la decisión es un juez o tribunal de jueces, donde esa decisión puede beneficiar a una parte y perjudicar a la otra.

- Se busca conseguir una justicia más ágil y menos colapsada.
- Permite evitar la tensión y la hostilidad que puede originarse en un proceso judicial. Esto no significa que en la mediación no puede existir ese estrés, claro que lo hay, pero es manejable justamente porque el mediador puede actuar para que el conflicto no escale demasiado.
- Referente a los costos, la mediación es más conveniente. Los abogados suelen cobrar por hora de trabajo y si el proceso se extiende más y más, el honorario puede aumentar y es un gasto que debe asumir cada parte. Redactar documentos, buscar pruebas, asistir a las diferentes audiencias elevan las costas procesales, lo cual puede evitarse en una mediación.

Procedimiento y efectos de la mediación

Según la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁸⁹ el procedimiento es el siguiente:

1. Presentar la solicitud de sesión de mediación ante un centro de mediación debidamente autorizado por la autoridad competente, esto es el Consejo de la Judicatura.
2. Pueden someterse a dicho procedimiento las personas naturales y jurídicas públicas o privadas, quienes tenga la capacidad para transigir.
3. En el caso de mediar con una institución pública, el funcionario

¹⁸⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417. 16 de diciembre de 2006.

público deberá contar con una delegación por parte de la autoridad para suscribir a nombre de la institución pública. Así mismo se deberá contar con la debida autorización por parte del Procurador General del Estado cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o sea superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.

4. La solicitud deberá contener la designación de las partes, la dirección domiciliaria y todo medio de contacto para hacer llegar las invitaciones o convocatorias correspondientes a la sesión de mediación.
5. Una vez que el centro de mediación haya recibido la solicitud, este a través de su director deberá designar un mediador, quien señalará día y hora para llevar a cabo la audiencia de mediación.
6. En el evento que las partes estén presentes en la audiencia de mediación, el mediador dará inicio a la misma y si las partes llegan a un acuerdo, se suscribirá un acta de mediación sea con acuerdo total o parcial. Si definitivamente no existe acuerdo, se suscribirá un acta de imposibilidad y si el escenario fuera otro como la inasistencia de una de las partes por dos ocasiones, el mediador levantará una constancia de imposibilidad.

De forma resumida, el procedimiento de mediación quedaría de la siguiente manera:



La mediación puede llevarse a cabo si se presenta uno de los siguientes escenarios:

- a) Cuando una de las partes o de ambas hayan presentado una solicitud de mediación.

- b) Cuando las partes hayan celebrado algún convenio por escrito para someter sus conflictos por mediación. En caso de presentar una demanda directamente ante la sede judicial, el juez que conoce la misma no podrá tramitar la causa, a menos que exista una renuncia de las partes ante el convenio suscrito inicialmente.

- c) Cuando el juez de oficio o a petición de parte derive el caso a un centro de mediación.

Dentro de los efectos de la mediación, la ley establece que en caso de que el mediador y las partes suscriban un acta de mediación, este tendrá ciertas particularidades: sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y que se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio. El Código Orgánico General de Procesos¹⁹⁰ (COGEP) determina que la vía de apremio consiste en un procedimiento ejecutado por un juez para que la parte que ha incumplido una orden, pueda dar cumplimiento a través de medidas coercitivas. La legislación establece dos tipos de apremio, la personal cuando recae sobre una persona y la real cuando recae sobre un patrimonio.

Además, que el artículo 363 del COGEP dice que el acta de mediación es un título de ejecución y su proceso inicia cuando una de las partes presenta ante el juez competente la solicitud de ejecución del acta en su parte que corresponda. Una vez que el juez avoque conocimiento, dictará el mandamiento de ejecución ordenando al deudor que en el término de cinco días cumpla con la obligación de dar, hacer o no hacer y si es necesario se contará con la colaboración de la Policía Nacional.

Puede darse el caso que el deudor presente oposición al mandamiento de ejecución y podrá hacerlo por las siguientes causas:

1. Pago o dación en pago.
2. Transacción.
3. Remisión.
4. Novación.

190 Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento No. 506. 22 de mayo de 2015.

5. Confusión.
6. Compensación.
7. Pérdida o destrucción de la cosa debida.

El COGEP no establece quien es el juez competente para ejecutar las actas de mediación, debido a los varios conflictos de competencia, la Corte Nacional de Justicia emitió la Resolución No. 06 – 2017 de fecha 22 de febrero de 2017, resolviendo lo siguiente:

*“Art. 1.- En aplicación de los principios previstos en el Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, y las reglas del Art. 102 del Código Orgánico General de Procesos, las solicitudes para la ejecución de los títulos contemplados en los numerales 2. laudo arbitral, 3. acta de mediación y 6. actas transaccionales del Art. 363 ibídem, **serán conocidas por la o el juzgador de primera instancia de la materia del domicilio del ejecutado**”. (La negrilla me pertenece).*

Sin embargo, en agosto de 2021 el presidente Constitucional de la República del Ecuador, señor Guillermo Lasso Mendoza emitió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁹¹ y en su artículo 17 señala:

“Art. 17.- Ejecución de actas de mediación locales e internacionales. -
*1. Cualquiera de las partes podrá pedir a **los jueces de lo civil de primera instancia del domicilio del ejecutado o del lugar donde se encontrasen bienes ejecutables que ordenen la ejecución de un acta de mediación presentando una copia certificada del mismo**”. (La negrilla me pertenece).*

¹⁹¹ Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial Suplemento No. 524. 26 de agosto de 2021.



Esta norma no sería efectiva porque no todas las actas de mediación tienen materia relacionada a un ámbito del derecho civil. Un juez de lo civil no puede ni debe abarcar todas las materias, pero dependiendo como se vaya dando esa norma en la práctica la misma Corte podría emitir un nuevo pronunciamiento o se llevaría a cabo alguna reforma al mencionado Reglamento.

