

Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas Legales Recientes

*Eduardo Carmigniani**, *Hugo García Larriva*** y *Carla Cepeda****

Recibido/Received: 17/08/2016

Aceptado/Accepted: 19/08/2016

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Homologación y ejecución de laudos arbitrales. 3. Aplicación de la Acción Extraordinaria de Protección contra laudos arbitrales. 4. Decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la admisibilidad del recurso de casación en contra de sentencias de nulidad de laudos arbitrales. 5. Aplicación del Código General de Procesos en la acción de nulidad de laudos arbitrales. 6. Aplicación de cláusulas escalonadas en el arbitraje. 7. Extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias. 8. Recusación de árbitros y aplicación de las Directrices IBA sobre conflicto de intereses en el arbitraje internacional. 9. Conclusión.

PALABRAS CLAVE: homologación de laudos extranjeros, Acción Extraordinaria de Protección, Acción de Nulidad, Código Orgánico General de Procesos, partes no signatarias, Directrices IBA, independencia e imparcialidad.

* Socio de CORRAL ROSALES CARMIGNIANI PÉREZ|CRCP y Presidente del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. Abogado por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. ecarmi@crcep.ec.

** Asociado Senior de CORRAL ROSALES CARMIGNIANI PÉREZ|CRCP, Profesor y Subdirector de la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Abogado por la USFQ, Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar–Sede Ecuador, Magister en Derecho de Empresa por la USFQ y LL.M. en Derecho internacional por la Universidad de Cambridge. hgarcia@crcep.ec.

*** Asociada de CORRAL ROSALES CARMIGNIANI PÉREZ|CRCP, Profesora adjunta de la USFQ. Abogada por la USFQ. ccepeda@crcep.ec.

KEYWORDS: annulment action, Código Orgánico General de Procesos, extraordinary action of protection, homologation of foreign arbitral awards, IBA guidelines, independence, impartiality, guidelines, non-signatories.

RESUMEN:

El presente trabajo presenta una actualización sobre los recientes cambios legales y jurisprudenciales –positivos y negativos– que se evidencia en el arbitraje ecuatoriano durante los últimos años. Se analizan algunos de los temas más discutidos en esta materia, sobre los cuales no se ha obtenido consenso ni una línea jurisprudencial unificada en el Ecuador. Además, demuestra el avance y el constante estudio que tanto los árbitros como los abogados han realizado sobre la aplicación de teorías complejas del arbitraje con el fin de alcanzar una resolución célere y apegada a la realidad.

ABSTRACT:

This paper presents an investigation about the regulatory and jurisprudential changes –positive and negative– made in Ecuadorian arbitration during recent years. The paper analyzes some of the most controversial topics which have not yet been resolved by the doctrine, nor by Ecuador's inconsistent jurisprudence. In addition, this study explores the latest advancement made by national arbitrators and lawyers in applying important and complex arbitration theories in order to achieve prompt and real resolutions to disputes.

1. INTRODUCCIÓN

Es indiscutible el crecimiento y desarrollo que ha tenido el arbitraje durante los últimos años en el Ecuador. En gran medida, esto se debe a que los usuarios de este sistema le han dado una importancia notable a su estudio. No obstante, el panorama aún no es del todo satisfactorio y coherente. El presente estudio se enfocará en los avances que se reportan desde el año 2014 al 2016

en esta materia y analizará varios de los temas que han sido objeto de cambios legislativos, jurisprudenciales y de discusión recurrente en el foro arbitral.

Nos enfocaremos particularmente en: (i) las reformas al sistema de homologación y ejecución de laudos arbitrales internacionales y la reciente jurisprudencia en la materia, (ii) la aplicación de la Acción Extraordinaria de Protección (AEP) contra laudos arbitrales; (iii) las decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la admisibilidad del recurso de casación en contra de sentencias de nulidad de laudos arbitrales, (iii) la aplicación del Código General de Procesos (COGEP) en la acción de nulidad de laudos arbitrales, (iv) aplicación de cláusulas escalonadas en el arbitraje, (v) la inclusión de partes no signatarias en el proceso arbitral y (vi) la recusación de árbitros y la aplicación de las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional (Directrices de la IBA).

2. HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

Como se ha mencionado en otra parte¹, con la expedición del COGEP² el Ecuador sufrió un gran retroceso en materia de homologación y ejecución de laudos arbitrales proferidos en el extranjero. Antes del COGEP los laudos internacionales se ejecutaban de la misma forma que los laudos nacionales, esto es, prescindiendo de un proceso de homologación previo. Al amparo de las nuevas disposiciones legales, todo laudo internacional, previo a ser ejecutado, debe ser homologado. El nuevo proceso no es claro, simple e impone en el solicitante la carga de probar el efecto de *res iudicata* y de la legalidad y compatibilidad con el ordenamiento jurídico. Tampoco permite la ejecución de laudos anulados en sede ni de laudos parciales que no tengan efecto de *res iudicata*. Todo lo anterior hace que el actual procedimiento de

1. A. GALINDO y H. GARCÍA LARRIVA, "Relación entre el Código Orgánico General de Procesos y el procedimiento arbitral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, pp. 72-78.
2. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), RO Sup. No. 506, 22/5/2015.

reconocimiento de laudos internacionales sea más gravoso que el requerido por la Convención de Nueva York (CNY) y la Convención de Panamá (CP). Es nuestro criterio que, en función de lo dispuesto por el artículo 425 de la Constitución del Ecuador y el artículo 2 del COGEP, los juzgadores deberían aplicar directamente las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia arbitral de los que el Ecuador es parte, descartando aquellas normas del COGEP que podrían contravenir las disposiciones de la CNY y la CP.

La aplicación de las disposiciones sobre requisitos y el proceso de homologación y reconocimiento de laudos arbitrales internacionales apenas tiene un año de vigencia. Por ello, la experiencia y práctica aún es insuficiente para analizar las posibles soluciones a la problemática que envuelve el nuevo procedimiento. No obstante, en un caso reciente, que si bien se trató de la homologación de una sentencia extranjera y no un laudo –que para efectos de este análisis es irrelevante pues el procedimiento normado es el mismo– las cortes ecuatorianas han demostrado un desconocimiento general sobre la aplicación de las normas del ordenamiento nacional y de instrumentos internacionales en esta materia, imponiendo requisitos de admisibilidad adicionales a los que exige la ley en la materia, huelga añadir, con absoluta incoherencia e imprecisión.

El 23 de junio de 2016, la Sala Especializada de lo civil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas resolvió inadmitir una solicitud de homologación de una sentencia definitiva emitida el 20 de marzo de 2013 por el Juzgado Tercero del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos³. El razonamiento de la Corte para abstenerse de conocer esta causa fue que, a su criterio para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos internacionales, es necesario agotar una supuesta fase administrativa prejudicial ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador. La Corte consideró que el ministerio es la autoridad competente para determinar la legalidad, constitucionalidad y cumpli-

3. Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales, Juicio Especial 09113201600024, 23/06/2016.

miento de formalidades para que la sentencia extranjera pueda surtir efectos en el Ecuador⁴. Así, la Corte Provincial concluyó que

para que se realice un exequátur en el Ecuador, es necesario que la autoridad judicial extranjera requirente, a través del canal diplomático (Embajada o Consulado Extranjero en Ecuador) solicite al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, que la Autoridad Central Competente ejecute la sentencia que ha emitido. Una vez que esta Cartera de Estado ha efectuado la verificación indicada, la traslada a la Sala Especializada en razón de la materia, de la Corte Provincial de Justicia de la jurisdicción del lugar en el que deba ejecutarse la sentencia de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Esta resolución devela un desconocimiento absoluto de la Corte sobre el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos internacionales en el Ecuador. Esto debido a que (i) estos procesos son esencialmente judiciales y son de competencia exclusiva de las Salas de la Corte Provincial⁵; (ii) la intervención de una dependencia de la Función Ejecutiva para revisar la legalidad y constitucionalidad de una sentencia o laudo internacional

4. “La fase administrativa prejudicial que realiza la mencionada dependencia [Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana] bajo el Principio de Regularidad Internacional de los fallos, verifica que exista compatibilidad entre la sentencia y la legalización ecuatoriana, es decir, que no sea contraria a la Constitución y las leyes al tenor del artículo 147 de la Constitución, del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos de 1979, ratificado por el Ecuador, y del artículo 423 del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante. Confirmando además que la sentencia venga revestida de formalidades, que están debidamente legalizados y no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público y se adjunten la documentación necesaria para el caso”.
5. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 143: “El conocimiento de las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, corresponderá a la sala de la corte provincial especializada en razón de la materia del distrito del demandado. Una vez ejecutoriada la sentencia que declare el reconocimiento u homologación de la sentencia extranjera, la ejecución de la misma corresponderá a la jueza o el juez de primer nivel del domicilio del demandado, competente en razón de la materia”. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 208 (6): “A las salas de las cortes provinciales les corresponde: 6. Conocer, en única instancia, las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, que, de acuerdo a la materia, corresponderá a la Sala Especializada. En caso de existir dos salas, se establecerá la competencia por sorteo. Una vez ejecutoriada la sentencia que declare el reconocimiento u homologación de la sentencia extranjera, la ejecución de la misma corresponderá al juzgador de primer nivel del domicilio del demandado, competente en razón de la materia”. COGEP, Art. 102: “Para el reconocimiento y homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación con efecto de sentencia en su legislación de origen, expedidos en el extranjero, corresponderá a la sala de la Corte Provincial especializada del domicilio de la o del requerido”. RO Sup. No. 544, 09/03/2009.

