



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**  
**La Universidad Católica de Loja**

**ESCUELA DE BANCA Y FINANZAS**  
**DIPLOMADO EN COMERCIO EXTERIOR**  
**MODALIDAD ABIERTA Y A DISTANCIA**

**“MEDIACIÓN Y ARBITRAJE ECUATORIANO EN LAS  
OPERACIONES DE COMERCIO NACIONAL E INTERNACIONAL”**

Proyecto de investigación  
previo a la obtención del  
título de Diploma Superior en  
Comercio Exterior

**Autoras:** Tania Alexandra Jurado Guerrero  
Cristina Isabel Núñez Vega

**Director:** Christian Eduardo Franco Tomaselli

**Centro Universitario:** Quito

2010



## CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR

Ing. Christian Eduardo Franco Tomaselli

**DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

### **CERTIFICA:**

Que el presente trabajo de investigación realizado por las estudiantes: Tania Alexandra Jurado Guerrero y Cristina Isabel Núñez Vega, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas por la Universidad Técnica Particular de Loja; por lo que autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.

Quito, 17 de Diciembre de 2010

f).....

**ING. CHRISTIAN EDUARDO FRANCO TOMASELLI**

**DIRECTOR**



## **AUTORÍA**

Nosotros, Tania Alexandra Jurado Guerrero y Cristina Isabel Núñez Vega como autoras del presente trabajo de investigación, somos responsables de las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en la misma.

f).....

**TANIA ALEXANDRA JURADO GUERRERO**

**AUTORA DEL PROYECTO**

**C.I. 171474310-9**

f).....

**CRISTINA ISABEL NÚÑEZ VEGA**

**AUTORA DEL PROYECTO**

**C.I. 171847451-1**



## **CESIÓN DE DERECHOS**

Nosotros, Tania Alexandra Jurado Guerrero y Cristina Isabel Núñez Vega, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f).....

**TANIA ALEXANDRA JURADO GUERRERO**  
**AUTORA DEL PROYECTO**  
**C.I. 171474310-9**

f).....

**CRISTINA ISABEL NÚÑEZ VEGA**  
**AUTORA DEL PROYECTO**  
**C.I. 171847451-1**



## **AGRADECIMIENTO**

Agradecemos a Nuestro Padre Dios por la vida y por la oportunidad de enfrentar un nuevo reto juntas como lo fue en años universitarios; y hoy en este Diplomado, que nos ha permitido compartir nuevas experiencias, demostrándonos una vez más que mientras haya vida todo es posible.

Agradecemos también a nuestros esposos, Danilo y Raúl, por su amor y apoyo incondicional para la consecución de nuestros objetivos.

Les amamos mucho.

f).....

**TANIA ALEXANDRA JURADO GUERRERO**  
**AUTORA DEL PROYECTO**  
**C.I. 171474310-9**

f).....

**CRISTINA ISABEL NÚÑEZ VEGA**  
**AUTORA DEL PROYECTO**  
**C.I. 171847451-1**



## DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedicamos a dos nuevos seres que han venido a complementar nuestras vidas de forma maravillosa, haciéndonos comprender que la maternidad es el acto más sublime de dos mujeres profesionales.

Dios les bendiga

f).....

**TANIA ALEXANDRA JURADO GUERRERO**  
**AUTORA DEL PROYECTO**  
**C.I. 171474310-9**

f).....

**CRISTINA ISABEL NÚÑEZ VEGA**  
**AUTORA DEL PROYECTO**  
**C.I. 171847451-1**



## ÍNDICE DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR.....	II
AUTORÍA.....	III
CESIÓN DE LOS DERECHOS.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
DEDICATORIA.....	VI
INTRODUCCIÓN	

### CAPÍTULO I

#### 1. ASPECTOS GENERALES

1.1. Tema.....	3
1.2. Objetivo General.....	3
1.3. Objetivos Específicos.....	3
1.4. Marco Teórico y planteamiento de hipótesis de la investigación.....	4
1.5. Metodología.....	4

### CAPÍTULO II

#### 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. Breve reseña histórica de la solución de conflictos.....	6
2.2. Cómo nace la mediación y arbitraje a nivel internacional.....	8
2.3. Cómo nace la mediación y arbitraje ecuatoriano.....	12
2.4. Mecanismos de solución de controversias a nivel internacional.....	14
2.5. Mecanismos de solución de controversias a nivel nacional.....	22



## CAPÍTULO III

### 3. LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

3.1. Definiciones.....	23
3.2. Características.....	24
3.3. Clases de arbitraje.....	25
3.3.1. Arbitraje Institucional.....	25
3.3.2. Arbitraje de Derecho o de Conciencia.....	26
3.3.3. Arbitraje Doméstico o Internacional.....	26
3.4. Reglas de ética.....	27
3.5. Análisis de la utilización de las figuras del arbitraje y mediación en el campo de la administración de justicia.....	28
3.6. La mediación y arbitraje a nivel internacional.....	30
3.7. Principales organismos internacionales encargados de la mediación y arbitraje.....	30
3.8. El CIADI y su función como centro de mediación y arbitraje.....	35
3.8.1. Antecedentes.....	35
3.8.2. Organización y Funciones.....	36

## CAPÍTULO IV

### 4. LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN EL ECUADOR

4.1. Ley de Arbitraje Comercial.....	37
4.2. Ley de Arbitraje y Mediación.....	37
4.3. La mediación.....	37
4.4. Proceso de concientización.....	38
4.5. El mediador y los árbitros.....	38



4.6.	Perfil del mediador.....	39
4.7.	Centros de mediación.....	42
4.8.	El arbitraje.....	43
4.9.	Laudo arbitral.....	44
4.10.	Nulidad en el laudo arbitral.....	44
4.11.	Los centros de arbitraje y mediación como un servicio público.....	50
4.12.	Las cámaras y su intervención en el arbitraje y mediación.....	50
4.13.	Responsabilidades de los centros de arbitraje y mediación.....	51
4.14.	Los efectos de la disposición sobre arbitraje internacional en el proyecto de constitución.....	52
4.15.	La mediación y el arbitraje ecuatoriano en las operaciones de comercio nacional e internacional.....	55

## **CAPÍTULO V**

### **5. LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO UN AUXILIAR EFICIENTE DE LA JUSTICIA ORDINARIA**

5.1.	El arbitraje y mediación en comparación a los tribunales ordinarios.....	57
5.2.	El arbitraje en el Derecho Público Ecuatoriano.....	60
5.3.	El arbitraje y mediación como medio efectivo de solución de Controversias.....	62
5.4.	Beneficios del arbitraje y mediación.....	64
5.5.	Análisis de las disposiciones constitucionales en materia de mediación y arbitraje y su impacto al comercio internacional y a las inversiones extranjeras.....	66
5.6.	Caso práctico para ejemplificar el arbitraje y mediación como medios auxiliares eficientes de la justicia ordinaria.....	68



<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>80</b>
<b>RECOMEDACIONES.....</b>	<b>83</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>86</b>





## INTRODUCCIÓN

El presente proyecto de investigación se ha elaborado con la finalidad de cumplir con el requisito legal previo a la obtención del Título de Diploma Superior en Comercio Exterior de conformidad con lo dispuesto por la Universidad.

Adicionalmente se ha considerado trascendente la investigación de uno de los Sistemas de Solución de Controversias reconocido expresamente en el Art. 190 de la Constitución Política de la República del Ecuador y en la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial 145, publicado el 4 de Septiembre de 1997, donde su Art. 4 literales a, b y c, establecen el reconocimiento del Arbitraje Internacional; con la finalidad de que todos aquellos quienes efectúen operaciones comerciales nacionales e internacionales, conozcan su procedimiento y aplicabilidad.

La investigación planteada ayudará, entre otros aspectos, a conocer sobre nuevos mecanismos que permitan a la sociedad ecuatoriana llegar a una satisfactoria solución de sus controversias por otros medios; dejando así de lado la Justicia Ordinaria, la misma que se somete y trabaja en virtud de un largo entramado que incluye la Ley Orgánica de la Función Judicial, el Código de Procedimiento Civil, Penal, Contencioso Administrativo, y como órgano de especial relevancia la Corte Constitucional, la misma que se manifiesta únicamente frente a violaciones constitucionales o de derechos y garantías; conllevando a la congestión de las causas sin resolver en los tribunales y juzgados, que impide que, los jueces puedan actuar con mayor celeridad y eficacia en la resolución de los litigios.

La Mediación y el Arbitraje se ha constituido como una forma civilizada de justicia privada, siendo un procedimiento para resolver un conflicto o controversia mediante la fórmula de encomendar la solución a un tercero (persona individual o comisión de personas), escogido por acuerdo de los interesados y ajeno a los intereses de las partes en conflicto.



Son medios alternativos de suma importancia para la solución de los conflictos utilizados frecuentemente en el Derecho Internacional para resolver las controversias territoriales o limítrofes entre los estados; mientras que, en el Comercio Internacional son herramientas utilizadas para resolver controversias que pudieran surgir en las operaciones habituales entre importador y exportador.

Dado esto, se ha visto importante analizar estos mecanismos de solución de controversias con el fin de que los profesionales en Comercio Exterior hagan uso de las mismas y se beneficien de sus múltiples ventajas, evitando la deficiencia de la Justicia Ordinaria.



## **CAPÍTULO I**

### **1. ASPECTOS GENERALES**

#### **1.1. TEMA**

**“MEDIACIÓN Y ARBITRAJE ECUATORIANO EN LAS OPERACIONES DE COMERCIO NACIONAL E INTERNACIONAL.”**

#### **1.2. OBJETIVO GENERAL**

Elaborar una investigación sobre la Mediación y Arbitraje ecuatoriano en las operaciones de comercio nacional e internacional, procurando determinarlo como un eficaz auxiliar de la Justicia Ordinaria.

#### **1.3. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Investigar los sistemas de solución de controversias existentes en el comercio mundial que permitan a la sociedad llegar a satisfacer sus intereses.
- Resaltar a la mediación y arbitraje como el mecanismo más adecuado para la solución de controversias en las operaciones nacionales e internacionales ecuatorianas.
- Analizar y evaluar un caso del sistema nacional de mediación y arbitraje que permita ejemplificar su aplicabilidad en las operaciones de comercio.



#### **1.4. MARCO TEÓRICO Y PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS**

La economía actual, la globalización mundial, los procesos de integración regional, el libre comercio internacional, Internet, el uso de software avanzado, la tecnología de redes, las telecomunicaciones y el comercio electrónico, generan una gran cantidad de negocios que requieren, en caso de conflicto, de soluciones rápidas, especializadas, y que den seguridad jurídica a las inversiones, descomprimiendo de este modo la actividad jurisdiccional del Poder Judicial mediante otras vías alternativas de solución de conflictos, ayudándonos con el aporte de la **CONTRATACIÓN INTERNACIONAL**.

Los orígenes de la mediación y arbitraje se remontan a principios de la civilización y son anteriores a la justicia pública y a la aparición de los jueces; así utilizando la **HISTORIA, EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO** como herramientas, podremos determinar la evolución de este mecanismo para solución de controversias.

La hipótesis planteada para la presente investigación versa así:

“La mediación y arbitraje ecuatoriano en las operaciones de comercio nacional e internacional, nos permitirá determinar un mecanismo auxiliar a la justicia ordinaria, procurando una satisfactoria solución de controversias”.

#### **1.5. METODOLOGÍA**

El método a utilizarse para el desarrollo del Proyecto de Investigación previo a la obtención del Título de Diploma Superior en Comercio Exterior es el **MÉTODO ANALÍTICO LÓGICO**, puesto que de este modo se condensará lo principal sobre la mediación y arbitraje ecuatoriano en las operaciones de comercio nacional e



internacional, llegando a concluir y recomendar acerca del tema, a través de la ejemplificación del mismo.



## CAPÍTULO II

### 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

#### 2.1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Si nos remontamos al origen histórico de la mediación, debemos ir al origen mismo del hombre, ya que es tan antiguo como lo es el conflicto. Este es connatural al ser humano y a los grupos que integra. Su génesis es la de la vida en comunidad.

Existen fragmentos filosóficos presocrático, como los de Heráclito y Aristóteles donde podemos traducir que el "conflicto es el promotor del cambio y a su vez es consecuencia de este..." y simplemente se necesitan dos seres, ya que el conflicto se caracteriza por la dualidad adversario – adversario.

Si damos pie a la afirmación de que todo conflicto tiene su lado positivo, que podría estar popularizado en el dicho: " No hay mal que por bien no venga", veríamos que los conflictos bélicos, entendidos como acciones negativas y vio lentas en su máxima expresión, nos han dejado un cuerpo teórico que viene creciendo década tras década. Nos referimos concretamente a la época posterior a la segunda guerra mundial. Cuando se dio un gran impulso al estudio del fenómeno antropológico, social económico y político de la guerra, y se fueron modelando distintas teorías que tienen entre uno de sus capítulos la " INTERVENCIÓN DE TERCEROS".

Focalizando en la Intervención de Tercero, sin participación en el conflicto sólo encontramos la figura del:

**Mediador:** no decide el conflicto, las partes conservan la autonomía de su solución.



**Arbitro / Juez:** estos terceros deciden el conflicto por las partes (heteronimia de la solución).

Se ve entonces, que el tema de la heteronimia de la solución del conflicto, que funciona bajo la culpabilización, la imposición, la asignación de responsabilidades y la sanción, es sólo una forma de asegurar que los conflictos no queden irresueltos y de que los proyectos de individuos, grupos o entidades que forman la comunidad puedan llegar a realizarse en pos del orden social y bien común. El Estado es quien debe cargar con el mantenimiento de esta forma de solucionar conflictos, a través del ordenamiento jurídico y hacerse responsable de su vigencia. La resolución judicial no es una forma pacífica de resolver disputas.

En los Estados Unidos fue justamente la insatisfacción que producía la aplicación de forma exclusiva y excluyente de los mecanismos jurisdiccionales, lo que originó a comienzos de los 70, la aparición, clasificación e institucionalización de otras formas de tratar con los conflictos llamadas "alternativas" respecto del litigio. Advertimos que la demanda social apuntaba, y aún hoy es así, no sólo a la mejora del funcionamiento del sistema tradicional, los tribunales. Sino además hacia los contenidos, el fondo de las soluciones adjudicadas por la magistratura.

Se presume que con la disminución de las causas en los tribunales, en cuanto al volumen de expedientes que ingresan en el sistema, los jueces podrán dedicarles más tiempo a aquellos casos en donde no es posible ni conveniente la mediación, posibilitando un estudio pormenorizado del caso en cuestión y dándoles a sus sentencias la excelencia jurídica necesaria para que tengan su existencia y misión, una razón de ser.

Por eso, las últimas tendencias están marcando la posibilidad de sustituir la palabra "alternativa" por solución "adecuada" de conflictos, entre los cuales figuraría el litigio como una de esas formas, siempre y cuando dicho servicio de justicia cumpla con los



requisitos de economía, sencillez, rapidez, y calidad de contenido, del que son merecedores todos los justiciables de una sociedad.

## **2.2. CÓMO NACE LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE A NIVEL INTERNACIONAL**

La Mediación tiene raíces históricas y culturales antiquísimas.

La participación de un TERCERO que promueve la conciliación y el ACUERDO AUTODETERMINADO por partes en desavenencia — que no han logrado negociar exitosamente — comienza con la existencia de, por lo menos, tres personas en el mundo.

La mediación, como alternativa a los procesos judiciales, no es concepto novedoso. La intervención de una tercera persona que ayuda a los contendientes a resolver sus conflictos y a adoptar sus propias decisiones se ha venido produciendo en diversas culturas desde tiempos lejanos.

Existe una rica tradición de mediación en el Nuevo Testamento cuando Pablo se dirigió a la congregación de Corinto pidiéndoles que no resolvieran sus diferencias en el tribunal, sino que nombraran a personas de su propia comunidad para conciliarlas (1 Corintio 6: 1-4). La mediación es congruente con los valores bíblicos del perdón, la reconciliación, y la comunidad.

La mediación, tal como ahora la conocemos, no es sino una adaptación actualizada de los que ya existía en otras culturas, en otras épocas.

