

REPÚBLICA DEL ECUADOR

www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec



LIBRO COPIADOR DE SENTENCIAS

Juicio No: 17100-2017-00047

Quito, miércoles 11 de abril del 2018

A:

Dr./Ab.:

En el Juicio Nulidad de Laudo Arbitral Art. 31 lam No. 17100-2017-00047 que sigue FREERISK OPERACIONES CIA. LTDA., FREERISK OPERACIONES CIA. LTDA. en contra de COMPAÑÍA SERESEC S.A., EN LA PERSONA DE SU APODERADO Y PROCURADOR JUDICIAL, AB. PABLO ESTEBAN BERMEO ANDRADE, DR. FERNANDO SANTOS ALVITE, ÁRBITRO ÚNICO DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE QUITO, hay lo siguiente:

PRESIDENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA.- Quito, miércoles 11 de abril del 2018, las 14h00.- **VISTOS:** En mi calidad de Presidente Titular de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, avoco conocimiento de la presente causa, en virtud de la acción de personal No. 1651-DP17-2018-VS. Luego de haberse realizado la audiencia única, de conformidad con lo previsto por el artículo 4 de la Resolución No. 08-2017 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de marzo de 2017, se procede a emitir el pronunciamiento por escrito sobre la acción de nulidad del laudo arbitral, propuesta dentro de la presente causa:

PRIMERO: ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL:

El señor José Miguel Fernández Romero, en calidad de Gerente General y representante legal de FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA., con fecha 11 de diciembre del 2017, presenta acción de nulidad respecto del laudo arbitral emitido el

16 de marzo del 2017, por el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, dentro de la causa arbitral No. 095-15, que fue iniciada por el señor Pablo Esteban Bermeo Andrade, en calidad de apoderado y procurador judicial de la compañía SERESEC S.A., en contra del señor José Miguel Fernández Romero, en calidad de Gerente General y representante legal de FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA.

En el escrito contentivo de la demanda, el accionante propone su acción de nulidad en base a las causales establecidas en los literales c) y d) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y expone los siguientes fundamentos: El accionante señala que con fecha 16 de septiembre de 2015, la compañía SERESEC S.A., presentó una demanda ante el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, con el objeto de que mediante laudo se declare la resolución y terminación del "Contrato de Representante y Distribuidor Nacional Preferente de SERES", suscrito por las partes el 24 de abril de 2013, por el supuesto incumplimiento de obligaciones por parte de su representada, además de que se condene a su representada al pago de la suma de \$360.137,98 o a la cifra que llegue a determinarse luego de una auditoría completa de lo facturado por FREERISK, por concepto de los pagos adeudados en virtud del CONTRATO suscrito entre las partes; más intereses, daños y perjuicios causados; y la indemnización prevista en la cláusula duodécima del contrato, entre otras pretensiones de la demanda.

Que su representada compareció al proceso por escrito de contestación a la demanda y reconvención, presentado el 18 de noviembre de 2015 y manifestó lo siguiente: (1) que el contrato celebrado entre las partes no preveía exclusividad; (2) inexistencia de incumplimiento contractual y que por el contrario, fue la actora quien incumplió el contrato al no haber solucionado las fallas del sistema y en general, del funcionamiento de la plataforma informática, lo cual generó la desvinculación de algunos clientes y usuarios del sistema; haber roto la cláusula de confidencialidad; y el pago de las comisiones pactadas. Las pretensiones de la reconvención fueron: (1) Que se declare la resolución del Contrato por incumplimientos imputable a SERES; (2) Que se ordene que la actora pague las comisiones adeudadas, por la cantidad de \$64.481,75; (3) Que se ordene el pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato; (4) entre otras.

Considera que el Tribunal ha incurrido en las causales previstas en los literales c) y

d) del art. 31 de la LAYM que dicen:

"Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: (...)

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada, no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de hechos que deban justificarse;