Para resumir el procedimiento de ejecución, se presenta el siguiente cuadro:

En el evento que el deudor no cumpla con el mandato de ejecución se procede a realizar con lo determinado en el artículo 375 del COGEP: *“De no cumplirse con la obligación, la o el juzgador ordenará que se publique en la página web de la Función Judicial el mandamiento de ejecución para conocimiento de terceros, a fin de que, todos aquellos que tengan interés en la ejecución concurren a la audiencia con todas las pruebas necesarias para hacer efectivos sus derechos.*

Adicionalmente se ordenará el embargo de los bienes de propiedad de la o del ejecutado conforme con la documentación certificada proporcionada por la o el ejecutante o la obtenida por la o el juzgador, los que se entregarán a la o al depositario de acuerdo con la ley.

Practicado el embargo, la o el juzgador ordenará el avalúo de los bienes con la intervención de una o un perito. El informe se presentará con los sustentos técnicos que respalden el avalúo y la firma de la o del depositario judicial a cargo de los bienes en señal de su conformidad.

La o el juzgador notificará a las partes el informe pericial, que será discutido en la audiencia de ejecución, que deberá llevarse a cabo en el término máximo de quince días. A esta audiencia comparecerá la o el perito a fin de sustentarlo”.

Sin embargo, con la nueva normativa que regula la mediación tributaria hay cambios y procedimientos diferentes a los establecidos en el COGEP.

Aspectos de la mediación tributaria

Mediante la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal (LODESF) publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 587 de fecha 29 de noviembre de 2021 se implementó como método alternativo de solución de conflictos en materia tributaria a la transacción y a la mediación.

Hasta antes de la vigencia de la LODESF, el Código Tributario¹⁹² (CT) decía que la administración tributaria tenía cinco facultades: la reglamentaria, la determinadora, la resolutive, la sancionadora y la recaudadora. Pero con la nueva ley, se agregó una nueva facultad, la de transigir y el texto dice lo siguiente:

“La Administración Tributaria como sujeto activo de la determinación del tributo, de acuerdo a las condiciones y requisitos previstos en la Sección 6a de la presente norma, podrá utilizar la transacción como medio de prevención oportuna de controversias en aras de alcanzar el principio de suficiencia recaudatoria, equidad, igualdad y proporcionalidad antes, durante, y hasta la emisión de actos administrativos derivados de la facultad determinadora, sancionadora, resolutive y recaudadora.

Si bien es cierto no establece expresamente la mediación sino la transacción, y en el desarrollo de la LODESF existe repetidamente el término “mediación” y “transacción” lo cual puede originar confusión, pero la esencia es que hoy en día, en Ecuador se pueden resolver los conflictos de materia tributaria a través de un acuerdo, sea intrajudicial o extrajudicial.

¹⁹² Código Tributario. Registro Oficial Suplemento No. 38. 14 de junio de 2005.

Según Guillermo Cabanellas¹⁹³ la transacción es una “concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la razón o justicia propia”. El Código Civil ecuatoriano¹⁹⁴ en su artículo 2348 dice:

“Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

Según los juristas Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre¹⁹⁵ la palabra transacción se enfoca a un acto jurídico cuyo objetivo es resolver mediante concesiones recíprocas sobre un asunto dudoso o litigioso; es decir, con la transacción se busca llegar a un acuerdo en que ambas partes se sientan satisfechas para obtener la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente.

Por tanto, se le llama transacción a toda convención que se hace para extinguir obligaciones o relaciones jurídicas litigiosas o dudosas y así lo confirma el artículo 1583 del Código Civil, señalando que la transacción es un modo de extinguir obligaciones y conforme a lo manifestado textualmente por Carlos Rogel Vide¹⁹⁶ “...la mediación conduce a la transacción, como el arbitraje al laudo o el proceso a la sentencia”.

Uno de los objetivos de la mediación tributaria como señaló Rosembuj¹⁹⁷ “Los procedimientos consensuados liberan a la Administración y al contribuyente de la incertidumbre y pleito, permitiendo la fluida obtención de los ingresos tributarios previstos y la oportunidad de eliminar mediante la negociación y el compromiso un alto grado de conflicto fiscal y controversia permanente”.

¹⁹³ Cabanellas, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Tomo VIII*, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1982, pp. 163-165.

¹⁹⁴ Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46. 24 de junio de 2005.

¹⁹⁵ Osterling, F. y Castillo, M. (1997). La Transacción. Revista de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. file:///Users/mic/Downloads/Dialnet-LaTransaccion-5085321.pdf

¹⁹⁶ Rogel, C. Mediación y Transacción en el Derecho Civil. <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/mediacionderechocivilpdf.pdf>

¹⁹⁷ Rosembuj, T. (2000). *La solución alternativa de conflictos tributarios*, en Magin Pont Mestres y Joan Francesc Pont Clemente. Alternativas convencionales en el derecho tributario. Pág 97.

Sujetos de la mediación

Dentro de la mediación tributaria se encuentran el sujeto pasivo y el sujeto activo. De acuerdo al artículo 23 del CT, el sujeto activo es el ente público acreedor del tributo, representado por una administración tributaria.

En la legislación tributaria ecuatoriana la administración tributaria se clasifica en central, seccional y de excepción.

La administración tributaria central es ejercida por el presidente de la República a través de distintos organismos representados por autoridades designadas por él. Dentro de esta administración se encuentran el Servicio de Rentas Internas, quien está a cargo de los impuestos internos y el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, a quien le concierne los impuestos del comercio exterior. En el grupo de impuestos internos son varios, pero los más comunes son el Impuesto a la Renta, el Impuesto al Valor Agregado, el Impuesto a la Salida de Divisa, el Impuesto a los Consumos Especiales.