En CHINA, desde la antigüedad, fue un recurso básico en la resolución de los desacuerdos. Confucio afirmaba la existencia de una armonía natural en las relaciones humanas, que debía dejarse desenvolverse. En su pensamiento, el apoyo unilateral y la



intervención adversarial, dificultan la comprensión y son la antítesis de la paz. En esta república la mediación se sigue ejerciendo en la actualidad a través de los comités populares de conciliación.

En JAPÓN la Mediación tiene viejas raíces en sus costumbres y leyes. En sus pueblos se esperaba que un líder ayudara a resolver las disputas. En los tribunales japoneses, se dispuso legalmente la conciliación de desavenencias personales antes de la segunda guerra mundial.

En ÁFRICA era costumbre reunir una ASAMBLEA VECINAL para la resolución de conflictos interpersonales, con la ayuda de una persona con autoridad sobre los contendientes.

En muchas culturas y lugares, tal como parece ser en la africana, los CÍRCULOS FAMILIARES han proporcionado recursos para dirimir controversias entre sus miembros. Los jefes de familia ofrecían su experiencia y sabiduría, para ayudarlos a coincidir en pacificadores acuerdos.

Se observa que, a medida que la "FAMILIAR EXTENSA O EXPANDIDA" fue siendo reemplazada por la "FAMILIA NUCLEAR", los MECANISMOS FORMALES fueron supliendo a los informales en la resolución de conflictos.

Las Instituciones Religiosas han asumido durante siglos la sugerencia de formas de convivencias pacíficas y de reorganización de las relaciones, por medio de la práctica de la mediación.

Grupos étnicos y culturales han establecido históricamente sus propias normas, y sosteniendo su independencia y su poder a salvo de la autoridad religiosa, gubernamental u otra autoridad secular. La tendencia hacia la Mediación se está manifestando cada vez más y muchas veces montada en la tradición ancestral de cada



cultura y sociedad, por ejemplo: Hawai tiene la tradición holoponopono, Palestina, la Sulka, la gente del Cáucaso hacen intervenir a sus ancianos.

Actualmente aún, la efectividad de la mediación, depende del campo en que se aplique, y que sus formas y objetivos sean equilibrados y cooperativamente constructivos.

En ESTADOS UNIDOS, existen más de 500 Centros de Mediación que proveen mediadores a propietarios, inquilinos, vecinos enfrentados proveedores y clientes.

Miles de escuelas a lo largo y ancho del país, entrenan a los chicos como mediadores entre pares y median en los salones de juego y en los corredores, las disputas de sus compañeros.

Muchas organizaciones y empresas emplean la mediación en la resolución de demandas y quejas de los clientes, empleados, proveedores.

En los Estados Unidos, los primeros cuáqueros ejercían tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias comerciales, sin recurrir al litigio. No obstante, los antecedentes y modelos de mediación más conocidos en los Estados Unidos provienen de los procedimientos de resolución de desavenencias laborales industriales. Según Kressel y otros autores, algunos de los primeros escritos que proponían la adaptación de técnicas alternativas para resolver conflictos interpersonales se apoyaban precisamente en esos antecedentes. Aunque ya se había observado anteriormente, es a finales de la década de los 60 cuando la sociedad estadounidense expresa un gran interés por las formas alternativas de resolución de desavenencias, o "Alternative Dispute Resolutions" (ADR), es decir "mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales". Estudiosos del derecho como L.Fuller, F.Sander, Roger Fisher, todos ellos de la Harvard Law School, o el conocido autor Howard Raiffa, han contribuido notablemente



a la formación del pensamiento teórico respecto a los procedimientos y aplicación de técnicas para la resolución de conflictos fuera de los tribunales.

La adaptación a Europa de un movimiento de ADR semejante al estadounidense resultaba particularmente compleja por diversas razones, a excepción del Reino Unido, que es el país de la Unión Europea que por su afinidad cultural y jurídica con los Estados Unidos ha acogido con más intensidad las técnicas de ADR en áreas tan diversas como el derecho comercial, la responsabilidad médica o el derecho del deporte. En países como la República Federal Alemana, que no se caracteriza especialmente por la cultura comercial característica de los sistemas del common law, la utilización de la mediación se ha incrementado considerablemente en los últimos años, como un mecanismo de lo que se denomina *Alternative in der Ziviljustiz*, en materias tales como la resolución de conflictos que afectan al medio ambiente, derechos económicos, conflictos laborales, arrendamientos, disputas entre vecinos, o cuestiones que afectan a los consumidores.

En el año 1995 entra en vigor en Francia la Ley de Mediación Procesal, que modifica el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil e introduce explícitamente la mediación. Además de la conciliación como proceso previo y obligatorio antes de iniciar el juicio, se instaura la figura del mediador, inspirado en el ombudsman sueco, cuya función es hacer recomendaciones a la administración sobre cómo habría de resolverse la disputa, sin facultades para obligarla.

En España se observa un cierto retraso en la asimilación de las técnicas de ADR, al no pertenecer a aquellos países que han potenciado desde la Universidad, desde la judicatura o desde el legislativo, la utilización de esas fórmulas alternativas, si bien últimamente se aprecia un movimiento en alza, especialmente en el ámbito de la mediación familiar. En la última década se ha observado no obstante una potenciación, desde diversos foros, de la técnica de la mediación, habiéndose desarrollado diversas



iniciativas, tanto en Cataluña como en el resto de España, para fomentar y difundir la mediación mediante programas de formación y capacitación.

En las DISPUTAS INTERNACIONALES cada vez más se emplea la mediación para resolverlas.

Ejemplos:

- En Camp David, El Pte. Carter medió entre Egipto e Israel que habían peleado cuatro guerras en 30 años.
- El Papa evitó enfrentamientos entre Chile y Argentina por las Islas del canal de Beagle, mediando la divisoria de agua, aceptablemente.
- La comunidad internacional medió terminando las guerras de Namibia, Mozambique, Nicaragua y Guatemala.<sup>1</sup>

La resolución de conflictos interpersonales y comerciales entre miembros de un subgrupo con la asistencia de terceras personas respetadas del mismo grupo era una manera de conservar la independencia y establecer normas. Gremios comerciales, mercaderes, etc., sintieron la necesidad de resolver sus desavenencias sin la imposición de una autoridad externa, por lo que la mediación y hasta cierto punto el arbitraje representaban la fórmula idónea para preservar esa independencia.

### **2.3. CÓMO NACE LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE ECUATORIANO**

En una sociedad en la que predomina la conciencia de litigio, no es raro encontrarse con una justicia lenta que, obstaculiza la solución de conflictos.

Por ello, impulsadas por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), las Cámaras de

---

<sup>1</sup> Manual de formación básica de mediadores



Comercio de Quito y Guayaquil, desarrollaron el "Programa para el fortalecimiento de centros de entrenamiento y difusión de métodos alternos de solución de controversias comerciales".

En busca de nuevas formas de administración de justicia, no para reemplazar a la ordinaria, sino para apoyarla. Países como Argentina, Guatemala y Colombia, especialmente, son líderes en ese aspecto.

En el Ecuador, los medios alternativos de resolución de conflictos fueron reconocidos por la Nueva Constitución de Ecuador, sancionada el 18 de junio de 1996. El 04 de septiembre de 1997 se dictó la ley RO/145 que regula en Arbitraje Doméstico y el Arbitraje Internacional y la Mediación, con lo que se legaliza la práctica del arbitraje comercial, vigente desde hace algunos años.

Para una mediación, las partes solicitan la audiencia, exponen sus problemas a una persona asignada para el caso, llegan a un acuerdo, y suscriben un acta. El arbitraje es un proceso más formal, pues es necesario remitirse a una cláusula o convenio arbitral, que puede constar en el contrato o ser posterior de él.

Según la Ley, todo derecho susceptible de transacción puede entrar en un proceso arbitral, generalmente causas comerciales y de orden patrimonial, con esto las personas pueden incluir en sus contratos una cláusula de arbitraje para que, en caso de conflicto, designen su solución a un tercero, en lugar de someterse a la justicia ordinaria.

La ventaja del sistema es la celeridad. Una mediación, por ejemplo, dura máximo dos meses, y la ley otorga 150 días hábiles para un arbitraje.

Adicionalmente, se cobra el dos por ciento del monto del conflicto por una mediación, y



el tres por ciento por un arbitraje, costos tremendamente bajos en relación al costo de oportunidad que, en el tiempo, cobran las causas que duran años.

Se garantiza que las partes acojan las disposiciones finales a través del fallo arbitral y el acta de mediación goza de la calidad de cosa juzgada, es decir, son inapelables. Incluso, otorgan la facultad de ejecutarlos, mediante medidas cautelares o la fuerza coercitiva.

El centro de arbitraje inició sus actividades en 1996. El apoyo del BID es fundamentalmente económico, con una contraparte nacional financiada por las Cámaras. Es por eso que estas iniciativas han obtenido el respaldo gubernamental en toda América Latina. En el Ecuador se cuenta con el apoyo de la Corte Suprema de Justicia e, incluso, estudian acciones conjuntas.

No se trata de una justicia paralela, es una justicia adicional, pues operamos bajo el imperio de la ley. Por ejemplo el código de procedimiento civil es mandatorio, tiene muchas normas y aquí los reglamentos se habitúan a eso. Entonces, no es un reemplazo de la justicia ordinaria, ni su privatización, sino una ayuda en materias específicas.<sup>2</sup>

#### **2.4. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A NIVEL INTERNACIONAL**

Previo al análisis de los mecanismos de solución de controversias los definiremos diciendo que son aquellos procedimientos que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas (o con el nombramiento de agentes negociadores, como es el caso de la negociación) o mediante la intervención de un tercero imparcial (como son los casos de la mediación, la conciliación y el arbitraje).

---

<sup>2</sup> Diario HOY. Página 5C, Quito, 16 de junio de 1998



Los principales mecanismos de solución de controversias son:

- La negociación
- La mediación
- La conciliación
- El arbitraje
- La evaluación neutral

**La Negociación.-** Según el diccionario de la lengua española, la palabra negociación proviene del latín *negotiatio* que significa acción y efecto de negociar.

A juicio de Pinkas Flint Blank, la negociación es un proceso de comunicación dinámico, en merito del cual dos o mas parte tratan de resolver sus diferencias e intereses en forma directa a fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción de intereses. Estas diferencias deben ser resueltas por las partes aprovechando los distintos valores que cada una de ellas asigna a la toma de decisiones.

Existen ciertas características institucionales y estructurales de las situaciones de negociación que pueden facilitar la táctica del compromiso, o hacerla más accesible a una de las partes que a la otra o afectar a la probabilidad de un compromiso simultáneo o de un punto muerto:

- Utilización de un agente negociador.
- Secreto contra publicidad
- Negociaciones entrecruzadas.
- Negociaciones continuas.
- Agenda restringida
- La posibilidad de compensación.



**La Mediación.-** Para Pinkas Flint la mediación constituye una variante del proceso de negociación. Si bien aplica a esta las mismas reglas generales, difiere de la negociación en que entra en escena un tercero denominado mediador. El rol del mediador es el de un facilitador, quien recoge inquietudes, traduce estados de ánimo y ayuda a las partes a confrontar sus pedidos con la realidad. En su rol, el mediador calma los estados de ánimos exaltados, rebaja los pedidos exagerados, explica posiciones y recibe confidencias.

Para Ruprecht es un medio de solución de los conflictos por el cual las partes ocurren ante un órgano designado por ellas o instituido oficialmente, el cual propone una solución que puede o no ser acogida por las partes.

Para Gerard Couturier, se trata de un procedimiento de investigación completo que conlleva a proponer precisas recomendaciones para solucionar un conflicto.

**La Conciliación.-** Para Caivano, la conciliación implica la colaboración de un tercero neutral a quien las partes ceden cierto control sobre el proceso pero sin delegar en él la solución. La función del conciliador es asistir a las partes para que ellas mismas acuerden la solución, guiándolos para clarificar y delimitar los puntos conflictivos.

Para Manuel Alonso García, la conciliación es una forma de solución de los conflictos, en virtud de la cual las partes del mismo, ante un tercero que no propone ni decide, contrastan sus respectivas pretensiones tratando de llegar a un acuerdo que elimine la posible contienda judicial. Agrega el autor que los conciliadores no interpretan el derecho ni las normas, sino que le corresponde ponderar y equilibrar los intereses contrapuestos de las partes, lo que hace que sus resultados no tengan el carácter decisivo de una sentencia.



Fernando Onfray, considera que la conciliación es un sistema destinado a prevenir y solucionar los conflictos constituido por un conjunto de actuaciones realizadas por las partes y el conciliador, que no tiene poder de decisión y ante el cual recurren los primeros en busca de un acuerdo.

La conciliación es, pues una forma de solución de una controversia que acelera su terminación definitiva a través de un acuerdo de las partes, asistidas por un tercero el conciliador, respecto de derechos que no tienen carácter de indisponibles.

Es un proceso mediante el cual una tercera persona, neutral e imparcial, ayuda a las partes en conflicto a buscar una solución consensual, proponiendo si fuera necesario formulas conciliatorias que las partes pueden rechazar o aceptar.

#### **Características:**

- Es un acto jurídico a través del cual las partes recurren a un tercero para que les ayude a resolver un conflicto.
- Requiere la existencia de un tercero, este no decide, se limita a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismos estimen conveniente.
- Es un mecanismo alternativo de solución de conflicto, ya que las partes pueden optar por la conciliación, por el arbitraje o por ir al Poder Judicial.
- La oralidad e intermediación están siempre presentes, pues el conciliador estará al lado de las partes que han solicitado su actuación, las que se realizaran sin intermediarios. Es inimaginable un proceso conciliador con escritos que van y



vienen, pues la casi totalidad de negociaciones se efectivizan mejor sin la presencia de documento alguno o de formalidad específica.

- Ese tercero no propone, no decide, ni siquiera interpreta la norma en conflicto, menos hace esfuerzo alguno para su aplicación. Se limita simplemente a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues en última instancia las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismo estimen conveniente.
- Pretende evitar un procedimiento heterónomo o la simple prosecución del proceso ya iniciado.
- Trata de fomentar un acercamiento entre las partes con miras a demostrar que este es preferible a su total inexistencia, propiciando que el dialogo posibilite la solución del conflicto.
- Carece de toda formalidad, es un acto informal por excelencia, por eso que se ha convertido en una herramienta flexible por la amplia libertad conservada al conciliador; empero nada quita al conciliador que tenga su propia metodología para lograr el éxito que se ha propuesto al iniciar su labor conciliadora.

**El Arbitraje.-** Es un método de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan (convenio arbitral), someter la solución de determinados conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica a la decisión (laudo arbitral), de uno o varios terceros (árbitro). La forma de nombramiento de los terceros también es acordada por las partes.

El arbitraje es un sistema de solución de conflictos en que la voluntad de las partes, se somete a la voluntad de un tercero. En el fondo del arbitraje existe un pacto o convenio



entre los litigantes en el sentido de que someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento del tercero, con el compromiso de cumplir con lo que por el se decida.

Para Napoli, es el procedimiento que tiene por objeto la composición del conflicto por una persona u organismo cuyo laudo una vez dictado tiene que cumplirse obligatoriamente.

Para Cabanellas, es toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o asunto que las partes han sometido su decisión y que tiene que cumplirse obligatoriamente.

Según Krotoschin, el arbitraje suple el entendimiento directo de las partes y reemplaza el acuerdo entre ellas, por una decisión del conflicto que proviene de un tercero llamado arbitro.

El arbitraje, comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo igual en sus efectos a una sentencia judicial.

**La Evaluación Neutral.-** Es el acto por el cual las partes acuden a un centro de conciliación para que un tercero (evaluador neutral), les aclare una situación litigiosa y les pueda facilitar un acuerdo conciliatorio.

Es absolutamente voluntario, no hay obligación de recurrir a este método.

Las partes deben estar de acuerdo en solicitar la evaluación neutral.



Busca que las partes tomen conciencia de sus posiciones a fin de que estén abiertas al dialogo y a la creación de opciones de solución que impliquen mutuos beneficios llegando así a un acuerdo.

El evaluador neutral solo da una opinión, no se involucra en el proceso de negociación.