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

Manifiesta que se incurre en la causal del literal c, por cuanto en el laudo impugnado no se tomó en cuenta prueba actuada por su representada, que el árbitro único para resolver no tomó en cuenta prueba fundamental del proceso, es decir no practicó pruebas esenciales para la defensa de su cliente, además de no haber valorado toda la prueba producida por las dos partes. Señala que a la contestación a la demanda y reconvenición se acompañaron como prueba los siguientes documentos que no fueron tomados en cuenta por el árbitro y que demuestran claramente el incumplimiento previo de obligaciones esenciales por parte de SERES: 1.1.1. Correos electrónicos validados por el perito designado por el Tribunal (fojas 283 a 284 y 287 a 358 del proceso); 1.1.2. El Anexo I del Contrato, denominado "OFERTA SaaS ESTÁNDAR" (fojas 18 y 19 del proceso), especialmente el acápite F) titulado SOPORTE AVANZADO; 1.1.3. Informe de auditoría del contrato de fecha 2 de diciembre de 2015 (fojas 512 y 513 del proceso), en el cual se imputa la pérdida de valores por cobrar a clientes, por inconvenientes en la plataforma y en consecuencia, el incumplimiento de obligaciones por parte de SERES. 1.1.4. Además, consta en el proceso como prueba del incumplimiento contractual por parte de SERES, la constancias del bloqueo al acceso a la plataforma de e-factura cuando el contrato aún se encontraba vigente (fojas 285 y 286 del proceso). 1.1.5. Las comunicaciones remitidas por varios clientes a FREERISK, informándoles que SERES les había informado que había finalizado (antes del vencimiento del plazo) las relaciones comerciales con su representada; y que, en consecuencia, FREERISK se encontraba incapacitada para presentar los servicios materia del contrato (fojas 276 a 280 del expediente del proceso). 1.1.6. La comunicación de fecha 10 de septiembre de 2015, suscrita por el señor Javier López

Montero a uno de los clientes de FREERISK, informándole que: "la única persona autorizada para certificar la autenticidad y seguridad de cualquier actualización, mejora, descuento o nueva funcionalidad de su plataforma de facturación electrónica SERES e-FACTURA, es el señor Raúl Quiroz, Gerente de Operaciones de SERES en Ecuador". Documento que se envió, cuando el contrato aún se encontraba vigente, por lo cual, constituye otra violación del contrato por parte de SERES que le imposibilitaba demandar por mora de su cliente cuando ella misma estaba en mora del cumplimiento de sus obligaciones.

Además de los documentos probatorios, señala que se actuaron como pruebas, confesiones y declaraciones testimoniales de las cuales se desprende, a su criterio, que la decisión de FREERISK de no renovar el contrato, se debió principalmente a la falta de operatividad del sistema y las concurrentes fallas del sistema reclamadas por sus clientes. Manifiesta que para la emisión del laudo arbitral, el árbitro tampoco tomó en cuenta estas confesiones y declaraciones testimoniales con las cuales también se prueba los incumplimientos por parte de la compañía ACTORA y la procedencia de las excepciones propuestas por su representada, respecto a la falta de derecho de la actora para proponer la demanda por existencia de obligaciones no cumplidas por parte de SERES, y de la mora purga la mora.

En definitiva señala que ninguna de estas pruebas fueron tomadas en cuenta en el laudo arbitral, y con ellas FREERISK probó válidamente el incumplimiento de obligaciones por parte de SERES y en consecuencia, la procedencia de las excepciones de falta de derecho del actor y de la mora purga la mora, para que se deseche la demanda. Probados estos incumplimientos por parte de la compañía actora, manifiesta que el árbitro debía, de conformidad con lo establecido en el art. 1568 del Código Civil, aceptar las excepciones propuestas por su representada y rechazar la demanda de la compañía SERES, pruebas con las que además señala se sustentaba los fundamentos de la reconvención.

Que el árbitro no tomó en cuenta el informe pericial de la perito Rosa Llumiquinga, pues la perito designada ratificó la existencia de obligaciones a cargo de la parte actora, además de los varios incumplimientos contractuales de la compañía SERES que fueron reclamados por su representada en la contestación a la demanda y reconvención, y que fueron debidamente probados en el proceso, el incumplimiento

de obligaciones también se prueba con el informe presentado por la perito Rosa Llumiquinga, en que la perito claramente concluye que los valores adeudados por la compañía SERES a FREERISK ascienden a la suma de US \$ 68.060,68. Frente a este hecho sostiene que el árbitro en lugar de aplicar el art. 1568 del Código Civil, contraviniendo expresamente el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ordena que opere una compensación de obligaciones, cuando expresamente entre las excepciones de la demanda consta: la falta de derecho del actor para demandar pues SERES mantiene obligaciones a favor de FREERISK y la mora purga la mora. Es decir, más allá de que el árbitro esté o no de acuerdo con el saldo numérico de las obligaciones a cargo de SERES, habiéndose probado en el proceso que SERES incumplió sus obligaciones, señala que la demanda debió haber sido rechazada, por cuanto FREERISK no estaba en mora de sus obligaciones de conformidad con lo establecido por la norma legal citada.