La administración tributaria seccional corresponde a los municipios y prefecturas, representados por alcaldes y prefectos, respectivamente. Esta administración le compete recaudar y administrar los impuestos seccionales, tasas y contribuciones. Dentro de los impuestos seccionales podemos encontrar el impuesto sobre la propiedad urbana, el impuesto sobre la propiedad rural, el impuesto de alcabalas, el impuesto sobre los vehículos, el impuesto de patentes, el impuesto a los espectáculos públicos, el impuesto a las utilidades en la compraventa de bienes inmuebles y el impuesto del 1,5 por mil a los activos de las empresas.

La administración tributaria de excepción puede ser ejercida por otras instituciones para actuar como acreedora de tributos. Es un régimen especial y tenemos el ejemplo de las autoridades portuarias.

Por tanto, cualquiera de estas administraciones tributarias puede ser sujeto activo de una transacción o mediación.

Respecto al sujeto pasivo, el CT señala que es toda persona natural o jurídica que está obligada al cumplimiento de una obligación tributaria, sea como

contribuyente o responsable. Adicional, el CT establece como sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva.

Es importante señalar las definiciones de cada sujeto pasivo para tener un panorama más amplio y conocer con más exactitud quienes pueden beneficiarse de la mediación tributaria.

El contribuyente puede ser una persona natural o persona jurídica y el requisito esencial que debe cumplir para tener esa calidad es que se haya verificado el hecho generador del impuesto.

El responsable en cambio es quien tiene la obligación de realizar el pago en el caso de existir uno, sin tener su calidad de contribuyente. Toda obligación tributaria es solidaria entre contribuyente y responsable.

La norma establece varios tipos de responsables, entre ellos están:

Responsable por representación. - Art. 27 CT.

- 1. Los representantes legales de los menores no emancipados y los tutores o curadores con administración de bienes de los demás incapaces;*
- 2. Los directores, presidentes, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad legalmente reconocida;*
- 3. Los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de entes colectivos que carecen de personalidad jurídica.*
- 4. Los mandatarios, agentes oficiosos o gestores voluntarios respecto de los bienes que administren o dispongan.*
- 5. Los síndicos de quiebras o de concursos de acreedores, los representantes o liquidadores de sociedades de hecho o de derecho*

en liquidación, los depositarios judiciales y los administradores de bienes ajenos, designados judicial o convencionalmente.

En este párrafo es necesario hacer una ampliación, el artículo 30.7 CT fue agregado en las reformas tributarias del año 2021, lo cual ha originado una confusión y al parecer se trata de una contradicción. La reforma establece que el representante legal de una compañía no será responsable de las obligaciones que se han generado en su gestión, a menos que se pruebe el dolo o culpa grave.

Responsable como adquirente o sucesor. - Art. 28 CT.

- 1. Los adquirentes de bienes raíces, por los tributos que afecten a dichas propiedades, correspondientes al año en que se haya efectuado la transferencia y por el año inmediato anterior.*
- 2. Los adquirentes de negocios o empresas, por todos los tributos que se hallare adeudando el tradente, generados en la actividad de dicho negocio o empresa que se transfiera, por el año en que se realice la transferencia y por los dos años anteriores, responsabilidad que se limitará al valor de esos bienes.*
- 3. Las sociedades que sustituyan a otras, haciéndose cargo del activo y del pasivo, en todo o en parte, sea por fusión, transformación, absorción o cualquier otra forma. La responsabilidad comprenderá a los tributos adeudados por aquellas hasta la fecha del respectivo acto.*
- 4. Los sucesores a título universal, respecto de los tributos adeudados por el causante; y,*
- 5. Los donatarios y los sucesores a título singular, respecto de los tributos adeudados por el donante o causante correspondientes a los bienes legados o donados.*

Otros responsables. - Art. 29 CT.

- 1. Los agentes de retención, entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas que, en razón de su actividad, función o empleo, estén en*

posibilidad de retener tributos y que, por mandato legal, disposición reglamentaria u orden administrativa, estén obligadas a ello.

Serán también agentes de retención los herederos y, en su caso, el albacea, por el impuesto que corresponda a los legados; pero cesará la obligación del albacea cuando termine el encargo sin que se hayan pagado los legados.

- 2. Los agentes de percepción, entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas que, por razón de su actividad, función o empleo, y por mandato de la ley o del reglamento, estén obligadas a recaudar tributos y entregarlos al sujeto activo.*
- 3. Los sustitutos del contribuyente, entendiéndose por tales a las personas que, cuando una ley tributaria así lo disponga, se colocan en lugar del contribuyente, quedando obligado al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales de las obligaciones tributarias.*

Solicitud de mediación

El artículo 56.3 LODESF dice que los sujetos pasivos que desean beneficiarse de la mediación, deberán presentar una solicitud de transacción, lo cual debería ser llamado de forma correcta una solicitud de mediación como manda el artículo 45 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Adicionalmente, dispone que deberá cumplir con los requisitos establecidos para la presentación de un reclamo tributario. Sin embargo, al señalar eso hay una contradicción con la Ley de Arbitraje y Mediación, ya que ésta señala que la solicitud de mediación deberá ser muy breve indicando la naturaleza del conflicto y la información de contacto de las partes.

El procedimiento para presentar una solicitud de mediación es muy sencillo y justamente lo que se busca es facilitar a las personas y/o empresas que puedan acceder a la mediación de una forma muy rápida. Recordemos que uno de los principios fundamentales de la mediación es la brevedad y la rapidez con la que se puede llegar a acuerdos para poner fin a los conflictos. No se trata de un proceso judicial que conlleva algunas formalidades, la mediación

es completamente distinta, más bien busca agilidad y prontitud a una respuesta favorable para las partes involucradas en el conflicto.

El inconveniente surge cuando la LODESF establece que el sujeto pasivo puede solicitar transacción o mediación, y cada uno de estos caben dentro de un proceso judicial, pero al solicitar una mediación extraprocesal, es una solicitud de mediación más no de transacción.