contraviene una de las reglas básicas de un Estado de Derecho, la cual exige que ninguna autoridad ajena a lo judicial desempeñe funciones de administración de justicia⁶; (iii) la Corte no cita, ni de manera referencial, norma alguna del COGEP, peor aún las normas pertinentes a la homologación de laudos y sentencias extranjeras; (iv) la absurda decisión de la Corte generaría una mayor carga administrativa para la función ejecutiva, con los consiguientes costos para el Estado y demora para los ciudadanos; (v) el procedimiento señalado por la Corte vulneraría el derecho a la debida defensa del ejecutado, pues el supuesto procedimiento de homologación –mal– sugerido por la Corte sería *ex parte*; (vi) *ex abundante cautela*, aun cuando existiese el supuesto procedimiento de homologación reseñado por la Corte –*quod non*–, los jueces han ignorado expresamente la derogatoria general décimocuarta del COGEP que establece que “otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma”⁷; por último, (vii) las normas citadas por la Corte que supuestamente fundamentan este *sui generis* –sino absurdo– sistema de homologación, en realidad se refieren al auxilio y cooperación que en materia de actividades jurisdiccionales presta el Estado ecuatoriano a autoridades jurisdiccionales de otros estados cuando estas requieren la práctica de una diligencia judicial en el Ecuador como la declaración de un testigo, por ejemplo. Es claro que la homologación de una sentencia extranjera no es parte de aquella cooperación internacional que un Estado otorga a otro para la práctica de una diligencia judicial. No es un diálogo entre funciones jurisdiccionales de diferentes estados.

En definitiva, la actual normativa y el pronunciamiento de la autoridad competente, sin duda, revelan el escenario gris en el que se encuentra el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos internacionales en el Ecuador. No solo que se han incluido nuevos requisitos y nuevos procedimientos –desde nuestra perspectiva– más rigurosos y contrarios a la normativa internacional, sino que, además, la autoridad encargada y competente para conocer estas causas tienen un absoluto desconoci-

6. Constitución de la República del Ecuador (CRE), Art. 168 (3). RO No. 449, 20/10/2008.

7. COGEP, Derogatoria General Décimo Cuarta. N. 12.

miento sobre el manejo de estos procesos y evitan la correcta administración de justicia.

3. APLICACIÓN DE AEP EN CONTRA DE LAUDOS ARBITRALES

La AEP es una suerte de amparo que se puede presentar en contra de resoluciones jurisdiccionales que hayan violado los derechos reconocidos en la Constitución ecuatoriana. Este recurso, en el contexto del arbitraje, ha producido dos incertidumbres: (i) ¿son los laudos arbitrales una de aquellas resoluciones contra las cuales procede la AEP? (ii) de ser el caso, ¿debe necesariamente agotarse la vía de la acción de nulidad previo a interponer una AEP contra un laudo arbitral?

Sobre el primer punto, la AEP, según el artículo 94 de la Constitución ecuatoriana, “procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”. Por su parte, el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) establece que la AEP “tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, *resoluciones con fuerza de sentencia*, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución” (énfasis añadido). Claramente el texto constitucional no menciona la palabra “laudo” en ninguna parte, sin embargo, la LOGJCC añadió que la AEP además procederá contra resoluciones con fuerza de sentencia. Es posible preguntarse si la LOGJCC puede o no añadir un acto sobre el cual se puede interponer la AEP sin que la Constitución lo prevea, pero, presumiendo su validez, lo cierto es que nadie puede dudar que un laudo, al amparo de la legislación ecuatoriana, es una resolución con fuerza de sentencia. Pese a una oposición inicial⁸, actual-

8. Véase E. NEIRA ORELLANA, “La Constitución de 2009 y el Arbitraje bajo la Ley Ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011, pp. 33-64.

mente no cabe duda que la Corte Constitucional admite AEP's en contra de laudos arbitrales⁹.

Ahora, sobre los requisitos de admisibilidad del recurso, el artículo 94 de la Constitución ecuatoriana establece que “[e]l recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”. Por su parte el artículo 61(3) de la LOGJCC establece como requisito de la acción la “[d]emostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado”. Estas dos disposiciones configuran la naturaleza residual de la AEP en el sistema ecuatoriano. En un principio la Corte Constitucional mantuvo una línea constante de jurisprudencia requiriendo que, previo a la interposición de la AEP, se debe agotar la acción de nulidad de laudos –en primera y segunda instancia–¹⁰, por lo que no cabía la interposición del recurso directamente contra un laudo arbitral.

Esta posición de la Corte parecía inadecuada pues, como claramente establece la LOGJCC, podrían existir escenarios de vulneración de derechos constitucionales que no estén protegidos por las causales de nulidad de laudos arbitrales, haciendo que el agotamiento de la mencionada acción resulte ineficaz para remediar la violación constitucional. Esa línea constante de jurisprudencia fue modificada con la sentencia en el caso Jorge Helmutt Salazar Velez v. Richard Romero y otra¹¹, donde la Corte hace una

9. Véase Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisiones, *Quasar Náutica Expeditions S.A. c. Oceanadventures S.A. y otros*, Caso No. 0543-14-EP, 24/06/2014; Corte Constitucional del Ecuador, Juez Ponente Nina Pacari Vega, *EMVIAL E.P. c. Fernando Castro León*, Caso No. 169-12-SEP-CC, Sentencia 1568-10-EP; Corte Constitucional del Ecuador, Juez Ponente Patricio Pazmiño, *Jorge Helmutt Salazar Velez v. Richard Romero y otra*, Caso No. 1542-11-SEP-CC, Sentencia 123-12-EP.

10. Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisiones, *Miguel Angel Valdivieso c. CONTASIS S.A.*, Caso No. 1362-13-EP, 18/01/2014; Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisiones, *MEGADATOS Ltda. c. Corporación Ecuatoriana de Información y Cultura ECUACULTURA*, Caso No. 1585-10-EP, 21/03/2011; Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisiones, *Ávila Chiriboga y otra v. HERSHCORP S.A.*, Caso No. 1275-13-EP, 30/01/2014.

distinción entre los escenarios de (i) vulneración de derechos constitucionales dentro del proceso arbitral, y, (ii) vulneración de derechos constitucionales dentro de la acción de nulidad. La Corte concluye que en ambos casos es procedente el control constitucional a través de la AEP. En el caso de vulneración de derechos constitucionales dentro del proceso arbitral, la Corte reafirmó también la naturaleza “residual” de la AEP frente a la acción de nulidad de laudo, estableciendo que ésta debe agotarse únicamente cuando sea propicio para la tutela de los derechos constitucionales presuntamente violados. Por último, la Corte aclara que la AEP no es un medio para conocer errores *in-procedendo* ni *in-judicando* del proceso arbitral ni de la acción de nulidad, por lo tanto, no es un recurso de alzada. Su objetivo, afirma la Corte, es conocer violaciones constitucionales en dichos procesos. Esta decisión fue ratificada por una reciente resolución de la Corte Constitucional en el caso Quasar Nautica Expeditions S.A. v. Oceanadventures S.A.¹².

4. RECURSO DE CASACIÓN EN CONTRA DE LAS SENTENCIAS DE NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES

Si ha existido un área en materia de arbitraje donde se ha tenido inseguridad es en la forma en la cual debe tramitarse la acción de nulidad en el Ecuador. Durante mucho tiempo, ante el silencio de la ley, se discutió si el procedimiento era el del juicio ordinario, o si el plazo para decidir la causa establecido en la ley conllevaba la creación de un procedimiento especial. Este conflicto concluyó con un pronunciamiento de la Corte Constitucional rechazando la aplicación del procedimiento ordinario¹³.

-
11. Corte Constitucional del Ecuador, Juez Ponente Patricio Pazmiño, *Jorge Helmut Salazar Velez v. Richard Romero y otra*, Caso No. 1542-11-SEP-CC, Sentencia 123-12-EP.
 12. Corte Constitucional, Juez Ponente Wendy Molina Andrade, Sentencia No. 113-15-SEP-CC, 08/04/2015, Caso No. 0543-14-EP.
 13. Corte Constitucional, Juez Ponente Hernando Morales Vinueza, Resolución No. 0008-2008-DI, Caso No. 0008-2008-DI.

