

ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN RESPECTO DE LAUDOS ARBITRALES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR LOS ÁRBITROS

Ab. **Ciro Camilo Morán Maridueña**¹

RESUMEN:

Ante la aparición de la acción extraordinaria de protección en la nueva Constitución de la República del Ecuador, se ha planteado el cuestionamiento respecto de si cabe o no dicha acción, respecto de los laudos arbitrales, al tiempo que se analiza las diferentes categorías de laudos que pueden existir. En el análisis del presente trabajo se ha tratado de proponer cuáles son las consideraciones que podrían permitir entablar la acción y cuáles pueden ser sus efectos y resultados en la práctica. Del mismo modo como el órgano constitucional puede revisar los laudos, hemos planteado entonces la posibilidad de que los árbitros tengan toda la plena facultad para resolver en cuestiones constitucionales y esto no se trata de una simple aplicación de dicha facultad, sino de todos los efectos que puede traer tanto en la práctica como en las resoluciones que se tomen. Por tanto, sin ser este artículo concluyente sobre las situaciones explicadas, pretende contribuir al debate y así aceptar la invitación que hiciera al respecto un colega y amigo.

PALABRAS CLAVES:

Constitución.- Acción Extraordinaria de Protección.- Laudos.- Control de Constitucionalidad.- Árbitros.- Corte Constitucional.- Control

¹ Abogado y Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Profesor invitado de la materia Derecho Procesal Civil I, II y III de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Secretario General del Fondo de Solidaridad; Presidente del Directorio de Hidropastaza S.A.; y, Asesor de varias instituciones públicas y empresas privadas. Dirección electrónica: cirocamilo@hotmail.com.

de Convencionalidad.- Aplicación Directa de Normas Constitucionales.-
Congruencia.- Interpretación Conforme.-

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES.
- II. ANÁLISIS.-
 - II.1. ¿Cuándo procede la acción extraordinaria de protección?
 - II.2. Control de Constitucionalidad por parte de los árbitros.
 - II.3. Consideraciones adicionales a tener en cuenta.
 - II.3.1. Inadmisión de una acción extraordinaria de protección respecto de un laudo arbitral.
 - II.3.2. Suspensión de la ejecución de una sentencia.
 - II.3.3. Término para presentar la acción extraordinaria de protección.
- III. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES.-

Recientemente en un artículo del Dr. Andrés Ortiz Herbener, titulado *Acción de Nulidad de Laudos Arbitrales en el Derecho Procesal Ecuatoriano*, este autor invoca la necesidad de reformar la Ley de Arbitraje y Mediación respecto de la antedicha acción de nulidad, vista de forma necesaria debido a la respuesta que ha dado la jurisprudencia en cuanto al trámite que esta acción debe tener ante la justicia ordinaria, esto es, la vía ordinaria. En una nota al pie de página el comentado autor invita al debate y deja cuestionada la posibilidad de que si, además, el laudo arbitral puede ser susceptible de acción extraordinaria de protección conforme el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador (de aquí en adelante simplemente Constitución)².

Y es precisamente sobre dicho cuestionamiento que voy a tratar de realizar algunos planteamientos para contribuir al debate sobre este tema, al tiempo que resalto con el presente artículo un homenaje personal

² Ortiz Herbener, Andrés, *Acción de Nulidad de Laudos Arbitrales en el Derecho Procesal Ecuatoriano*, Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Edición 2008/25, Guayaquil – Ecuador, nota 13 al pie de página, página 32.

a mi estimado profesor, Dr. Ernesto Salcedo Verduga, quien como maestro notable en el área del arbitraje ya nos había comentado también sobre la necesidad de una reforma: “Con relación a la ‘acción de nulidad del laudo’, la Ley actual no es demasiado explícita respecto al trámite del mismo ante la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje. Ante el silencio del legislador, se sugiere una reforma que permita un pronto conocimiento y resolución de la demanda de nulidad del laudo por parte de la Corte que deba decidir sobre ella, mediante un trámite sumarísimo que permita fallar sobre la base de la intervención de las partes, la aportación de pruebas y prohibiendo la interposición de recursos respecto a la decisión de la Corte Superior, incluso el de casación.”³

II. ANÁLISIS.-

II.1. ¿Cuándo procede la acción extraordinaria protección?

