

Nº 14

Enero 2024
ISSN: 2600-5611
e-ISSN: 2600-562X

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Álvaro Galindo Cardona
Bernarda Muriel Bedoya
Carlos Correa García
Doménica Ayala López
Lorena R. Schneider
Melanie Matamoros Álava
Paulina Mora Ramón
Stefanny Barona B.

Álvaro Martínez Almeida
Blanca Gómez de la Torre
Daniela Endara Bastidas
Felipe Castro Zurita
María Emilia Limongi
Mila Farina Chalem
Santiago Cisneros Bejarano
Valeria Arroyo Zúñiga

Revista Ecuatoriana de **Arbitraje**

Enero 2024

Nº 14

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

ISSN: 2600-5611

e-ISSN: 2600-562X

<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/rea/index>

Número 14, enero 2024

DOI Núm. 14: <https://doi.org/10.18272/rea.i14>

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Av. República del Salvador y Naciones Unidas

Edificio Mansión Blanca, piso 9.

<https://iea.ec/>

E-mail: coordinador@iea.ec

La Revista Ecuatoriana de Arbitraje (REA) nace en el año 2009 paralelamente con el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA). La Revista constituye la consolidación del objetivo del IEA: promocionar y desarrollar la práctica del arbitraje en el Ecuador. De esta manera, se realiza una publicación anual con aportes de exponentes tanto nacionales como internacionales. Actualmente contamos con trece números disponibles. **Esta obra es publicada luego de un proceso doble ciego de revisión por pares (*double-blind peer review*).**

Producción editorial

Portada: Paulina German

Revisión y corrección ortotipográfica: Elizabeth Salgado Coronel

Diseño general y de cubierta: Krushenka Bayas

Webmaster: Jaime Páez

Nos complace anunciar que, a partir del volumen 14, la *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* pasa a formar parte de las publicaciones seriadas USFQ PRESS. Esta asociación entre la Universidad San Francisco de Quito USFQ, en específico del Colegio de Jurisprudencia y el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, permiten fortalecer los vínculos entre ambas entidades en aras del fomento de la investigación, la generación y la difusión del conocimiento.

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons «Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional».

El uso de nombres descriptivos generales, nombres comerciales, marcas registradas, etc. en esta publicación no implica, incluso en ausencia de una declaración específica, que estos nombres están exentos de las leyes y reglamentos de protección pertinentes y, por tanto, libres para su uso general.

La información presentada en esta revista es de entera responsabilidad de sus autores. USFQ PRESS presume que la información es verdadera y exacta a la fecha de publicación. Ni la Editorial, ni los editores, ni los autores dan una garantía, expresa o implícita, con respecto a los materiales contenidos en esta obra ni de los errores u omisiones que se hayan podido realizar.

USFQ Press / Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Att. Estefanía Fierro Valle y Michelle Vasco, Directoras

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA)

<https://iea.ec/>

E-mail: coordinador@iea.ec

Comité científico y responsables editoriales

Estefanía Fierro Valle (AVL Abogados – Quito)

Michelle Vasco (Robalino – Quito)

Comité editorial

Eduardo Carmigniani Valencia (Eduardo Carmigniani Estrategias Legales – Guayaquí)

Juan Manuel Marchán Maldonado (Pérez Bustamante & Ponce – Quito)

Rodrigo Jijón Letort (Pérez Bustamante & Ponce – Quito)

Diego Romero Ponce (Romero Arteta Ponce – Quito)

Armando Serrano Puig (Falconí Puig Abogados – Quito)

Álvaro Galindo (Universidad de las Américas UDLA – Quito)

Mélanie Riofrío Piché (Riofrío IDR – Madrid)

Asistentes Editoriales

María Angélica Eguiguren (Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Quito)

Felipe Castro Zurita (Pérez Bustamante & Ponce - Quito)

Las artes gráficas- digitales: portada, ilustración, tratamiento fotográfico y contenido de texto son propiedad del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA). La diagramación de esta Revista es propiedad de USFQ PRESS. Queda prohibida cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con la autorización de los titulares de su propiedad intelectual.

Autoridades del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Presidente: Edgar Neira Orellana

Vicepresidentes: Ana María Larrea Argudo • Vanesa Alejandra Aguirre Guzmán

Director Ejecutivo: Javier Jaramillo Troya

Vocales: Verónica Arroyo Merizalde • Ana Carolina Donoso Bustamante • Oswaldo Santos Dávalos • Blanca Gómez de la Torre

Coordinadora: María Angélica Eguiguren

Directoras de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje: Estefanía Fierro Valle • Michelle Vasco