**Otros mecanismos de solución de conflictos.-** Otros mecanismos de solución de conflictos, que aunque hasta hoy no han tenido gravitancia, pero que si la doctrina y otras realidades las consagran estas son:

- Mediación – arbitraje (med-arb)
- Arbitraje – mediación (arb-med)
- Tribunal multipuertas (multidoor court-house)
- Defensor del pueblo (ombudsman)
- Evaluación neutral previa
- Dictamen de expertos
- Grupo asesor circunscrito
- Juez de alquiler (rent a judge)
- Juicio abreviado (summar y jury trial)
- Arbitraje delegado
- Mini trial

**Las principales características de los Mecanismos de Solución de Controversia.-**

Como se ha señalado, los principales mecanismos de solución de controversia son la negociación, la mediación, la conciliación y arbitraje, como características de ellos, podemos destacar las siguientes:

- **En cuanto a la voluntariedad:** la mediación, la negociación y el arbitraje son absolutamente voluntarios, en tanto que la voluntariedad de la conciliación



extrajudicial esta limitada a la decisión unilateral de la parte citada de asistir o no a la audiencia, puesto que como institución la conciliación extrajudicial pre-proceso es obligatoria.

- **En cuanto a la formalidad:** la mediación y la negociación no tiene una estructura formal determinada, en tanto que en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial si tienen formas y etapas que cumplir.
- **En cuanto al control de las partes sobre el proceso:** en la mediación y en la negociación las partes ejercen sobre el proceso un control alto; en la conciliación extrajudicial ejercen un control medio y en el arbitraje un control menor.
- **En cuanto a la intervención de terceros neutrales:** en la negociación no se produce la intervención de terceros neutrales (pues el negociador representa una de las partes), en tanto que en los otros medios alternativos si. En la mediación al tercero neutral se le denomina mediador, en la conciliación extrajudicial se denomina conciliación extrajudicial y en arbitraje se le denomina árbitro.
- **En cuanto a la duración del proceso:** en la negociación y en la mediación la duración del proceso es también generalmente corta, dependiendo de las partes y del tercero neutral en tanto que en la conciliación extrajudicial la duración del proceso es corta, estando sujeta al legislador.
- **En cuanto a la obligatoriedad de cumplimiento del acuerdo o laudo:** en la mediación y en la conciliación extrajudicial el acuerdo es voluntario, de producirse este es obligatorio, en tanto que en el arbitraje el laudo arbitral es decisión exclusiva del tercero neutral y es obligatorio para las partes.



- **En cuanto a la confidencialidad:** en la mediación y en la negociación la confidencialidad esta en poder de las partes, en la conciliación extrajudicial, tanto las partes como el conciliador deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto, en tanto que en el arbitraje la excepción a la confidencialidad se producen en el supuesto de que se pida la nulidad del fallo.
- **En cuanto a la economía:** en la negociación, salvo nombramiento de negociadores, es posible que no se produzcan desembolso alguno de dinero en tanto no participa un tercero neutral, por otra parte en la mediación, en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial intervienen terceros neutrales cuyos servicios privados son remunerados.

## 2.5. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A NIVEL NACIONAL

A nivel nacional los mecanismos de solución de controversias más conocidos son el Arbitraje y la Mediación.

Muchos abogados que no tienen la costumbre de pleitear, imbuidos de sentido de ética y buena fe, desde sus despachos privados han venido actuando como mediadores, como jueces de paz, como amigables componedores; porque comprenden que " mejor es un mal arreglo antes que un buen juicio ".

Actualmente, existen varias entidades que brindan servicios de arbitraje y mediación como son las cámaras de comercio, las cámaras industriales, y una entidad importante a nivel nacional como lo es el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje.



## CAPÍTULO III

### 3. LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

#### 3.1. DEFINICIONES

De acuerdo con la OMPI, la Mediación es: “un procedimiento en el cual un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar su controversia de manera mutuamente satisfactoria. Cualquier acuerdo al que lleguen las partes se formaliza en un contrato.”

Se debe subrayar que este acuerdo refleja la autonomía de las partes para alcanzar nivel de consenso equitativo y justo.

La experiencia muestra que los litigios en materia de propiedad intelectual, por ejemplo, suelen culminar en un acuerdo. La mediación es un modo eficaz y económico de alcanzar ese resultado manteniendo, y en ocasiones mejorando, la relación entre las partes.

Así también, la OMPI define al Arbitraje como: “un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.”

El método no es aplicable a aquellos casos en los cuales un fiscal debe intervenir obligatoriamente o situaciones en las que puede verse afectado algún interés público.



Es obligatorio para las partes y ejecutable judicialmente; es susceptible de impugnación judicial por vía de nulidad.

### 3.2. CARACTERÍSTICAS

	<b>MEDIACIÓN</b>	<b>ARBITRAJE</b>
1.	Procedimiento <b><u>NO OBLIGATORIO</u></b> controlado por las partes. Es un procedimiento basado en los intereses de las partes.	<b><u>CONSENSUAL:</u></b> puede tener lugar si ambas partes lo han acordado.
2.	El Mediador no toma decisiones, ayuda a que las partes lleguen a un acuerdo.	<b><u>DECISIÓN DEFINITIVA Y FÁCIL DE EJECUTAR:</u></b> las partes se comprometen a cumplir lo dispuesto en el proceso de mediación. El árbitro dicta una decisión que es obligatoria para las partes.
3.	<b><u>NEUTRAL:</u></b> las partes acuerdan el derecho aplicable (Principio de Ley aplicable). Las partes pueden guiarse asimismo por sus intereses comerciales.	<b><u>NEUTRAL:</u></b> las partes acuerdan el derecho aplicable (Principio de Ley aplicable) por el cual se ha de realizar la mediación garantizando con esto objetividad al proceso.
4.	<b><u>CONFIDENCIAL:</u></b> No se puede obligar a las partes a divulgar información que deseen mantener confidencial.	<b><u>CONFIDENCIAL:</u></b> permite a una parte restringir el acceso a secretos comerciales u otra información confidencial que se presente al tribunal arbitral.



### **3.3. CLASES DE ARBITRAJE**

#### **3.3.1 ARBITRAJE INSTITUCIONAL**

En este arbitraje intermedia entre los árbitros una entidad especializada que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia.

Se rige por un reglamento al que se someten las partes, sin embargo se valen de instrumentos cada vez más ágiles, de modo de adecuar las reglas de las necesidades de los usuarios surgiendo reglamentos de “arbitraje común” u otras variantes como “arbitraje acelerado”. Para optimizar la duración del proceso de gran importancia para el tiempo como factor fundamental.

En el arbitraje libre o ad hoc no existe ninguna institución que administre el sistema: son las propias partes las que suministran las normas sobre las que den actuar y todo lo necesario para que el arbitraje proceda.

Así les proveen de los mecanismos de elección de los árbitros, indican el lugar, el idioma, los procedimientos a aplicar, métodos de coerción en caso de incumplimiento, plazo para laudar y los recursos pertinentes que cabrían contra el laudo.

La desventaja en este tipo de arbitraje está en que no habiendo intervenido una entidad que preste el servicio administre el sistema e intermedie entre las partes, cualquier diferencia que surja entre ellas será resuelta en sede judicial. Si las partes no se ponen de acuerdo, sobre el árbitro tercero, si se produce una recusación contra un árbitro, se debe reemplazar, si procede reemplazarle al árbitro por renuncia, fallecimiento o irresponsabilidad al ejercer el cargo.

La elección de estos mecanismos debe ser puesta en conocimiento de las partes sobre sus ventajas y desventajas.



### **3.3.2 ARBITRAJE DE DERECHO O DE CONCIENCIA**

Los árbitros se rigen por normas legales y deciden los asuntos litigiosos con arreglo al derecho escrito.

En cambio el arbitro de conciencia puede dejar de lado la norma jurídica en el proceso mismo como en la sustentación del laudo; es decir que resuelven de acuerdo a su criterio; sin embargo esa discrecionalidad no es ilimitada puesto que debe respetar el principio elemental de garantizar la defensa en juicio, en el debe tener en cuenta la equidad.

### **3.3.3 ARITRAJE DOMESTICO O INTERNACIONAL**

Esta calificación obedece cuando intervienen un estado o se vincula con más de uno:  
Se define como arbitraje internacional cuando existen los siguientes factores:

- a) si las partes tiene al momento de celebrar el convenio arbitral domicilios en estados diferentes.
  
- b) si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en que las partes tienen sus domicilios.
  - b.1.- el lugar de arbitraje, si este ha sido determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo a él;
  - b.2.- el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga relación más estrecha.



### 3.4. **REGLAS DE ÉTICA**

Las principales reglas de ética sobre las cuales se debe fundamentar un proceso alternativo de solución de controversias, como lo es el arbitraje o la mediación son:

1. **Competencia:** El mediador, árbitro o juez debe considerarse capacitado para satisfacer razonablemente las expectativas de las partes en conflicto. En virtud de que el conocimiento técnico y práctico de la materia o ramo sobre el que verse la controversia es un elemento clave para el éxito del proceso de alternativo de solución de controversia, caso contrario, deberá reconocer su falta de conocimiento o experiencia en la materia de que se trate y someterá a la consideración de las partes el nombramiento de un nuevo mediador.
2. **Autodeterminación:** El mediador, árbitro o juez reconocerá en todo momento que el proceso se sustenta en el principio de autodeterminación, es decir, que se fundamenta en la libre voluntad y determinación de las partes para alcanzar una solución amigable a los puntos controvertidos, sin que dicha solución sea coercible.
3. **Imparcialidad:** La imparcialidad en el mediador, árbitro o juez es el punto central del proceso de mediación o arbitraje.

Para efectos de lo anterior, el mediador deberá abstenerse de participar en asuntos en los que tenga algún conflicto de intereses.

4. **Confidencialidad:** El mediador deberá conducir el proceso con absoluta confidencialidad.

Para tal efecto, los términos y condiciones para la recepción, manejo y revelación



de información confidencial deberá discutirse entre las partes para evitar cualquier revelación no deseada de información, incluso entre las mismas partes en conflicto.

- 5. Calidad del Proceso:** El mediador o árbitro deberá llevar a cabo todo acto necesario o conveniente para poder garantizar en todo momento la calidad del proceso. Se fomentará el respeto mutuo entre las partes y conducirá el proceso con estricta sujeción a los principios de autodeterminación, imparcialidad, equidad y justicia. Además, tomará en cuenta los principios generales de derecho y los usos y costumbres aplicables a la controversia materia de la mediación o arbitraje, en el entendido, de que dichos usos y costumbres no podrán contravenir disposiciones de orden público o interés general.

### **3.5. ANÁLISIS DE LA UTILIZACIÓN DE LAS FIGURAS DEL ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN EL CAMPO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Actualmente los medios alternativos para la solución de conflictos entre sujetos naturales o con personería jurídica, constituyen entes de importancia estratégica, que han venido a evacuar el aparato judicial, mismo que ha perdido credibilidad por la burocracia que empantana cientos de casos en sus archivos.

Teniendo en cuenta la oxigenación de todos los aparatos públicos, la Constitución Política de la República reconoce en su Art. 190 a los Medios Alternativos de Solución de Controversias; así también, a través del Registro Oficial 145 es promulgada la Ley de Arbitraje y Mediación.

Esta “justicia alternativa” proporciona a los interesados flexibilidad y celeridad en los procesos; y sobre todo, permite a las partes subsanar conflictos sin el menoscabo de sus derechos, tiempo y recursos.



Como vimos en un título anterior, por las características del arbitraje, por ejemplo, parte de la doctrina lo llama juicio privado, ya que posee semejanzas con el proceso judicial. Entre éstas podríamos mencionar la existencia de un procedimiento adversarial – determinado en la ley o escogido por los intervinientes.

El arbitraje está contemplado en la legislación de casi todos los países y con la misma comprensión: "las partes de común acuerdo someten sus controversias futuras y presentes al conocimiento de árbitros o tribunales de arbitraje".

El arbitraje es esencialmente voluntario, aunque hay materias en que se prescribe legalmente el arbitraje como forzoso (partición de bienes en herencia - negociación colectiva - etc.). Los procedimientos son relativamente simplificados, y cuando se refieren a la selección y nombramiento del árbitro, las legislaciones exigen que se trate de personas hábiles y capaces para comparecer en juicio. En general se distingue entre "árbitros en equidad" y "árbitros de derecho", que deben ser abogados. Excepcionalmente y de acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (1997), se contempla el arbitraje de los jueces.

El arbitraje como método de resolución de conflictos está bastante desarrollado en el ámbito privado y comercial, siendo las Cámaras de Comercio (o las Asociaciones Gremiales y Empresariales correspondientes en cada país) las que más lo utilizan. En muchos casos las normativas y reglamentos internos que se han dado los Centros de Arbitraje en cuanto a requisitos y selección de los árbitros, procedimientos y materias de competencia, políticas de promoción y difusión institucional y otros, vienen restringiendo el beneficio del acceso a éstos espacios para un determinado, y reducido, sector de la población.

En tanto que, la Mediación, entendida como el "procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado



recíprocamente aceptable.” Es utilizada en conflictos temáticos específicos: de familia, medio ambientales, escolares, vecinales, comunitarios y de consumidores.

Por otra parte, son varios los países y los sistemas de justicia del Continente que tienen pendientes o en estudio, proyectos de leyes o programas de trabajo relativos a la Mediación (especialmente en el ámbito familiar) tanto judicial como extrajudicial, permitiendo así, que los conflictos lleguen a términos equilibrados y que mejoren las relaciones humanas y la convivencia.

### **3.6. LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE A NIVEL INTERNACIONAL**

La presencia del Arbitraje y la Mediación como mecanismos alternativos para la solución de controversias en el ámbito comercial, tanto nacional como internacional, en la actualidad ha cobrado gran importancia, ya que la agilidad con la que se mueven los negocios y la misma globalización han estrechado las relaciones entre individuos y Estados, acortando distancias. Por lo que cada vez se ha visto incrementado el sistema arbitral para resolver conflictos jurídicos que surgen de las relaciones comerciales, ya sea a nivel nacional como en el resto de países andinos y en general a nivel mundial, y encontrar en el Arbitraje el andamiaje legal apropiado para que este sistema sea ágil y oportuno, sobre todo en la fase inicial, es decir en la Mediación, se pueden llegar a acuerdos satisfactorios para las dos partes.

### **3.7. PRINCIPALES ORGANISMOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE**

A nivel mundial se han creado organismos gubernamentales y no gubernamentales dedicados a la solución de conflictos a través de medios alternativos, ponderando hacia el derecho y equidad; estas entidades han sido creadas para ejercer la libre autonomía del individuo que busca más allá de la justicia ordinaria, medios objetivos que le



permitan ahorro de tiempo, recursos y no desgasten un relación, ya sea laboral, económica, etc.

Los principales organismos internacionales de arbitraje y mediación son:

➤ **Corte Permanente de Arbitraje, La Haya**

La Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, nació en 1899 con la primera conferencia de la Haya y tiene su sede en el Palacio de la Paz de dicha localidad.

Este Centro, ofrece un sistema de solución de controversias mediante la utilización de cuatro métodos contenidos la Carta de las Naciones Unidas, en la cual se establecen de forma expresa; la investigación, mediación, conciliación así como el arbitraje.

➤ **Organización Mundial del Comercio-página solución controversias**

El procedimiento previsto por la OMC para resolver los desacuerdos comerciales en el marco del Entendimiento sobre Solución de Diferencias es vital para garantizar el cumplimiento de las normas y asegurar así la fluidez del comercio.

Se plantea una diferencia cuando un gobierno Miembro considera que otro gobierno Miembro está infringiendo un acuerdo o un compromiso que había contraído en el marco de la OMC. Los Acuerdos de la OMC son obra de los propios gobiernos Miembros: los acuerdos son el resultado de las negociaciones de los Miembros. La responsabilidad de la solución de las diferencias recae asimismo en última instancia en los gobiernos Miembros a través del Órgano de Solución de Diferencias.



➤ **Corte Internacional de Arbitraje C.C.I.**

La Corte Internacional de Arbitraje es parte de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), fundada en 1919. Por estar compuesta de miembros de más de 80 países en todos los continentes la Corte es una institución que cuenta con representatividad mundial. La Corte asegura la aplicación de la Reglas de Arbitraje de la CCI. Sus miembros no deciden sobre temas sometidos a arbitraje de la CCI ya que esta es una tarea de los árbitros nominados bajo las Reglas de la CCI. La Corte supervisa el proceso de arbitraje del ICC y, entre otras cosas, es responsable de la designación de los árbitros y de la confirmación de los árbitros.