Posteriormente, con la derogación de la Ley Orgánica de la Función Judicial y la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, existió un vacío sobre si existía o no apelación de la decisión del Presidente de la Corte hacia una de las Salas Especializadas de la Corte en materia Civil –pues se derogó la norma que atribuía a estas salas esa competencia–. Aunque queda pendiente la resolución de un recurso constitucional en esta materia¹⁴ y de que existe un pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador sosteniendo que la acción de nulidad de laudos es un proceso de conocimiento de única instancia¹⁵, la práctica jurisprudencial se ha decantado por aceptar los recursos de apelación de las decisiones sobre nulidad de laudos arbitrales emitidos por el Presidente de la Corte Provincial.

El siguiente problema que se debía sortear era si cabía o no interponer Recurso de Casación sobre la decisión de nulidad de las Salas Especializadas de las Cortes Provinciales. Una línea de jurisprudencia sostenía que era improcedente porque consideraba que la acción de nulidad de laudos arbitrales no es un proceso de conocimiento¹⁶, y otra sostenía exactamente lo opuesto, es decir, que la acción de nulidad de laudo es un proceso de conocimiento y por lo tanto sí es procedente el recurso de casación¹⁷.

14. Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisiones, *Quasar Náutica Expeditions S.A. c. Oceanadventures S.A. y otros*, Caso No. 0543-14-EP, resolución 24/06/2014.
15. Corte Nacional de Justicia, Sala de Conjucees Permanentes de lo Civil, Mercantil y Familia, Juez Ponente Dana Abad Arévalo, *Asociación Ecuatoriana de Ecoturismo ASEC c. Ministerio de Turismo*, Resolución, 02/03/2010.
16. Corte Suprema de Justicia (ahora Corte Nacional de Justicia), Sala de lo Civil y Mercantil, *Compañía de Seguros y Reajustes S.A. c. La Ganga Rca. Cía. Ltda.*; Sentencia, 10/10/2001, Gaceta Judicial 7, 10/10/2001, Serie 17; Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, *Autoridad Portuaria de Guayaquil c. Andipuerto Guayaquil S.A.*, 02/10/2003, Expediente de Casación 207, RO No. 259, 26/01/2004; Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, *Dineagro Corporación Agroindustrial S.A. c. GRUPEXPORT Compañía de Comercio Cía. Ltda.*, 30/10/2006, Expediente de Casación 378, RO. Sup. 14, 01/02/2008; Corte Nacional de Justicia, Sala de Conjucees de lo Civil y Mercantil, Juez Ponente Guillermo Narváez Pazos, *Compañía de Seguros Ecuatoriano Suiza S.A. c. Compañía ASESORESSA Agencia Asesora Productora de Seguros S.A.*, Juicio No. 687-2012, 04/12/2012; Corte Nacional de Justicia, Sala de Conjucees de lo Contencioso Administrativo, Juez Ponente Oscar Enríquez Villarreal, *INMODIURSA S.A. c. Compañía Alfredo Ribadeneira Arquitectos Cía. Ltda.*, Juicio 173.2012, 13/05/2013.
17. Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, *LATIN AMERICA TELECOM Inc. c. PACIFICTEL S.A.*, 11/06/2007, Expediente de Casación 242, RO. Sup. No. 542, 06/03/2009; Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, *IMPOCOMJAHER Cía. Ltda.*, Resolución No. 10-2009, 05/02/2009; Corte Nacional de Justicia, Juez Ponente Carlos Ramírez Romero, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, *Trasinvest S.A. c. BMI Financial Group Inc.*, 18/01/2010.

Finalmente, parecía que la Corte Constitucional intentó aclarar este dilema en sus últimos pronunciamientos. En el caso “Ministerio de Transporte y Obras Públicas/Procuraduría General del Estado v. Fiduciaria Ecuador Fideuecuador, administradora de fondos y fideicomisos, antes compañía Stanford Trust Company, Administradora de Fondos y Fideicomisos S. A.”¹⁸, la Corte Constitucional declaró que es procedente el recurso de casación sobre la sentencia que resuelve la acción de nulidad de laudos arbitrales, pues, a criterio de la Corte, inadmitir este recurso devenida en una vulneración al debido proceso y al derecho de defensa. Este razonamiento fue reiterado el 16 de septiembre de 2015, en el caso Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito v. Consorcio BIGDIG S.A. y Asociados¹⁹. Sin embargo, en un pronunciamiento posterior, la Corte destruyó esta aparente armonía y sostuvo una tesis opuesta. En efecto, el 13 de enero de 2016, en el caso Conecel S.A. v. Logistic Network Servicios de Carga S.A., la Corte Constitucional manifestó que la inadmisión del recurso de casación sobre la sentencia que decide la nulidad de un laudo arbitral no implica una vulneración al debido proceso ni a derecho constitucional alguno²⁰.

Es indudable que la Corte ha vuelto a crear una incertidumbre respecto a los recursos que pueden plantearse en un proceso de nulidad de laudo arbitral, lo cual conlleva a una clara afectación a fin de plantear la Acción Extraordinaria de Protección²¹ (AEP). No obstante, como se explicará en la siguiente sección, se espera que el COGEP, de manera complementaria, traiga luces a esta problemática.

18. Corte Constitucional, Sentencia No. 124-15-SEP-CC de 22/04/2015, Caso No. 1279-11-EP y 1280-11-EP Acumulados.

19. Corte Constitucional, Sentencia No. 301-15-SEP-CC de (16/09/2015).

20. Corte Constitucional, Sentencia No. 018-16-SEP-CC de (13/01/2016).

21. La AEP es un recurso tendiente a la protección de derechos constitucionales vulnerados en resoluciones finales de naturaleza jurisdiccional. La AEP puede ser considerada como un recurso equivalente a las acciones de amparo que existen en la región.

5. APLICACIÓN DEL COGEP EN EL PROCESO DE NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES

Con la entrada en vigencia del COGEP, se han regulado ciertos procedimientos complementarios al arbitraje, como el reconocimiento de laudos extranjeros; la solicitud de medidas preventivas y la ejecución de laudos arbitrales. Sin embargo, la normativa adjetiva que continúa regulando de manera exclusiva el proceso de nulidad de un laudo arbitral es la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)²². No obstante, al ser el proceso de nulidad un proceso que se tramita en justicia ordinaria, surge el cuestionamiento respecto a la aplicación subsidiaria del COGEP a las disposiciones de la LAM en esta materia.

Desde nuestra perspectiva, este cuestionamiento es intrascendente, pues el artículo 31 de la LAM sigue vigente, por al menos, las siguientes razones:

- (i) El COGEP no prevé la posibilidad de anular un laudo arbitral. El artículo 112, referente a la nulidad de sentencias, prescribe: “las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó la sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada”. Es claro, que esta disposición se refiere exclusivamente a la nulidad de sentencias judiciales y de ninguna manera puede extenderse a la acción de nulidad de laudos. Esto, debido a que en arbitraje no existen instancias y tampoco se prevén otros juzgadores de la misma materia para resolver la petición de nulidad. El laudo arbitral se emite por un tribunal específicamente conformado para conocer la disputa y esta decisión es definitiva. En consecuencia, es evidente que las disposiciones del COGEP respecto a la anulación de sentencias no son aplicables a la acción de nulidad de laudos arbitrales.

22. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), RO No. 417, 14/12/2006.

- (ii) El artículo 31 de la LAM contiene normas esenciales que regulan el ejercicio de la acción de nulidad sin las cuales sería imposible ejercer este derecho *–verbi gratia–*, la determinación de las causales de nulidad y el término en el cual debe presentarse la acción. Estas disposiciones no han sido derogadas ni expresa ni tácitamente por el COGEP por lo que el artículo 31 de la LAM continúa siendo la norma principal que regula esta materia.
- (iii) La competencia de los Presidentes de las Cortes Provinciales para conocer la acción de nulidad de laudos arbitrales se encuentra prevista en el artículo 31 de la LAM y es la única autoridad competente para conocer este procedimiento. De acuerdo al artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, “la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley”. El COGEP no regula de manera expresa –ni por referencia– quién tendrá competencia para conocer la acción de nulidad de un laudo arbitral, por lo que es indudable que el artículo 31 de la LAM continúa vigente. Esta es la única norma que otorga, de manera expresa, competencia a una autoridad judicial para conocer la acción de nulidad y sustanciar su proceso.

En definitiva, el COGEP ha regulado algunas materias complementarias al proceso arbitral. Sin embargo, entre estas, no se encuentra el proceso de nulidad de laudos arbitrales. Este cuerpo normativo no prescribe el procedimiento específico, ni los elementos esenciales para plantear una acción de nulidad en contra de un laudo arbitral. Por lo tanto, las disposiciones del artículo 31 de la LAM en cuanto a las causales de nulidad de un laudo, los términos para iniciar la acción y la competencia de la autoridad que conoce este proceso continúan vigentes, a pesar de la promulgación del COGEP. No obstante, desde nuestra perspectiva, este último podría regular de forma complementaria al proceso de nulidad. A continuación, expondremos algunos de los puntos en los que cabe cuestionarse la aplicación de este cuerpo normativo y la forma en que estos deben ser ejecutados.