Miembros del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Alberto Wray Espinosa	Alegría Jijón Andrade
Álvaro Galindo Cardona	Ana Carolina Donoso Bustamante
Ana María Larrea	Andrés Ortiz Herbener
Andrés Chasillacta Zurita	Andrés Ojeda
Antonio José Pérez	Antonio Mayorga Ochoa
Armando Serrano Puig	Bernarda Muriel Bedoya
Blanca Gómez de la Torre Gómez	Camila Andrade
Carla Cepeda Altamirano	Carolina Arroyo Aguirre
César Drouet Candel	César Coronel Jones
César Coronel Ortega	Christel Gaibor
Daniela Guarderas Alarcón	Daniel Pino Arroba
Daniel Caicedo	Daniel Dziouba
Daniela Guarderas Alarcón	Daniel López Suárez
David Molina Coello	Daniel Robalino Orellana
Diego Romero Ponce	David Toscano Andrade
Edgar Neira Orellana	Ernesto Albán Ricaurte
Estefanía Fierro Valle	Fabián Jaramillo Terán
Fausto Albuja Guarderas	Felipe Castro Zurita
Francisco Larrea	Francisco Rosales Ramos
Francisco Bustamante Luna	Francisco Santillán Almeida
Francisco Paredes Balladares	Franklin Trávez
Gabriela Rivadeneira	Gabriela Villagómez Romero
Gonzalo González Galarza	Gonzalo Noboa Baquerizo
Gustavo Villacreses	Hernán Pérez Loose
Hugo García Larriva	Jaime Dousebes Costa
Jaime Arosemena Coronel	Jaime Vintimilla Saldaña
Javier Jaramillo Troya	Javier Robalino Orellana
Jose Luis Bruzzone	José Rafael Bustamante
Jorge Cedeño Cuellas	José María Pérez
José Meythaler Baquero	Juan Carlos Arízaga
Juan Carlos Bustamante Calisto	Juan Carlos Díaz-Granados
Juan David Vicuña Matovelle	Juan Manuel Marchán Maldonado
Juan Pablo Aguilar Andrade	Leonardo Sempértegui Vallejo
Lenin Navarro Moreno	Lorena Barrazueta Bucaram
Luis Eduardo García	Luis Eduardo Narváez
Luis Fernando Oramas	Macarena Bahamonde Villafuerte
Marcelo Xavier Torres Bejarano	Marco Morales
Margoth Chiriboga López	María Elena Jara
María Nazaret Ramos Rosas	María Teresa Borja
María Rosa Fabara	Mariana Villagómez
Marisol Romero	Martín Flores Martínez
Michelle Vasco	Miguel Andrade Cevallos
Miguel Cantos	Oswaldo Santos Dávalos
Patricio Peña Romero	Paulette Ocampo Vélez
Pedro Izquierdo Franco	Ricardo Montalvo
Rodrigo Jijón Letort	Sasha Mandakovic Falconí
Soledad Peña Plaza	Vanesa Aguirre
Verónica Arroyo Merizalde	Xavier Andrade Cadena

Miembros honoríficos

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito

Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay

Centro de Arbitraje y Mediación UEES

Third Party Funding Institute

Contenidos

El <i>Due Process Paranoia</i> : ¿un obstáculo o una ventaja en arbitrajes nacionales? Implicaciones y posibles soluciones	17
<i>Valeria Arroyo Zúñiga • Melanie Matamoros Álava</i>	
Arbitrabilidad Societaria en el Derecho Argentino y Comparado	41
<i>Lorena R. Schneider</i>	
Arbitraje y justicia constitucional: recientes fallos de la Corte	79
<i>Álvaro Galindo Cardona • Bernarda Muriel Bedoya</i>	
Algunas consideraciones sobre el deber de mitigación del daño: perspectiva y aplicación por los Tribunales Arbitrales	103
<i>Doménica Ayala López</i>	
El contrato <i>receptum arbitri</i> : el elefante en la habitación	121
<i>Mila Farina Chalem • Álvaro Martínez Almeida</i>	
Efectos de la notificación de la solicitud de arbitraje con relación a la mora y prescripción	151
<i>Santiago Cisneros Bejarano • Felipe Castro Zurita</i>	
Fallos <i>ex aequo et bono</i> en el arbitraje deportivo	175
<i>Stefanny Barona B.</i>	
Arbitraje en el metaverso: particularidades en torno a su aplicación	191
<i>Blanca Gómez de la Torre • Daniela Endara Bastidas</i>	
El arbitraje ambiental como mecanismo alternativo para la reparación integral del daño puro	205
<i>María Emilia Limongi Izaguirre • Paulina Andrea Mora Ramón</i>	
La producción documental en el arbitraje: un mecanismo destacado en la práctica internacional	233
<i>Carlos Elías Correa García</i>	

Revista
Ecuatoriana de
Arbitraje

1. Presentación

Con sujeción a los propósitos que inspiraron la fundación del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje en el año 2009, presentamos la décimo cuarta edición de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, el órgano de difusión que con mayor regularidad temporal y consistencia académica promueve el arbitraje en el foro del Ecuador.

En la sección de ensayos libres el lector encontrará nueve estudios de actualidad: el análisis sobre el *due process paraonia* elaborado por Valeria Arroyo Zuñiga y Melanie Matamoros Álava con planteamientos pertinentes sobre las reglas del debido proceso en los arbitrajes nacionales; el de Lorena R. Schneider que reflexiona sobre la arbitrabilidad de las disputas en materia societaria; el del doctor Álvaro Galindo y abogada Bernarda Muriel que analizan y comentan los recientes fallos de la Corte Constitucional relacionados con arbitraje; el artículo de la abogada Doménica López que examina la aplicación del deber de mitigación de daños en las decisiones que adoptan tribunales arbitrales; Álvaro Martínez Almeida y Mila Farina Chalem analizan el contrato *receptum arbitri* y explican su contenido y alcances; Santiago Cisneros y Felipe Castro Zurita tratan de la solicitud de arbitraje y la constitución en mora al deudor para interrupción de la prescripción; el artículo preparado por Stefanny Barona R. expone sobre los fallos *ex aquo et bono* en los arbitrajes deportivos; la doctora Blanca Gómez de la Torre y la abogada Daniela Endara incursionan en el tema de los arbitrajes en el metaverso, en cuanto a las especificidades prácticas que podrían presentar; Paulina Mora Ramón y María Emilia Limongi analizan la conveniencia del arbitraje para remediación y restauración de la naturaleza, frente a daños ambientales; y, el análisis de Carlos Correa García sobre la producción documental como práctica extendida en el arbitraje internacional.

