

PROBLEMAS DE LA "ACCIÓN" DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL

Dr. M.Sc. Giovanni Criollo 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
montechristo@gmail.com

Se ha dicho infinidad de veces por parte de la doctrina¹ y de la jurisprudencia² 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 justicia³, 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

¹ Como referencia de la "velocidad" en la resolución del conflicto puede consultarse a Caivano, Roque. "Arbitraje". Editorial AD - HOC, Segunda Edición, 2000 Buenos Aires; Fried Schnitman, Dora y Schnitman, Jorge. "Resolución de conflictos. Nuevos diseños, nuevos contextos". Ediciones Granica S.A., Barcelona, España. 2000; Highton, Elena y Álvarez, Gladys. "Mediación para resolver conflictos". Primera reimpresión. 1998. Editorial AD-HOC SRL. Buenos Aires, Argentina; Moore, Christopher. "El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos". Ediciones Granica S.A. 1995. Barcelona, España; Merino Meerchan, José Fernando. "curso de derecho Arbitral". Editorial Tirant lo Blanch, Primera edición, 2009, España; Lopera, Jaime. "El lado humano del conflicto". Intermedio Editores S. A. 2006. Colombia; Harvard Business Review. "Negociación y resolución de conflictos". Ediciones DEUSTO S. A. 2001. Bogotá, Colombia; Vintimilla Saldaña, Jaime y Andrade Ubidia, Santiago. "Los métodos alternativos de manejo de conflictos y la justicia comunitaria." CIDES - Unión Europea. Programa Regional de Justicia y Paz. 2002 -2005. Quito, Ecuador; Zurita Gil, Eduardo. "Manual de mediación". 2005. Superintendencia de Compañías del Ecuador. Quito, Ecuador; Fried Schnitman, Dora. Compiladora. "Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: Perspectivas y prácticas". Ediciones Granica S.A., 2000. Barcelona, España; Arechaga, Patricia, Brabdoni, Florencia y Risolía, Matilde. "La trama de papel: sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal". Editorial Galerna, 2005. Buenos Aires, Argentina; Fisas, Vicenç. "Cultura de paz y gestión de conflictos". Icaria Editorial, 1998, Barcelona, España; Marlow, Lenard. "Mediación familiar: Una práctica en busca de una teoría, una visión del derecho". Ediciones Granica S.A., 1999. Barcelona, España.

² Corte Constitucional de Colombia, sentencias: SU-174/07, C-1195/01, SU.600/99, C-1038/02, C-163/99, C-242/97, C-347/97, C-431/95, por dar un ejemplo.

³ Como referencia puede consultarse la decisión de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, Juicio Verbal Sumario No. 17111-2009-0228 en donde se manifestó, el 15 de enero de 2010, que un **acta de mediación extraprocesal "Se lo tiene simplemente como noticia."**

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, baste tan solo con decir que la nulidad del laudo arbitral, prevista como la única vía legal para atacar un laudo arbitral⁴, 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 asunto⁵.

LA "ACCION" 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"⁶; 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"⁷.

⁴ El último inciso del Artículo 30 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece que "Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley."

⁵ Bonet Navarro, Ángel. "El control de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral, (sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre)", en "Derecho Privado y Constitución". Número 6, mayo - agosto 1995.

⁶ Carnelutti, Francesco. "Lecciones sobre el Proceso penal". 1964. Tomo III, Buenos Aires, Argentina. Pág. 4.

⁷ Calamandrei, Piero. "Instituciones del Derecho Procesal Civil". De Palma Editores. 1943. Buenos Aires, Argentina. Pág. 317.

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 en el caso signado con el número 0008-2008-DI, Juez Ponente: Dr. Hernando Morales Vinuesa, manifestó 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."⁸ (negritas fuera del texto original).

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 es de fecha 13 de enero de 2010, caso OTECEL S. A. vs LOCSAT S. A., 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

⁸ *Suplemento del Registro Oficial No. 605 de jueves 4 de junio de 2009.*

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 Conjuces Permanentes de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, el día 02 de marzo de 2010, caso ASEC vs MINISTERIO DE TURISMO, manifiesta que "...esta Sala de Conjuces 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 (apenas dos meses atrás en el fallo de fecha 13 de enero de 2010, caso OTECEL S. A. vs LOCSAT S. A.) 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.

¿Qué paso entonces con la SEGURIDAD JURÍDICA, EL DEBIDO PROCESO, LA IGUALDAD ANTE LA LEY, EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA Y DERECHOS, SOCIAL?

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) como lo ha referido la Sala de Conjuces Permanentes de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en el caso ASEC vs MINISTERIO DE TURISMO, para otros es un "juicio de conocimiento" que debe ser tramitado en **doble instancia** según lo ha dicho la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en el caso OTECEL S. A. vs LOCSAT S. A. A esta confusión conceptual debe sumarse lo dicho por la Corte Constitucional ecuatoriana en el caso el número 0008-2008-DI, 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.”⁹.

⁹ Ramón Peñalver, Jesús. “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas.” En *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2007. Barcelona, España. Pág. 8.