La norma establece un término de 30 días para que la administración tributaria acepte o rechace comparecer a una mediación.

Aspectos transigibles

La LODESF y su reglamento establecen los diferentes aspectos que se pueden transigir a través de una transacción y/o mediación.

Señalan que la transacción se basa sobre de la determinación y recaudación de la obligación tributaria. Antes de entrar a analizar los aspectos transigibles es importante primero revisar qué es la obligación tributaria.

Según el CT en su artículo 15 determina: *“Obligación tributaria es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley”*.

Para que exista una obligación tributaria como tal, debe existir la creación de tributos. Y ¿qué es un tributo? Según José Troya¹⁹⁸ *“El tributo es una prestación exigida unilateralmente por el Estado a los particulares para solventar el gasto público, en virtud de su potestad de imperio, derivada de la soberanía, la misma que radica en el pueblo y se ejercita por medio de sus representantes”*.

La naturaleza de un tributo es que forma parte del derecho público y el derecho público corresponde al ordenamiento jurídico que regula las relaciones

198 Troya, J. (2014). *Manual de derecho tributario*. Corporación de estudios y publicaciones. Quito. Pág 2.

entre el Estado y las personas naturales y jurídicas con diferentes instituciones del sector público.

Una de las características que sobresale del tributo es su unilateralidad, esto significa que es creado a través del Estado, es básicamente una imposición, la misma que debe ser cumplida de forma obligatoria por los administrados. En caso de no haber cumplimiento voluntario pues el Estado usa su fuerza a través de la coacción y acción coactiva.

Generalmente, para el cumplimiento de un tributo es la acción de dar dinero y de forma excepcional bienes. Y el tributo es impuesto por el Estado con la finalidad de recaudar uno de sus mayores ingresos y cumplir con las diferentes obligaciones que tiene con sus administrados. El tributo busca cubrir el gasto público.

Por otro lado, es necesario mencionar que hay varios tipos de tributos, como impuestos, tasas y contribuciones especiales.

José Ferreiro¹⁹⁹ define a esta clasificación de la siguiente manera:

- **Impuestos.** - Son exigidos sin contraprestación, cuyo hecho imponible está constituido por varios actos jurídicos donde se manifiesta la capacidad económica del sujeto pasivo.
- **Tasas.** - Son tributos que se pagan por la utilización del dominio público o por un servicio público que el sujeto pasivo puede ser beneficiado.
- **Contribuciones especiales.** - Son tributos cuyo hecho imponible se originan cuando uno o varios bienes del sujeto pasivo aumentan de valor como consecuencia de la realización de una obra pública.

Con todo lo señalado, se puede determinar que la obligación tributaria o una de sus características fundamentales es que exige el cobro de un tributo y con la mediación tributaria se busca establecer acuerdos con los sujetos pasivos, quienes se encuentran adeudando al Estado.

¹⁹⁹ Ferreiro, J. (1998). *La clasificación de los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales*. Civitas. Revista española de derecho financiero, ISSN 0210-8453, N.º, págs. 552.

Los aspectos que se pueden transigir en una mediación tributaria son:

1.- Todo lo relacionado a la determinación y recaudación de una obligación tributaria. - Este aspecto podría abarcar todos los hechos que motivaron a realizar una determinación tributaria y todo lo referente a la recaudación.

Pero ¿a qué se refiere con determinación tributaria?

“La determinación es el acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la administración tributaria, encaminados a declarar o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo”, según Durango²⁰⁰.

La determinación de la obligación tributaria es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imposables, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación.

El CT establece que existe tres formas de determinar la obligación tributaria, sea por el sujeto pasivo, por la administración tributaria o de forma mixta.

Las determinaciones realizadas por la administración tributaria son impugnables en vías administrativa y contenciosa; este último significa frente a un tribunal de justicia.

Otra de las facultades de la administración tributaria, es la facultad recaudadora, la cual consiste en que el administrado debe cumplir con un acto voluntario de cancelar la obligación o solicitar facilidades de pago; caso contrario, la administración tributaria recaudará las obligaciones pendientes de pago mediante un procedimiento coactivo.

²⁰⁰ Durango, G. (2009). *Legislación Sustantiva Tributaria Ecuatoriana*. Ecuador: Edipcentro. Pág 261.

Por tanto, este aspecto abarca con todos los elementos que guardan relación con la determinación y recaudación de una obligación tributaria.

2.- Los intereses, recargos y multas que puede generar una falta de pago y una determinación de ser el caso. - Cuando no existe una declaración y/o pago puntual puede generarse valores adicionales a pagar por parte del sujeto pasivo.

3.- Plazos y facilidades de pago de la obligación. - Una vez que la obligación tributaria haya sido determinada por el sujeto pasivo y/o por el sujeto activo, el sujeto pasivo tiene la posibilidad de solicitar plazos o facilidades de pago ante la administración tributaria, con el fin de ponerse al día con el cumplimiento de la obligación fiscal y evitar un procedimiento coactivo. Actualmente, la normativa tributaria establece que el plazo máximo que la administración tributaria puede conceder es de 24 meses y uno de los requisitos consiste en que el sujeto pasivo cancele el 20% de la deuda en la primera cuota.

4.- Levantamiento de todas o parte de las medidas cautelares dictadas en contra del sujeto pasivo. - Si el contribuyente no ha cumplido con la voluntad de pagar la obligación tributaria, la administración tributaria a través de su facultad recaudadora podrá iniciar con el procedimiento coactivo y determinar las medidas cautelares que el CT permite como el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar bienes. Respecto al arraigo o prohibición de ausentarse del país deberá ser solicitada por el funcionario ejecutor ante la autoridad judicial competente, en este caso, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario.