➤ **CIADI-Centro Internacional para la Resolución de Disputas relativas a Inversiones(Bco.Mundial)**

El CIADI es un foro de arbitraje establecido en 1966 para facilitar el arreglo de disputas entre gobiernos e inversionistas extranjeros. El objetivo principal del CIADI es el de ayudar a promover mayores niveles de flujos de inversión a nivel internacional. Durante el año de 2006, más de 100 casos fueron presentados ante el CIADI. A su vez, el CIADI cuenta con independencia legal del Grupo Banco Mundial, pero en la práctica el CIADI permanece ligado al GBM debido a que sus gastos son financiados por el presupuesto del Banco y todos sus miembros son también miembros del Banco Mundial. Localizado en Washington.

➤ **Corte Europea de Arbitraje**

El Tribunal Europeo de Arbitraje es una institución privada, que tiene su principal sede en Estrasburgo, y los departamentos locales y nacionales en toda Europa, que, por medio de diferentes procedimientos de arbitraje regulados



específicamente, permite responder a la mayor demanda de "justicia", y en breve con los gastos ordinarios de la gente puede permitirse.

➤ **Centro de Arbitraje y Mediación de la (O.M.P.I) Org.Mundial de la propiedad Intelectual**

El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, con sede en Ginebra (Suiza), fue creado en 1994 para promover la solución de controversias en materia de propiedad intelectual por medio de métodos alternativos de solución de controversias (en sus siglas en inglés ADR, Alternative Dispute Resolution) incluyendo arbitraje y mediación en relación con controversias internacionales comerciales entre partes privadas. Los procedimientos que ofrece el Centro, desarrollados por expertos de renombre en la solución de controversias internacionales, se consideran especialmente adecuados para controversias en el campo de la tecnología, el espectáculo y otras controversias en materia de propiedad intelectual a escala mundial.

➤ **Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Medioambiental**

El órgano creado en México D.F. en noviembre de 1994 responde a lo que doctrinalmente se conoce como Arbitraje Institucionalizado. Esto es, cuando surge un conflicto puede someterse a su consideración el mismo proveyendo la institución una Lista de Árbitros o Conciliadores de entre los cuales las Partes elegirán a los más idóneos.

➤ **Tribunal de Arbitraje Deportivo**

El TEAD es un órgano de resolución por medio de arbitraje de las cuestiones litigiosas que se susciten en materia deportiva, compuesto por cien árbitros



designados entre juristas y otros profesionales, así como por personalidades vinculadas al deporte, todos ellos de reconocido prestigio.

El TEAD es un órgano de mediación y conciliación, cuyo objetivo es resolver el litigio por las citadas vías, con el abaratamiento de costes que eso supone.

El TEAD es un órgano consultivo, del que las Asociaciones Deportivas, o cualquier otra entidad deportiva, pueden solicitar dictamen sobre cualquier cuestión jurídica relativa a la práctica o a cualquier actividad relativa al deporte.

➤ **Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)**

El 21 de junio de 1985, al finalizar su 18 período anual de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional.

**ORGANISMOS INTERAMERICANOS**

- Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA)
- CIAC - Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial



### **3.8. EL CIADI Y SU FUNCIÓN COMO CENTRO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE**

#### **3.8.1 ANTECEDENTES**

El establecimiento de la organización CIADI tuvo su origen en una iniciativa del Banco Mundial que pretendía mejorar la atmósfera de confianza mutua entre el inversionista y el Estado receptor y así fomentar las inversiones de países industrializados en los países en desarrollo.

El CIADI es una organización internacional de carácter público creada mediante un tratado internacional: el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, en adelante, Convenio de Washington o Convención del CIADI. Este instrumento se basó en la necesidad de generar cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado.

Este Convenio proveyó de dos medios de solución de controversias: la conciliación y el arbitraje. En la actualidad 154 han firmado el convenio.

El CIADI no es conciliador ni árbitro de las controversias. Únicamente se encarga de administrar los procedimientos. Por ello, además de contar con una organización que sirve a la gestión, cuenta con una comisión conciliadora y una lista de árbitros que serán los que finalmente formen parte de los tribunales arbitrales del Centro. El objetivo del Centro es “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes aun procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio”.



### **3.8.2 ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES**

Además de tener personalidad jurídica internacional, el Ciadi goza de inmunidades y privilegios. Su sede se encuentra en Washington D.C. (Estados Unidos). El organismo se encuentra formado por el Consejo Administrativo y la Secretaría. El primero está integrado por un representante de cada Estado contratante y lo preside el Presidente del Banco Mundial. Su función principal consiste en adoptar las normas que regularán las actuaciones relativas a la conciliación y arbitraje.

La Secretaría está constituida por un Secretario General y uno o más Secretarios Generales Adjuntos y el personal del Centro. Funciona bajo la dirección del primero que, a su vez, es elegido por el Consejo. Su función es registrar las solicitudes de iniciación de los procedimientos y de autenticar los laudos arbitrales dictados conforme al Convenio del Ciadi, confiriendo copias certificadas de los mismos.

El CIADI no es conciliador ni árbitro de las controversias. Únicamente se encarga de administrar los procedimientos. Por ello, además de contar con una organización que sirve a la gestión, cuenta con una comisión conciliadora y una lista de árbitros que serán los que finalmente formen parte de los tribunales arbitrales del Centro (art. 3.<sup>o</sup>).

En cada lista, un Estado contratante tiene la posibilidad máxima de elegir hasta cuatro personas que no necesariamente han de ser nacionales de ese mismo Estado (art. 13). Por su parte, el Presidente del Consejo Administrativo también tiene la posibilidad de elegir para su inclusión en las listas un máximo de 10 personas, pero, en tal designación, debe cuidar que sean de distinta nacionalidad (art. 13(2)). Con todo, las partes pueden nombrar a árbitros no pertenecientes a las listas (art. 40(1)), posibilidad que, sin embargo, le está vedada cuando tal designación haya de ser realizada por el Presidente del Consejo Administrativo (art. 14(1)).



## CAPÍTULO IV

### 4. LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN EL ECUADOR

#### 4.1. LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL

Desde hace mucho tiempo, en la mente del legislador estuvo presente la posibilidad de administrar justicia y resolver los posibles litigios, acudiendo a métodos más prácticos, éticos y directos, antes de acudir a los juzgados o tribunales con una demanda. Prueba de ello es que en 1963 se dictó la Ley de Arbitraje Comercial, que acaba de ser derogada; que desde hace muchas décadas, en el Procedimiento Civil, y especialmente en el juicio verbal sumario consta aquella diligencia a la que lamentablemente tan poca importancia han atribuido jueces y abogados, la Audiencia o Junta de Conciliación, que sirve no sólo para que el encausado conteste la demanda, si no que, los jueces tienen la obligación de exhortar al actor y al demandado para que lleguen a un arreglo que ponga fin a la litis; lamentablemente, repito, se ha restado importancia a esta diligencia.

#### 4.2. LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Con fecha 4 de septiembre del año 2007, a través del registro oficial 145, ha sido promulgada, la Ley de Arbitraje y Mediación, la misma que en forma expresa, como se dijo antes, derogó la Ley de Arbitraje Comercial que tuvo vigencia desde el 23 de octubre de 1963.

#### 4.3. LA MEDIACIÓN

La mediación o negociación, es y siempre ha sido una forma eficaz, práctica y económica de resolver las diferencias entre un reclamante o demandante, que en la jerga jurídica se llama " actor ", y el encausado o demandado, a quien se considera que



se encuentra en mora en el cumplimiento de una obligación. Muchos abogados que no tienen la costumbre de pleitear, imbuidos de sentido de ética y buena fe, desde sus despachos privados hemos venido actuando como mediadores, como jueces de paz, como amigables componedores; porque comprendemos que " mejor es un mal arreglo antes que un buen juicio ".

#### **4.4. PROCESO DE CONCIENTIZACIÓN**

En el ámbito internacional, entre otras falencias se acusa a la justicia ecuatoriana de lentitud. Miles de procesos reposan en los juzgados y tribunales sin solución oportuna. El procedimiento es lento y los juzgados no quieren o no pueden despachar los juicios con la celeridad requerida. De ahí que la Mediación es un mecanismo, que si se lo aplica con buena fe y verdadera mística profesional, está llamada a cumplir un gran rol, en beneficio de los posibles litigantes y de la misma administración de justicia.

Hasta que el Ejecutivo dicte el Reglamento a la Ley de Mediación y Arbitraje, para lo cual tiene un plazo de noventa días, debe desarrollarse un proceso de concientización de la masa, a fin de que los ciudadanos, antes de presentar sus demandas, acudan a los Centros de Mediación, o a mediadores independientes, debidamente capacitados y autorizados para buscar la solución a las diferencias.

#### **4.5. EL MEDIADOR Y LOS ÁRBITROS**

Deben ser personas maduras, altamente capacitados, por sobre todo con vocación de servicio y justicia, para que sus laudos o resoluciones sean el trasunto de la equidad y buena fe.

Las facultades de Jurisprudencia deberían incluir en forma urgente en su pènsum de estudios una materia que se llame Mediación, Conciliación y Arbitraje.



Frente a la inseguridad jurídica imperante no sólo en Ecuador, la pérdida de fe en la justicia, la politización y otros males, estos métodos alternativos de solución de conflictos, vienen a constituir un gran aporte social y jurídico. Sin justicia ágil y confiable no puede haber desarrollo económico, inversiones, ni paz social.

#### **4.6. PERFIL DEL MEDIADOR**

HIGHTON Y ALVAREZ CITAN DE un manual de mediación, de Stulberg y Joseph B., lo que sigue:

El mediador perfecto debería poseer relevantes cualidades a fin de poder adoptar conductas adecuadas.

#### **Cualidades del Mediador**

Las principales cualidades que se predicán del mediador son:

- **Neutralidad:** La cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de una controversia.
- **Capacidad:** Para abstenerse de proyectar su propio juicio. El rol del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aun cuando el mediador esté en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.
- **Flexibilidad:** Debe estimular la fluidez en las comunicaciones.



- **Inteligencia:** Las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas.
- **Paciencia:** Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes.
- **Empatía:** El mediador debe de ser capaz de valorar las percepciones, miedos e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.
- **Sensibilidad y respeto:** El mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza y diferencias culturales.
- **Oyente activo:** Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones y dichos.
- **Imaginativo y hábil en recursos:** Es importante que el mediador tenga capacidad de aportar y generar ideas nuevas.
- **Enérgico y persuasivo:** A través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr flexibilidad en las partes, aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.
- **Capacidad para tomar distancia en los ataques:** Si alguna de las partes hace un comentario despectivo o agresivo hacia el sistema de mediación o



hacia el mediador, es conveniente no actuar a la defensiva, de lo contrario se establecería una nueva disputa.

- **Objetivo:** El mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa.
- **Honesto:** No debe prometer a las partes algo que no pueda cumplir.
- **Digno de confianza para guardar confidencias:** Debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas de que ello será así.
- **Tener sentido del humor:** Es necesario para aflojar tensiones y crear un clima favorable.
- **Perseverante:** Cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y la ansiedad que esto provoca.

A lo expuesto, nosotros añadimos (en particular para los mediadores sociales o comunitarios) que el mediador debe proyectar una personalidad que, sin ser autoritaria, inspire respeto, autoridad para dirigir la audiencia, confianza, no solo en cuanto a su imparcialidad, sino a la solvencia profesional en el manejo del método, seguridad y una forma de liderazgo que permita a las partes dejarse conducir por la vía más adecuada de la comunicación con miras hacia la mejor solución.

En nuestra práctica como miembros de la Defensoría, que tenemos que afrontar materias muy diversas, importante cualidad será la versatilidad, pues se impone adaptar el estilo de mediar a cada circunstancia.



Varias de las cualidades del mediador son, en muchos casos, atributos innatos de una persona (hemos escuchado decir que negociación es una técnica, la mediación un arte). Cada mediador posee su propio estilo; no obstante, el adiestramiento y la práctica pueden modificar y perfeccionar la conducta e imagen del mediador. Cuando nos han preguntado qué profesional, por su formación, ofrece mejores condiciones para desempeñarse como mediador, hemos coincidido con quienes consideran a los psicólogos como más apropiados, por su percepción del significado y contenido de las acciones y reacciones en el comportamiento de los individuos. Respecto a los abogados, parecería que, en muchos casos, la formación legalista y la práctica litigante son obstáculos para su ejercicio como mediadores, ya que, como hemos dicho, la mediación es, fundamentalmente, conciliadora, y aunque elementalmente estructurada, es informal y no siempre los acuerdos a los que se arriban están previstos en las leyes; mas, si el abogado sobrepasa esas limitaciones, será un excelente mediador por su conocimiento de la ley y visión social.

Al afirmar que el mediador es un facilitador, un vehículo que recupera la comunicación o ayuda a las partes a comunicarse y establecer o restablecer el diálogo con miras a concertar, cabe destacar que el mediador no es juez, orientador, consejero, abogado, árbitro o cosa parecida; el mediador no decide, dirime, recomienda o aconseja; el mediador se limita a conducir el diálogo - facilitar y orientar el proceso y, utilizando su percepción, las prácticas y entrenamiento adquirido, estimula a las partes a encontrar una solución creativa, mutuamente compartida

#### **4.7. CENTROS DE MEDIACIÓN**

En todos los Distritos Judiciales del país deben organizarse Centros o Salas de Mediación, integrados por juristas idóneos moral y profesionalmente, que deben ser



seleccionados, no con sentido burocratista, si no mirando a su calidad ética y vocación de servicio, especialmente en favor de aquellos ciudadanos que carecen de recursos económicos para afrontar los costos de un largo litigio.

Es de esperar que este novísimo mecanismo para la solución de los conflictos, dé los resultados prácticos que todos esperamos y que no se en el fango de la politiquería o de los intereses mezquino.

#### **4.8. EL ARBITRAJE**

Se encuentra clasificado dentro de los mecanismos heterocompositivos, toda vez que en este caso será un tercero, ajeno al conflicto, quien dará con carácter de obligatoria, la solución a la diferencia. El **ARBITRAJE** es un método alternativo de solución de conflictos al cual las partes someten de mutuo acuerdo sus diferencias futuras o presentes, para que sean resueltas por uno o más árbitros, que dictarán, luego de un procedimiento, la solución que deberá ser cumplida por aquéllas de manera obligatoria.

Por las características del **ARBITRAJE**, parte de la doctrina lo llama *juicio privado*, ya que posee semejanzas con el proceso judicial. Entre éstas podríamos mencionar la existencia de un procedimiento adversarial – determinado en la ley o escogido por quienes intervienen- en el cual las partes procuran que los juzgadores (árbitros) les den la razón. En este sentido, son muchos los que afirman que el problema del proceso judicial es precisamente el procedimiento, sosteniendo que éste no se observa de manera estricta o que debería ser modificado, simplificado; sin embargo, tal problema no se presenta en el arbitraje por cuanto debe considerarse entre otras ventajas que: en primer lugar las etapas procesales se cumplen de manera estricta ya que existe un término legal de duración máxima del proceso (150 días); y, en segundo lugar, el arbitraje no adolece del inconveniente de la congestión de procesos y por lo tanto los árbitros tendrán más tiempo para atender las causas sometidas a su decisión.



Tanto la negociación como el arbitraje poseen numerosas ventajas, sin embargo, también existen unas **pocas desventajas** que podrían mejorar la postura de otros métodos al momento de escoger la alternativa de solución. Me refiero a inconvenientes tales como: en el caso de la negociación, se debe considerar que el nivel de conflictividad de las partes en la diferencia o disputa, probablemente dificulte la solución del conflicto a través del diálogo, de manera directa, aún cuando ésta sea muy sencilla; de tal situación se evidencia la importancia de las relaciones y la comunicación de las partes al momento de procurar un acuerdo. En el caso del arbitraje, si bien es cierto las partes tienen la oportunidad de demostrar sus afirmaciones en el proceso con el objeto de que sus pretensiones sean resueltas favorablemente, están sujetas a la decisión de terceras personas, que emitirán un veredicto gana – pierde, es decir que la decisión (laudo) determinará un vencedor.