- (i) *Trámite aplicable:* El artículo 289 del COGEP prescribe que “se tramitará por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”. Como se expuso en la sección anterior, el COGEP no regula un procedimiento especial para iniciar la acción de nulidad de un laudo arbitral, luego cabría cuestionarse si es aplicable el procedimiento ordinario. La respuesta debe ser un rotundo no. No es aplicable el proceso ordinario, debido a que la LAM sí prevé un trámite especial, el cual continúa vigente. Como se expuso, la Corte Constitucional ha manifestado, respecto al proceso de nulidad de laudos arbitrales que:

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, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas casusas, como en efecto ha aplicado el Presidente de la Corte Superior [...] sin que para estas pueda aplicarse el artículo 59 del CPC [sobre el juicio ordinario]²³.

- (ii) *Acumulación de Procesos:* El artículo 16 del COGEP prevé la posibilidad de acumular causas a petición de parte o de oficio en circunstancias específicas. Esta disposición es aplicable al proceso de nulidad del laudo, dado que es posible que más de una parte se encuentre interesada o pretenda anular un laudo arbitral. Si dos o más procesos de nulidad en contra de un laudo se llevan de forma separada, es posible que uno de ellos se resuelva primero y cause la excepción de cosa juzgada en el resto de procesos de nulidad por lo que resulta conveniente su acumulación.
- (iii) *Excusa y Recusación:* El artículo 22 del COGEP prescribe las causas por las cuales un juez puede excusarse o puede ser recusado por las partes. Estas causales y su procedimiento de recusación son aplicables al proceso de nulidad del laudo arbitral.

23. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, RO Sup. No. 605, 04/06/2009.

- (iv) *Sujetos Procesales*: Las reglas de legitimación activa y pasiva previstas en el capítulo I del Título III del COGEP son aplicables a los procesos de nulidad del laudo arbitral. Adicionalmente, dentro de este proceso es posible verificar la formación de *litis* consorcio tanto activo como pasivo en los casos en que más de una parte se encuentre interesada en anular el laudo o en defender su validez. Cabe adelantar que, en este caso, los árbitros no son, bajo ninguna circunstancia, sujetos procesales de la acción de nulidad de laudo arbitral, sino las partes.
- (v) *Audiencias*: Una de las características y objetivos fundamentales del COGEP es fortalecer el principio de oralidad procesal. Dado que no existe normativa que regule la realización de audiencias o la actuación de las partes dentro del proceso de nulidad, es posible implementar esta innovación del COGEP al proceso de nulidad. Además, el artículo 93 del COGEP prescribe que “(a)l finalizar la audiencia la o el juzgador pronunciará su decisión en forma oral”. Por lo que es posible concluir que, al menos, al momento de emitir una decisión final, el juez deberá convocar a una audiencia oral.
- (vi) *Nulidad Procesal*: Los capítulos VIII y IX del COGEP regulan la posibilidad de anular un proceso judicial y la sentencia que deriva de éste. Dado que la acción de nulidad se tramita en vía judicial, le son aplicables las reglas generales y disposiciones sobre la validez del procedimiento y su resolución final.
- (vii) *Diligencias Preparatorias*: El artículo 120 del COGEP prescribe que se podrán practicar diligencias preparatorias antes de iniciar un proceso para alcanzar dos objetivos: (i) determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso. (ii) para anticipar la práctica de prueba urgente que pudiese perderse. Ninguno de estos presupuestos es aplicable al proceso de nulidad de un laudo arbitral, pues se tiene plena certeza sobre las partes legitimadas a intervenir en el proceso desde el inicio y debido a que, al resolverse a través de recaudos pro-

cesales, la práctica de la prueba es mínima por lo que no cumple el requisito de práctica urgente de la prueba.

- (viii) *Actos de proposición*: El Título I del Libro III del COGEP regula los actos de inicio del proceso. Así, prescribe los requisitos para presentar la demanda, contestación, calificación, entre otros. Estos actos son comunes a todos los procesos y por ello deben aplicarse también al proceso de nulidad de laudos arbitrales.
- (ix) *Actuación de la prueba*: El Título II del Libro III del COGEP regula los actos probatorios, tipos de prueba y su presentación. Como se adelantó, el proceso de nulidad de laudos arbitrales se juzga a partir de recaudos procesales por lo que la práctica de la prueba resulta mínima. No obstante, en caso de que una causal de nulidad requiera demostración específica, más allá de los documentos oficiales del proceso, ésta deberá realizarse de acuerdo a las disposiciones del COGEP, puesto que es el único cuerpo normativo que regula la materia.
- (x) *Conclusión extraordinaria del proceso*: El Título III del Libro III del COGEP prescribe la posibilidad de terminar un proceso de forma extrajudicial. En nuestra opinión, dentro del proceso de nulidad del laudo, son aplicables tanto los mecanismos de terminación bilaterales, como la conciliación y la transacción, así como los mecanismos unilaterales de terminación, como el allanamiento, desistimiento y abandono de la causa.
- (xi) *Impugnación de la sentencia*: El Título IV del Libro III del COGEP regula los mecanismos que tienen las partes para impugnar las decisiones adoptadas por el juez competente. Respecto a la posibilidad de impugnar la sentencia sobre nulidad de un laudo arbitral cabe hacer algunas precisiones.
 - i) El artículo 250 del COGEP prescribe que "(l)a aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de sentencias y autos prevé esta ley". De esta disposición, es evidente que el COGEP permite la aplicación

de recursos horizontales de forma general, salvo que exista una disposición específica en contrario. Dado que el proceso de nulidad de un laudo arbitral no prevé una prohibición en este sentido, es posible concluir que los recursos horizontales son aplicables a esta decisión.

ii) Sin embargo, esta regla cambia en cuanto a los mecanismos verticales de impugnación. El mismo artículo 250 del COGEP prescribe que *“Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad”* (énfasis añadido). Esta disposición deja claro, que, en cuanto a la aplicación de recursos verticales, el COGEP es más conservador y requiere de una normativa expresa para admitir su solicitud. Ahora bien, el artículo 250 se refiere a la aplicación de recursos verticales sobre providencias, por lo que es importante aclarar qué actos constituyen providencias. Dentro del capítulo VI del Libro II del COGEP, denominado *“Providencias Judiciales”*, el artículo 88 prevé que *“[l]as o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos”*. Por ello, es posible concluir que los autos y las sentencias son tipos de providencias a la luz del COGEP. Consecuentemente, la ley debe regular expresamente la posibilidad de impugnar verticalmente una decisión judicial emitida a través de autos y sentencias, caso contrario no puede presumirse la aplicación de un recurso vertical.

(1) *Recurso de Apelación*: El artículo 256 del COGEP prescribe que *“[e]l recurso de apelación procede contra las sentencias y autos interlocutorios dentro de primera instancia, así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso”*. En nuestra opinión, esta norma podría aplicarse a las sentencias que emiten los Presidentes de las cortes provinciales sobre nulidad de laudos arbitrales, ya que, al disponer, en términos generales, que este recurso *“procede contra las sentencias”*,

incluye también las decisiones adoptadas por el Presidente de la Corte Provincial.

- (2) *Recurso de casación*: El artículo 266 del COGEP prescribe que “[e]l recurso de casación procederá contra sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia [...]”. El proceso de nulidad del laudo arbitral es un proceso de conocimiento, pues dentro de éste se resuelve sobre la existencia de derechos y obligaciones por una presunta violación a solemnidades sustanciales del proceso arbitral. Por lo tanto, este recurso es aplicable al proceso de nulidad, una vez que se haya conocido en apelación, pues en este momento se pondrá fin al proceso de conocimiento.
- (3) *Recurso de Hecho*: el artículo 278 del COGEP regula que “[e]l recurso de hecho procede contra las providencias que niegan un recurso de apelación o de casación [...]”. De esta disposición es claro que este recurso será aplicable mientras se permita presentar los recursos verticales mencionados. Por las consideraciones que se han expuesto en esta sección, el recurso de hecho también será aplicable en los procesos de nulidad de laudo arbitral cuando el recurso de apelación o de casación fuese negados en la instancia respectiva.

6. APLICACIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS EN ARBITRAJE

Las cláusulas escalonadas tienen por objeto conservar la relación comercial de las partes a largo plazo, prefiriendo así los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos a los heterocompositivos. En este sentido, una cláusula escalonada prevé que, previo al inicio de un arbitraje se agote, por ejemplo, una instancia de mediación. Ahora, en los casos anteriores, donde las partes han pactado un mecanismo previo al arbitraje, ¿qué su-

cede si se ha iniciado un proceso arbitral sin acudir a estas instancias previas?, ¿cuál es la decisión que deben adoptar los árbitros frente a este incumplimiento? Recientes pronunciamientos en el Ecuador demuestran una tendencia a cuestionar la relevancia de agotar los mecanismos previos acordados cuando es clara su futilidad.