5.- Aspectos fácticos sobre valoración incierta controvertidos sobre la fase de determinación de la obligación tributaria. - El Servicio de Rentas Internas ha manifestado textualmente lo siguiente: *“Se refiere a los hechos para cuya acreditación se cuenta con medios de prueba indiciarios o mediatos, a los cuales les corresponde una valoración subjetiva respecto de su existencia o de las circunstancias en las que se produjeron. Lo anterior excluye la prueba cuyo valor ya está determinado en la ley”*.²⁰¹

²⁰¹ Resolución NAC-DGERCGC22-00000036 emitida por la autoridad del Servicio de Rentas Internas de fecha 25 de julio de 2022.

Este aspecto tiene relación con la valoración de la prueba. La mediación no es una instancia judicial, el mediador no dice ni tiene la facultad de señalar si las pruebas presentadas en un procedimiento de determinación o que han sido presentadas junto con la demanda de impugnación ante el Tribunal Contencioso Tributario son válidas. José Troya²⁰² ha manifestado *“Los hechos deben ser apreciados por la administración y por el contribuyente. Sobre el punto pueden surgir, y en la práctica surgen discrepancias. Hay algunos sobre cuya existencia, cuantificación y valoración no aparece duda o no debe aparecer, precisamente porque el sistema en forma clara ha instituido reglas concernientes a la apreciación y valoración de la prueba, así como quien debe sobrellevar la carga de la prueba. Entonces mal cabría aceptar que se acuda de modo ligero a pactos o negociaciones que solucionen el diferendo. Ello porque precisamente las normas, frecuentemente las reglamentarias, contemplan los caminos a seguir. Proceder en contrario es atentar, so pretexto de apreciar los hechos, a los mandatos que sobre el particular hayan previsto las normas. Podría, inclusive, sostenerse que en esos casos se viola el principio de reserva de ley. ... Cuando la diferencia respecto a la apreciación de tales hechos sea anterior al contencioso tributario, debería la administración fijar su posición de carácter flexible y procurar un avenamiento con el administrado”*.

En este punto es importante que la administración tributaria y el administrado puedan llegar a acuerdos sobre los hechos o documentos que no pudieron o no fueron considerados al momento de emitir un acta de determinación. Troya dice que la administración podría tener un criterio flexible ante estas situaciones y volver a revisar las pruebas presentadas en su momento con la finalidad de obtener un mayor flujo de recaudación y evitar posibles litigios que sabemos que son demorados. Además, en una mediación los acuerdos deben cumplir con la legalidad que manda la ley, no por tratarse de una mediación, los acuerdos pueden alterar el orden jurídico y justamente ese también es uno de los roles del mediador, velar por la legalidad de los mismos.

²⁰² Troya, J. (2004). *Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional*. Revista de derecho No. 3. UASB-Ecuador. Pág. 12.

6.- Aplicación de conceptos jurídicos. - Es posible discutir los conceptos que fueron aplicados en determinados casos y la razón por la cual fueron aludidos en su momento. Pero no es posible discutir la esencia y alcance del concepto.

7.- Situaciones especiales. -

- La norma establece que, en escenarios puntuales como recursos extraordinarios de revisión pendientes por resolver y obligaciones en fase de ejecución coactiva, solamente será posible mediar plazos y facilidades de pago, así como la modificación o levantamiento de medidas cautelares que se han impuesto en un procedimiento coactivo.
- Es posible también solicitar una mediación cuando estamos frente a una deuda firme. En ese caso, la ley establece que se podrá transar únicamente sobre plazos y facilidades de pago, así como la modificación o levantamiento de medidas cautelares. En el último inciso del artículo 56.7 de la LOESF determina de una manera lo siguiente: *“En caso de que el contribuyente ofertare realizar el pago inmediato del cien por ciento del capital, podrá acordarse incluso la remisión total de intereses, la reducción de la tasa de interés la que no podrá ser inferior a la tasa pasiva referencial fijada por el Banco Central del Ecuador”*. La interpretación que se puede dar a este inciso es que, al tratarse de una deuda firme, sí es posible buscar acuerdos que podrían tener relación a una remisión total de intereses o la reducción de la tasa de interés cuando el contribuyente oferte cancelar la totalidad del capital de forma inmediata.

El Servicio de Rentas Internas a través de la Resolución No. NAC-DGERCGC22-00000036 se ha pronunciado sobre este punto señalando lo siguiente:

“Cuando el funcionario recaudador certifique que la deuda firme resulta para la Administración Tributaria de difícil recaudo, se podrá acordar la remisión de intereses o la reducción de la tasa de interés en virtud de lo establecido en el informe de análisis del costo-beneficio que se elaborará para el efecto al amparo de lo establecido en el artículo 56.7

del Código Tributario. En este informe se deberá considerar la inversión de tiempo y recursos que realizaría la Administración Tributaria para perseguir el cobro total de la deuda, así como las probabilidades de éxito de dicha gestión al tratarse de una obligación de difícil recaudo.

Se reputan de difícil recaudo aquellas obligaciones que no pueden llegarse a cobrar en un plazo razonable, debido a que el contribuyente no registra bienes o activos en el Ecuador, lo que hace inútil y/o costoso el inicio de un procedimiento de cobro coactivo. En todo caso, no calificarán como de difícil recaudo las obligaciones tributarias a cargo de contribuyentes cuya aparente insolvencia obedezca a un ánimo de ocultar o disipar sus bienes para incumplir sus obligaciones con el fisco.”

De igual manera, el Procurador General del Estado mediante oficio de fecha 05 de agosto de 2022, absolvió la consulta presentada por el Servicio de Rentas Internas, quien preguntó sobre el alcance y aplicación de la norma citada. En dicho oficio, el Procurador señala que la norma es aplicable en cualquier estado de la obligación tributaria; es decir, se si trata de deudas firmes o ejecutoriadas y el contribuyente desea cancelar el cien por ciento del capital, la administración tributaria puede conceder una remisión total de intereses o una reducción de la tasa de interés.