La organización y selección del material, las correcciones de la edición y todo el esfuerzo involucrado en la publicación de ese número fue posible gracias a la dedicación y minuciosidad de las coordinadoras abogadas Estefanía Fierro Valle y Michelle Vasco quienes también aportaron sus acertadas ejecutorias para incorporar a nuestra Revista en el índice internacional de publicaciones académicas, un objetivo largamente acariciado por el Instituto.

El Instituto Ecuatoriano de Arbitraje reconoce su compromiso desinteresado y agradece a los autores que han contribuido con sus artículos, por haberlo hecho con la destreza, conocimiento y con el rigor académico que nuestra publicación exige.

Adeudamos también un sentido agradecimiento a las distinguidas firmas de abogados que auspician esta publicación: AVL Abogados, Bustamante Fabara, Cabezas Wray & Albán, ECIJA GPA, Expertise, Robalino, Gallegos Valerezo & Neira, Pérez Bustamante & Ponce, Rodríguez & Company y Santos Burbano de Lara.

INSTITUTO ECUATORIANO DE ARBITRAJE

Edgar Neira Orellana
Presidente

Javier Jaramillo Troya
Director Ejecutivo



**estamos con
nuestros clientes**
en todas las fases del conflicto.

somos especialistas
en disputas cuya resolución
requiere de un manejo
minucioso y estratégico.

Revista
Ecuatoriana de
Arbitraje

2. Ensayos Libres

El *Due Process Paranoia*: ¿un obstáculo o una ventaja en arbitrajes nacionales? Implicaciones y posibles soluciones

DUE PROCESS PARANOIA:
¿AN OBSTACLE OR AN ADVANTAGE IN DOMESTIC
ARBITRATIONS? IMPLICATIONS AND POTENTIAL SOLUTIONS

Valeria Arroyo Zúñiga*
Melanie Matamoros Álava**

Recibido/Received: 05/11/2023
Aceptado/Accepted: 12/12/2023

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El fenómeno del *Due Process Paranoia*. 2.1. Implicaciones del DPP. 2.2. Componentes del DPP. 2.3. Un análisis de perspectivas contrapuestas. 3. Caso Ecuador: ¿El DPP se encuentra presente en arbitrajes locales? 3.1. Control judicial y la Taxatividad de las causales de nulidad de Laudo Arbitral. 3.2. Control constitucional a través de la AEP. 3.3 Línea jurisprudencial sobre el debido proceso en el ejercicio del derecho a la defensa 4. Aproximación al DPP en el ámbito internacional. 4.1. El caso de Perú. 4.2. Criterios de tribunales judiciales extranjeros. 5. Conclusiones. 6. Recomendaciones.

RESUMEN: El fenómeno conocido como *Due Process Paranoia* se ha identificado como una problemática latente dentro de procedimientos arbitrales. En este sentido, el presente trabajo de investigación contiene un análisis de la figura del *Due Process Paranoia*, profundizando en su origen y sus repercusiones en el proceso arbitral y las partes involucradas. Luego, examina el fenómeno desde dos perspectivas divergentes. Por un lado, lo evalúa como un posible

* Abogada en la firma PINO ELIZALDE. Abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: varroyo@pinoelizalde.com. La autora agradece a Lorena Barrazueta, Julia Rovello, Paulette Ocampo y Eduardo Carmigniani por sus invaluable comentarios para la elaboración del presente artículo.

** Asistente legal en la firma PINO ELIZALDE. Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: mmatamoros@pinoelizalde.com

obstáculo en procesos arbitrales, mientras que, por otro, lo considera una *ventaja* que beneficia a las partes involucradas en el litigio. Sobre la base del análisis propuesto, se proponen diversas vías o soluciones que permitan contribuir y trazar un camino hacia el desarrollo de arbitrajes locales más eficientes.

PALABRAS CLAVE: *Due Process Paranoia*, debido proceso, arbitraje, discrecionalidad.

ABSTRACT: The phenomenon known as Due Process Paranoia has been identified as an underlying issue within arbitration procedures. In this sense, this research paper contains an analysis of the figure of Due Process Paranoia, delving into its origin and its repercussions on the arbitration processes and the parties involved. It then examines the phenomenon from two divergent perspectives. On the one hand, it evaluates it as a possible obstacle in arbitration proceedings, while, on the other hand, it considers Due Process Paranoia as an advantage that benefits the parties involved in the litigation. Based on the proposed analysis, various paths or solutions are suggested to contribute and pave the way toward the development of more efficient local arbitration.

KEYWORDS: *Due Process Paranoia*, due process, arbitration, discretion.

1. INTRODUCCIÓN

La leyenda de la famosa espada de Damocles tiene su origen en una ciudad italiana llamada Siracusa que, en su momento, fue colonizada por los griegos. Esta ciudad se encuentra situada en la costa de la isla de Sicilia y floreció bajo el gobierno del rey tirano Dionisio II del siglo IV a.C. La historia cuenta que Damocles era un adulator y miembro de la corte del rey, encontrándose al servicio de este. Sin embargo, pese a que Damocles era un sirviente, secretamente envidiaba todos los lujos y comodidades de Dionisio que, por ser el rey, tenía a su disposición¹.