Si bien el artículo 94 de la Constitución establece que la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias o autos definitivos, a esto se le debe sumar lo contemplado en el artículo 437 de la Constitución vigente, esto es, resoluciones con fuerza de sentencia, lo cual también advertía en un artículo de mi autoría que precisamente trató sobre esta acción y es de importante consideración para lo que continuaremos analizando.⁴

De que el laudo es una resolución con fuerza de sentencia está claramente definido incluso por la propia Ley de Arbitraje y Mediación que en su artículo 26 señala: “El laudo y demás decisiones del tribunal se expedirán por mayoría de votos. Las resoluciones deberán firmarlas todos los árbitros...” (Nota: El resaltado y subrayado son míos.) Además de que desde el artículo 1 de esta misma Ley de Arbitraje y Mediación ya se indica que: “El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos...para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje...” (Nota: El resaltado y subrayado son míos).

³ Salcedo Verduga, Ernesto, El Arbitraje, La Justicia Alternativa, Distilib, Segunda Edición Actualizada, Guayaquil – Ecuador, 2007, página 423.

⁴ Morán Maridueña, Ciro Camilo, Acción Extraordinaria de Protección, Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Edición 2008/25, Guayaquil – Ecuador, página 428.

Para mayor abundancia y comprensión, a continuación transcribo la definición de laudo contenida en la página 228 del Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, Edición 1998, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina: *“En la técnica actual, por laudo se entiende la sentencia o fallo que pronuncian los árbitros o los amigables compondores en los asuntos a ellos sometidos voluntariamente por las partes, y que poseen fuerza ejecutiva de sentencia firme, una vez consentidos o agotados los recursos de que son susceptibles, de pasar en autoridad de cosa juzgada como los fallos de los tribunales ordinarios.”*

Por otra parte, es claro que en nuestra legislación los árbitros tienen jurisdicción de conformidad con lo establecido en el artículo 3 último inciso del Código de Procedimiento Civil que concuerda con el 17 del mismo cuerpo adjetivo civil y que incluso denomina a quienes ejercen esta clase de jurisdicción como jueces árbitros. Este principio básico también se contempla en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.⁵

A nivel internacional al parecer se sigue el viejo aforismo romano *“omnis definitio in iure periculosa est”*, por cuanto no existe una definición del término *“laudo”* aceptada internacionalmente, tal como lo demuestra el hecho que no se la incluya en ninguna de las convenciones internacionales sobre arbitraje, como los tratados de Ginebra, la Convención de Nueva York o la Ley Modelo.⁶No obstante lo dicho, insistimos conforme está líneas atrás, que el laudo perfectamente ingresa como resoluciones con fuerza de sentencia, lo cual impediría cualquier

⁵ El Dr. Ernesto Salcedo Verduga, en su obra *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil – Ecuador, página 3: *“Más allá de las controversias doctrinales sobre la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, lo cierto e innegable es que el proceso arbitral permite la solución del conflicto mediante un laudo que goza de la misma característica que la sentencia judicial: la res iudicata. El laudo arbitral firme –de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación- tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. No cabe duda, entonces, que tanto la sentencia judicial como el laudo arbitral se asemejan en sus efectos de intangibilidad en cuanto a lo que resuelven de manera definitiva.”*

⁶ Redfern, Alan y Hunter, Martin con Blackaby Nigel y Partasides Constantine, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, La Ley, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina, 2007, página 497.

tipo de discusión respecto de si es o no una sentencia. Lo que sí cabe cuestionarse va más bien en función de aquellas decisiones preliminares que se presentan principalmente en los arbitrajes internacionales y que tienen que ver con lo que la doctrina denominada “laudos parciales”, “laudos provisionales”, o “laudos preliminares”, los cuales aunque no resuelven sobre el fondo de la litis si establecen de forma definitiva una situación determinada de tipo incidental como por ejemplo ante la discusión de competencia, se establece mediante un laudo preliminar si el tribunal es o no competente. ¿Cabe la acción extraordinaria de protección, entonces, también contra este tipo de laudos? Si es que nos inclinamos por opinar que no cabe porque no son sentencias y tampoco resoluciones con fuerza de sentencia, pregunto: ¿Se puede asimilar a este tipo de laudo con un auto definitivo? Es decir, que por analogía se establezca que dicho “laudo preliminar” es un auto conforme el artículo 270 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano y definitivo por cuanto ya no se podrá discutir sobre ello a futuro. Si la respuesta es negativa y no están de acuerdo con esta propuesta, entonces la contra respuesta puede estar en función del principio de igualdad procesal consagrado por la Constitución, de tal forma que se puede discutir que si en un proceso judicial ante la justicia ordinaria cabe una acción extraordinaria de protección contra un auto definitivo, entonces, porque no permitirlo también en un proceso convencional, si al fin y al cabo se trata de proteger derechos fundamentales que están por encima de cualquier aspecto legal o contractual. La definición sobre esta problemática reviste de mayor importancia a medida de que en el arbitraje interno, fundamentalmente en los reglamentos de los Centros de Arbitraje, acojan algunos de los sistemas del internacional, entre ellos precisamente la posibilidad de emitir los tipos de laudo de los que hemos hablado.