La misma norma también menciona aspectos que no son posibles transigir y estos consisten en:

- 1.- Análisis o alcance de conceptos jurídicos.
- 2.- Obligaciones referentes a impuestos retenidos o percibidos.
- 3.- Pretensiones que persigan la anulación total o parcial de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y circulares de carácter general emitidas por la administración tributaria.
- 4.- Deudas provenientes de declaraciones presentadas y no pagadas o en ausencia de declaración.

Efectos de la mediación tributaria

En el evento en que se suscriba un acta de mediación con acuerdo total o parcial, este documento tiene dos particularidades, efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y constituye un título de ejecución. Esto significa, que ninguna de las partes podrá presentar un recurso para impugnar el contenido del acta y en el caso de incumplimiento, la parte que se vea afectada podrá solicitar la ejecución del acta ante un juez de lo civil, conforme lo establece el artículo 17 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Al referirnos a la ejecución, estamos frente a la vía de apremio, la cual consiste en que el juez tiene la facultad de solicitar medidas coercitivas para que las partes cumplan con lo dispuesto en sus resoluciones.

En materia tributaria la ejecución funcionaría diferente, la ley establece:

“Si el o los sujetos pasivos incumplen el acta de mediación contentiva del acuerdo transaccional, en caso de que la transacción fuese parcial, se emitirá el respectivo título de crédito que servirá como antecedente para el inicio del respectivo proceso coactivo. Si el acta transaccional se refiere a la totalidad de las obligaciones, la misma constituirá título de crédito suficiente”.

La ejecución estaría a cargo de la administración tributaria y no del Tribunal Contencioso Tributario.

Leonardo Andrade²⁰³ dice: *“La coactiva es el apremio administrativo que tiene por objeto el pago del crédito tributario y si no cumple, se procede con el embargo y remate de los bienes del contribuyente o responsables, para con ese producto liquidar la deuda”.*

José Troya²⁰⁴ ha manifestado que el procedimiento coactivo se trata de *“... un procedimiento administrativo compulsivo de cobro, una verdadera vía de apremio real”.*

El procedimiento coactivo inicia con el título de crédito, el mismo que debe reunir los siguientes requisitos:

²⁰³ Andrade, L. (2013). *Procedimiento Administrativo de Ejecución*. Revista Judicial. Quito, Pág C1.

²⁰⁴ Troya, J. (2014). *Manual de derecho tributario*. Corporación de estudios y publicaciones. Quito. Pág 264.

1. Designación de la administración tributaria y departamento que lo emita;
2. Nombres y apellidos o razón social y número de registro, en su caso, que identifiquen al deudor tributario y su dirección, de ser conocida;
3. Lugar y fecha de la emisión y número que le corresponda;
4. Concepto por el que se emita con expresión de su antecedente;
5. Valor de la obligación que represente o de la diferencia exigible;
6. La fecha desde la cual se cobrarán intereses, si éstos se causaren; y,
7. Firma autógrafa, en facsímile o electrónica del funcionario o funcionarios que lo autoricen o emitan.

La falta de alguno de los requisitos establecidos en este artículo, excepto el señalado en el numeral 6, causará la nulidad del título de crédito.

El título de crédito deberá ser notificado al deudor, quien tendrá un plazo de ocho días para presentar observaciones respecto del título y el reclamo suspenderá la coactiva hasta tener una resolución. Además, el deudor podrá solicitar la compensación de obligaciones tributarias o facilidades de pago. En el evento de que la administración tributaria no reciba el pago en el tiempo determinado, podrá dictar un auto de pago ordenando que el deudor cancele la deuda o dimita bienes dentro de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de la providencia. En caso de no hacerlo, se embargarán los bienes para cubrir la totalidad de la deuda por el capital, intereses, multas, recargos y costas.

Se podrá emitir título de crédito cuando se hubiere incumplido un acuerdo de mediación lo que puede llevar a un proceso coactivo.

La norma establece que los acuerdos establecidos serán de obligatorio cumplimiento para el sujeto pasivo que haya comparecido en la mediación, independientemente de su calidad, sea ésta como contribuyente, responsable o sustituto.

Asimismo, determina que los acuerdos llegados en una mediación no serán vinculantes frente a terceros, sino únicamente para las partes que se encuentran involucradas en el caso determinado. Esto significa que las concesiones realizadas por la administración tributaria no podrán ser exigidas frente a otros casos, a menos que se trata de circunstancias plenamente idénticas.

Transacción extraprocésal

En la primera parte del presente trabajo se menciona la diferencia y las particularidades entre transacción y mediación, para que no exista confusión entre estos dos términos que tiene un objetivo en común que es buscar acuerdos entre las partes, nos vamos a referir a la transacción y mediación extraprocésal.

La transacción o mediación extraprocésal es la que se lleva a cabo de forma extrajudicial, conforme lo determina el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación: *“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 extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”*. (La negrilla me corresponde)

Es extraprocésal o extrajudicial cuando se da antes de iniciar un juicio, tal como lo manifiesta la LODESF, esta clase de transacción o mediación es factible en los siguientes escenarios:

- El sujeto pasivo no ha presentado alguna acción judicial contra un acto administrativo emitido por la autoridad correspondiente, e incluso es posible celebrarla cuando se ha iniciado un proceso de determinación y aún no haya concluido.
- En la sustanciación de un reclamo administrativo.
- En deudas firmes; es decir, el sujeto pasivo no ha presentado una acción judicial para impugnar el acto administrativo.
- Si la obligación tributaria se encuentra en fase de ejecución coactiva.

En el caso que la obligación tributaria no haya sido impugnada en la vía judicial y el sujeto pasivo presente una solicitud de mediación, el término para presentar una acción ante el Tribunal Contencioso Tributario queda suspendido, así como los plazos prescripción de la acción de cobro.

Transacción intraprocesal

Los actos administrativos que se encuentran siendo impugnados ante la sede judicial también pueden ser materia de transacción y/o mediación y ésta debe ser solicitada en la audiencia única o preliminar, dependiendo el caso. En el evento de que las partes estén de acuerdo de remitir el proceso ante un centro de mediación, se seguirá con el proceso ya señalado en la primera parte de este trabajo.