El comportamiento de aquel servidor real, acompañado de adulaciones envidiosas llegaron a los oídos del rey, por tal motivo, se planeó un castigo para el escarmiento de Damocles. Al día siguiente Dionisio II, de forma personal le ofreció intercambiar los roles para que, solo por una noche, Damocles experimente ser el rey de Siracusa. Se organizó un gran banquete para que Damocles

1 R. ORTEGA, ¿Una espada de Damocles? Responsabilidades de servidores públicos y prevención de la arbitrariedad, 30/10/2023, <https://goo.by/EgAGjS>.

goce de todos los lujos y privilegios que implica ser un monarca y las primeras horas fueron una experiencia *sui generis* para el rey temporal.

No obstante, al mirar hacia arriba advirtió que una afilada espada pendía sobre su cabeza, atada por un único pelo de crin de caballo. De tal forma que, automáticamente se le quitó el apetito y los nervios no le permitían continuar sentado en el trono de Dionisio II. Es así como, rechazó el sueño de ser rey y solicitó abandonar el puesto, alegando falsamente que ya no quería seguir siendo tan afortunado.

Por ende, la expresión espada de Damocles representa una alegoría cuyo significado supone un peligro inminente que pende sobre la cabeza de quien sin sospecharlo está en riesgo, o, dicho en otras palabras, la espada simbolizaba la constante amenaza y los peligros inherentes al ejercicio del poder. El *Due Process Paranoia* (“DPP”) no es ajeno a lo anterior.

El arbitraje en sí mismo, siempre ha representado una alternativa distinta a lo que ofrecen las cortes ordinarias por su flexibilidad y eficiencia, desde la existencia de una cláusula arbitral hasta la determinación del Tribunal y el tiempo para la expedición del laudo. Y, al igual que las cortes ordinarias, el arbitraje enfrenta sus complejidades. De esta forma, cuando se trata de arbitrajes técnicos y complejos, es posible que existan pedidos de extensión de plazo, prórrogas y solicitudes de último minuto respaldadas por el principio a la contradicción amparado en el derecho a la defensa de una de las partes. En estas circunstancias es donde surge DPP en la mente de los Tribunales Arbitrales.

El DPP representa un dilema para los árbitros, ya que estos tratarán de equilibrar dos derechos derivados del debido proceso al aceptar o rechazar tales solicitudes. De modo que, al igual que la leyenda griega, estas peticiones procedimentales *ad hoc* generan la misma sensación de la espada de Damocles en los Tribunales Arbitrales. En este contexto, la correcta discrecionalidad se vuelve crucial, considerando que la parte afectada podría solicitar la anulación del laudo arbitral basándose en la vulneración de sus derechos, si la legislación doméstica así lo permite.

Así las cosas, el presente trabajo de investigación se enfoca en analizar la existencia del fenómeno del DPP en Ecuador, evaluando su impacto en arbitrajes domésticos desde dos perspectivas. Por una parte, identifica al DPP como un *obstáculo*, mientras que, por otro lado, lo considera una *ventaja*, y, por tanto, una figura necesaria para prevenir vulneraciones al debido proceso. Así, se establecen conclusiones y recomendaciones que permitan la existencia controlada del DPP como una herramienta necesaria en arbitrajes domésticos.

2. EL FENÓMENO DEL *DUE PROCESS PARANOIA*

Como se dijo en líneas anteriores, desde sus inicios el arbitraje se ha presentado como la alternativa al proceso judicial más eficiente. Esto encuentra su fundamento en (i) la facultad de las partes de fijar un plazo máximo para su duración; (ii) es un procedimiento de una única instancia; (iii) el laudo arbitral que se expida es inapelable, por cuanto no es objeto de revisión por algún órgano judicial ni arbitral superior².

En pocas palabras, el arbitraje se ha destacado por su menor duración y menor costo en comparación con un proceso en sede judicial. Sin embargo, en las últimas décadas, las personas que están involucradas en el mundo del arbitraje, ya sea como usuarios, empresarios, árbitros o abogados, comparten una preocupación: que el arbitraje haya dejado de ser un sistema eficiente, convirtiéndose en una alternativa costosa y de larga duración³.

Las causas subyacentes pueden identificarse en la creciente complejidad de las controversias que se dirimen en sede arbitral, el aumento en las cuantías que se disputan, las dificultades relacionadas con la programación de audiencias de los árbitros y los abogados; así como en la adopción en el ámbito del arbitraje de tácticas de guerrilla y estrategias típicas de los litigios en sede judicial⁴. Estas razones, sin lugar a duda, contribuyen a generar incidentes procesales, incrementando los costos y generando demoras en los procedimientos arbitrales.

En ocasiones, por la complejidad de la controversia o la relación entre las partes o sus abogados surgen tensiones en el ambiente y las audiencias se convierten en *rounds* de enfrentamiento. Es aquí donde colisionan los derechos de cada parte y la eficiencia del procedimiento se ve obstruida. Estas confrontaciones pueden manifestarse cuando la perspectiva de los árbitros y de las partes sobre el resultado del proceso difiere, o cuando una de las partes busca dilatar el proceso a través de artimañas procesales. Además, es indiscutible que las diferencias culturales en la práctica de prueba entre distintas jurisdicciones pueden generar tensiones en el proceso⁵.

2 R. VALERA, *Recuperando la eficiencia en el Arbitraje: nuevos mecanismos para la reducción de los tiempos y costes que minan la efectividad del arbitraje comercial internacional*, RJUAM No. 36, 2017.

3 E. GUTIÉRREZ, *¿Satisface el arbitraje las necesidades de los empresarios del siglo XXI?* Anuario de Arbitraje 2017, Civitas, 2017.