#### **4.9. LAUDO ARBITRAL**

El laudo arbitral es la decisión final del árbitro para resolver la controversia que se ha sometido a su consideración por las partes. Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas, que recaen en la parte incumplidora, existiendo la posibilidad de ser distribuidas entre las dos partes. Una vez protocolizado, el laudo tiene el mismo valor que una sentencia judicial. El laudo será ejecutado con arreglo a las normas legales vigentes para la ejecución forzosa de la sentencia. Contra el laudo arbitral firme sólo se admite Recurso Nulidad, que deberá interponerse mediante escrito ante la Audiencia Provincial, y siempre por motivos tasados.

#### **4.10. NULIDAD EN EL LAUDO ARBITRAL**

Se ha dicho infinidad de veces por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que el arbitraje, al igual que otros Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias



(M.A.S.C.), se caracterizan por permitir el decrecimiento de la conflictividad social en menor tiempo que la jurisdicción ordinaria y que gracias a ello es factible quitar la gran carga procesal existente en los juzgados. Esta finalidad, que se constituye en una de las razones del reconocimiento constitucional de los M.A.S.C., lamentablemente en nuestro país por efecto de varias decisiones de las cortes de justicia, va siendo trastocada y hasta suprimida lo que da como consecuencia que tanto la mediación como el arbitraje no sean vistos con agrado por la serie de problemas legales que se han generado en cuanto a la eficacia jurídica de las actas de mediación y en cuanto a la judicialización extrema del procedimiento de nulidad del laudo arbitral.

**“Acción” o “Recurso” de nulidad del laudo arbitral.-** En la Introducción a la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006, la Comisión de Legislación y Codificación del otrora denominado Congreso Nacional procedió a realizar la dudosa (no solo en cuanto a la competencia de la referida Comisión sino en cuanto a los alcances de la reforma desde el punto de vista material) reforma del Artículo 31 disponiendo la sustitución de la frase "el recurso de nulidad" por "la acción de nulidad". Con ello un abanico de posibilidades e incertidumbre jurídica se abrió pues el término “acción” actualmente es erróneamente aplicado como sinónimo de “proceso de conocimiento” y esto ha generado que empiece a realizarse una suerte de juicio ordinario de nulidad en las Presidencias de las Cortes Provinciales como juez competente para conocer la nulidad del laudo arbitral.

Los problemas de esta equiparación automática y sin base racional alguna entre los términos “acción” y “proceso de conocimiento” son muy graves por ejemplo cuando el “actor” de la nulidad tiene que designar en su libelo de demanda al legitimado pasivo: ¿Es el tribunal de arbitramento que dictó el laudo arbitral o es la parte procesal del juicio arbitral a quien dio la razón el laudo?, ¿Cuáles serán los fundamentos de hecho y las pretensiones del actor? ¿Cómo se traba la litis en esta clase de “acciones”? ¿Qué



aspectos de la “acción” de nulidad del laudo arbitral podemos conciliar? ¿Cuál va a ser la carga probatoria de las partes procesales?, etc.

Por el momento, basta tan solo con decir que la nulidad del laudo arbitral, prevista como la única vía legal para atacar un laudo arbitral, ha sido concebida como mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral más no como vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo, es por ello que las causales para acudir a la acción de nulidad son restringidas si se las compara con las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquiera otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia, por ello se considera como una limitación que impide al juzgador entrar a revisar el fondo del asunto.

**La “Acción” de nulidad de laudo arbitral ¿Es un “Proceso” o un “Procedimiento”?**.- El Maestro Carnelutti, decía que mientras el proceso es la "Suma de los actos que se cumplen para la composición de la litis", el procedimiento es "el orden o sucesión de su cumplimiento. El procedimiento es el proceso en movimiento o en otros términos, el movimiento del proceso"; Piero Calamandrei, por su parte decía que "los términos 'proceso' y 'procedimiento', aún empleándose en el lenguaje común como sinónimos, tiene significados técnicos diversos, en cuanto el procedimiento nos indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal, siendo posible que en el curso del mismo proceso pueda, en diversas fases, cambiar el procedimiento".

Es decir “proceso” y “procedimiento” no son lo mismo: “En el procedimiento destaca la nota de actuación externa, el trabajo propiamente administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y por lo tanto también pues en el derecho procesal. Por el contrario, el concepto de proceso se ubica más allá de los actos de procedimiento, en razón que exige considerar la estructura y los nexos que median entre tales actos, los



sujetos que lo realizan, la finalidad de los principios inspiradores, las condiciones de quienes los producen, los deberes y derechos que están en juego”.

Al tratarse esta distinción conceptual en la nulidad del laudo arbitral regulada por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, se ha establecido los términos “acción” como sinónimo de “procedimiento” por eso es que el Artículo 31 dispone que “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 (sic), quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa.”

Por ello nuestra Corte Constitucional ha manifestado que en tratándose de la nulidad de laudo arbitral “La ley de la materia ha previsto un **procedimiento** para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, pues el Presidente de la Corte Superior, facultado para el efecto, debe resolverlo en el término de 30 días, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas causas, como en efecto ha aplicado el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, sin que para estas pueda aplicarse el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, ya que este precepto es aplicable a aquellos casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial.”

Ahora bien, esta delimitación de la “acción” de nulidad del laudo arbitral como un mero “procedimiento” no es acogida por la Corte Nacional de Justicia pues para este órgano la “acción” de nulidad es un verdadero “proceso de conocimiento”. Así lo ha dicho, al menos en dos ocasiones, en dos fallos totalmente contradictorios (en cuanto al momento procesal de interponer recurso extraordinario de casación) nacidos de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia.



El primero de esos fallos, en donde al momento de determinar si el recurso de casación cumple con los requisitos de procedencia se ha procedido a aceptar que la “acción” de nulidad de laudo arbitral es un proceso de conocimiento y por ello cabe la casación. Esto se explica porque la razón para desechar el recurso de casación interpuesto fue, a criterio de la Sala, que aún no se había agotado la segunda instancia que, según su parecer, al ser el Presidente de la Corte Provincial de Justicia la “primera instancia” de la “acción” de nulidad de laudo arbitral, la segunda instancia le correspondía de acuerdo con el Artículo 24 de la Ley Orgánica de la Función Judicial (sic) a la Sala a la que no pertenece el Presidente o a la que corresponda por sorteo. Por lo tanto, continua manifestando la Sala, “...el recurso de casación ha sido interpuesto impugnando la sentencia de primer nivel expedida por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sin previamente haberse agotado el recurso ordinario de apelación para ante una de las salas de lo Civil de esa Corte, como juez de segunda instancia.” En resumen los jueces que conforman la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia llegaron al convencimiento de que la “acción” de nulidad del laudo arbitral es un proceso de conocimiento.

El segundo fallo dictado por la Sala de Conjueces Permanentes de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, manifiesta que “...esta Sala de Conjueces considera que el proceso de nulidad del laudo arbitral es uno de los procesos de conocimiento, de única instancia, establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.” Lo interesante de este fallo no está solamente en el hecho de que se considere a la “acción” de nulidad de laudo arbitral como un proceso de conocimiento, sino también en un hecho muy asombroso: mientras los jueces titulares de esta Sala habían rechazado (en el primer fallo citado) el recurso de casación interpuesto de la sentencia que resolvió la “acción” de nulidad de laudo arbitral dictado por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha porque no se había agotado la segunda instancia, en esta ocasión aceptaron el recurso de casación sin el agotamiento previo de la referida segunda instancia.



**El procedimiento de la nulidad del laudo arbitral.-** Como hemos visto en líneas anteriores, la nulidad del laudo arbitral regulada en el Artículo 31 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación ha recorrido y recorre los más variados caminos dependiendo de los jueces que la conozcan, pues mientras que para unos jueces se trata de un “juicio de conocimiento” de única instancia (por eso dicen que la casación actúa como segunda instancia), para otros es un “juicio de conocimiento” que debe ser tramitado en doble instancia. Esta confusión conceptual debe sumarse lo dicho por la Corte Constitucional ecuatoriana en el caso antes referido, en donde se habla de la “acción” de nulidad como “procedimiento” que debe ser resuelto en 30 días término por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia según lo manda la ley de la materia.

Lo lamentable de esta incertidumbre jurídica es que hasta la presente fecha, con la escueta y confusa redacción del Artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, ningún juez ha explicado fundamentada y MOTIVADAMENTE cómo se llegó a la conclusión de que la “acción” de nulidad del laudo arbitral es un PROCESO DE CONOCIMIENTO, pues ninguno de los fallos de la Corte Nacional de Justicia antes referidos realizó el análisis correspondiente respecto a la categorización como un proceso de conocimiento tal cual lo pide el Artículo 2 de la Codificación de la Ley de Casación.

Por otra parte es también importante que los jueces justifiquen la excesiva intervención estatal en la resolución de las disputas de los particulares que en el ejercicio de su AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD (Principio de Voluntariedad del arbitraje) decidieron DEJAR DE LA LADO LA JURISDICCIÓN ORDINARIA y someterse a la jurisdicción arbitral, ya que “Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el



de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje.”<sup>3</sup>

#### **4.11. LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN COMO UN SERVICIO PÚBLICO**

La puesta en vigencia del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009 establece en su Artículo 17 uno de los principio rectores de la administración de la justicia y es el referido al Principio de Servicio a la Comunidad. En efecto, la norma en cuestión manifiesta textualmente que “La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.- **El arbitraje, la mediación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.**- En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje.”

#### **4.12. LAS CÁMARAS Y SU INTERVENCIÓN EN EL ARBITRAJE Y MEDIACIÓN**

Las cámaras contribuyen a la solución adecuada de los conflictos que se presentan en la sociedad, mediante la utilización de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), como son: la **Mediación** y el **Arbitraje**.

---

<sup>3</sup> Dr. M.Sc. Giovanni Ciollo Mayorga. Profesor de Pregrado y Posgrado de la Universidad Tecnológica Indoamérica en la cátedra de Resolución Alternativa de Conflictos. Mediador del Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Pichincha.



Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos ya eran administrados por las cámaras bajo el marco de la antigua Ley de Arbitraje Comercial.

La intervención de las cámaras en la solución de controversias ha permitido al país formar parte de la tendencia mundial que busca mecanismos eficientes, ágiles y transparentes que permitan a los usuarios apartarse de los problemas inherentes de la función judicial el momento de enfrentar un conflicto, alcanzando soluciones oportunas.

#### **4.13. RESPONSABILIDADES DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN**

Bajo el nuevo paradigma de funcionamiento de los centros de arbitraje y mediación, es necesario que las responsabilidades de dichos centros estén completamente determinadas ya que las funciones que cumplen son importantísimas sobre todo si consideramos que su actuación tiende a resolver la conflictividad social, corregir la desintegración social y forma parte, aunque de forma temporal, de la administración de justicia, es decir existe de por medio el ejercicio de una función pública.

Por ello consideramos que en los reglamentos de funcionamiento de los centros de mediación y arbitraje no deben seguir existiendo cláusulas como aquella tan común, insertada de manera obligatoria por estas entidades, en la que se manifiesta "...el Centro de Arbitraje y/o Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores, árbitros, secretarios y peritos ocasionen a las partes o a terceros." Para poder comprender esto debemos estar claros que, en el arbitraje, existe una fase denominada prearbitral, en la cual no actúa el tribunal de arbitraje, por lo tanto las actuaciones de admisión o rechazo de la demanda arbitral, examen de la cláusula compromisoria, la citación de la demanda arbitral, la modificación de la demanda arbitral, etc., son actos cuya responsabilidad es exclusiva al centro de arbitraje y mediación y no al tribunal de



arbitraje como tal que se constituye posteriormente a estos actos, salvo el caso del arbitro independiente; así también, en la mediación, previamente a que el mediador asuma su rol protagónico en la audiencia de mediación, existe una fase previa en donde, en el caso de las mediaciones realizadas a solicitud de una parte en conflicto, ingresa la petición al respectivo centro de mediación y se procede a efectuar las invitaciones correspondientes las cuales serán entregadas por el propio interesado.

Entonces es en estas fases en las cuales no existe la intervención ni del tribunal de arbitraje ni del mediador, en las cuales se debe determinar exactamente la responsabilidad de los centros de mediación y arbitraje porque estos espacios de actuación son muy importantes jurídicamente hablando. Lamentablemente en nuestro país, la insípida Ley de Arbitraje y Mediación existente, la cual a pesar de ser codificada en el año 2006 continua manteniendo graves errores, no regula en adecuada manera los mecanismos alternativos de solución de conflictos que regula causando grave inquietud y preocupación en quienes utilizamos a los centros de mediación y arbitraje para solucionar las divergencias.

#### **4.14. LOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN.**

Como lo demuestra la estadística más que las palabras, la inversión extranjera es uno de los factores más importantes para lograr el desarrollo económico. Los países en vías de esta meta se benefician no sólo de las divisas monetarias que ingresan directamente al Estado, sino en una mayor medida: en la contratación y capacitación de trabajadores nacionales, la transferencia acelerada de tecnología, y el impulso hacia la mejora de calidad en productos y servicios.

Con tal premisa, este no será un análisis de las ventajas y desventajas del arbitraje internacional. Más bien, una comparación entre la Constitución de 1998 y el aún,



Proyecto de Constitución; examinando disposiciones de arbitraje internacional aplicado a cuestiones de comercio e inversiones internacionales: un relato de causas y efectos.

Ahora bien, en el artículo 14 de la actual Constitución se ha establecido que los contratos celebrados en el territorio ecuatoriano, entre instituciones del Estado y personas naturales o jurídicas extranjeras no pueden someterse a “jurisdicción extraña”, excepto cuando de por medio exista un convenio internacional.

De lo señalado cabe resaltar dos observaciones: en primer lugar, para los contratos celebrados fuera del territorio ecuatoriano (aquellos regidos bajo normas de otro país o derecho internacional) el sometimiento a jurisdicciones extranjeras será obviamente imposible de restringir ya que la solución de cada controversia dependerá enteramente del escenario jurídico envuelto en el contrato; en segundo lugar, se expresa claramente que como requisito para someter una controversia a un tribunal extranjero debe existir de por medio un convenio internacional. Como consecuencia principal de este artículo está claro que el Ecuador puede someterse a arbitraje internacional en general.

Sin embargo, el “Proyecto” de la Asamblea es diametralmente distinto a la Constitución de 1998. Por un lado, el artículo 422 del documento señalado prohíbe categóricamente celebrar tratados en los que se ceda jurisdicción a instancias de arbitraje internacional para controversias contractuales o comerciales entre instituciones del Estado y privados. Por otro lado, se presenta como excepción a esta norma la posibilidad de someter a arbitraje internacional las controversias entre Estados y ciudadanos Latinoamericanos: una discriminación regional sin fundamentos. Estas disposiciones develan claramente la oposición política del gobierno en contra de los mecanismos internacionales de solución de controversias comerciales y de inversiones.

Como puede verse claramente existe una incongruencia entre las dos disposiciones; más que técnica, la redacción parece revelar una visión ideológica del rumbo que



tomarán las relaciones diplomáticas ecuatorianas. Pero eso no es todo, el pequeño artículo con vasto contenido concluye afirmando que en cuestiones de deuda externa el Estado podrá apoyar la solución de controversias foros de arbitraje internacional “en función del origen de la deuda”; disposición sobre arbitraje con carácter arbitrario.

El verdadero escenario a desarrollarse incluye ciertas implicaciones que no se han tomado en cuenta:

- Aquellos arbitrajes internacionales para los que el Estado ya ha pronunciado su consentimiento expresamente, no serán susceptibles de objeción bajo esta norma.
- La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que no podrán argumentarse disposiciones de derecho interno para incumplir un tratado. En consecuencia, aquellos tratados en los que el Estado haya manifestado su consentimiento para someterse a arbitraje no podrán dejar de ser cumplidos. La única manera de dejar de hacerlo sería denunciando estos tratados, pero incluso así los mismos tratados contienen disposiciones que generan efectos posteriores a la denuncia de los mismos.
- El efecto real se producirá a futuro y sólo en la medida en la que se implemente como política de Estado, dejando de firmar y ratificar tratados (que predominarán sobre normas internas en el Derecho Internacional), contratos o compromisos internacionales.