Sostiene el accionante que en el laudo arbitral no se aplica la excepción de contrato no cumplido alegada por su representada, pero si se acepta esta excepción respecto a la reconvencción y las excepciones propuestas por la compañía SERES, en consecuencia, el árbitro además de no tomar en cuenta en su resolución prueba debidamente presentada por su representada, valora indebidamente las pruebas aportadas en el proceso, o desconoce lo que en ellas se expresa, en beneficio de una sola de las partes litigantes.

Señala que el árbitro negó indebidamente prueba solicitada por su representada, en el acápite 7.2.3 del laudo el árbitro dice: *"Se deja constancia de que al no haberse probado la existencia de daños y perjuicios por parte de FREERISK, el Tribunal consideró innecesario designar un perito para que los avalúe"*. Más adelante, en el considerando DECIMOSÉPTIMO del laudo, el árbitro manifiesta que *"no existe prueba alguna de los supuestos daños..."*. manifiesta que su representada incorporó al proceso la auditoría a la empresa, con la cual sostiene probó los daños y perjuicios causados por la pérdida del negocio, resultante de la infracción del contrato por parte de SERES. Este hecho también fue probado por las declaraciones testimoniales de los técnicos de la empresa, pero sin embargo, el árbitro, no solo que no tomó en cuenta en el laudo estas pruebas, sino que no permitió que un perito calificado evalúe los daños causados, dejando a su representada en absoluta indefensión.

Que en el laudo impugnado el árbitro califica de temeraria la reconvencción, manifestando que todas las pretensiones de la reconvencción carecen manifiestamente de sustento y resuelve que FREERISK asuma la totalidad de las costas arbitrales derivadas de la reconvencción, costas de los abogados patrocinadores de la compañía reconvenida. Dado que la cuantía de la reconvencción fue fijada en US \$ 750.000,00 (setecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), el Tribunal estimó que la reconviniente deberá reembolsar a la actora el 5% de la cuantía, es decir, US \$ 37.500 (treinta y siete mil quinientos Dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de los honorarios de sus abogados patrocinadores.

Sostiene el accionante que en el laudo se incurre en la causal del literal d) del Art. 31 de la LAM, por cuanto en el laudo se analizan cuestiones no sometidas al arbitraje y se concede a la parte actora más allá de lo reclamado, señalando que en el considerando DECIMOSEXTO el árbitro hace un análisis (equivocado) respecto a las obligaciones generadas entre las partes concretamente respecto al cliente Banco Pichincha y señala que no se debía por parte de SERES a favor de FREERISK ninguna comisión, cuando a decir del accionante este hecho, no fue materia de la litis y mal podía el árbitro hacer la incorrecta interpretación y concluir que el monto de las comisiones que se adeuda a FREERISK asciende a USD 43.581,43, ya que es menester restar los USD 23.700 correspondientes al proyecto con el Banco Pichincha del total de las comisiones adeudadas, por lo que con esta resolución sostiene que el tribunal se está refiriendo a un hecho no sometido al arbitraje respecto al cual su representada no ha podido ejercer su legítimo derecho a la defensa.

Con estos antecedentes, el señor José Miguel Fernández Romero, en calidad de Gerente General y representante legal de FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA., solicita que mediante sentencia, se declare la nulidad del laudo arbitral.

SEGUNDO: COMPETENCIA DE LA PRESIDENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA:

La Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha es competente para conocer y resolver la causa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la

LAM, en concordancia con lo establecido por la Resolución No. 08-2017 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de marzo de 2017.-

TERCERO: VALIDEZ PROCESAL:

El suscrito Presidente declara la validez del proceso, al no existir omisión de solemnidad sustancial alguna; entendiéndose que se ha cumplido con los lineamientos determinados en la Ley de Arbitraje y Mediación, del Código Orgánico General de Procesos como norma legal supletoria, y en observancia de las garantías básicas del derecho al debido proceso que está contemplado en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

CUARTO: EL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:

La naturaleza jurídica del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, se establece en el artículo 190 de la Constitución de la República (en adelante CRE), que dice: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos (...)”, lo cual guarda concordancia con lo preceptuado por el artículo 1 de la LAM, que señala “El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los Tribunales de Arbitraje (...)”.

De las normas constitucional y legal citadas, se infiere con meridiana claridad que la resolución de estas disputas excluye la vía jurisdiccional, así también se ha pronunciado la jurisprudencia mayoritaria en este país (sentencia de casación 2-X-2003 Res. 207-2003, R.O. No. 259, 26-I-2004), en la medida en que se las sustrae del sistema estatal de administración de justicia, para atribuir las a particulares, quienes, en virtud de la facultad otorgada por las partes en conflicto, ejercen esa función de tipo jurisdiccional en estos casos.