Y a propósito de los reglamentos en los Centros de Arbitraje y en el entendido de que cabe perfectamente la acción extraordinaria de protección, me salta la preocupación precisamente en cuanto a los procedimientos que de acuerdo al artículo 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pueden fijarse por parte de los antedichos centros, por el propio convenio o el que las partes escojan. ¿Qué tal si la violación por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución están en función de dichos procedimientos, bajo el argumento, por ejemplo, de que no se garantiza el debido proceso, la igualdad procesal, o

simplemente que se prefiere “equivocadamente” un principio procesal como el de la celeridad?⁷

Al respecto en la doctrina encontramos lo resuelto por el Tribunal Constitucional del Perú, precisamente respecto del campo de control que debe existir respecto de los arbitrajes internos en dicho país, que si bien queda mejor delimitado y permite que prevalezca el principio de la no intervención, no queda por completo solventadas las dudas respecto de qué puede controlarse: “Con lo beneficioso para la inmunización del arbitraje que puede ser el legado de la Sentencia recaída en el Expediente No. 6167-05-PHC y con el fin de garantizar a plenitud el control posterior de los jueces y tribunales a la labor que hayan cumplido los árbitros, el enmarcamiento del arbitraje en el orden público constitucional puede llevar a una etapa de “hiperconstitucionalización” del arbitraje, que socavaría a la institución y pondría en peligro los logros alcanzados. Perocuparía, en especial, que se pretenda aplicar mecánicamente al arbitraje los estándares del contenido de la tutela procesal o del debido proceso que están señalados en el Código Procesal Constitucional. O en el artículo 139 de la Constitución, cuando, por la naturaleza excepcional y voluntaria del arbitraje hay elementos de éstos que se admiten morigerados en sede arbitral. Bastaría con tomar en cuenta que el arbitraje, como jurisdicción excepcional y de carácter voluntario, constituye por definición una excepción a la jurisdicción predeterminada por la ley y al principio *latu sensu* del juez natural; que el libre acceso al órgano jurisdiccional sólo puede ser concebido con posterioridad a que los

⁷ La Corte Constitucional respecto de la celeridad procesal versus el derecho a la defensa, fallando a favor de este segundo principio en el caso Carmigniani contra Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas dijo: “Es evidente para esta Corte que el auto judicial impugnado pretende aplicar el principio de celeridad procesal consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República. Pero también resulta evidente que ese auto considera que el principio de celeridad debe aplicarse con supremacía sobre otros principios y garantías relativas al debido proceso que está igualmente establecidos en la Constitución de la República. Y es en ese punto en el que esta Corte considera que el auto judicial impugnado infringe la Constitución, pues si bien ésta establece en su artículo 75 que la celeridad es un principio que hace parte de la tutela judicial efectiva, también establece claramente que ese principio –el de celeridad– no puede jamás sacrificar el derecho a la defensa.” Sentencia No. 009-09-SEP-CC dentro del caso No. 0077-09-EP de 19 de mayo de 2009, visita la página web www.tribunalconstitucional.gov.ec el día 4 de noviembre del 2009.