El Proyecto es un retroceso en el Derecho Internacional. En el mejor de los casos solo se desatará la desconfianza de los nuevos inversionistas extranjeros hacia el sistema judicial en Ecuador. Esto junto con el sistema legal ineficiente que existe en Ecuador provocará un desequilibrio en el desarrollo, desaceleración en la inversión, caída de los



ingresos del Estado, etc. En la peor situación, la inversión extranjera y el comercio encontrarán barreras para ingresar al Ecuador, huyendo a pasos descomunales hacia mercados accesibles.

#### **4.15. LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE ECUATORIANO EN LAS OPERACIONES DE COMERCIO NACIONAL E INTERNACIONAL**

La tendencia internacional actual, demuestra que el arbitraje es más importante que la justicia ordinaria por su capacidad, especificidad y celeridad. Por ello, sus mayores avances se dan en materia de comercio internacional.

El objetivo de la aplicación de esta instancia alternativa no es reemplazar a la justicia oficial -que está totalmente colapsada por falta de estructuras y de medios- sino ser una solución alternativa, que colabore con el Poder Judicial brindando una solución rápida ante un caso concreto.

El crecimiento constante y acelerado del Comercio Internacional que se ha dado durante las últimas décadas, cuya intensificación se aprecia más aún en estos días en que las barreras proteccionistas se desploman y las fronteras comerciales desaparecen, pone en evidencia la necesidad de contar no sólo con una legislación e instituciones que vayan acorde con el ritmo de los negocios, sino a demás, con profesionales preparados para enfrentar los retos que las transacciones comerciales e internacionales plantean cotidianamente.

En este contexto mundial globalizado, los diversos factores se ven avocados a proponer y ejecutar políticas de alcance general o bien, a tomar decisiones sobre los negocios, propios o ajenos, frecuentemente por desconocimiento de los temas. Los abogados en nuestro medio – tanto aquellos que se dedican al ejercicio privado, como los que ejercen funciones públicas – tampoco escapan a esa realidad.



El comercio internacional se encuentra regido, no sólo por las normas emanadas de los organismos internacionales y regionales y por los convenios bilaterales o multilaterales en los países, sino también por contratos acordados, aunque no siempre conocidos por las partes nacionales.



## CAPÍTULO V

### **5. LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO UN AUXILIAR EFICIENTE DE LA JUSTICIA ORDINARIA**

#### **5.1. EL ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN COMPARACIÓN A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS**

De todos es conocido el retraso y la masificación de los Juzgados y Tribunales de nuestro país, y las consecuencias negativas que ello conlleva tanto a particulares como a los profesionales, tanto por la tardanza e inseguridad en su resolución, como por los elevados costes que supone el simple hecho de presentar una demanda en un juzgado, siendo del todo acertada la frase: “el vencedor, es a menudo el perdedor...por los gastos que supone y el tiempo perdido”.

Pongamos un ejemplo práctico de lo que supondría aplicar el arbitraje en un caso cotidiano: La emisión de una factura por el empresario y que resulta impagada.

Lo habitual es que la empresa emisora, a la vista de la situación y tras intentar recuperar su dinero de manera amistosa, lo que en muchas ocasiones no da los resultados esperados, decida contratar los servicios de abogados y procuradores, para poder acudir al Juzgado y demandar al moroso.

Pese a que en muchas ocasiones la sentencia dictada es favorable, la demora en la tramitación y resolución, así como los costes tan elevados que supone la vía judicial, pueden llegar a derivar en situaciones empresariales insostenibles y altamente perjudiciales para la continuidad de la sociedad, haciendo de la vía judicial más que una solución, un problema adicional. ¿Por qué tarda tanto en resolverse? ¿Por qué resulta tan caro obtener algo que pertenece por Derecho?. El arbitraje pretende corregir estos



fallos, como procedimiento extrajudicial y alternativo a los Juzgados por el que, la resolución de cualquier conflicto se produce de manera rápida, eficaz, profesional y económica.

Las características más destacadas del sistema arbitral en comparación con la vía judicial podríamos resumirlas en las siguientes:

- Celeridad en la resolución del conflicto. (Máximo 6 meses).
- Económico por la reducción de gastos y costes en comparación con la carestía de la vía judicial.
- Es una vía eficaz de resolución de controversias.
- Se desarrolla por la actuación de profesionales y expertos en la materia que sea objeto de arbitraje.
- Se satisfacen los intereses personales y económicos y:
- Se evitan litigios futuros.

Las diferencias sustanciales residen en que el árbitro es elegido por las partes, que el procedimiento es más flexible y que las partes se aseguran la confidencialidad.

Una alternativa válida es que la decisión sea vinculante, de lo contrario, pudiera apelar indefinidamente, el proceso perdería sus ventajas fundamentales, bajos costos y corto tiempo, que son las características que lo diferencian del juicio común.

Se puede señalar bajo sus ventajas principales:

1. La posibilidad que tienen las partes de elegir los árbitros
2. la apelación limitada
3. la informalidad procesal
4. la posibilidad de ejecutar el laudo asimilado a una sentencia



5. la simplicidad
6. la celeridad
7. la certeza
8. la ausencia de publicidad, y
9. la especialidad en la materia.

La justicia ordinaria es imperativa, (el accionado no tiene opción de elegir ser demandado o no ser demandado) y el juez es un funcionario público puesto por el Estado que se maneja en el ámbito del derecho público.

En cambio, la designación de los árbitros depende de la elección que hagan las partes en función del respeto y de la confianza que tengan en una persona o en una institución.

Mientras que en el arbitraje las partes captan los honorarios del árbitro antes de comenzar el procedimiento, pudiendo inclusive disponer que cada parte se haga parte de los honorarios de sus abogados esto no resulta factible en el ámbito judicial.

De modo tal que, si se comparan los costos de cualquier tipo de proceso judicial con los costos de un arbitraje, resultará que este último es menos oneroso. Por el contrario, en el ámbito judicial existe la posibilidad de plantear distintos tipos de recursos que abran la vía para llegar a instancias superiores (y cuanto más recursos e incidencias se plantean se genera mayor cantidad de honorarios).

Cabe agregar que, como ninguna de las partes conoce de antemano cual será el resultado del pleito no es posible saber cuánto será el monto de todas las costas del juicio, sino sólo hasta el momento en que la sentencia adquiera la calidad de definitiva, (es decir, cuando ya no admite el planteo de ningún otro tipo de recurso y se ha



expedido el tribunal superior de la causa) y por tanto, pase en autoridad de cosa juzgada.

Se debe incluir dentro de los gastos del juicio la tasa de justicia.

Las circunstancias de pactar un arbitraje excluyen toda forma de jurisdicción ordinaria, no hay forma de acudir a la justicia, las partes deben someterse al laudo que establezca el tribunal arbitral.

Sólo en caso de incumplimiento del laudo (que es la instancia final del arbitraje) se recurre a la justicia ordinaria a los fines de la ejecución del mismo.

En esta etapa ya no se puede prescindir de la justicia ya que es ésta la que tiene el poder de policía que se ejerce a través de uso de la fuerza pública, del oficial de justicia, del allanamiento, de la traba de medidas cautelares como son: el embargo, el secuestro de bienes muebles, la intervención, la inhibición general de bienes, la anotación de litis, la prohibición de innovar y la prohibición de contratar.

Por lo tanto, en este punto, arbitraje y justicia, deben complementarse, ya que el laudo para ser ejecutado depende del uso del servicio de justicia.

## **5.2. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO PÚBLICO ECUATORIANO**

Transcurrida una década de la expedición de la Ley de Arbitraje y Medicación en la República del Ecuador, la experiencia que aportado el paso de ese tiempo permite identificar determinados problemas que han derivado de la aplicación de sus normas y que han sido recurrentes en el desenvolvimiento de las instituciones que integran el sistema arbitral ecuatoriano.



Se destacan algunos elementos resultantes de un análisis descriptivo de los inconvenientes generados por dicha Ley, con especial referencia a los casos en que una entidad de derecho público ha estado sometida a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros. Tales elementos analíticos son frutos de reflexiones de abogados en el ejercicio del ámbito de derecho público y como árbitro del Centro de Arbitraje y Medicación de la Cámara de Comercio de Quito.

El Estado como parte procesal en un juicio arbitral no es un tema nuevo en el Ecuador. La codificación del Código de Procedimiento Civil de febrero de 1953 incorporó una sección específica bajo el epígrafe “Juicio por Arbitraje” y previó que los representantes de las personas jurídicas de derecho público estaban autorizados para comprometer la controversia en árbitros, así como para nombrarlos.

Sin embargo de que esta normativa se mantuvo en las codificaciones de 1960 y de 1978, la repercusión que alcanzó en la práctica fue mínima. El prestigio e independencia que gozaba la justicia ordinaria, determinaba que todas las controversias que involucraban a entidades de derecho público sean resueltas por los órganos de administración de la justicia común y que no haya habido necesidad de métodos alternos para asegurar esa independencia y acierto, al menos no en lo concerniente a conflictos de inversionistas nacionales con el Estado Ecuatoriano.

Adicionalmente, las normas del Código de Procedimiento Civil que regulaban el “Juicio por Arbitraje” eran excesivamente reglamentarias y desalentaban la opción que ofrecía el arbitraje, ya que se exigía que el compromiso arbitral contenga el texto completo de la demanda y la contestación, es decir que la controversia haya surgido previamente; se establecía el derecho a apelar de la sentencia arbitral ante los jueces ordinarios con lo cual la eficacia de un juicio ágil como pretende ser el juicio arbitral, quedaba enervada por la posible iniciación de un nuevo proceso ante los jueces de lo civil.



La expedición de la Ley de Arbitraje Comercial en octubre de 1993 corrigió la rigidez del Código de Procedimiento Civil, pero no comprendió en su normativa a las controversias en que era parte el Estado porque el ámbito de esa ley quedaba circunscrito a las controversias de carácter mercantil entre sujetos de derecho privado.

El gran impulso al Derecho Arbitral Ecuatoriano como un mecanismo de solución de controversias, (incluidas las que comprometen al estado) lo dio la nueva Ley de Arbitraje en Mediación de septiembre de 1997, que reconoció de manera abierta y categórica que el Estado y demás entes de Derecho Público podían someter a juicio de árbitros las controversias originadas en una relación jurídico contractual.

La consagración de los mecanismos alternos de solución de conflictos que hizo la Constitución Política de 1998 fue el impulso formal más importante al sistema de arbitraje ecuatoriano y a la composición de controversias entre el estado y los particulares, bajo las reglas de la mediación y del arbitraje. Normas de la más alta jerarquía de nuestro ordenamiento reconocieron al arbitraje y a otros métodos alternos a la justicia ordinaria como sistemas eficaces para componer conflictos de carácter jurídico.

### **5.3. EL ARBITRAJE Y MEDIACIÓN COMO MEDIO EFECTIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Tomando en cuenta que ante la existencia de un gran número de litigios en los que la sociedad se ve inmersa y, ante la posibilidad de que los particulares en mérito a la autonomía de la voluntad puedan establecer una forma de juzgamiento sustraído de la jurisdicción estatal-ordinaria, podemos afirmar que los métodos alternativos de solución de disputas ADR, son útiles para la pacífica convivencia de las personas en sociedad.



Es fundamental aclarar la importancia de estos métodos como una mejor manera de proporcionar respuestas rápidas y accesibles a los conflictos sociales que se presentan en el día a día de los ciudadanos que conviven dentro de un estado democrático, puesto que, la existencia de instituciones capaces de regular y facilitar la resolución de conflictos debe ser un punto fundamental existente y además, normal dentro de toda sociedad que adopte dicha teoría política. Todo lo que se ha dicho anteriormente, es un resultado totalmente lógico y deducible: en toda sociedad democrática, en la cual como es de esperarse, existe una pluralidad de sujetos, los cuales actúan libremente y por ende, de manera distinta unos de otros, se presentarán conflictos con cierta frecuencia, el meollo del asunto, se encuentra en conseguir formas eficaces de resolver los mismos. Esto es lo que se ha intentado hacer desde antaño, cuando se creó por primera vez el sistema judicial, con valores de justicia y equidad, sin embargo, en una sociedad como la nuestra, en la cual esos conflictos comunes y corrientes, tales como, falta de presupuesto y falta de tiempo, se entrelazan con una situación social deplorable, es altamente complicado por no decir imposible para un ciudadano común recurrir a un litigio, activando así el aparato jurisdiccional.

Por todo lo antes expuesto es que surgen los llamados Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, como una respuesta fácil y eficaz, pero por encima de todo accesible a la ciudadanía, al momento en que se vean envueltos en algún problema que pudiera tener una solución más sencilla y rápida que la de un juicio. Ahora bien, podemos decir que dentro de una gran gama existente de estos métodos, nos encontramos con tres de ellos que podríamos resaltar como principales, o que tienden a sobresalir por encima de los demás, ellos son: La mediación, La negociación y El arbitraje.

Los medios alternativos de disputas existieron desde mucho tiempo atrás. En efecto, el Arbitraje fue conocido en las culturas Hebrea, China, pero donde tuvo relevancia fue en el Derecho Romano a partir de la Ley de las XXII Tablas, donde aparece el



procedimiento con la intervención de un magistrado que tenía la misión de impedir el ejercicio de la justicia privada que se realizaba mediante acuerdos entre las partes.

Sin duda la importancia de ellos viene por las ventajas que confieren, por que los tribunales del Estado no satisfacen la verdadera necesidad de proporcionar una justicia rápida y de lo posible gratuita, sus procedimientos son lentos y complicados que permiten que los juicios se alarguen con mil incidentes y mil dificultades; los jueces del Estado no tienen siempre la competencia jurídica que las partes desean en la persona a cuyo fallo someten y carecen, por regla general, de conocimientos especiales; en el campo internacional, las relaciones comerciales exigen para su desarrollo una forma especial de justicia, que asegure soluciones rápidas y prácticas; las superiores conveniencias de la moral y el interés social recomiendan que se eviten en los litigios las odiosidades malsanas, la publicidad estrepitosa y el escándalo.

#### **5.4. BENEFICIOS DEL ARBITRAJE Y MEDIACIÓN**

Los Medios Alternativos de Solución de Controversias, desde su efectiva implementación están representando para las personas un alivio en sus disputas, principalmente en lo referido a la utilización intensiva del Arbitraje, que como se sabe existen en este momento varios Centros de Arbitraje y Conciliación. Una intensa divulgación de los medios de Resolución Alternativa de Disputas, y la conformación de una conciencia de resolución de los conflictos llevarán a una disminución de las desavenencias, y si estas existen la solución estará dada precisamente por la utilización de estos métodos, por lo tanto se puede determinar los siguientes beneficios:

- 1. Confidencial y Privada.-** lo que se presenta en una mediación no se ventila en un foro público y no saldrá del recinto donde ésta se lleve a cabo. Evita daño de imagen, reputación y/o récord.



2. **Privilegiada.-** lo que se exponga y ocurra durante la mediación no podrá usarse en un foro judicial y/o administrativo. (Hay ciertas excepciones a este privilegio).
3. **Voluntaria.-** las partes libremente se someten al proceso.
4. **Control.-** las partes tiene la oportunidad de dar su versión de los hechos, ofrecer soluciones y controlar el resultado a diferencia de lo que ocurre en el Tribunal. Las partes están plenamente habilitadas para la decisión de fondo sin la intervención de un tercero. Dicha decisión no está en manos de un tercero neutral, sino son las partes que en forma activa son los actores para resolver conflicto excluyendo de toda forma de decisión al tercero.
5. **Flexibilidad.-** se hace en horario conveniente para las partes, en el lugar donde éstas elijan y sin las normas rigurosas del Tribunal.
6. **Rápida.-** usualmente una mediación se resuelve en menos de una semana cuando un caso en un Tribunal toma meses y hasta años en resolverse.
7. **Confiabilidad.-** los mediadores son profesionales neutrales e imparciales.
8. **Menos ansiedad.-** al ser un proceso íntimo, en un ambiente cómodo fuera del Tribunal produce menos ansiedad.
9. **Ahorra Dinero.-** una mediación es mucho más barata que un proceso litigioso en el Tribunal donde hay que pagar altos honorarios a los abogados.



**10. Conveniente.**- se puede acudir a una mediación en cualquier momento durante la controversia o el caso en el Tribunal.