4 E. GUTIÉRREZ, N. 3.

5 F. LASSALLE, *When logic fails: Due Process Paranoia*, Corporate Disputes Magazine, 2019, <https://shorturl.at/kuwKX>.

Actualmente, no existe pócima secreta o solución universal para estos problemas, lo que incluso ha dado lugar a un nuevo desafío en el ámbito del arbitraje: el *Due Process Paranoia*.

2.1. IMPLICACIONES DEL DPP

El DPP es un concepto que se emplea para describir la excesiva preocupación de ciertos árbitros acerca de la posibilidad de que el laudo que emitan sea anulado por alguna vulneración al debido proceso⁶. Como resultado, en el transcurso del proceso, estos árbitros suelen acceder repetidamente a las peticiones de las partes con el fin de garantizar que estas tengan la oportunidad de presentar completamente su caso⁷. Esta paranoia puede llevar a los árbitros a tomar decisiones excesivamente formales relacionadas con el *case management* del procedimiento arbitral⁸.

Este fenómeno, lejos de ser una cuestión aislada en la mente de ciertos árbitros, se ha consolidado como una preocupación que ha venido en crecimiento en los últimos años. Como lo señaló *Queen Mary University of London* y la firma *White & Case* en su reporte del 2015⁹ sobre el arbitraje internacional:

One issue that merits special attention is the phenomenon that an interviewee dubbed “due process paranoia”. This issue was repeatedly raised in responses, including in nearly all the personal interviews. “Due process paranoia” describes a reluctance by tribunals to act decisively in certain situations for fear of the arbitral award being challenged based on a party not having had the chance to present its case fully.

Así también, *Queen Mary University of London* y la firma *White & Case* en su reporte del 2018¹⁰ reafirmó que el DPP continúa en crecimiento y se erige como una de las principales preocupaciones que los usuarios creen que obstaculiza la eficiencia de los procedimientos arbitrales.

6 J. ARBISMAN *et al.*, *Due Process and Procedural Irregularities*, Global Arbitration Review, 2023, <https://shorturl.at/dknor>.

7 A. TALAVERA, *Combatiendo el Due Process Paranoia. Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad*. Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 8, 2016.

8 E. WILLIAMS *et al.*, *Due process paranoia and its role in the future of international commercial arbitration*, The Arbitrator & Mediator, 2018, <https://shorturl.at/aiDEG>.

9 Queen Mary University of London y White & Case, 2015, International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration <https://shorturl.at/aQUYZ>.

10 Queen Mary University of London y White & Case, International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, 2018, <https://shorturl.at/bCIV3>.

Según Berger y Jensen¹¹, entre las prácticas más comunes o pedidos más aceptados por los árbitros, precisamente por esta excesiva preocupación, encontramos:

- (i) Concesión de prórrogas.
- (ii) Presentación de escritos no solicitados, que no se encontraban previstos en el calendario procesal.
- (iii) Presentación de escritos fuera del término establecido.
- (iv) Reclamos o pretensiones de último minuto incluidas dentro del proceso arbitral.
- (v) Pedidos de reprogramación de audiencias a última hora.
- (vi) En estos casos, se sostiene que los árbitros que padecen de esta paranoia tienden a ser excesivamente permisivos con las solicitudes de las partes que, si bien pueden ser consideradas legítimas, en ocasiones no son más que tácticas dilatorias.

Después de considerar el concepto previamente mencionado y las prácticas más comunes, se puede identificar el conflicto por el que atraviesan los árbitros. Por un lado, puede ser beneficioso para las partes que el árbitro sea excesivamente cauteloso al abordar las solicitudes *ad hoc*, ya que estas representan el ejercicio legítimo del derecho a la defensa de las partes. Por otro lado, la excesiva permisividad del árbitro con respecto a las solicitudes de las partes puede considerarse un problema, ya que contribuye al aumento de los costos y la duración del proceso, y esto repercute en la eficiencia del arbitraje¹².

En este contexto, al hablar del ejercicio discrecional de los árbitros al otorgar solicitudes *ad hoc*, es necesario encontrar un equilibrio, una zona intermedia. El desafío para los árbitros en estos casos radica en determinar si se trata de una solicitud legítima, realizada en ejercicio del derecho de las partes, o si es simplemente una táctica de guerrilla que busca dilatar el proceso.

2.2. COMPONENTES DEL DPP

Siguiendo el criterio de Remy Gerbay¹³, el DPP se manifiesta a través de la interacción de tres elementos, que hemos clasificado de la siguiente manera:

11 K. BERGER y J. JENSEN, *Due process paranoia and the Procedural Judgment Rule: A safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, Arbitration International, Vol. 32(3), 2016.

12 E. WILLIAMS *et al.*, N. 8.

13 R. GERBAY, *Due Process Paranoia*, *Kluwe Arbitration Blog*, 2016, <https://goo.by/CXeuLR>.

- (i) **Decisión discrecional:** El *primer elemento* se materializa cuando una de las partes realiza un movimiento procesal *ad hoc*, cuyo análisis de procedibilidad radica en los árbitros. En este escenario, los árbitros analizan el pedido prestando excesiva consideración al debido proceso y derechos de las partes. Estas decisiones discrecionales a menudo se toman para garantizar los derechos de las partes, pero no hay que olvidar que terminan alterando el calendario procesal establecido.
- (ii) **Riesgo de ejecución:** El *segundo elemento* implica esta creencia por parte de los árbitros de que el laudo que emitan pueda ser anulado o su ejecución se vea impedida por alguna vulneración al debido proceso. Es así como, consideran necesaria y justificada la postura que aplican al resolver las solicitudes *ad hoc* de las partes. A esto se lo denomina *riesgo de ejecución*.