El 28 de noviembre de 2015, en el caso *Sipetrol v. Enap Sipetrol*²⁴, el Tribunal Arbitral sostuvo:

La cláusula de procedibilidad mencionada suele utilizarse con alguna frecuencia en los contratos para que las partes de den a sí misma la oportunidad de enmendar posibles incumplimientos y satisfacer el interés de la contraria sin recurrir al procedimiento arbitral. No cabe duda de que constituye un pacto vinculante que se suma al restante elenco de las obligaciones contractuales. Entendido así la naturaleza jurídica preventiva y el propósito amigable de esta cláusula, solamente tiene sentido en el caso de que efectivamente pueda cumplir su prevista función preprocesal, es decir, la posibilidad de que la parte a quien se imputa un incumplimiento contractual pueda contradecir esa imputación o allanarse a ella, y, de ser el caso, rectificar su conducta para evitar el enjuiciamiento. De otra manera no puede entenderse lógicamente la intención de los estipulantes, que el juzgador está en el deber de indagar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1576 del Código Civil. Por consiguiente si se ha iniciado un juicio arbitral que dicha cláusula pretendía evitar, ella ya no puede cumplir su propósito preventivo y se frustra la finalidad que tuvieron en vista las partes, porque no es razonable exigir que se cumpla un requisito pensado para evitar un proceso cuando esta ya ha sido iniciado, interpretación que se ajusta a la regla del artículo 1579 del Código Civil, porque a juicio del Tribunal Arbitral es la que mejor cuadra con la naturaleza de la estipulación que se comenta²⁵.

24. Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13, Laudo 28/11/2014, Árbitros Fabián Jaramillo Terán (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes (co-árbitros).
25. Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13, Laudo 28/11/2014, Árbitros Fabián Jaramillo Terán (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes (co-árbitros), párr. 17.

Es importante mencionar que dicho razonamiento del Tribunal Arbitral fue ratificado por la Corte Provincial de Pichincha cuando resolvió rechazar la acción de nulidad propuesta en contra del laudo²⁶. En dicha sentencia la Corte resolvió (i) que los árbitros tienen competencia exclusiva para resolver su propia competencia no pudiendo ser revisada vía acción de nulidad, sin desmedro de lo cual, (ii) la Corte concordó con el Tribunal Arbitral en su razonamiento y (iii) decidió que la falta de agotamiento de una fase previa al arbitraje no constituye una causal de nulidad bajo el artículo 31 de la LAM.

Así mismo, el 18 de noviembre de 2015, en el caso Autoridad Portuaria de Manta (APM) v. Terminales Internacionales de Ecuador S.A. (TIDE), Hutchison Port Investments Ltda (HPI) y Hutchinson Port Holdings Limited (HPH)²⁷, el Tribunal Arbitral desechó la solicitud de inadmitir la demanda arbitral por haberse supuestamente incumplido un requisito previo al arbitraje con respecto de dos demandados. En este caso, el razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

[E]l Tribunal observa que lo actuado en las instancias posteriores no significó un límite para el pleno ejercicio de los derechos posteriores a las Demandadas 2 y 3 en este arbitraje (El Tribunal observa en este sentido que tanto las Discusiones Directas como la Mediación se limitaron a los temas en disputas fijados inicialmente con la intervención del Sr. Medranda, no habiéndose arribado a ningún acuerdo que limitara los términos de la disputa posteriormente sometida a arbitraje). Esa circunstancia sumada a la posición de fondo asumida por las Demandadas 2 y 3 en el proceso (rechazando la Demanda en todos sus términos) conducen a considerar al planteo fundado en esta causa [inadmisibilidad de la demanda por falta de agotamiento de instancias previas] como un mero rigorismo formal, en esas condiciones no puede ser acogido por el Tribunal²⁸.

26. Corte Provincial de Pichincha, *Sipetrol SA v. Enap Sipetrol S.A.*, Juicio No. 171002015001, Sentencia de 13/01/2016.

27. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, Laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (co-árbitros).

Estos pronunciamientos indican que, si bien se reconoce que las partes han pactado cláusulas escalonadas, la omisión de los mecanismos previos acordados no implica *per se* que el Tribunal Arbitral se abstendrá de conocer la controversia. Para determinar si el incumplimiento del acuerdo es relevante para el inicio del arbitraje, se tendrá que analizar las circunstancias específicas del caso y considerar si es que exigir este requisito previo cumpliría su verdadero objeto o si simplemente sería una medida dilatoria del proceso arbitral.

7. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS

En principio, las partes de un convenio arbitral son los sujetos que lo celebraron. No obstante, existen situaciones en las que concluir esto no responde a la realidad. Por este motivo, se han desarrollado distintas teorías que permiten extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias a fin de identificar quiénes forman parte del centro de interés de dicho convenio, no solo por prestar su consentimiento expreso, sino, por actos conducentes que permitan determinar su vinculación²⁹.

Lejos de ser una fenomenología ajena a nuestra realidad, el foro ecuatoriano se ha visto en la necesidad de enfrentar estos dilemas. En esta sección procuramos exponer algunos de los casos que han discutido la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias y además pretendemos actualizar el análisis sobre esta práctica en el Ecuador³⁰.

28. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (co-árbitros), párr. 210.

29. Para mayores referencias ver H. GARCÍA LARRIVA, "Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica", *Juris Dictio*. Año 13, Vol. 15, Universidad San Francisco de Quito, enero-junio, 2013.

30. En esta sección actualiza el contenido y casuística del acápite 8, Extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias: práctica ecuatoriana, del artículo, GARCÍA LARRIVA, "Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica", *Juris Dictio*. Año 13, Vol. 15, Universidad San Francisco de Quito, enero-junio, 2013.

En el caso 012-2013 CAM CCQ³¹, el Tribunal se refirió de manera directa a la teoría de partes no signatarias en su análisis. El caso concierne a un contrato de distribución suscrito por la Compañía W y el Señor “X” en calidad de proveedores, y por el otro lado, el Señor “Y” en calidad de distribuidor. En un procedimiento arbitral anterior “Y” demandó a la Compañía W y a “X” por un aducido incumplimiento contractual. En este procedimiento arbitral, el Tribunal desechó la demanda por falta de legítimo contradictor, pues, a juicio de los árbitros, durante la ejecución del contrato, “Y” había cedido de manera tácita sus derechos contractuales a la Compañía Z. El segundo procedimiento arbitral –que corresponde a la resolución de partes no signatarias– se inició por una nueva demanda sobre el mismo contrato, esta vez planteada por la Compañía Z en contra de la Compañía W y el Señor “X”. Los demandados, al contestar la demanda, plantearon la excepción de que el actor carecía de facultad o derecho para demandar, pues no era signatario del convenio arbitral. Al analizar su competencia el Tribunal consideró que, de igual manera que en el caso de sucesión por causa de muerte donde el heredero asume la misma posición del causante en los contratos celebrados por éste, el cesionario de los derechos en un contrato, sucede al cedente en los derechos que le han sido cedidos. En palabras del tribunal, “al haber cedido el Señor “Y” los derechos derivados del contrato..., la compañía cesionaria se halla ligada por la cláusula de arbitraje, la cual es obligatoria para los demandados”, y añade, que para que exista renuncia a dicha cláusula “hubiera sido necesario que ambas partes, Compañía Z y los dos demandados, se hubieran pronunciado en tal sentido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación”. El tribunal llega a la conclusión de que la excepción de falta de derecho o facultad para demandar del actor propuesta por los demandados carece de sustento. Al respecto el tribunal se pronuncia de la siguiente forma

31. Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Quito, Caso 012-2013, Acta de Audiencia de Sustanciación. Árbitros Alejandro Ponce Martínez (presidente), Alfredo Corral Borrero y Jorge Paz Durini (co-árbitros).

[s]u calidad de cesionaria [Compañía Z] de los derechos por parte del Señor “Y” reconocida en laudo ejecutoriado, le faculta a hacerlo, puesto que, en cuanto a la sumisión al arbitraje, tal compañía tomó la misma posición que el cedente. Tal calidad de cesionaria de los derechos derivados del contrato no puede ser discutida por los demandados, con respecto a la aplicación del convenio de arbitraje, en virtud de la autonomía de dicha cláusula, por cuanto, como se ha expresado no ha existido renuncia válidamente expresada de la cláusula de arbitraje.

Para el tribunal el consentimiento de las partes en arbitrar se verifica de manera inequívoca en los siguientes momentos: (i) al haber los demandados consentido en la cláusula arbitral contenida en el contrato de distribución, (ii) al haber sido la Compañía Z declarada en laudo ejecutoriado como legítima cesionaria de los derechos de “Y”, y, (iii) al haber la Compañía Z ratificado su voluntad al suscribir la demanda e iniciar el arbitraje. Por último, el Tribunal recalca que el consentimiento para arbitrar solo puede ser revocado mediante una renuncia expresa y válida de todas las partes. Los árbitros, de esta forma, afirman y apuntalan el principio de inevitabilidad del arbitraje.