árbitros hayan cumplido con su función; que la decisión arbitral en instancia única es, a menudo, la norma pactada por las partes.”⁸

Por lo tanto y aplicándolo a la situación estudiada, el hecho de que sea un control posterior el que se realice respecto del arbitraje, eso no soluciona del todo cuando hablamos de un control de tipo constitucional, quizá sí de un simple control de nulidad conforme las causas previstas en la propia Ley de Arbitraje y Mediación. Más bien, resaltaría de la sentencia dictada por el tribunal peruano, el hecho de que dicho tribunal de índole constitucional, es decir, similar a nuestra Corte Constitucional, ha considerado que inclusive se debe agotar las acciones ordinarias de impugnación para luego pasar a una de tipo constitucional, por lo que en nuestro caso ecuatoriano, bajo este criterio, no podía conducirse ante la Corte Constitucional sino sólo luego de resuelto por completo la acción de nulidad contra el laudo.⁹ Pero esto, aunque puede solucionar el cuándo procede la acción extraordinaria de protección en el caso de arbitrajes, puede también conllevar al problema del tiempo, puesto que visto desde la óptica actual, decir que luego de la acción de nulidad con trámite de juicio ordinario, se podrá presentar también la extraordinaria de protección, implica un alargamiento exageradamente injusto, por lo

⁸ Santistevan De Noriega, Jorge, Arbitraje y Jurisdicción desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú, Revista Peruana de Arbitraje, Editora Jurídica Grijley, Edición 2/2006, en relación a la Sentencia No. 6167-2005-PHC/TC, Lima, Fernando Cantuarias Salaverry, sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en Lima, a los 28 días del mes de febrero de 2006, en sesión de Pleno Jurisdiccional, páginas 64 y 65.

⁹ “Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponibles (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previsto en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado código, no procedente los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.” Idem, página 47.

que urge la reforma que determine un trámite sumarísimo. Por lo pronto, este planteamiento lo que sí podría rescatar, es el hecho de que de antemano para evitar la ejecución, será necesaria una caución y así llegada la acción constitucional, se mantiene una mayor seguridad para la ejecución posterior; y, el rescate va en función de que tratándose de la acción constitucional, como veremos más adelante, no requiere de caución para impedir la ejecución.

Hay que recordar también que en el caso de la acción extraordinaria de protección prevista por nuestra Constitución, establece en el inciso segundo del artículo 94, que se deben agotar los recursos ordinarios y extraordinarios, por lo que si bien la sentencia del tribunal constitucional peruano, dice que el de nulidad es un recurso, en el caso ecuatoriano el texto de la norma señala en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que la nulidad se presentará como acción. Así mismo, el indicado artículo 31, determina causales taxativas para presentar la acción de nulidad y considero que no necesariamente dichas causales contemplan cualquier posibilidad de violación de derechos constitucionales que se puedan presentar, de ahí que incluso si este fuere el camino, será necesario incluir otras causales de tal forma que la acción de nulidad sea más completa y justifique que el organismo constitucional exija que previamente se deberá agotar dicha vía. Así entonces para el establecimiento de nuevas causales podemos acoger la fórmula prevista por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 34 inciso segundo.¹⁰

¹⁰ Art. 34 inciso segundo: “El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: (a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una

II.2. Control de Constitucionalidad por parte de los árbitros.

Si bien hemos desarrollado hasta el momento, en el presente artículo, la posibilidad de que los laudos arbitrales sean revisados a través del control del órgano constitucional, cabe también preguntarse, entonces, si los árbitros pueden ejercer un control de constitucionalidad, de tal forma que puedan inaplicar una norma legal por ser contraria a otra de la Constitución, o que pueden aplicar directamente una norma constitucional para resolver determinado caso, o si tiene dudas, poder elevar la correspondiente consulta a la Corte Constitucional.

La nueva teoría jurídica del “neoconstitucionalismo” radica su fundamento en varias condiciones necesarias que deben estar enmarcadas en el ordenamiento jurídico del Estado. Así, siguiéndose a Guastini¹¹, entre dichas condiciones existe la garantía jurisdiccional de la Constitución que tiene estrecha relación con otra condición que es la aplicación directa de normas constitucionales.

La garantía que mencionamos en el párrafo anterior, significa que el ordenamiento jurídico requiere de un órgano constitucional lo bastante fuerte y activo, así como la constante aplicación del control de constitucionalidad, el cual de acuerdo a la doctrina y siguiendo a Diana María Ramírez Carvajal en su artículo Hacia la construcción de un derecho procesal constitucional para Colombia: “En primer lugar, se puede adoptar un control difuso, que autoriza a todos los tribunales y jueces de un país a declarar la inconstitucionalidad de una ley invocada

disposición de esta Ley de la las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o (b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