Es así que la actuación de los árbitros tiene como fuente a la voluntad mutua de las

partes, según la cual el o los árbitros administrarán justicia resolviendo la disputa específica, en equidad o en derecho, conforme hayan acordado las partes, así lo determina el artículo 3 de la LAM, lo cual en la presente causa, las partes sí se han pronunciado de forma expresa sobre este particular.

En esta inteligencia, se tiene que jurídicamente el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que está expresamente autorizado por la Constitución y la ley y que nace del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales mutuamente acuerdan someter la controversia a la decisión definitiva de uno o más particulares, sustrayendo así la resolución de las controversias de la jurisdicción común, y aceptando con ello el precepto legal de que los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada (artículo 32, inciso segundo, de la LAM) y que son inapelables (artículo 30 ibídem).

En este orden de ideas, resulta evidente que la actuación de los árbitros debe ceñirse al contrato o acuerdo de voluntades de las partes en disputa. Es así que la autoridad de los árbitros se funda en el acuerdo de voluntades de las partes enfrentadas, quienes previamente han definido que los conflictos de una determinada relación jurídica han de ser sometidos a la resolución del Tribunal Arbitral.

Este acuerdo de las partes está contenido en lo que se denomina cláusula compromisoria, pacto arbitral o convenio arbitral, entre otras definiciones, lo que en la especie, según el artículo 5 de la LAM, comprende al “acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”.

En tal virtud, el proceso arbitral se debe circunscribir a lo expuesto por las partes en el convenio arbitral/cláusula compromisoria, y se debe ejecutar respetando el procedimiento expresamente consagrado en la Ley de la materia, a fin de garantizar las garantías básicas del derecho al debido proceso que está contemplado en el artículo 76 de la CRE.

Precisamente, el garantismo procesal “(...) implica la puesta en práctica de las

garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional (...)” (Joel Aníbal Palomino Pachas, El principio constitucional del debido proceso, XIX Congreso Latinoamericano XI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Loja, Instituto Latinoamericano de Derecho Alternativo ILDA, Loja Ecuador, p. 79).

De esta manera, el procedimiento arbitral afianza la voluntad de las partes constante en la cláusula compromisoria y finaliza con una decisión justa y pronta, plasmada en un laudo arbitral, cuya obligatoriedad las partes han aceptado de antemano.-

QUINTO: ALCANCE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL:

A fin de ahondar sobre la acción de nulidad interpuesta, se destaca que la competencia legal que se ha otorgado a esta Autoridad radica exclusivamente en conocer y resolver si en el proceso arbitral existen o no los motivos de la nulidad que alega el accionante, pues la característica principal de la acción de nulidad radica en que es extraordinaria y limitada por decisión del legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, más no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo, por lo que necesariamente las actuaciones de esta Autoridad se deben ajustar a la competencia que legalmente se le ha otorgado, subsumiéndose a las causales de nulidad alegadas puntualmente por la parte interesada, de conformidad con el principio dispositivo contemplado en el artículo 168.6 de la CRE.

Precisamente, el aspecto restringido de la acción de nulidad, se evidencia aún más en nuestro ordenamiento jurídico interno, a partir de la sentencia No. 007-16-SCN-CC, caso No. 0141-14-CN dictada por la Corte Constitucional ecuatoriana de 28 de septiembre de 2016, a través de la cual, se puso de manifiesto, al menos dos puntos fundamentales: a) que la acción de nulidad no es independiente del laudo arbitral; y, b) que la restricción impuesta en el artículo 30 de la LAM

acerca de la inapelabilidad del laudo arbitral, “genera un efecto directo también en la acción de nulidad, ya que caso contrario la ley hubiera establecido la facultad de recurrencia de la sentencia que resuelva dicha acción”, todo lo cual reviste un carácter vinculante y erga omnes, al provenir tal fallo de una consulta de inconstitucionalidad de los artículos 30 y 31 de la LAM; y, además, guarda concordancia con lo previsto por el artículo 4 de la Resolución No. 08-2017 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que dice: “De la sentencia que dicte la o el Presidente de la Corte Provincial, no habrá recurso alguno, salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación”.

En virtud de lo expuesto, las causales para acudir a la acción de anulación son restringidas en comparación con las cuestiones de hecho y de derecho que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquier otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia (Ángel Bonet Navarro, 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); y, en este sentido, es obligación de la parte actora determinar con exactitud no solo las causales de nulidad establecidas en el artículo 31.a, b, c, d, y e de la LAM en las que sustenta la acción, sino también los fundamentos en los que se apoya.