Otro caso interesante es el 036-08 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil³². El caso gira en torno a un contrato de fideicomiso cuyo objeto era solventar la deuda que por liquidez había adquirido el Banco Amazonas S.A. con el Banco Central del Ecuador. El fideicomiso debía dar, en calidad de pago al Banco Central del Ecuador, el fruto de la venta de los inmuebles aportados por los constituyentes (el Banco Amazonas S.A. y otras compañías, que a su vez eran beneficiarios del fideicomiso). Luego de una cesión de derechos el Banco Amazonas S.A. se constituyó en el único beneficiario del fideicomiso. Posteriormente, el señor Simón Parra Gil, mediante carta dirigida al Banco Central del Ecuador, se obligó –con todo su patrimonio– a readquirir los bienes constantes en el patrimonio del fideicomiso y a garantizar los intereses del Banco Central del Ecuador

32. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil *Fideicomiso Mercantil BASA v. Banco Amazonas SA y el señor Parra Gil*, Laudo Final de 12/01/2012, Árbitros Rubén Morán Sarmiento (presidente), Ana María Larrea y Roberto Gómez-Lince (co-árbitros).

dentro del mismo. Luego de un poco más de un año de constituido el fideicomiso, éste se reforma y se incluye la obligación del Banco Amazonas S.A. de sustituir los bienes aportados con unos nuevos de igual o mayor valor, a la sola solicitud del Banco Central del Ecuador. Posteriormente, el Banco Amazonas S.A. cede al Banco Central sus derechos fiduciarios y la calidad de beneficiario dentro del fideicomiso mercantil. Después de algunos incumplimientos contractuales con relación a la obligación de sustitución de bienes dentro del fideicomiso, la fiduciaria, en su calidad de representante legal del Fideicomiso Mercantil BASA, decide iniciar un arbitraje en contra del Banco Amazonas S.A. y el señor Simón Parra Gil. Este último, al contestar la demanda, opone la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, pues él no ha sido parte de ninguno de los contratos, ni ha suscrito cláusula arbitral alguna con relación a ellos.

El contrato de fideicomiso, así como todos los contratos sucesivos, incluyendo el de cesión de derechos fiduciarios y calidad de beneficiario, contenían convenios arbitrales que vinculaban al Banco Amazonas SA con el Fideicomiso Mercantil BASA. Sin embargo, el señor Simón Parra Gil, no fue suscriptor de ninguno de ellos. El Tribunal arbitral desestimó la excepción de incompetencia y consideró que era competente para conocer la demanda en contra del señor Simón Parra Gil bajo el fundamento de que

garantizar personal y solidariamente una obligación específica, constante en un contrato que contenía una cláusula de solución de conflictos mediante vía arbitral, cuyo texto debió conocer y aceptar, lo sujeta a dicha vía arbitral, puesto que el presupuesto de ejecución de dicha obligación excluyó la jurisdicción ordinaria, y, precisamente con sujeción a tales términos y condiciones, se vinculó como garante solidario de la referida obligación, lo que implica su adhesión tácita al convenio arbitral que rige la obligación asumida, por el principio de “favor arbitralis”...³³

33. Un punto interesante en este caso es el hecho que el señor S. PARRA GIL inició un juicio de competencia en contra de los árbitros en la presente causa. La Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial del Guayas rechazó la acción y confirmó la competencia de los árbitros. Causa 09112-2010-0674 - (2010-11-09).

En otros pronunciamientos recientes, es fundamental destacar el caso Sipetrol S.A v. Enap Sipetrol S.A.³⁴. En este caso, las partes celebraron un acuerdo transaccional mediante el cual Sipetrol S.A. se comprometió a no utilizar la denominación “Sipetrol” fuera del Ecuador. Enap Sipetrol S.A., dentro de un proceso arbitral, reconvino a Sipetrol S.A., pues descubrió que los accionistas de esta última constituyeron una compañía en Panamá utilizando la denominación “Sipetrol”. El Tribunal arbitral decidió extender los efectos de los actos de los accionistas sobre la adquisición de una compañía panameña y concluyó que la compañía Sipetrol S.A. había incumplido el acuerdo transaccional. Respecto a la extensión de los efectos y la extralimitación de la personalidad societaria. En este caso, el Tribunal Arbitral sostuvo:

aunque se reconoce el principio *res inter alios acta* de los contratos, el tribunal considera que en ciertas circunstancias excepcionales, hay que calibrar sus efectos frente a terceros para evitar que se desatienda un principio mayor. El principio de la buena fe contractual es uno de carácter transversal en el área del negocio jurídico y vertical en las etapas precontractual, acuerdo y ejecución que en todo momento hay que demostrar una conducta de colaboración de los contratantes para el cumplimiento de las obligaciones.

Aunque fue la empresa ecuatoriana Suministros Industriales Petroleros SIPETROL S.A. parte contractual en el convenio de transacción y el sujeto obligado a satisfacer permanentemente la conducta negativa, por los especialísimos elementos que estructuran el *factum* del caso, el Tribunal Arbitral debe confrontar la procedencia de la excepción “No se le puede atribuir responsabilidad a mi representada [Sipetrol] por acciones en las cuales no ha participado”.

...[E]n todo momento se debe detectar y rechazar cualquier conducta que pretenda desnaturalizar a la persona jurídica societaria al convertirla en instrumento de la voluntad para perjudicar bajo un velo de legalidad.

34. Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13, Laudo de 28/11/2014, Árbitros Fabián Jaramillo Terán (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes (co-árbitros).

... no es función de este Tribunal descubrir la voluntad que controla a ambas compañías, pero sí el de detectar esa simetría cuando se quiere eludir las obligaciones de una persona jurídica haciendo aparecer una aparente legalidad para disfrazar un abuso de derecho, lo cual va contra la naturaleza económica-jurídica de la personalidad societaria de largo desarrollo y, en general contra el Derecho.

La teoría del caso lleva a que el principio de buena fe en la ejecución de la obligación de no hacer consistía en que la compañía obligada no podía hacer uso del término SIPETROL fuera del territorio ecuatoriano, a cuyo efecto, la voluntad y actitud de buena fe de la compañía recae en las personas naturales que la representan o que forman los órganos internos de formación de su voluntad. No se trata de una compañía panameña con una voluntad ajena, independiente y extraña a la voluntad de la compañía ecuatoriana; por el contrario, este Tribunal Arbitral asume la convicción razonable que se trata de un *extremis case*, que como tal, debe ser tratado con graduación mayor, porque existe una instrumentación de la personalidad jurídica societaria ecuatoriana para perjudicar a la contraparte, contraviniendo el espíritu de las concesiones recíprocas adquiridas por el contrato de transacción³⁵.

En el caso Autoridad Portuaria de Manta (APM) v. Terminales Internacionales de Ecuador S.A. (TIDE), Hutchinson Port Investments Ltda (HPI) y Hutchinson Port Holdings Limited (HPH), el Tribunal Arbitral analizó si los efectos del incumplimiento de TIDE al contrato de concesión con APM debían extenderse a las compañías HPI y HPH –accionistas de TIDE–³⁶. Finalmente, el Tribunal Arbitral concluyó que:

35. Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13, Laudo, 28/11/2014, Árbitros Fabián Jaramillo Terán (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes (co-árbitros), párrs. 19-22.
36. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, Laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (co-árbitros), párr. 445: “Si bien como queda dicho, las Demandadas 2 y 3 no celebraron como “parte” el Contrato de Concesión, ello no impide que pudieran quedar alcanzadas ni resultar obligadas por él. Ello, fundamentalmente en razón de dos circunstancias que el Tribunal (por mayoría) considera relevantes: por un lado, por los compromisos que asumieron en la etapa de formación del Contrato de Concesión; por el otro por el grado de participación que les cupo durante el desarrollo del mismo y, especialmente, en la decisión de abandonar la Concesión”.

[...] el grado de involucramiento de HPH y HPI tuvieron en el contrato, comportándose como verdaderas partes antes de su celebración y durante su ejecución excedió largamente la razonable supervisión que los accionistas de una sociedad efectúan normalmente sobre las actividades de ésta, prácticamente sustituyeron a TIDE en las fases críticas del Contrato. Si también se toma en consideración el papel que las Demandadas 2 y 3 desempeñaron al decidir la terminación del Contrato y, en la etapa post-contractual, al participar activamente en las negociaciones tendientes a solucionar el conflicto generado por ella, el Tribunal (por mayoría) no puede sino concluir que las Demandas 2 y 3 deben responder por las consecuencias de su incumplimiento³⁷.

Una decisión contraria importaría convalidar un comportamiento actual, que, por contravenir sus propios actos, atenta contra el deber de buena fe con que deben ejecutarse los contratos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1562 del Código Civil Ecuatoriano. No sobra señalar que, conforme el adagio romano *nemo potest contra factum venire*, nadie puede alegar un derecho que está en pugna con su propio actual y que consiste en una conducta, positiva o negativa, que crea objetivamente confianza en otra persona acerca de que mantendrá ese comportamiento. Es, como se señala, la denominada “promesa de una futura conducta coherente”, cuyo quebrantamiento afecta el principio de buena fe³⁸.