**11. Seguridad.**- el acuerdo al que lleguen las partes se formalizará en un contrato donde éstas se obligan a su cumplimiento

#### **5.5. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE MEDICACIÓN Y ARBITRAJE Y SU IMPACTO AL COMERCIO INTERNACIONAL Y A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS**

Debido al acumulado de fallos desfavorables en contra del Ecuador en el marco del CIADI, conllevó incluso a “ideologizar” la postura de nuestro país frente a sus contenciosos en el seno de este importante organismo, que pese a tener un carácter autónomo sus decisiones han sido bastantes cuestionadas, al límite, que el Estado ecuatoriano no reconoce la aplicabilidad de varios dictámenes de este foro, al que estamos obligados por ser miembros parte de su convención constitutiva. Incluso se llegó al extremo de redactar en el Título VII, Capítulo 1, Art. 416 num. 12 de la Constitución vigente, una “norma constitucional declarativa”, que dejaba entrever cuál es la posición del Estado ecuatoriano frente al sistema comercial internacional, al esquema de promoción de inversiones extranjeras en el país, la posición de reticencia a las transnacionales y a todo lo que signifique inversión extranjera directa o indirecta, y como consecuencia de ello se realizó una vedada declaración en contra del sistema de Arreglo de diferencias que supuestamente había perjudicado al Ecuador con sus fallos.

Con el objeto de sacramentar esta postura, los constituyentes de 2008, proclamaron como norma de aplicación constitucional la del Art. 422, por la cual el Ecuador, “no podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales y jurídicas



privadas”<sup>4</sup>, haciendo la discriminatoria, salvedad que se reconocerá únicamente a los regímenes de Arbitraje Latinoamericano.

Al margen de que desde nuestro punto de vista personal consideramos un error utilizar a una norma de máximos como es la Constitución para normar los mínimos, que son los casos particulares, el introducir este tipo de declaraciones “tendenciosas” en una norma de garantías como lo es la Ley Suprema del Estado, lo único que logra y ha logrado, en términos reales, es ensombrecer el panorama de ingreso de inversiones en el Ecuador. Este tipo de declaraciones “ideológicas” dentro de una normativa constitucional, denotan una política de gobierno de muy corto plazo, y nos encadenan a conceptos arcaicos, donde la “teoría de la conspiración” de todo el Sistema Financiero Internacional en contra del Ecuador, sólo puede verse como fuera de contexto de racionalidad jurídica. A demás, y aquello, se sugiere como lo más importantes, el presente principio que inspira esta norma, es violatorio de las garantías contenidas en otros acuerdos que también son de inmediata aplicación en nuestro marco jurídico, como lo es la garantía de la no discriminación en ración de nacionalidad o región de domicilio que contiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y es contradictorio con el propio artículo 9 de la misma Constitución que demanda “el trato como nacional” a todo ciudadano extranjero. Como se observa, la salvedad que realiza nuestra Constitución, no es sólo limitada al calor de una coyuntura, sino que es violatoria incluso a normas de igual categoría que la Constitución, pero aquello sólo en el punto de vista jurídico, el daño desde el punto de vista del “aislacionismo económico” que declara el Ecuador con esta norma, tiene peores repercusiones.

---

<sup>4</sup> Cfr: Corporación de Estudios y Publicaciones. (2009). Constitución Política de la República del Ecuador. Comentarios, Legislación conexas, concordancias, actualizado a Marzo del 2009. Serie Legislación Codificada Profesional, Quito.



En un mundo con mayores demandas de eficiencia, libertad y competitividad, el manejo de este tipo de declaraciones, en normas jurídicas de superior aplicación nos deja frente al mundo como una economía supeditada a la “calentura de las coyunturas”.

Aparentemente los “juristas” que asistieron, a la última Asamblea Constituyente, olvidaron el principio de Derecho Internacional Público de que las obligaciones adquiridas vía Tratados y Convenios Internacionales, obligan a los Estados y no a gobiernos coyunturales, de ahí que los cuestionamientos al CIADI, podrán determinarse atendiendo a una coyuntura ideológica que no será eterna.

## **5.6. CASO PRÁCTICO PARA EJEMPLIFICAR EL ARBITRAJE Y MEDIACIÓN COMO MEDIOS AUXILIARES EFICIENTES DE LA JUSTICIA ORDINARIA**

### **5.6.1. ANTECEDENTES**

El caso, cuyo desenvolvimiento iremos examinando se desarrolló entre mediados de 1996 y 1998 y tuvo como protagonistas: por una parte, como comprador, a un importador ecuatoriano y, por otra, como vendedor, a un comercializador de granos de los Estados Unidos.

Es importante notar que vendedor y compradores habían mantenido una relación de negocios por varios años, basada, en la confianza mutua, pese a lo cual surgieron estas disputas de las cuales nadie está exento, que es prudente evitarlos, y en nuestro caso procurarlos impedir un rompimiento definitivo entre las partes.

Entre los meses de agosto y octubre de 1996, las partes suscribieron 4 contratos para la adquisición de un total de 95 mil toneladas métricas de maíz y 20 mil toneladas métricas de pasta de soya.



Uno de los contratos, correspondiente a 50 mil TM de maíz, se ejecutó en forma parcial al haberse realizado únicamente un primer embarque de 25 TM. El segundo embarque previsto en el contrato, no llegó a cumplirse, motivó un conflicto entre las partes que devino en la demanda arbitral presentada por el vendedor ante la GAFTA (Asociación de Comercio de Granos y Piensos). (Caso A).

Aproximadamente 6 meses después de la suscripción de los 4 primeros contratos, mientras las partes se encontraban negociando un acuerdo respecto del reclamo exigido por el vendedor respecto del embarque frustrado del caso A y de dos contratos adicionales que el comprador canceló – habiendo asumido el comprador su responsabilidad por los costos incurridos pro el vendedor, razón por la cual los efectos derivados de dicha cancelación no entraron en disputa - , el comprador convocó a un concurso para la adquisición de 16.500 TM de pasta de soya y adjudicó la venta a la misma compañía vendedora. Llegada la fecha prevista para el embarque, éste no se dio, lo cual motivó el reclamo esta vez del comprador y la presentación, por nuestra parte de una demanda arbitral ante la GAFTA(Caso B).

## **LOS CONTRATOS Y SU MARCO REGULATORIO**

Sin entrar en los detalles de cada uno de los contratos respectivos para la compraventa de maíz y la pasta de soya, referentes a la cantidad – que ya mencionamos anteriormente - , la calidad del producto – esto es, país de origen, porcentaje mínimo de proteína y máximo de fibra, grasa y humedad, solubilidad, etc - , el precio, el puerto de descarga, la inspección de la carga con responsabilidad del comprador, entre otros, para nuestros fines es importante tomar en cuenta otros elementos contenidos en ambos contratos:



- Período de embarque: en el contrato del caso A, se determinó, en cuanto al segundo embarque de 25 mil TM de maíz, como período para embarcar, el comprendido entre el 1 y 15 de enero de 1997, a opción del vendedor.

En el caso B, el plazo estipulado iba del 25 de abril al 20 de mayo de 1997.

- Forma de Pago: en el caso A, el pago debía realizarse por medio de una carta de crédito irrevocable a 90 días, a través de un banco de primera clase de los Estados Unidos. Una enmienda al contrato acordada por las partes, añadió que la carta de crédito sería a través de un banco aprobado bajo el programa GSM - 102 de la CCC (Credit Commodity Corporation) del Gobierno de los Estados Unidos.

El contrato del caso B utilizaba el mismo mecanismo de financiamiento para el valor FOB, mientras que el flete sería pagadero a 120 días. Lo más importante en la forma de pago de este contrato fue la exigencia que la carta de crédito fuera abierta y confirmada por un banco estadounidense dentro de las 72 horas siguientes a la suscripción del contrato.

- Documentos de embarque: ambos contratos exigían los siguientes documentos previos al embarque: juego completo de conocimientos de embarque, factura comercial, certificado de calidad, certificado de peso, certificado de origen, certificado fitosanitario, y copia de certificado de inspección.
- Contratos Reguladores: en los dos contratos se incorporaron con plena fuerza dos contratos modelos de GAFTA que se debían aplicar subsidiariamente: el No. 30 denominado "Contrato de Granos de Estados Unidos y Canadá al Granel" y, el No. 100, que es un "Contrato para el Embarque de Piensos al Granel". Es decir que, en lo no previsto por las partes, rigen las estipulaciones de dichos



contratos modelos. Tanto el contrato No. 30 como el No. 100 someten a las partes a la legislación y jurisdicción inglesas, para cuyo efecto se considera el contrato original como celebrado en Inglaterra, y declaran inaplicables determinadas convenciones en materia de comercio internacional; a demás remiten a las partes, en caso de controversia, a las normas de arbitraje de GAFTA.

- Contrato de Arbitraje: en cuanto a las normas de arbitraje aplicables las partes acuerdan someterse, en ambos contratos, a las reglas de GAFTA No. 125. Además de estas normas de aplicación específica, en términos generales, los arbitrajes que se llevan a cabo en Inglaterra están regulados por la Arbitration Act de 1996.

El maíz es un producto de restringida importación, se requiere una autorización del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) para adquirirlo en el Exterior, debido a que existe producción local, un exceso de abastecimiento provocaría una caída del precio, afectando al productor nacional. Por esta razón exige la exigencia referida como norma de orden público, que al particular contratante le afecta.

## **LOS HECHOS**

### **CASO A**

Como se indicó, el objeto del contrato fue la compra-venta de dos embarques de maíz de 25 TM cada uno (con una tolerancia del 10% +/-), debiendo realizarse el segundo entre el 1 y 15 de enero de 1997. Sin embargo, el 14 de enero, las partes acordaron una enmienda al contrato, por lo cual se postergó el período de embarque al plazo comprendido entre el 10 y el 20 de febrero, a pesar de ello, mediante comunicaciones escritas; el vendedor modificó unilateralmente el plazo por dos ocasiones, así, el 20 de



febrero indicó que el embarque se realizaría entre el 28 de febrero y 21 02 de marzo, y solicitó finalmente, una nueva prórroga hasta el 12 de marzo, cambios que no fueron consentidos por el comprador ni podían serlo de ninguna manera, puesto que el permiso de importación otorgado por el Ministerio de Agricultura y Ganadería expiraría el 27 de febrero.

La última solicitud de prórroga, al período de embarque solicitada por el vendedor se fundamentaba, según su opinión, en tres hechos:

- a. El no haber recibido una carta de crédito negociable hasta el 27 de febrero,
- b. Condiciones climáticas adversas en el Golfo de México, y;
- c. La explosión y consiguiente colapso de uno de los elevadores que provocó un aumento del tráfico portuario y demoras en la carga de los buques.

A criterio del comprador, las afirmaciones respecto de las condiciones climáticas y de congestión portuaria esgrimidas por el vendedor, como causas que impidieron el embarque se trataban de razones débiles, insuficientes, previsibles y superables. En cuanto a la apertura de una carta de crédito previo al embarque, el comprador consideró que no se justificó tal exigencia no solamente porque no se hallaba prevista en el contrato sino, a demás, porque la práctica mantenida entre las partes durante sus relaciones contractuales previas (el denominado course of dealing, según la legislación inglesa) demostraba lo contrario en contratos anteriores no sólo que la carta de crédito no había sido abierta antes del embarque, sino, incluso, después del arribo del buque al puerto de destino, Guayaquil.

Como el plazo de validez del permiso de importación había vencido, las partes realizaron conjuntamente unas gestiones infructuosas ante las autoridades para que se otorgue un nuevo permiso. En estas circunstancias, el vendedor equiparó la no ampliación del permiso de importación por el MAG como incumplimiento del comprador



y se reclamo por haber repudiado el contrato al “cancelar” el embarque previsto, y se le indemnizare en un monto de aproximadamente 1 millón de dólares USA, por los siguientes conceptos: cancelación del buque, gastos de almacenamiento, gastos de cancelación, gastos de venta del embarque, gastos de demora del buque y gastos de registro ante la CCC.

En la respuesta del comprador ante este reclamo, examinados los hechos, sostuvimos que la violación al contrato únicamente podía atribuirse al vendedor, en vista a su incumplimiento al no haber embarcado el producto dentro del plazo autorizado, por lo cual era el comprador quien tenía el derecho a reclamar por los perjuicios causados, cuya estimación, incluía gastos de apertura de la carta de crédito, pólizas de seguro, alquiler de bodegas y costos legales superaba los 100 mil dólares.

## **CASO B**

El Caso B tiene relación con el contrato suscrito por los mismos comprador y vendedor, para la adquisición de 16.500 TM de pasta de soya (10% +/-). Tras adjudicarse la venta a la misma compañía se suscribió el contrato el 22 de abril, dispuesto a abrir la carta de crédito dentro de las 72 horas convenidas, el comprador, solicitó a su banco la apertura de dos cartas de crédito, por separado, correspondientes al valor de la torta de soya y al flete respectivo.

El 25 de abril a las 8:53, el vendedor envió una comunicación en la que indicaba que ese era el último día para la presentación de la carta de crédito. El mismo día, a las 10:16, el comprador, por petición del banco, solicitó al vendedor información sobre el nombre del barco, su bandera y, el plan de estiba, indicando que estos datos eran necesarios para la apertura de la carta de crédito y, sobre todo para la póliza de seguro.



El 28 de abril a las 10:27, el comprador reiteró el urgente requerimiento realizado por el banco y solicitó que se enviará dicha información lo antes posible.

Una hora más tarde, el vendedor envió un fax en el que indicaba que el contrato se consideraba cancelado al haber incumplido la contraparte los términos previstos en el mismo en cuanto al plazo de la apertura de la carta de crédito hasta el 25 de abril. Ante la insistencia del comprador, el vendedor respondió alegando que los datos solicitados eran, según su criterio, irrelevantes para la apertura de la carta de crédito y que, la compañía no se hallaba en capacidad de reservar un barco hasta tener en sus manos la carta de crédito operativa.

La falta de colaboración por parte del vendedor, en cuanto al proveer al comprador la información requerida – aunque la consideraba irrelevante - , impidió a la compañía aseguradora emitir la póliza de transporte - debiendo considerarse que los buques graneros tienen una alta propensión a los siniestros debido a su antigüedad que obliga a un pago de seguro – la cual, una vez endosada a favor del banco habría hecho posible que éste emitiese la carta de crédito respectiva. El incumplimiento por parte del vendedor al no haber embarcado la torta de soya, precisamente en un momento en que el precio del producto en el mercado internacional se incrementaba sustancialmente, causó al comprador un perjuicio de 650 mil dólares USA, lo cual conllevó a plantear ante la GAFTA una demanda arbitral en nombre del comprador.

### **LINEAMIENTOS DE ESTRATEGIA SEGUIDA POR LOS COMPRADORES PARA ENFRENTAR LA DISPUTA**

Como los enfoques de cada una de las partes respecto al incumplimiento de los compromisos contractuales y las responsabilidades derivadas de tal incumplimiento – caso A – eran evidentemente contrapuestos, las negociaciones que siguieron fracasaron. Esto condujo al vendedor a buscar una solución a través del proceso



arbitral que, de entrada, consideró ganado. En este contexto, el análisis de la situación de los abogados del Estudio, Doctores Iñigo Salvador, Andrés Donoso y Rodrigo Crespo, y los miembros de una comisión negociadora nombrada por el comprador, hizo ver que la única manera satisfactoria de llegar a una solución consistía en enfrentar directamente el arbitraje planteado.

Las premisas de las que se partió para la defensa, fueron las siguientes:

La fecha de expiración del permiso de importación, que ponía un tope a la posible fecha de embarque, surgió de un acto administrativo de autoridad competente y, por lo tanto, era modificable por el comprador.

El hecho de que la carta de crédito - cuyo proceso de apertura ya había sido iniciado no llegase a manos del vendedor antes de la fecha prevista para el embarque no excusaba al vendedor de su obligación de efectuar tal embarque, dentro del último plazo acordado - por no decir impuesto – es decir entre el 20 y el 24 de febrero, o en todo caso, hasta el 27 de febrero, última fecha posible según el permiso de importación del MAG. Más aún, cuando en la práctica el vendedor no había exigido la posesión material de la carta de crédito, como requisito previo al embarque y en este caso no hubo plazo contractual para tal apertura.