En este sentido y en aplicación de los principios dispositivo y de legalidad, corresponde examinar si existe mérito suficiente para que opere la nulidad del laudo arbitral dictado el 16 de marzo del 2017.-

SEXTO: ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL PROPUESTA POR EL SEÑOR JOSÉ MIGUEL FERNÁNDEZ ROMERO, EN CALIDAD DE GERENTE GENERAL Y REPRESENTANTE LEGAL DE FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA.-

El señor José Miguel Fernández Romero, en calidad de Gerente General y representante legal de FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA, presenta su acción de nulidad de laudo arbitral con base en las causales previstas en los literales c) y d) del artículo 31 de la LAM.

CAUSAL DEL LITERAL C) DEL ART. 31 LAM: “Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse”.

De la revisión del expediente se puede determinar lo siguiente:

a) **Respecto a los correos electrónicos, y pericias informáticas y contables:**

pericia: El accionante señala que no se tomó en cuenta los correos electrónicos enunciados en su escrito de contestación a la demanda y reconvencción, y que por lo tanto no se practicó pruebas esenciales y que no se tomó en cuenta el informe pericial de la perito Rosa Llumiquinga.

Consta del expediente la contestación a la demanda y la reconvencción planteada por el señor José Miguel Fernández Romero, en calidad de Gerente General y representante legal de FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA., en contra del señor Pablo Esteban Bermeo Andrade, en calidad de apoderado y procurador judicial de la compañía SERESEC S.A. (fjs. 261-276), y puntalmente en la reconvencción FREERISK solicita: “...VII. *PRUEBAS. De conformidad con lo señalado por el artículo 10 de la Ley de Arbitraje y mediación solicito previa notificación a la contraparte, la práctica de las siguientes diligencias probatorias: ...7.1. Adjunto copia certificada del Contrato. 7.2. Correos electrónicos enviados por Freerisk a Sres; y de Seres a Freerisk. 7.3. Correos electrónicos enviados por Seres a los clientes de Freerisk. 7.4. Sírvase ordenar el peritaje a la contabilidad de Freerisk, para justificar los montos de comisiones pendientes de pago a favor de mi representada. 7.5. Constancias del bloqueo al acceso a la plataforma de e-factura. 7.6. Sírvase designar un perito para justificar los daños y perjuicios. 7.8. Sírvase nombrar un perito a fin de que éste revise y de fe de la autenticidad del contenido de los correos electrónicos que se adjuntan a la presente...*”(las negrillas son de mi autoría).

Por su parte la señora Directora del Centro de Arbitraje de la CCQ emite su pronunciamiento el 30 de noviembre de 2015 (fjs. 360-362), señalando: “...*Por las consideraciones expuestas y en cumplimiento del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código de Procedimiento Civil, se dispone que el demandado en el*

término de 3 días:...III. De conformidad con el artículo 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación, adjunte las pruebas y solicite la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación a la demanda...- V.- Adjunte los correos electrónicos mencionados en la sección 7.3 del numeral VII de su reconvención, denominado “Pruebas”-VI.- Adjunte la copia de la auditoría interna mencionada en la sección 7.9 del numeral VII de su reconvención, denominado “Pruebas”...”

El 3 de diciembre de 2015 el señor José Miguel Fernández Romero, en calidad de Gerente General y representante legal de FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA presenta escrito a fin de completar la contestación a la demanda y la reconvención (fjs. 374-376), señalando en el acápite II de su escrito: “...*Las pruebas que se solicitan se practiquen son las siguientes: 2. Correos electrónicos enviados por Freerisk a Seres y de Seres a Freerisk, los mismos que se adjuntaron a la contestación a la demanda y reconvención, sin embargo los vuelvo a acompañar al presente escrito...6. Sírvase nombrar un perito a fin de que éste revise y de fe de la autenticidad del contenido de los correos electrónicos que se adjuntan a la presente...*”.

Con fecha 29 de enero de 2016 se llevó a cabo Audiencia de Mediación y se dispone su continuación para el 5 de febrero de 2016, en la que se suscribe acta de imposibilidad de acuerdo y en orden procesal del 9 de marzo de 2016 se remite a las partes la lista de árbitros para la designación del árbitro único y su alterno, siendo designado el Dr. Fernando Santos Alvite por sorteo.