¹¹ Véase, Víctor Bazán, Neoconstitucionalismo e Inconstitucionalidad por Omisión, Revista de Derecho del Estado, No. 20, Universidad del Externado, Bogotá, diciembre de 2007, págs. 121-144. En igual sentido Miguel Carbonell, ¿Qué es el neoconstitucionalismo?, Ensayo presentado y discutido a los largo del mes de noviembre de 2007 en el II Congreso Internacional Derecho y Sociedad en el Estado Constitucional, organizado por la Universidad de Manizales, Colombia; en el X Congreso Brasileño de Direito Constitucional, celebrado en Brasilia, Brasil y en el II Congresso Internacional de Direitos Sociais, que tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil. Material proporcionado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil en septiembre del 2009 en Seminario para Docentes.

en un proceso sometido a su conocimiento, o inaplicarla cuando su contenido es contrario a la Constitución...De otro lado se puede adoptar un sistema concentrado, donde el control constitucional de las leyes le corresponde directa y privativamente a un tribunal constitucional, su fundamento radica en la conveniencia de que sea un juez constitucional –especializado– el que cuente con la potestad de interpretar la Constitución y determinar cuándo las leyes son contrarias a sus disposiciones. (Artículo recopilado en *Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional*, Gabriel Hernández Villarreal, Editor Académico, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2007, página 277).

Y esta autora colombiana concluye que en su país, Colombia, existe un sistema mixto, es decir, se comparte de ambas naturalezas, tanto de control difuso, como de control concentrado y considero que esto es similar que el caso ecuatoriano, donde de acuerdo a nuestra Constitución, de existir duda por parte de los jueces en la constitucionalidad de una norma, éste deberá elevar la consulta correspondiente a la Corte Constitucional para que sea este organismo el que resuelva sobre dicho aspecto y según el pronunciamiento que dicte la Corte será de carácter “*erga omnes*” o no, dependiendo de si es sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales o únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, respectivamente. Pero por otra parte, así mismo nuestra Constitución le dice al juzgador que las normas y principios que constan en la Constitución y en los instrumentos internacionales siempre que sean más favorables a la Constitución, deben ser aplicados de forma directa.

El juez cuando realiza un control constitucional, debe por tanto tomar en cuenta nuevas fórmulas de interpretación, por lo que al aplicar, por ejemplo, la interpretación conforme que tiene que ver con la utilización de más principios que reglas, diferenciándose aquellos de éstas en el sentido de que utilizan un lenguaje vago e indeterminado, son más generales, no tienen la estructura lógica de las reglas, son normas fundamentales y por ende dan identidad material al ordenamiento en su conjunto y no admiten la interpretación literal; el juez, mediante sus sentencias, puede preservar las normas o los principios constitucionales, de ser el caso, utilizando mecanismos más adaptables y así puede generar, por tanto, las denominadas sentencias atípicas o intermedias, intermedias porque no se basan en aplicar el esquema kelseniano de

legislador negativo y simplemente expulsar la norma, lo que puede traer consecuencias más graves, ni tampoco en imponer una norma o principio constitucional sin hacer distinciones de casos y sin notar que dicha norma o principio puede ser ineficaz en otras situaciones.

Debemos añadir en este punto, relacionado con la interpretación, que el juez también debe realizar una interpretación conforme las convenciones o instrumentos internacionales, de tal forma que si a nivel constitucional no es suficiente el análisis interpretativo para la comprensión de una situación determinada, el juez para resolver dicha situación puede basar su fallo en aspectos ya analizados por organismos supranacionales¹² y de hecho a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*, se establece que dicho juez lo debe hacer de oficio¹³.

Por tanto, el sistema jurídico arbitral no sólo que se complica con la aparición de la acción extraordinaria de protección, sino que además la figura del árbitro y su rol, se ven envueltas en este nuevo paradigma que exige tomar en cuenta una nueva teoría jurídica que lo lleva a realizar un análisis de cada caso de forma diferente. Y si bien considero que podemos generalizar, en cuanto a que el árbitro aplica la norma constitucional por encima de otra norma de menor jerarquía, la pregunta radica en función del problema que surge cuando la norma es contractual y se supone que este juez convencional debe ceñirse a aquello convenido, como ley para las partes, es decir, ¿hasta qué punto el árbitro se podrá separar del convenio para resolver conforme principios constitucionales?, ¿cuál es la medida para determinar si lo convenido entre las partes afecta