Es importante destacar estos pronunciamientos, pues si bien reconocen que la extensión de los efectos de un convenio arbitral a partes no signatarias es una situación excepcional, los tribunales arbitrales han realizado una ponderación superior del principio de buena fe y lealtad negocial para alcanzar el real interés que se busca del contrato y así identificar quiénes son razonablemente partes sustanciales del convenio arbitral. Sin duda estos precedentes demuestran un avance en el estudio del arbitraje y la tendencia a aplicar teorías jurídicas complejas, lo que, a todas luces,

37. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, Laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (co-árbitros), párr. 467.

38. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, Laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (co-árbitros), párr. 468.

representa una evolución para el sistema arbitral en el Ecuador y en general demuestra que existe una constante evolución y desarrollo de esta materia.

8. RECUSACIÓN DE ÁRBITROS Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTRICES IBA SOBRE CONFLICTO DE INTERESES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En la actualidad muy pocas personas se atreverían a disputar que parte del derecho a la debida defensa incluye el de ser juzgado por un juez independiente e imparcial³⁹. Mucho se ha dicho sobre el alcance de estas definiciones y su contenido⁴⁰ y, por más atractivo que resulte el tema, éste excede los objetivos de este trabajo. Este acápite, entonces, se centra en los mecanismos que prevé la legislación ecuatoriana para la defensa de este derecho, es decir, la excusa y la recusación de los árbitros y la aplicación reciente de las Directrices de la IBA en arbitrajes nacionales.

Al respecto, el artículo 21 de la LAM establece que son causas de recusación y excusa de los árbitros aquellas previstas para los jueces⁴¹. Así, la LAM nos refiere al artículo 22 del COGEP⁴² que dispone que los juzgadores pueden excusarse o ser recusados por las razones tasadas en el mismo –de manera *a priori*– como situaciones que generan conflictos de imparcialidad e independencia de los árbitros. Estas causales son:

39. Constitución del Ecuador, Art. 76(7)(k): En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. [...].
40. Por ejemplo, R. JIJÓN LETORT, “La independencia e imparcialidad de los árbitros”, *Iuris Dictio*, No. 11, 2007, pp. 26-36; F. GONZÁLEZ DE COSSIO, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 32, 2002, pp. 459-479; C. LEPERVANCHE M., “Algunos apuntes sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros en el arbitraje comercial”, *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 12, 2011, pp. 25-55; L.M. ESCOBAR MARTÍNEZ, “La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 15, 2009, pp. 181-214; F. DE TRAZEGNIES GRANDA, “Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje”, *Lima Arbitration: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, No. 1, 2006, pp. 163-184. En general, S. LUTTRELL, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The need for a ‘real danger’ test*, Wolters Kluwer, 2009.
41. LAM, N. 22, Art. 21.
42. COGEP, N. 2, Art. 22.

1. Ser parte en el proceso.
2. Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de una de las partes o su defensora o defensor.
3. Ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, mandatario, procurador, defensor o de la o del juzgador de quien proviene la resolución que conoce por alguno de los medios de impugnación.
4. Haber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexa con ella.
5. Retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia. Si se trata de la resolución, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.
6. Haber sido representante legal, mandatario, procurador, defensor, apoderado de alguna de las partes en el proceso actualmente sometido a su conocimiento o haber intervenido como mediador.
7. Haber manifestado opinión o consejo que sea demostrable, sobre el proceso que llega a su conocimiento.
8. Tener o haber tenido ella, él, su cónyuge, conviviente o alguno de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad proceso con alguna de las partes. Cuando el proceso haya sido promovido por alguna de las partes, deberá haberlo sido antes de la instancia en que se intenta la recusación.
9. Haber recibido de alguna de las partes derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios.
10. Tener con alguna de las partes o sus defensores alguna obligación pendiente.
11. Tener con alguna de las partes o sus defensores amistad íntima o enemistad manifiesta.
12. Tener interés personal en el proceso por tratarse de sus negocios o de su cónyuge o conviviente, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Como se ha mencionado en otra parte⁴³, en términos generales, pareciese que es impropio a la naturaleza del arbitraje esta-

43. A. GALINDO y H. GARCÍA LARRIVA, N. 1, pp. 61-64.

blecer una valoración abstracta y *a priori* de estas circunstancias, presumiendo que ellas entrañan una falta de imparcialidad e independencia de los árbitros *per se*, sin tener debida cuenta de los hechos específicos del caso en particular. Las causales de recusación, antes comentadas del COGEP, deben pasar por un proceso de adaptación al proceso arbitral con miras a garantizar el derecho a un juez independiente e imparcial⁴⁴. La reciente práctica en la materia y el creciente uso de las Directrices de la IBA parecen confirmar lo anterior⁴⁵.

Un interesante caso es el de la Recusación al Árbitro Santiago Cuesta Caputi donde el Tribunal que debía resolver su recusación hizo un ejercicio parecido al descrito anteriormente³⁴. Al respecto el Tribunal resolvió:

Frente a las consideraciones planteadas, este Tribunal se realiza la siguiente pregunta, ¿dentro del nuevo marco constitucional del Ecuador, la defensa de este principio se agota en la aplicación *lex dura, sed lex* de estas causales, o es menester revisar las circunstancias particulares de cada caso?.- [...] Parece ser entonces que una aplicación fría y estática de la norma procesal sobre la recusación a la luz de las disposiciones citadas, debe ser soslayada a favor de un verdadero examen de las circunstancias del caso propio, con el fin de verificar la imparcialidad e independencia del juzgador; por lo tanto, al analizar la causal acusada no solo es obligación de este tribunal realizar una interpretación puramente exegética sino también

44. Un interesante caso es el de la Recusación al Árbitro Santiago Cuesta donde el Tribunal que debía resolver su recusación hizo un ejercicio parecido. Tribunal arbitral ad-hoc, *Caso Chaparro c. Ecuador*: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta, en H GARCÍA LARRIVA, *Gaceta arbitral*, No. 1, 2013. Otro interesante ejemplo lo encontramos en el Art. 72 del Reglamento de AMCHAM que establece que “[c]ualquier árbitro podrá ser recusado de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento, la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código de Procedimiento Civil en cuanto sus disposiciones le fueren aplicables”. Reglamento AMCHAM, Art. 72, N. 27. Sobre esta disposición es interesante ver lo que resolvió la Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de Amcham Quito. En referencia a la causal 10 del artículo 856 del CPCP, ella sostuvo que “[...] a esta Dirección le resulta al menos difícil de concebir cómo esta causal puede ser aplicable dentro de un proceso arbitral [...] Un supuesto fenecimiento del encargo arbitral [por vencimiento del término para dictar el laudo] difícilmente podría producir la recusación del [árbitro], pues su efecto se acerca más a la pérdida de la calidad de árbitro [...]”. Recusación en contra de los árbitros Patrick Barrera Sweeney, Alfredo Corral Borrero y Sasha Madakovic Falconí, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Proceso Arbitral No. 4-13, 27/03/2014.
45. Tribunal Arbitral ad-hoc, *Caso Chaparro c. Ecuador*: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta, en H GARCÍA LARRIVA, *Gaceta arbitral*, N. 1, 2013.

un análisis de la situación fáctica descrita por el legislador, con el fin de garantizar los principios y garantías ya enunciados.

[...]Este Tribunal considera la insuficiencia que representan las causales del Código de Procedimiento Civil, en orden a garantizar la plena vigencia del derecho al debido proceso, en particular la garantía de un juez imparcial e independiente; esto producto de que nuestra norma procesal adjetiva responde a una época distinta y prueba evidente de aquello, es que el mismo artículo 856 numeral tercero limita la causal a juicios civiles y penales, dejando por fuera los demás tipos de pleitos y de otra índole, lo que quiere decir que el legislador quisiese que solo se recusase en estas materias, la respuesta simplemente es negativa, debido a que la limitación que hace el Código de Procedimiento Civil, responde a su antigüedad; por lo tanto, esta norma debe ser interpretada de manera extensiva y a la luz de las garantías constitucionales invocadas en la presente resolución.

[...]Es así, que resultaría irrazonable el rechazar una recusación por el simple hecho de no ser un juicio civil o penal, como el aceptarla por el mero hecho de verificar la existencia de un juicio pendiente entre las personas invocadas por el artículo 856 numeral 3 de la norma procesal civil.- En este sentido, por ejemplo en nada influiría que el hermano del doctor Cuesta tuviese un pleito pendiente por cuestiones tributarias con el Estado ecuatoriano, o un juicio contencioso administrativo de impugnación de algún acto administrativo emitido por alguna entidad estatal⁴⁶.