El 12 de julio de 2016 se lleva a cabo Audiencia de Sustanciación cuya acta consta a fjs. 702-705 y en esta respecto a las PRUEBAS se señala: “...*Conforme el mandato del artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Árbitro único ordena que se practiquen en el término de 45 días las siguientes pruebas:...4.2. Solicitadas por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda y en su escrito de 3 de diciembre de 2015: 4.2.1 Téngase en cuenta como prueba los documentos referidos en la contestación a la demanda y adjuntados a la misma detallados en el acápite VII numerales 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 7.9; 4.2.2.- Se designa a la Doctora Rosa Llumiquinga a fin de que realice la pericia contable solicitada en el acápite VII*

numeral 7.4. La perito designado deberá presentar su planilla de honorarios en el término de tres días; 4.2.3. Respecto al pedido constante en el numeral 7.6, esto es que un perito “justifique los daños y perjuicios”, el Árbitro dispone que esta prueba se proveerá oportunamente. 4.2.5.- Luego de que la parte demandada ha aclarado que solicita la intervención de un perito informático, se designa a Ingeniera Karina Carrión a fin de que “revise y de fe de la autenticidad del contenido de los correos electrónicos que se adjuntan a la presente”. La perito deberá presentar su planilla de honorarios en el término de tres días...4.2.7.- Téngase en cuenta como pruebas los documentos referidos en el escrito de 3 de diciembre de 2015 y adjuntados al mismo, detallados en los acápite IV, V, VI VII...”

Los peritos designados, debidamente posesionados, presentaron sus informes periciales mismos que obran del expediente: pericia informática fjs. 1322-1340 y 1348-1649, pericia contable fjs. 1712-1897 y con los se corrió traslado a las partes. Se dispuso que los peritos Ing. Karina Carrión y Dra. Rosa Llumiquinga comparezcan ante el Tribunal Arbitral a pronunciarse sobre su informe, lo cual se llevó a cabo con la presencia de ambas partes. Se convocó a audiencia de estrados y finalmente se convoca a las partes a la Audiencia de Lectura del Laudo para el 24 de marzo de 2017 (fjs. 2122).

De lo expuesto se puede determinar que se ha practicado la prueba solicitada por el señor José Miguel Fernández Romero, en calidad de Gerente General y representante legal de FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA, referida en líneas anteriores. Se efectuaron las pericias solicitadas y los informes fueron presentados por los peritos dentro de los plazos determinados por el Árbitro Único.

En cuanto a la pericia de daños y perjuicios, el árbitro único al momento de proveer la prueba indicó se atendería oportunamente, y al emitir el laudo arbitral al respecto manifestó: “...Se deja constancia de que al no haberse probado la existencia de daños y perjuicios por parte de FREERISK el Tribunal consideró innecesario designar un perito para que los avalúe...”.

Al respecto el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y mediación de forma expresa señala: “...Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvenición, modificación y contestación a ésta, siempre

que fueren pertinentes, actuaciones que deberá cumplirse durante el término señalado por el tribunal..." (Las negrillas son de mi autoría)

En el caso planteado, el árbitro único consideró que al no haberse probado la existencia de daños y perjuicios, no existía necesidad de nombrar un perito que los avalúe, facultad que normativamente tenía el árbitro único y que no puede enmarcarse como existencia de la causal alegada, puesto que ésta expresamente señala concurre cuando "no se hubiere practicado pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse" y el árbitro en su laudo ha considerado la no existencia de daños y perjuicios causados a FREERISK y en ello ampara su decisión de no ordenar la pericia requerida no existiendo a su criterio hechos que deban justificarse.

En consecuencia, la valoración del árbitro o tribunal arbitral, no se subsume al vicio de procedimiento contenido en el artículo 31 literal

c) de la Ley de Arbitraje y Mediación, como ha cuestionado el accionante. Haciéndose hincapié en que no le corresponde a esta Autoridad realizar pronunciamiento respecto a la forma en que se realizó la prueba, o la forma en que el árbitro la analiza o valora al momento de resolver, corresponde a la autoridad pronunciarse, únicamente en caso de que la misma no se haya convocado o convocada no se la haya realizado.

b) De la prueba documental presentada: La prueba que el recurrente manifiesta no se ha practicado (1.1.2. *El Anexo I del Contrato, denominado "OFERTA SaaS ESTÁNDAR"* (fojas 18 y 19 del proceso), especialmente el acápite F) titulado *SOPORTE AVANZADO...* 1.1.3. *Informe de auditoría del contrato de fecha 2 de diciembre de 2015* (fojas 512 y 513 del proceso...) 1.1.4. *La constancia del bloqueo al acceso a la plataforma de e-factura cuando el contrato aún se encontraba vigente* (fojas 285 y 286 del proceso)... 1.1.5. *Las comunicaciones remitidas por varios clientes a FREERISK*, (fojas 276 a 280 del expediente del proceso)... 1.1.6. *La comunicación de fecha 10 de septiembre de 2015, suscrita por el señor Javier López Montero a uno de los clientes de FREERISK*), forman parte del expediente, fueron incorporados en la contestación a la demanda y en la reconvenición planteada por dicho sujeto procesal.