Si el contrato terminó por la falta de embarque el producto dentro del plazo, la gestión ante las autoridades para la obtención de un nuevo permiso y el contrato por negociar una compra de gran equivalente, implicaba un nuevo contrato frustrado por la falta de permiso de importación del MAG.

La contundencia del razonamiento, amplia y vigorosamente expuesto se vio reflejado en el tiempo que le llevó al vendedor presentar su réplica; en efecto, pese a tener 15 días para ello tuvo que solicitar una ampliación de 4 semanas.



La argumentación presentada permitió a demás, una clarificación de los hechos, no sólo frente a los árbitros, sino también, para los directivos de la compañía vendedora, quienes tuvieron así una apreciación objetiva que les llevaría a reconocer su responsabilidad.

Por otra parte, el momento de la presentación del reclamo arbitral sobre la base del contrato del caso B - con un grave perjuicio económico real - causado a los compradores -, obedeció a una estrategia de espera que, como se verá más adelante, demostró ser efectiva.

### **EL PROCESO ARBITRAL**

Al producirse la ruptura de las negociaciones entre las partes, iniciadas tras la abrupta terminación del contrato (caso A), el vendedor decidió acudir al mecanismo de arbitraje ante la GAFTA en Londres prevista en el contrato. Así, el 20 de junio de 1997, notificó al comprador su intención de llevar la disputa a arbitraje, indicando el nombre de su árbitro. Dentro del plazo previsto de 9 días, para el comprador (demandado), se designó su árbitro. Posteriormente, GAFTA designaría el tercer árbitro, quien habría de presidir el tribunal.

Si bien el tribunal tiene la obligación de establecer un cronograma para el desarrollo del proceso a fin de asegurar un pronto desenlace, existe flexibilidad en cuanto a los plazos y formalidades a seguirse, lo que permite sacrificar plazos en aras de un mejor análisis de los hechos.

Por otro lado, en consonancia con la flexibilidad del proceso, el tribunal se halla investido de amplias facultades. Así por ejemplo, si lo considera necesario, puede convocar a una audiencia, que en el caso analizado no se dio.



Otro ejemplo adicional de la flexibilidad de los plazos y la laxitud de los poderes atribuidos al tribunal, se aprecia en la ampliación de los plazos, que, - concedido por la propia GAFTA – permitió un mejor conocimiento del caso a los árbitros, el cual habría redundado, probablemente, en la emisión de un fallo con mayor acierto. El 13 de agosto, la Directora General de GAFTA comunicó a las partes el nombramiento del Presidente del Tribunal Arbitral, así como el cronograma para la presentación de la contestación a la demandada y la respectiva replica del actor: se fijó un plazo de 28 días para lo primero y 14 para lo segundo.

El mismo 13 de agosto – fecha en que GAFTA - comunicó la constitución del tribunal a las partes – el comprador notificó su decisión de demandar en arbitraje al vendedor, respecto del caso B y designo su árbitro para el efecto. El 19 de agosto, el vendedor procedió a designar su árbitro.

En el mes de noviembre precisamente cuando el comprador y sus abogados concluyeron el escrito de demanda para el caso B el vendedor manifestó su intención de alcanzar una solución negociada a las disputas. Finalmente, el 2 de diciembre, después de algunas conversaciones, se logró un acuerdo.

Este acuerdo extraprocesal resultó mutuamente beneficioso, mediante el cual los clientes aceptaron pagar US \$ 200.000, suma muy inferior al millón demandado, pues los vendedores aceptaron su parte de responsabilidad en los dos casos.

Si se hubiera dictado un fallo, las partes habrían tenido derecho a apelar dentro de un plazo de 30 días. En tribunal de alzada en GAFTA es un Consejo de Apelación designada por la misma asociación, compuesto de 5 miembros.

El trámite de apelación se concreta en los siguientes pasos: el apelante cuenta con 28 días para la fundamentación de su recurso; igual plazo se concede a la contraparte



para contestar; el Consejo fija la fecha para una audiencia y, si lo juzga necesario, puede actuar pruebas; finalmente, el Consejo de Apelación emite su laudo, que es definitivo y obligatorio.

## **CONCLUSIONES DEL CASO**

De lo expuesto se concluye:

- a. Una defensa efectiva es la mejor respuesta a una demanda por contundente que parezca.
- b. Pese al arbitraje conviene mantener abierta la posibilidad de transar.
- c. La conclusión negociada de las disputas permite que se recomiende las relaciones comerciales, lo que conviene a ambas partes.
- d. Los abogados deben estar preparados para comprender el alcance, derechos y obligaciones que estos contratos uniformes producen para los contratantes.
- e. Los empresarios y comerciantes deben conocer también los derechos y obligaciones que adquieren, antes de hacerlo y asesorarse oportunamente para evitar conflictos.
- f. Es fundamental seguir de cerca las tendencias globalizadoras del comercio y sus consecuencias jurídicas.
- g. En este mundo competitivo corresponde a cada quien velar por lo suyo, el Ecuador debe participar más decididamente en la elaboración del Derecho Comercial Internacional.



- h. Conviene que los estudiantes y abogados jóvenes enfatizen la comprensión de idiomas y sistemas jurídicos extranjeros e internacionales, para estar en capacidad de defender los derechos del Ecuador y de los clientes nacionales.



## CONCLUSIONES

Al concluir la presente investigación se ha concluido lo siguiente:

- Tanto la mediación como el arbitraje poseen numerosas ventajas, sin embargo, también existen unas **pocas desventajas** que podrían mejorar la postura de otros métodos al momento de escoger la alternativa de solución, de tal situación se evidencia la importancia de las relaciones y la comunicación de las partes al momento de procurar un acuerdo.
- En el caso del arbitraje, si bien es cierto las partes tienen la oportunidad de demostrar sus afirmaciones en el proceso con el objeto de que sus pretensiones sean resueltas favorablemente, están sujetas a la decisión de terceras personas, que emitirán un veredicto gana – pierde, es decir que la decisión (laudo) determinará un vencedor.
- La mediación a pesar de contar con la intervención de un tercero, es un método autocompositivo, toda vez que serán las mismas partes en conflicto las que lo compondrán con la ayuda o asistencia de aquél, quien con el uso de técnicas especiales procurará, profesionalmente, el avenimiento de las partes.
- Bien podríamos afirmar que si las partes, en virtud de su voluntad arriban a un acuerdo que tiene los efectos anotados, se transforman en los **jueces de sus propios problemas**, ya que dictan ellas mismas la solución obligatoria; hecho que fundamenta la teoría de que la mediación también es un medio para la realización de la justicia.
- Como profesionales en comercio internacional podemos concluir indicando que la dinámica de los procesos de reforma y modernización de los sistemas de



justicia está en marcha, y sus urgencias y mayores desafíos tienen que ver con la capacidad del sistema para conocer, asumir y resolver las solicitudes y disputas diarias que se dan dentro del mundo de los negocios, por tanto el perfeccionamiento y la consolidación de las democracias requieren de sociedades integradas y Estados de Derecho con instituciones legitimadas socialmente.

Los sistemas de justicia son un pilar fundamental en la sociedad, sin embargo estos presentan varias falencias por la poca ética existente en el medio, añadiendo a esto los tiempos en la solución de los múltiples problemas presentados por diversas causas, y más aún cuando existen dificultades de índole comercial, donde lo que más se requiere es la eficacia en la obtención de resultados.

Los sistemas de justicia, y los procesos de reforma a la justicia, deben comprender tanto el mejoramiento de las instancias judiciales y jurisdiccionales como el acceso a la administración de justicia y el beneficio para todos de la convivencia pacífica.

Los "sistemas de justicia" y los "planes de justicia" deben integrar y comprender en una sola y gran estrategia estos objetivos. Las modalidades de resolución de conflictos, las expresiones concretas para la desjudicialización de los conflictos, las diferentes realidades de justicia local y comunitaria, etc., no son "alternativas" en el sentido de opuestas y contradictorias al sistema de justicia. Ellas pueden ser consideradas y promovidas como parte integrante del sistema y de los planes de justicia. La revisión conceptual basada en análisis de la realidad empírica de los procesos viene demostrando que no es posible "separar para hacer contradictorias" las llamadas "justicia formal y justicia informal".



Es por esta razón, que consideramos importante los mecanismos de solución de controversias como son la mediación y el arbitraje, ya que estos han permitido solucionar conflictos de manera más rápida y eficiente, lo que no ha sucedido con la justicia ordinaria, donde si no se tiene una autoridad que le brinde apoyo, un proceso puede pasar años de años posando sobre el escritorio de quienes tienen el poder en sus manos, permitiendo inclusive que el proceso prescriba.

Siendo así, podemos evidenciar que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en las operaciones de comercio internacional son de vital importancia, ya que brindan a los inversionistas nacionales y extranjeros un respaldo para la ejecución de sus actividades en un mundo globalizado, que cada vez ve empantanado la resolución de sus controversias por la deficiente aplicación de la Justicia Ordinaria.



## **RECOMENDACIONES**

A continuación se presentan recomendaciones que pueden ser útiles para la promoción y uso de la Mediación y el Arbitraje. Hemos distinguido entre aquellos que pueden sugerirse para desarrollar en el ámbito interno y aquellos que pueden desarrollarse en el ámbito del comercio internacional.

### A. Ámbito interno:

1. Incorporación y consolidación de la Mediación y Arbitraje en las políticas y planes de justicia. Estas políticas y planes podrían considerar:
  - a. La difusión de la Mediación y el Arbitraje ya sea a través de campañas comunicacionales o de foros nacionales y regionales, a fin de darlos a conocer y promover su aceptación y desarrollo.
  - b. La investigación de la Mediación y el Arbitraje a partir de experiencias y programas en desarrollo. Estas investigaciones deberían referirse y buscar principalmente la ejecución de muestreos y monitoreos de los programas en curso; la sistematización y re-elaboraciones conceptuales necesarias de la Mediación y el Arbitraje y de sus aplicaciones concretas, tanto en el campo de la llamada "justicia formal" como de la llamada "justicia informal"; la medición de resultados y la confección de registros estadísticos que incluyan los niveles de cumplimiento de los acuerdos alcanzados mediante estos mecanismos para la solución de conflictos.
  - c. La educación y capacitación. Estas deben referirse tanto a la implementación de sistemas y programas de formación y de capacitación para los niveles escolares, técnicos y universitarios, como a la necesaria



capacitación de los jueces, colaboradores de justicia y funcionarios de la administración pública que en el desarrollo de sus labores deben prestar el servicio de asistencia jurídica.

## 2. Legislación específica sobre la Mediación y el Arbitraje

- a. Será importante considerar la Ley de Mediación y Arbitraje existente en nuestro país y sus diversas evaluaciones. Deberían ponderarse las características que deben tener estos dos mecanismos, como por ejemplo, su obligatoriedad en ciertas materias; su onerosidad o gratuidad; los requisitos de forma; la aceptación y legitimación social y legal de los acuerdos; la confidencialidad, la imparcialidad y la relativa neutralidad de los mediadores, conciliadores, defensores y/o jueces de paz.

### B. Ámbito de Comercio Internacional:

1. Se sugiere la capacitación al respecto de estos mecanismos, a todos los actores del comercio internacional, a fin de que realicen sus operaciones e inversiones internacionales con el respaldo en el uso adecuado de las herramientas de solución de conflictos y controversias.
2. Iniciativas como las que quiere implementar la UNASUR, al respecto de contar con un Centro Sudamericano para la Solución de Controversias, permitirá a los usuarios contar con un organismo que se encuentre al corriente de las realidades de nuestro continente y por ende aplique en función de las mismas mejores resultados.



3. El Importador y Exportador ecuatorianos requieren trascender a las nuevas tendencias que se generan constantemente en el comercio internacional, es por ello que, es necesario que pasemos de un negocio informal a una negociación estratégica y formal, basada en compromisos y mecanismos de solución de controversias amparados en un contrato que a largo plazo transparente las relaciones entre las partes y permita consolidar una relación comercial en el tiempo, atrayendo la inversión extranjera y con la Ley como marco de dichas relaciones.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRIA Héctor, BUERES, J. Alberto, HIGHTON, Helena, Revista de Derecho Comparado, Tomo 11- Arbitraje-, Editores Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires Argentina, 2005.
- ARAGONESES, Pedro, Doctrina Procesal Contencioso- Administrativa del Tribunal Supremo, Editorial Guerra- Aguilar S.A. Ediciones, Madrid España, 1963.
- ARIAS, José, Nociones Elementales de Derecho Romano, Librería y Editorial “La Facultad” Bernabé y Cía, Buenos Aires, Argentina, 1937.
- BRISEÑO, Sierra Humberto, El Arbitraje Comercial- Doctrina y Legislación, Editorial Limusa S.A., Balderas 95, México, D.F., 1999.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomos I y III, Editorial Heliasta, S.R.L., 16 Edición.
- Cámara de Comercio de Quito
- Cámara de la Construcción de Quito
- Cámara de Comercio de Guayaquil
- Cámara de Comercio de Ambato
- Cámara de Comercio de Manta



- CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano- Americana, Quito - Ecuador.
- CODIFICACION AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Comentarios, Legislación conexas, concordancias, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizada a enero del 2006, Novena Edición.
- CREMADES Javier, FERNANDEZ ORDÓÑEZ Miguel Ángel, ILLESCAS Rafael, Régimen Jurídico de Internet, Colección de Derecho de las Telecomunicaciones, Gráficas Muriel, Edición Enero 2002, Madrid- España.
- Diario HOY. Página 5C, Quito, 16 de junio de 1998
- Disponible en la página web: [www.derechoecuadoriano.com](http://www.derechoecuadoriano.com)
- Disponible en la página web: [www.noticias-juridicas.com](http://www.noticias-juridicas.com)
- Documents for small business and professionals
- Dr. Crespo, Rodrigo. El Arbitraje Internacional como medio de solución de controversias en el comercio mundial de alimentos: un caso práctico. Revista Ruptura.
- Dr. Msc. Criollo Mayorga Giovanni. Profesor de Pregrado y Posgrado de la Universidad Tecnológica Indoamérica en la cátedra de Resolución Alternativa de Conflictos. Mediador del Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Pichincha.



- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XVII.
- FELDSTEIN de Cárdenas Sara; LEONARDI de Herbón Hebe, El Arbitraje, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires – Argentina.
- FISHER Roger, URY William y Patton Bruce, Si ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder, Traducción de Eloísa Vasco Montoya y Adriana Hassan, Grupo Editorial Norma, Bogotá – Colombia, Segunda Edición.
- FISHER Roger, ERTEL Danny, Si ¡de acuerdo! En la Práctica, Guía paso a paso para cerrar con éxito cualquier negociación., Traducción de Aída Santapau, Grupo Editorial Norma, Bogotá – Colombia, Segunda Edición.
- Instituto Ecuatoriano de Arbitraje
- LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Ley No. 000. Reg. Of. /145 de 4 de septiembre de 1997.
- Manual de formación básica de mediadores
- MERINO Pérez Gonzalo, Dr. Enciclopedia de Práctica Jurídica, Apéndice XV, Librería Magnus 2007, Guayaquil- Ecuador.
- MONTESINOS, García Ana, Arbitraje y Nuevas Tecnologías, Editorial Aranzadi S.A., Navarra – España 2007.
- MORÁN, Sarmiento Rubén Elías, Derecho Procesal Civil Práctico, Tomo 1, Edición actualizada, corregida y aumentada, 2009, Edilex S.A., Lima- Perú, Guayaquil- Ecuador.



- OPPETIT, Bruno, Teoría del Arbitraje, Legis Editores S.A., 2006, Bogotá-Colombia.
- OCHOA, Ortiz Francisco, Comentarios a la Ley Orgánica de la función Judicial, Fundación Antonio Quevedo, Quito- Ecuador, 1988.
- PONCE, Martínez Alejandro, Derecho Procesal Orgánico, Editorial Mendieta, Quito Ecuador, 1991.
- SALCEDO, Verduga Ernesto Dr., El Arbitraje- La Justicia Alternativa, Editorial DistriLib, Segunda Edición Actualizada, 2007, Guayaquil- Ecuador.
- TAMA, Manuel, Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil, Edilex Editores, Guayaquil- Ecuador.
- VELASCO, Célleri Emilio Dr., Sistema de Práctica Procesal Civil, Tomo I, Publicaciones de Legislación Cía. Ltda. Pudeleco Editores, Quito- Ecuador, 1996