Ahora, al momento de considerar la *ratio decidendi* del caso y para efectos de resolver sobre la posible falta de imparcialidad e independencia del árbitro en cuestión, el Tribunal Arbitral decidió aplicar las Directrices de la IBA:

Todos estos conceptos coincidentes han sido recogidos de manera muy prolija por las Directrices de la *International Bar Association* (en adelante IBA) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional, que constituye el catálogo de normas generales y casuística referencial más completo, de mayor

46. Ibidem.

aceptación y más usado en la comunidad actual del arbitraje.- Estas normas han sido cruciales para el desarrollo del arbitraje, puesto que proponen un test que de manera relativamente objetiva, aterriza el análisis subjetivo que puede inmiscuirse dentro de la imparcialidad e independencia de los árbitros.- La directriz general 2 (b) propone que un árbitro deberá negarse a seguir actuando cuando sucedan *“hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro”*, y en la directriz general 2 (c) añade que *“son consideradas justificadas, aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes”*.- Este estándar planteado implica un elevado nivel de imparcialidad e independencia pues imponen a los árbitros, no solo el ser sino el parecer imparciales en todo momento.- Este requisito de apariencia es ampliamente aceptado por la comunidad internacional así como la jurisprudencia, pues en la práctica la prueba de la actual y manifiesta parcialidad y dependencia de un árbitro sería un estándar muy bajo en la práctica para los árbitros, y consecuentemente un estándar muy alto de prueba para las partes; por el contrario la prueba de la apariencia de imparcialidad independencia propuesta por la IBA implica un estándar mayor para los árbitros⁴⁷.

Otro caso interesante en el cual se analizó la inaplicabilidad de las causales del COGEP –en su momento Código de Procedimiento Civil– y se adoptó las Directrices de la IBA fue la resolución de la recusación planteada en el proceso arbitral 04-13 de Amcham Quito. En referencia a la causal 10 del artículo 856 del CPCP, la Directora del Centro de Arbitraje de Amcham Quito sostuvo que

[...] a esta Dirección le resulta al menos difícil de concebir cómo esta causal puede ser aplicable dentro de un proceso arbitral [...] Un supuesto fenecimiento del encargo arbitral [por vencimiento del término para dictar el laudo] difícilmente po-

47. Ibidem.

dría producir la recusación del [árbitro], pues su efecto se acerca más a la pérdida de la calidad de árbitro [...]»⁴⁸.

Por último, en un reciente caso donde se planteó un posible conflicto de intereses en la designación de un árbitro, la Directora del Centro de Arbitraje de Amcham Quito aplicó de manera directa las Directrices de la IBA en su resolución:

Así mismo, a modo referencial, las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional en el numeral 3.1.2 de su Listado Naranja establece como parámetro la revelación que debe hacer el árbitro a las partes cuando: “*Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente del de la causa.*”

En este sentido es importante recalcar que el Listado Naranja refleja situaciones que *pudieran* crear dudas acerca de la imparcialidad del árbitro, por lo que se configura la obligación de revelarlas, sin que esto genere necesariamente un conflicto de interés (énfasis añadido).

En relación a lo anterior, la norma citada por la Actora en su solicitud establece un término de tres años, mismo que no se cumple en el presente caso⁴⁹.

En síntesis, al parecer las causales de recusación de los jueces –previstas en el COGEP– no deben ser aplicadas de manera directa al caso de recusación de árbitros, sino que, por el contrario, el análisis de la fenomenología de imparcialidad e independencia de los árbitros debe ser una tarea exhaustiva de cada caso. En esta tarea las Directrices de la IBA son una herramienta fundamental y así lo ha demostrado la práctica arbitral en el Ecuador.

48. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Recusación en contra de los árbitros Patrick Barrera Sweeney, Alfredo Corral Borrero y Sasha Madakovic Falconí, Proceso Arbitral No. 4-13, 27/03/2014.

49. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, solicitud de exclusión del árbitro Álvaro Galindo Cardona, Proceso Arbitral No. 6-16, decisión de 3/08/2016.

9. CONCLUSIÓN

Como es posible comprobar, a lo largo de este trabajo, es indiscutible el crecimiento y desarrollo que ha tenido el arbitraje durante los últimos años en el Ecuador. En gran medida, esto se debe a que los usuarios de este sistema le han dado una importancia a su estudio y desarrollo. No obstante, es indudable las complicaciones y desafíos que aún deben enfrentarse, particularmente respecto a las implicaciones que trae la promulgación de nuevas disposiciones normativas, como el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y en relación a ciertos procesos complementarios –acción de nulidad, aplicación de AEP en procesos arbitrales, entre otros– que no han alcanzado una línea jurisprudencial regular y consistente.

En definitiva, del análisis expuesto en este artículo, a manera de conclusiones podemos decir:

- (i) Las reformas que trae el COGEP sobre el sistema de homologación y ejecución de laudos arbitrales internacionales y la reciente jurisprudencia en la materia contravienen las disposiciones y garantías que otorgan instrumentos internacionales, como la CNY y la CP. Esto resulta perjudicial para el sistema arbitral, porque devela un desconocimiento general sobre los instrumentos internacionales en esta materia y genera un innecesario conflicto de leyes que los tribunales nacionales deberán resolver. En nuestra opinión, es indudable que prevalece la normativa internacional sobre las disposiciones del COGEP. No obstante, la falta de experiencia sobre su aplicación puede resultar en decisiones inconsistentes por parte de los juzgadores nacionales.
- (ii) La aplicación de la Acción Extraordinaria de Protección (AEP) contra laudos arbitrales es un tema que ha generado recurrentes cuestionamientos en el foro arbitral. No obstante, los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional brindan luces sobre su aplicación sobre laudos

arbitrales. Así, ha quedado zanjadas las dudas sobre si la AEP es aplicable o no a laudos arbitrales, pues la Corte Constitucional las ha aceptado en múltiples ocasiones. Por otra parte, parecería que dicha autoridad ha acogido una línea de pensamiento que exige el agotamiento de la acción de nulidad para la interposición de AEP sobre laudos arbitrales, únicamente cuando el derecho constitucional que se pretende tutelar, puede ser protegido a través de las causales específicas que cautela la acción de nulidad. En casos en los que ésta no es aplicable, podrá iniciarse una AEP directamente sobre el laudo arbitral.

- (iii) Las decisiones de la Corte Constitucional sobre la admisibilidad del recurso de casación en contra de sentencias de nulidad de laudos arbitrales continúan siendo un problema. Se evidencian pronunciamientos y razonamientos completamente contradictorios; en ciertos casos, la Corte concluye que es necesario agotar el recurso de casación, como una garantía del derecho a la defensa y al debido proceso y en otros casos opina exactamente lo opuesto, manifestando que no es necesario agotar el recurso de casación y que su inadmisión de ninguna manera constituye una violación a los derechos constitucionales mencionados. Es indudable, la necesidad de exigir una resolución a este dilema, debido a la constante inseguridad que genera para la protección de derechos constitucionales.
- (iv) El Código General de Procesos ha regulado algunas materias complementarias al proceso arbitral. Sin embargo, respecto al proceso de nulidad de laudos, el cuerpo normativo que continúa prevaleciendo es la Ley de Arbitraje y Mediación. A pesar de ello, El COGEP puede y debe aplicarse de forma complementaria al proceso de nulidad e incluso podría brindar luces sobre los recursos que pueden seguirse en contra de la sentencia del Presidente de la Corte Provincial, lo cual, como se expuso en el punto anterior, hasta el momento, es un tema incierto que genera incertidumbre a quienes buscan reclamar la protección de sus derechos.

- (v) Respecto a la aplicación de cláusulas escalonadas en el proceso arbitral, recientes pronunciamientos de tribunales arbitrales ecuatorianos, develan que su obligatoriedad no es absoluta. Exigir su cumplimiento, una vez que ha iniciado un arbitraje, dependerá de un análisis del caso concreto por parte del Tribunal Arbitral. Así, éste tendrá que determinar si, bajo las circunstancias en las que se encuentra las partes, estos acuerdos previos al arbitraje permitirían una resolución efectiva de la controversia o si exigir su cumplimiento solo constituirían una dilación innecesaria del proceso arbitral.
- (vi) Respecto la inclusión de partes no signatarias en el proceso arbitral, es posible verificar un positivo desarrollo en el estudio de esta materia. Son varios los tribunales arbitrales ecuatorianos que ya han acogido estas teorías, aunque han dejado sentado que su aplicación es de carácter excepcional. De acuerdo al análisis que se ha realizado a estos casos, es notable una línea de pensamiento encaminada a ponderar la aplicación del deber de buena fe sobre la aplicación del principio de relatividad, siendo este el sustento fundamental para extender los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios.
- (vii) Finalmente, sobre la recusación de árbitros, se ha demostrado que resulta, en ciertos casos, problemática la aplicación directa de las causales prescritas en el COGEP, pues desnaturaliza o resultan compatibles con el arbitraje. Por este motivo, se destaca, como aspecto positivo del desarrollo del arbitraje nacional, creciente aceptación de tribunales arbitrales e instituciones arbitrales sobre la aplicación de instrumentos internacionales, como las directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional (Directrices de la IBA) para la resolución de disputas en el marco nacional.