La alegación del recurrente de que esta prueba no se ha practicado por no haberse tomado en cuenta por el árbitro único para resolver, no se encuentra enmarcado en la causal alegada, que de forma específica taxativa se refiere a la prueba no practicada y no le faculta a este Juzgador analizar la valoración que de la prueba haya efectuado el árbitro o tribunal arbitral.

c) De las confesiones y declaraciones testimoniales: Las declaraciones y confesiones que como prueba fueron solicitadas por el recurrente fueron practicadas, conforme el mismo accionante expone en su escrito de nulidad del laudo arbitral "...Además de los documentos probatorios se actuaron como pruebas confesiones y declaraciones testimoniales...De igual manera, para la emisión del laudo arbitral, el árbitro tampoco tomó en cuenta estas confesiones y declaraciones testimoniales..."

La valoración del árbitro o tribunal arbitral, no se subsume al vicio de procedimiento contenido en el artículo 31 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación, como alega el accionante. Las causales de anulación tienen dos características fundamentales: son taxativas y se refieren a irregularidades adjetivas o errores in procedendo, mas no a irregularidades sustantivas o errores in iudicando. La Corte Nacional de Justicia, ya delimitó las prerrogativas de los jueces

que conozcan acciones de nulidad derivadas de la aplicación del artículo 31 de la LAM. La Corte Nacional señaló lo siguiente: "... el objetivo de la acción de nulidad no es otro que el verificar la existencia o no de determinados vicios anulatorios en el procedimiento arbitral ... lo cual impide a los órganos jurisdiccionales que conocen tal acción, el dictaminar sobre el fondo del asunto sometido al procedimiento arbitral ya que lo que en éste se resuelve, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada..."

La competencia de esta Presidencia, respecto de la acción de nulidad del laudo arbitral propuesta, radica exclusivamente en conocer y resolver si en el proceso arbitral exist

e o no el o los motivos de nulidad alegados, ya que la característica principal de la acción de nulidad es que se trata de una acción extraordinaria y limitada por decisión del propio legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, más no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo, por lo que, necesariamente las actuaciones de esta Autoridad se deben ajustar a la competencia que legalmente se le ha otorgado.

De allí que no corresponde a esta Autoridad, atenta la naturaleza de la acción de nulidad de laudo, analizar si el Tribunal arbitral o árbitro único, hizo bien o mal en acoger los principios y las bases legales que fundamentaron su decisión, ni en la forma que valoró la prueba practicada por las partes en el proceso arbitral, porque dicha acción de nulidad de laudo no comporta un recurso de alzada contra la resolución arbitral adoptada.

CAUSAL DEL LITERAL D) DEL ART. 31 LAM: “El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”:

De la revisión del expediente y del laudo arbitral se advierte que el señor José Miguel Fernández Romero, en calidad de Gerente General y representante legal de FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA al plantear la reconvencción a la demanda en contra de Pablo Esteban Bermeo Andrade, en calidad de apoderado y procurador judicial de la compañía SERESEC S.A, solicita: “...IV. COSA, CANTIDAD O HECHO QUE SE EXIGE: ...IV.2. Ordene a SERES el pago de las comisiones correspondientes al año 2015, las mismas que ascienden a USD \$ 64.481,75. IV.5. Condenen al demandado al pago de comisiones y gastos adicionales en los que tuvo que incurrir FREERISK (póliza Banco Pichincha), desde el año 2013, que hasta la presente fecha no han sido canceladas, particularmente las generadas por Banco Pichincha, Banco General Rumiñahui, Cepsa, Ales, entre otras mismas que

ascienden al valor de USD \$ 155.322,50...”