En este punto, es necesario agregar que este *riesgo de ejecución* trae consigo un dilema para la mente de los árbitros: impacto reputacional. Dado que los procedimientos de ejecución y anulación a menudo son de conocimiento público, se puede ver comprometida la reputación de los árbitros en el mercado, lo que a su vez puede tener un impacto en sus posibilidades de recibir futuros nombramientos para actuar como árbitros en otros casos¹⁴. En consecuencia, se sostiene que el *riesgo de ejecución* y el posible impacto en su reputación lleva a los árbitros a tomar decisiones más cautelosas.

- (iii) **Paranoia:** Por su naturaleza, la paranoia implica una alteración en la percepción de la realidad¹⁵. Precisamente, el *tercer elemento* radica en la creencia equivocada de los árbitros de que esta excesiva preocupación y cautela se encuentra justificada. Esta creencia equivocada se origina a partir de una percepción exagerada del *riesgo de ejecución*.

2.3. UN ANÁLISIS DE PERSPECTIVAS CONTRAPUESTAS

En líneas anteriores se mencionó que uno de los problemas sustanciales dentro de los procesos arbitrales, radica en su excesiva duración que deviene finalmente en una falta de eficiencia del procedimiento. Al respecto, los profesores Berger y Jensen identificaron las típicas situaciones causantes del DPP que conducen a una desviación del cronograma fijado para la sustanciación del arbitraje, afectando directamente a su extensión.

14 E. WILLIAMS *et al.*, N. 8.

15 Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término “paranoia” se refiere a una *perturbación mental fijada en una idea o en un orden de ideas*.

De manera que, cuando dichos escenarios ocurren, entran en conflicto dos derechos. Por un lado, se encuentra el principio de contradicción que finalmente deviene en la afectación al derecho a la defensa de una de las partes, al no otorgarle la posibilidad de presentar su caso. Mientras que, por otro lado, se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva que supone el derecho de una parte de obtener un procedimiento eficiente, sin dilaciones hasta llegar a la expedición del laudo arbitral¹⁶.

En consecuencia, al surgir este escenario y en virtud de que los dos derechos mencionados forman parte del debido proceso, se crea un conflicto entre ambos. Entonces, corresponderá al árbitro analizar las circunstancias del caso en concreto y decidir qué derecho prevalecerá sobre otro. Por lo cual, deberá admitir o, al contrario, negar el pedido realizado por una de las partes, y es precisamente en este punto —la toma de decisiones relativos a movimientos procesales *ad hoc*— donde surge el DPP.

Ante esto, nacen las perspectivas contrapuestas del DPP que precisamente corresponden ser el objeto del presente trabajo. La primera vertiente, esto es, el aspecto positivo del DPP radica en que, cuando el derecho de una parte a presentar completamente su caso se vea vulnerado, existen mecanismos de control *ex post*. Adicionalmente, la sola existencia del DPP incentiva a los árbitros a ser más cautelosos al analizar la procedencia de las solicitudes *ad hoc* que realicen las partes.

Por otro lado, al revisar el aspecto negativo del DPP, encontramos que, la existencia de una causal de nulidad de este tipo genera en los árbitros esta “paranoia” que incide de manera sustancial en la conducción del procedimiento arbitral. De modo que, los árbitros terminan concediendo pedidos que no son más que “tácticas de guerrilla” que afectan sustancialmente la eficiencia del proceso arbitral, con relación a sus costos y extensión.

El profesor peruano Talavera Cano destaca la necesidad de superar la paranoia y ejercer una discrecionalidad con razonabilidad. En este contexto, señala que se debe encontrar la forma de otorgar seguridad a los árbitros de que la decisión que ellos tomen no será considerada como no razonable por las cortes nacionales y que no derivará en la anulación del laudo. Por ende, desarrolló el método IRAC cuyas siglas describen una serie pasos que otorgan luces a los tribunales a la hora de ponderar los derechos que entran en conflicto permitiendo que este aspecto negativo pueda ser controlado²⁷.

16 A. TALAVERA, N. 7.

Tomando esto en consideración, resulta lógico colegir que pretender desarrollar una paranoia en los árbitros no es precisamente algo favorable para estos y, por tanto, alargar en demasía procesos arbitrales sobre la base de dicha paranoia tampoco lo es. Empero, el temor generado no debe ser motivo de paralización u obstáculo para el Tribunal a la hora de resolver, en virtud de que, a lo largo de los años se han establecido herramientas que permiten dar luces a los árbitros haciendo que estas solicitudes *ad hoc* no sean un contingente, sino que se conviertan en peticiones de fácil respuesta.

Así las cosas, la discrecionalidad del árbitro dependerá de la situación específica y en caso de considerarlo pertinente concederá el pedido, lo cual conlleva lógicamente a la alteración del calendario procesal. Sin embargo, para poder determinar si el DPP se encuentra presente en una determinada jurisdicción —específicamente la ecuatoriana— resulta necesario analizar la normativa aplicable en materia arbitral. Por tanto, en los acápites siguientes se analizarán las leyes y criterios jurisprudenciales locales que permitan arribar a las implicaciones del DPP con relación a Ecuador.