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 124, citada por el Dr. Víctor Bazán, *Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires – Argentina, 28 de septiembre de 2009, pág. 15.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, párr. 128, citada por el Dr. Víctor Bazán, *Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires – Argentina, 28 de septiembre de 2009, pág. 15.

un principio constitucional?, ¿qué pasa si se celebró el convenio, a sabiendas, y después se pretende exigir una corrección de índole constitucional, como por ejemplo, que en el convenio las partes acuerden que en ningún caso el arbitraje puede demorar más de cierto tiempo y resulta que eso aparentemente atenta contra el derecho a la defensa? Y respecto de la aplicación directa de normas constitucionales, también cabe cuestionarse, si los fallos podrán ser atacados de incongruentes o no, siempre y cuando dicha incongruencia o dicho exceso se refieran a la aplicación de normas constitucionales o de normas consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que haya considerado que están siendo o pueden ser vulneradas. Esta situación respecto de la incongruencia y de fallar más allá de lo pedido, se presenta tanto en los casos comunes conforme lo determina el inciso tercero del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial (C.O.F.J.) como en los casos sobre garantías constitucionales que refiere el segundo inciso del artículo 19 del C.O.F.J., es decir, el juez debe tomarlo en cuenta en todo momento, además que así lo establece el segundo inciso del artículo 426 de la Constitución en donde se va más allá aún, pues se permite hacerlo de oficio.

Augusto Morello, al analizar un fallo del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario (D.J. 2004-2-647), en el que el tribunal resolvió que es improcedente la excepción de incompetencia interpuesta en una acción de cumplimiento del contrato de compraventa iniciado por ante el tribunal arbitral, en el que la actora pretende la declaración de inconstitucionalidad de las normas de emergencia económica que ordenaron la pesificación de las obligaciones contraídas en moneda extranjera, el mencionado autor destaca: “No parece, por ende –y concluimos–, que el asumir los árbitros –con todas las garantías del proceso justo– el conocimiento de la cuestión constitucional, axial para definir ese caso (y sólo para él), se instale fuera de la esfera de su competencia.”¹⁴ Y con el mismo criterio de este autor, Roque J. Caivano nos expresa que también se pronuncian Fernando Aguilar, Leandro J. Caputo, Lino E. Palacio y Estela B. Sacristán; y, destaca, que asumiendo que pueda argumentarse que la atribución de tales potestades a los

¹⁴ Morello, Augusto M., *El Nuevo Horizonte del Derecho Procesal*, Editores Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 2005, página 636.

árbitros sería peligrosa y jaquearía el orden público, la respuesta de Morello va en el sentido de que el orden público atiende más al interés general que al particular y que el laudo que realice un control de constitucionalidad, no tiene alcances generales sino circunscripto, subjetiva y objetivamente, al caso.¹⁵

Y en cuanto al control de constitucionalidad que debe realizar el árbitro, la sentencia peruana¹⁶ que hemos analizado en este artículo, también es bastante clara: “De allí que el proceso arbitral tiene doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencial. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales”.

II.3. Consideraciones adicionales a tener en cuenta.

Aún no hemos recorrido un amplio camino con la nueva Constitución, de ahí que no es mucho lo que podemos encontrar respecto a lo expuesto hasta el momento, sin embargo debo destacar dos situaciones presentadas a nivel de la Corte Constitucional ecuatoriana y otra en

¹⁵ Caivano, Roque J., Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje, Revista Peruana de Arbitraje, Editora Jurídica Grijley, Edición 2/2006, páginas 144 y 145.

¹⁶ Idem páginas 40 y 41, véase nota No. 7 al pie de página.

relación con la recientemente promulgada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

II.3.1.- Inadmisión de una acción extraordinaria de protección respecto de un laudo arbitral.

La Corte Constitucional mediante providencia del 8 de julio del 2009, a las 16h35, dentro del proceso de admisión de una acción extraordinaria de protección contra un laudo dictado por un Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, expuso: “Sexto.- En el caso concreto, la demanda no reúne los requisitos de forma señalado en el considerando anterior. A fojas 2 a 48 consta el laudo arbitral, mismo que no se acompaña en copia certificada. La copia certificada del laudo arbitral debe ser emitida por el propio Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito. Por las razones anteriormente expuestas, y de conformidad con el artículo 6 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, se dispone ordenar al accionante **COMPLETAR...**”.