El árbitro único al resolver sobre la reconvención planteada por José Miguel Fernández Romero, en calidad de Gerente General y representante legal de FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA en el considerando DÉCIMOSEXTO del Laudo Arbitral referente a “PAGO DE LAS COMISIONES PENDIENTES” señala: “...El informe pericial practicado durante este arbitraje concluye que el monto total de las comisiones que FREERISK tiene a su favor asciende a USD 67,281.43. Ese monto está conformado por tres rubros: las comisiones detalladas en el Anexo 10 del informe de la perita Llumiyinga, que ascienden a USD 33,933.26; las diferencias en las comisiones derivadas de la facturación a Banco Pichincha, por USD 23,700; y el promedio de las comisiones de julio, agosto y septiembre, rubro que asciende a USD 9,648.17. Después de un detenido análisis de la documentación que obra del proceso, el Tribunal concluye que FREERISK sí tiene derecho a esas comisiones, salvedad hecha de las que se refieren al proyecto que se realizó con Banco Pichincha. El Tribunal considera que no procede reconocer comisión alguna a FREERISK por el proyecto que iba a realizarse con Banco Pichincha. Según la evidencia que obra del proceso, SERES realizó una inversión considerable con el fin de llevar a cabo el proyecto que Banco Pichincha había requerido. Banco Pichincha realizó el pago de un anticipo equivalente a USD 150,000 más IVA. FREERISK cobró la comisión que le correspondía sobre una parte de ese primer anticipo. Sin embargo, tiempo más tarde Banco Pichincha, SERES y FREERISK acordaron dar por terminado ese contrato. Banco Pichincha se comprometió a reconocer una parte del monto que SERES había invertido para desarrollar ese proyecto. Hay evidencia de que las partes acordaron que FREERISK debía restituir el remanente del pago realizado por Banco Pichincha y que ese monto no contemplaba el pago de la comisión a favor de FREERISK. Además, esa interpretación tiene sentido y es justa. No sería equitativo que FREERISK perciba una comisión por un proyecto que no llegó a concretarse, para el que SERES realizó una inversión que no logró recuperar por completo, y para la que FREERISK no realizó inversión alguna. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el monto de las comisiones que se adeuda a FREERISK asciende a USD 43,581.43, ya que es menester restar los USD 23,700 correspondientes al proyecto con el Banco Pichincha del total de las comisiones adeudadas. Como se explicó más arriba, en el

*considerando quinto de este laudo, FREERISK opuso la excepción de compensación al contestar la demanda de SERES. Dado que FREERISK sí demostró la existencia de su crédito, la deuda que FREERISK tiene con SERES debe compensarse por un monto de USD 43,581.43. */*. Si el monto de esas comisiones ya fue compensado a petición de FREERISK, no tiene sentido que la reconviniente también reclame el pago de esos rubros. Por ese motivo, la petición de pago de las comisiones pendientes debe ser rechazada...”*

Esta causal invocada puede configurarse a partir de uno cualquiera de dos supuestos: a) que el laudo hubiere recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros; o, b) que el laudo hubiere concedido más de lo pedido". En este caso se determina que el Árbitro Único se ha pronunciado en su laudo sobre aquello que las partes han sometido a su resolución, y que aquello que el accionante de nulidad del laudo sostiene es motivo de esta causal, es precisamente la resolución del Árbitro sobre su propia pretensión en la reconvención, por lo que esta Autoridad considera no se ha incurrido en la causal alegada, resaltando una vez más que esta Autoridad no es Juez de revisión del fondo del laudo arbitral que ha sido emitido por un Tribunal Arbitral legalmente conformado, tan solo se ha verificado que no se haya violado el procedimiento previsto en la ley de la materia, así como tampoco que se haya transgredido ninguna garantía básica del derecho al debido proceso o el derecho a la seguridad jurídica, como pretendió argüir el accionante sin fundamento jurídico alguno.

SÉPTIMO: DECISIÓN:

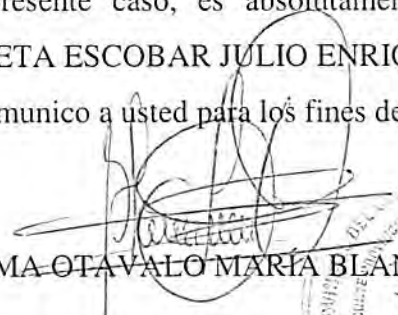
Por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se rechaza la acción de nulidad propuesta por el señor José Miguel Fernández Romero, en calidad de Gerente General y representante legal de FREERISK OPERACIONES CÍA. LTDA, en contra del laudo arbitral, causa No. 095-2015, dictado por el Árbitro Único Dr. Fernando Santos Alvite, del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.-

Emitida la resolución de manera oral en conformidad con el artículo 93 del Código

Orgánico General de Procesos, la parte accionada solicita aclaración, una vez que se ha corrido traslado, se desecha dicho pedido por cuanto de acuerdo con el artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, la aclaración procede si la sentencia fuere oscura, más en el presente caso, es absolutamente clara e inteligible.

NOTIFÍQUESE.- f).- ARRIETA ESCOBAR JULIO ENRIQUE, PRESIDENTE; .

Lo que comunico a usted para los fines de ley.


DRA. LEMA OTAVALO MARÍA BLANCA

SECRETARIA