3. CASO ECUADOR: ¿EL DPP SE ENCUENTRA PRESENTE EN ARBITRAJES LOCALES?

Vista la problemática, corresponde entonces aterrizarla a los arbitrajes domésticos. Surgiendo así varias interrogantes: ¿Existe este fenómeno en Ecuador? De no ser así, ¿Cuáles son las implicaciones de su ausencia? ¿Cómo afecta a las partes involucradas en el arbitraje?

En términos generales, en Ecuador las causales de nulidad de laudos son taxativas y ninguna de ellas hace referencia a una posible anulación por falta de oportunidad para presentar completamente el caso en las situaciones *ad hoc* descritas con anterioridad, lo que impacta directamente al principio de contradicción derivado del derecho a la defensa. No obstante, no se debe ignorar que existe el control constitucional de laudos arbitrales, lo que hace posible que estas decisiones lleguen al Pleno de la Corte Constitucional.

Bajo este entendido, procederemos a analizar profundamente el marco jurídico ecuatoriano y el fenómeno del *Due Process Paranoia*.

3.1. CONTROL JUDICIAL Y LA TAXATIVIDAD DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL

El arbitraje, al ser un método alternativo de resolución de disputas reconocido a nivel Constitucional, requiere de un mecanismo de control judicial sobre los laudos arbitrales¹⁷. En este contexto, surge la acción de nulidad de laudo arbitral en Ecuador, como manifestación del control del poder judicial que se ejerce sobre las decisiones jurisdiccionales que emitan los árbitros¹⁸.

Por su naturaleza, la acción de nulidad de laudos arbitrales es de carácter excepcional y puede utilizarse únicamente bajo circunstancias tasadas que se encuentran previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”)¹⁹, siendo estas:

- a) Ante la falta de citación legal en la demanda que haya impedido ejercer sus derechos.
- b) Ante la falta de notificación de providencias del tribunal, lo que haya limitado el derecho de defensa de una de las partes.
- 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 la existencia de hechos que deban justificarse.
- d) Cuando el laudo aborda cuestiones no sometidas al arbitraje o concede más allá de lo reclamado.
- e) Cuando exista alguna violación de los procedimientos establecidos por la Ley o las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Sobre esta misma línea de ideas, la Corte Constitucional ha sido enfática al determinar que las causales previstas en el artículo 31 de la LAM son taxativas. En otras palabras, no sería posible apartarse de las circunstancias previstas para interponer una acción de nulidad²⁰. Esta postura se sustenta —entre otras razones— en que una interpretación extensiva de las causales de nulidad transgrediría la naturaleza de este mecanismo y la voluntad de las partes²¹.

17 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190, RO No. 449, 20/10/2008.

18 P. GAIBOR y G. DEL SALTO, *La taxatividad de las causales de anulación de un laudo arbitral: análisis de la jurisprudencia ecuatoriana reciente*, USFQ Law Review Vol. 7, No. 1, 2020 <https://goo.by/SQTZdO>.

19 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 31, RO No. 417, 14/12/2006.

20 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19, 19/11/2019.

21 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19 del 19/11/2019.

Es así como podemos notar que, si bien es cierto que la tercera causal de nulidad contemplada en la LAM establece consideraciones respecto a las pruebas dentro de procesos arbitrales, esta no se refiere a las situaciones *ad hoc*. De manera que, *a priori*, esto implica que:

- (i) No es posible que alguna parte pueda solicitar la anulación del laudo arbitral por una vulneración a derechos constitucionales de este tipo.
- (ii) Esta transgresión no podría ser solventada mediante el control judicial del laudo a través de la acción de nulidad.
- (iii) El fenómeno del DPP no debería estar presente en la mente de nuestros árbitros al momento de conducir un procedimiento arbitral.

Sin perjuicio de aquello, conforme analizaremos a continuación, cuando se alega la vulneración de derechos constitucionales y no está relacionada a alguna de las causales de nulidad previamente referidas, es posible activar el control constitucional de laudos arbitrales a través de la acción extraordinaria de protección (AEP).

3.2. CONTROL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA AEP

En Ecuador, la AEP se presenta como un mecanismo constitucional de garantía en contra de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, cuando estas transgreden, ya sea por acción u omisión, derechos constitucionalmente protegidos o el debido proceso²². Siendo así la AEP la única vía apta para el control constitucional de laudos arbitrales²³.

La Corte Constitucional en sus sentencias No. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19 estableció relevantes puntos para el análisis de la problemática del presente trabajo de investigación. En primer lugar, estableció que la acción de nulidad de laudo arbitral debe ser agotada antes de presentar una AEP contra laudos arbitrales si y solo si se pretende alegar una vulneración de derechos constitucionales relacionada con el artículo 31 de la LAM. En segundo lugar, determinó que, cuando se trate de vulneraciones que no encuentren su sustento en el artículo 31 de la LAM, es posible presentar de forma directa una AEP.

22 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 437, RO No. 449, 20/10/2008.

23 La Corte Constitucional, en su sentencia No. 308-14-EP/19, advirtió a los juzgadores que si se llegase a activar el control constitucional a través de otra garantía (acción de protección) se la estaría desnaturalizando.

Es importante enfatizar que, por su naturaleza, la AEP es de carácter excepcional y exige el cumplimiento de una serie de requisitos que serán interpretados de forma estricta en su fase de admisión. Dada esta exigencia, superar la etapa de admisión en cuanto a esta garantía jurisdiccional se presenta como un desafío²⁴. De modo que, lejos de ser la “vía apta” se vuelve una “vía de difícil acceso”.