Hay que notar que la Corte Constitucional no inadmite esta acción basado en un aspecto de fondo, sino que más bien debemos asumir que es aceptable este proceso y que solamente hay que completar una cuestión de forma. En otras palabras, presentado por el accionante la copia certificada, la Corte procedería a admitir esta acción.

II.3.2.- Suspensión de la ejecución de una sentencia.

La Corte Constitucional mediante resolución de admisión dictada el 16 de julio del 2009, a las 17h13, en un caso de acción extraordinaria de protección propuesto contra una sentencia dictada dentro de una acción de protección, dispuso: “Sexta.- En virtud de que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución que faculta a la Corte Constitucional ordenar medidas cautelares para la protección de derechos constitucionales y evitar su vulneración, esta Sala dispone que se suspenda la ejecución del fallo...hasta que la Corte Constitucional emita su sentencia en la presente causa.”

Si bien este aspecto está relacionado con una acción contra una sentencia dictada dentro de una acción de protección, que dicho sea de paso de por sí requiere de un análisis profundo, lo que pretendo resaltar tiene relación con la facultad de la Corte para poder suspender un fallo, de tal forma que vemos aquí una diferencia notable respecto de la acción de nulidad del laudo, por cuanto en dicha acción se puede suspender tal ejecución, siempre que se caucione, en otras palabras, presentada la acción extraordinaria de protección, no se atiende al probable perjuicio que pueda tener el que quiere ejecutar, sino más bien al que puede ser ejecutado.

II.3.3.- Término para presentar la acción extraordinaria de protección.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 60, señala que el término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial¹⁷, para lo cual también es necesario advertir y conveniente tomar en cuenta que en el artículo 8 respecto de las normas comunes a todo procedimiento, en el numeral 3 se expresa que serán hábiles todos los días y horas.

III. CONCLUSIONES.-

Augusto M. Morello¹⁸ nos dice: “Si el Derecho Procesal sabe hacia dónde va, ¿por qué no acompañarlo sin abrir desgastantes o inútiles retóricas que obstaculizan el andar e impiden receptor los beneficios que provienen no sólo del avance de la ciencia, sino, además, como consecuencia de prever y armonizar de manera más adecuada la solución de los problemas?” A esto le añadiría que no sólo el derecho procesal lo sabe, sino el derecho en general, por su característica de cambiante y de adaptable inclusive, aunque esto choque con los criterios conservadores

¹⁷ Según mi criterio, que la norma diga “decisión judicial” no quiere decir que no vamos a tener en cuenta a las decisiones arbitrales, pues considero que el término judicial no va en función del Poder Judicial, sino respecto de las facultades jurisdiccionales. De todas formas se presta a confusión y serán respetables y probablemente hasta más convincentes otros criterios al respecto, pues para ello está el presente artículo.

¹⁸ Idem página 736, véase nota No. 13 al pie de página.

contra los que seguramente va la interrogante del tratadista argentino citado y tratándose de adecuarlo al caso en análisis, también chocaría con los criterios de los que prefieren al arbitraje como un sistema autónomo, independiente, con sus propias características, etc.

Indistintamente si se está de acuerdo o no con que los laudos sean objeto de revisión mediante la acción extraordinaria de protección, así como respecto de si el árbitro es competente o no para tomar una posición respecto de cuestiones constitucionales que se le planteen o que cree que debe considerarlas de oficio, las soluciones a estos planteamientos estarán dadas en función de la legislación que debe necesariamente ajustar las normas relacionadas con el arbitraje, no sólo desde el punto de vista procedimental, sino también desde el punto de vista de la competencia de los árbitros, para comprender cuando debe tener o no en cuenta los aspectos que hemos destacado. Así mismo, la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional debe contribuir en aclarar cuáles son las pautas que se deben considerar a la hora de resolver para efectos de los árbitros y de proponer determinado caso para efectos de los abogados, que son quienes deben analizar si cabe o no utilizar algún presupuesto contemplado en este artículo.

Por lo pronto, queda en manos del árbitro o del tribunal decidir cuál va a ser su accionar durante y dentro de los casos que tiene que resolver, pero lo importante es que tenga una posición debidamente argumentada que pueda servir para el mejor entendimiento no sólo de su fallo, sino también del grado de aplicación que le da con su fallo a la nueva teoría jurídica que se ha implementado en nuestro país.