Régimen transitorio

A través de la LODEF se estableció un régimen transitorio para acogerse a la remisión de intereses y recargos a través de una solicitud de mediación, cumpliendo algunos requisitos de forma y de fondo. Uno de ellos es verificar el estado de la obligación tributaria. Esto significa que se puede solicitar mediación sobre el acto administrativo que resolvió la determinación tributaria y esté pendiente por resolverse el juicio o el reclamo administrativo; pero para acceder al beneficio el juicio o el reclamo administrativo tuvieron que haber sido presentados hasta el 29 de noviembre de 2021. Asimismo, este régimen es factible aplicarlo para procesos de determinación en marcha.

El porcentaje de remisión de intereses y recargos depende de la fecha de presentación de solicitud de mediación, la remisión puede ser del 100%, 75% ó 50%, conforme a las siguientes fechas de presentación:

- Hasta el 31 de enero de 2022 corresponde el 100%.
- Entre el 01 y 28 de febrero de 2022 corresponde el 75%.

- Entre el 01 de marzo y 30 de mayo de 2022 corresponde el 50%.

Para los sujetos pasivos que solicitan audiencia de mediación con la finalidad de acogerse al régimen transitorio, la administración tributaria no necesita solicitar al Procurador General del Estado la respectiva autorización que dispone la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado para la suscripción del acta de mediación. Mediante oficio No. 19668 de fecha 02 de agosto de 2022, el Doctor Íñigo Salvador Crespo, Procurador General del Estado dio trámite al oficio No. NAC-DNJOGEC22-00000017 presentado por el Economista Francisco Briones Rugel, director general del Servicio de Rentas Internas, quien consultó acerca de la autorización del Procurador General del Estado para los casos que se someten a un proceso de mediación tributaria, conforme a la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica de Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal.

El pronunciamiento dice textualmente: “... *los acuerdos que surjan en los procesos de mediación en materia tributaria que impliquen acuerdos sobre la forma de cumplir obligaciones o la verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en la normativa, sin que exista de por medio concesiones recíprocas, no constituyen transacción y por lo tanto no requieren la autorización previa del Procurador General del Estado...*”

Sin embargo, para los casos que no forman parte del régimen transitorio si es obligación contar con dicha autorización.

Conclusiones y recomendaciones

- La mediación no es un juicio, el mediador no es un juez, su rol es guiar a las partes, de facilitar un diálogo y por supuesto de escucharlas de forma muy atenta. En este proceso quien decide son las partes, son ellas las protagonistas y son las que determinan si hay o no un acuerdo.
- Para aceptar y comparecer a una mediación es indispensable que exista la voluntad de las partes no solo de asistir sino también de plantear propuestas para llegar a un punto medio, donde las partes involucradas

puedan sentirse satisfechas. La mediación es una concesión, esto significa que nadie debe aceptar imposiciones, sino más bien estar abiertos al diálogo, a escuchar y también a ceder. Hay que enfocarse en las necesidades de las partes y no en las posiciones.

- La mediación en materia tributaria es un proceso bastante atractivo, que facilitaría mucho la recaudación de impuestos y conllevaría una mejor inversión de recursos humanos para atender de forma eficaz los requerimientos de los sujetos pasivos.
- A través de las leyes especiales que se han mencionado y desarrollado en el presente trabajo de investigación, la mediación tributaria tiene algunas particularidades que la diferencian de otras materias, algunas de ellas consisten en la autorización por parte del Procurador General del Estado para suscribir actas de mediación; en caso de incumplimiento del acuerdo, la administración tributaria ejecutará a través de la vía coactiva; el pago previo del 25% de la cuantía para la suscripción de una acta de mediación; entre otras.
- Los sujetos que pueden intervenir son dos, sujeto activo y sujeto pasivo. El sujeto activo puede ser cualquiera de las administraciones tributarias, sea central, seccional o de excepción. El sujeto pasivo puede ser un contribuyente o un responsable. Según Ramón Valdés²⁰⁵ el sujeto activo es “...*el que tiene derecho a exigir e ingresar el importe del tributo*”. En otras palabras, es el acreedor del tributo. Asimismo, define también al sujeto pasivo como “*Es el obligado del pago...*” o “...*persona obligada al cumplimiento de la prestación pecuniaria correspondiente, sea en calidad de contribuyente o de responsable*”.²⁰⁶
- Hay que recalcar el elemento diferenciador entre contribuyente y responsable. El contribuyente es responsable de su deuda propia y el responsable responde por una deuda ajena.
- Al ser un proceso completamente nuevo en materia tributaria y por ende nuevo para todos los funcionarios públicos de las diferentes

²⁰⁵ Valdés, R. (2001). Curso de derecho tributario. Editorial Temis S.A. Colombia. Págs. 330 – 333.

²⁰⁶ Ibídem. Pág. 334.

administraciones tributarias han originado un descontento en ellos; en virtud, que muchos tienen temor a las posibles glosas que puede determinar el Contralor General del Estado, por las decisiones que estos funcionarios puedan tomar.

- Sería importante conformar una comisión entre las máximas autoridades de control del Estado junto con las autoridades de las distintas administraciones tributarias o delegados para definir políticas de observación, vigilancia, inspección de las diferentes actas de mediación. Esto significa establecer los aspectos que pueden ser considerados como un aporte positivo para la administración pública y por ende determinar lo que puede ser perjudicial para el Estado.
- Debido a la gran demanda y a pesar de no tener una amplia difusión, muchos contribuyentes han solicitado una audiencia de mediación. Sin embargo, la logística ha sido muy complicada, lo cual no ha permitido desarrollar correctamente el proceso de mediación. Este es uno de los motivos por el cual, tanto parte público y privada deben instruirse y conocer a fondo el proceso y sus beneficios.
- Las administraciones tributarias deben armar un equipo que se enfoquen y que tengan como prioridad la comparecencia y despacho oportuno de las solicitudes de mediación. Al crear un departamento especializado conllevaría invertir un presupuesto económico elevado, pero a largo plazo sería muy rentable, debido a la eficaz y rápida recaudación de tributos.
- La Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal y su reglamento deberían ser reformados en algunos de los aspectos de forma, como el diferenciar los términos “transacción” y “mediación”. Ambos tienen un mismo fin que es culminar de forma pacífica un conflicto, a través del planteamiento de soluciones y acuerdos establecidos por las partes involucradas. Una de las grandes diferencias es el tercero neutral e imparcial que asiste a las partes. La transacción puede darse dentro de un tribunal de justicia y fuera de este, pero la mediación es necesario llevarse a cabo en un centro de

mediación. Por tanto, sí es conveniente que la norma pueda ser revisada por profesionales que conozcan del tema para mejorarla y reformarla.

- Es pertinente capacitar constantemente a los funcionarios públicos, contadores, abogados, profesionales en general y no profesionales. La mediación no es proceso complejo; sin embargo, la materia o la especialidad a veces resulta complicada de entender.
- Actualmente, la mediación tributaria ha tenido una gran difusión para los impuestos nacionales, pero la norma no solamente está enfocada a dichos tributos, sino también a los seccionales. Cada administración tributaria debería velar por los derechos de los contribuyentes, buscando siempre el bien común para ambas partes.
- Aún es posible practicar la justicia restaurativa. La Doctora García Gumbau en su Tesis Doctoral define la Justicia Restaurativa: como “*una teoría de la justicia, basada en el amor y la verdad, que, entendiendo la justicia como virtud cardinal, tiene como objeto el derecho restaurativo y como finalidad la paz individual y social*”²⁰⁷. Significa básicamente en resolver los conflictos de una manera pacífica, escuchando de forma muy consciente los argumentos o necesidades de las partes y para llegar a eso es necesario contar con una buena cultura de formación de la mediación y de impulsar la práctica de esta herramienta, resaltando los beneficios de ella.
- La mediación tributaria es un tema nuevo y complejo que debe ser analizado e investigado en el futuro con la finalidad de plantear vías de mejora para que el proceso sea más flexible y llevadero para todas las partes, incluso para el mediador.

²⁰⁷ García, E. (2017). Tesis Doctoral Justicia Restaurativa: *Un paradigma emergente*. Universidad de Valencia. Pág. 69. Recuperado de: <http://roderic.uv.es/handle/10550/59160>.

Referencias bibliográficas

- Andrade, L. (2013). Procedimiento Administrativo de Ejecución. Revista Judicial. Quito.
- Cabanellas, G. (1982). *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Tomo VIII*, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires.
- Durango, G. (2009). *Legislación Sustantiva Tributaria Ecuatoriana*. Ecuador: Edipcentro.
- García, E. (2017). Tesis Doctoral Justicia Restaurativa: *Un paradigma emergente*. Universidad de Valencia. Recuperado de: <http://roderic.uv.es/handle/10550/59160>.
- Fariña, G. (2015). *¿Qué se entiende por métodos RAD?* La mediación en el patrocinio jurídico de la Facultad de Derecho UBA. <Http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-mediacion-en-el-patrocinio-juridico-de-la-facultad-de-derecho-uba/mediacion-completo.pdf>
- Ferreiro, J. (1998). *La clasificación de los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales*. Civitas. Revista española de derecho financiero, ISSN 0210-8453, N.º.
- Highton, E.; Álvarez, G. (1998). *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Buenos Aires., Ad-hoc.
- Osterling, F. y Castillo, M. (1997). La Transacción. Revista de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. <file:///Users/mic/Downloads/Dialnet-LaTransaccion-5085321.pdf>
- Rogel, C. *Mediación y Transacción en el Derecho Civil*. <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/mediacionderechocivilpdf.pdf>
- Rosembuj, T. (2000). *La solución alternativa de conflictos tributarios*, en Magin Pont Mestres y Joan Francesc Pont Clemente. Alternativas convencionales en el derecho tributario.

Troya, J. (2014). *Manual de derecho tributario*. Corporación de estudios y publicaciones. Quito.

Troya, J. (2004). *Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional*. Revista de derecho No. 3. UASB-Ecuador.

Valdés, R. (2001). *Curso de derecho tributario*. Editorial Temis S.A. Colombia.

Normativa jurídica:

- Código Civil.
- Código Tributario.
- Código Orgánico General de Procesos.
- Ley de Arbitraje y Mediación.
- Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.
- Reglamento a la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal
- Resolución NAC-DGERCGC22-00000036 emitida por la autoridad del Servicio de Rentas Internas de fecha 25 de julio de 2022.

La mediación y el arbitraje han ganado espacio como métodos eficaces para resolver las disputas. Esa tendencia es una realidad en el Ecuador. Así, los métodos alternos son cada vez más utilizados no solo en el ámbito de relaciones comerciales, sino también para superar conflictos a nivel familiar y laboral, en lo privado y con el sector público, tanto con la introducción de la mediación tributaria como en contratación pública.

Por otro lado, el reconocimiento de estos métodos en la Constitución ha dado lugar a importantes precedentes de la Corte Constitucional en el fenómeno de la constitucionalización del derecho.

Desde el Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Espíritu Santo, la presente obra busca reflexionar sobre estas nuevas tendencias en el sistema jurídico ecuatoriano.



Centro
de Investigaciones



CENTRO DE ARBITRAJE
Y MEDIACIÓN UEES



uees_ec

universidadespiritusanto

www.uees.edu.ec

Km. 2,5 La Puntilla,
Samborondón

ceninv@uees.edu.ec

Teléfono: (593-4) 500 0950 Ext: 1319 - 1317