En el caso que nos ocupa, podemos evidenciar que, al no existir un remedio procesal en la justicia ordinaria para subsanar vulneraciones al debido proceso en el ejercicio del derecho a la defensa, se vuelve necesario activar el control constitucional de laudos arbitrales a través de la AEP. Sin perjuicio de aquello, no se debe desconocer que aquella garantía es de carácter residual, y, por su naturaleza excepcional, posee una baja tasa de admisibilidad lo que implica un desafío para la parte que busque activar dicho control constitucional.

3.3. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA

La Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho al debido proceso en su garantía de “contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa”²⁵. Este derecho ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional, motivo por el cual se ha desarrollado una línea jurisprudencial congruente.

De esta forma, la Corte Constitucional ha manifestado que esta garantía implica tanto para las personas cuyos derechos están en disputa, como sus defensas técnicas. En palabras de dicho Organismo, la implicación hacia las partes y la defensa técnica significa que debe contarse con el tiempo, medios y condiciones técnicas apropiadas para llevar a cabo una defensa efectiva, ajustada a las particularidades de cada caso²⁶. Adicionalmente, la Corte sostiene que el ejercicio de este derecho supone que las partes involucradas en un proceso cuenten, efectivamente, con el tiempo necesario para estudiar el caso y preparar una defensa técnica²⁷; y, que estas garantías asisten a todas las personas cuyos derechos u obligaciones estén siendo sujetos de análisis por parte de cualquier autoridad²⁸.

24 J. BAQUERO y L. BARRAZUETA, *La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 11, 2020.

25 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76(7)(b) RO No. 449, 20/10/2008.

26 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3068-18-EP/21, 9/6/2021.

27 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 667-16-EP/20, 9/12/2020.

28 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1989-17-EP/21, 3/3/2021.

En línea con este asunto, para efectos ilustrativos, corresponde entonces mencionar que, si una de las partes en un arbitraje plantea una solicitud *ad hoc* en el ejercicio legítimo de su derecho a la defensa y dicha solicitud es rechazada por el tribunal, esta parte se verá afectada y no podrá llevar a cabo una defensa efectiva. En estas circunstancias, si lo solicitado era determinante para el caso, será posible plantear una AEP, argumentando la vulneración de derechos constitucionales y buscando que se deje sin efecto lo resuelto. Es una situación factible considerando el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Podemos así observar que, en situaciones de presuntas vulneraciones de derechos constitucionales o debido proceso, es posible plantear una AEP en contra de un laudo arbitral. Este escenario puede significar un desafío para los árbitros, quienes pueden verse intimidados ante tal posibilidad, llevándolos a tomar decisiones ineficientes que puedan afectar la conducción del arbitraje.

Para concluir, se evidencia que la complejidad inherente al fenómeno del DPP en el contexto de los arbitrajes nacionales plantea desafíos significativos. De manera que, si bien la ausencia de esta paranoia podría considerarse positiva en términos de eficiencia en la conducción de arbitrajes, también podría abrir las puertas al mundo de la discrecionalidad. Este fenómeno, en su justa medida, les sirve a los árbitros como un recordatorio constante de la importancia del debido proceso; y, por tanto, los obliga a ser más cautelosos al momento de tomar decisiones que puedan afectar los derechos de las partes. Es aquí donde se debe encontrar un equilibrio.

4. APROXIMACIÓN AL DPP EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Las normas establecidas en las leyes o reglamentos de arbitraje respectivos de cada país son las que delimitan las reglas del juego, y es sobre la base de estas que surge dentro de la mente del árbitro el DPP. Por ello, se tomará como ejemplo la legislación del país vecino Perú, y criterios judiciales de otros países, para efectos de evidenciar el tratamiento que se le da a este fenómeno originado en la sustanciación de arbitrajes.

4.1. EL CASO DE PERÚ

A diferencia de la situación nacional, en Perú, la Ley de Arbitraje y Mediación contiene disposiciones relativas a las actuaciones arbitrales. De manera que, existe una serie y reglas y principios de obligatorio cumplimiento al que deben

ceñirse los árbitros a lo largo del proceso. Para el caso que nos ocupa, esta jurisdicción ha establecido que:

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones. 2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos²⁹.

Adicionalmente, al igual que el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, por su lado, la ley peruana enumera las causales que derivan a una anulación de laudo. Particular importancia reviste la siguiente disposición:

Artículo 63.- Causales de anulación. 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, **o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos**³⁰.

Resulta sencillo, entonces, colegir que, de acuerdo con las normas citadas, los árbitros deberán asegurar el efectivo goce de los derechos sobre los cuales se encuentran amparadas las partes. En este sentido, la causal segunda de anulación es clara al establecer que, cuando una de las partes no haya podido hacer valer sus derechos se podrá demandar la nulidad del respectivo laudo arbitral.

En atención a las mencionadas disposiciones, específicamente la relativa a la causal de nulidad, fácilmente se genera en los árbitros peruanos la posibilidad de experimentar el DPP por ser una norma amplia y vaga. De modo que, en esta jurisdicción, la legislación podría influir significativamente en la mente de los tribunales arbitrales al momento de recibir peticiones fuera del calendario procesal relativas al principio de contradicción.

Como resultado, el caso de Perú permite observar al DPP desde una perspectiva positiva o, en otras palabras, visto como una ventaja. Aquello en virtud de que, la legislación peruana permite garantizar el derecho a la defensa de las partes en su integralidad.

29 Ley Peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 del 28 de junio de 2008, artículo 34.

30 Ley Peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 del 28 de junio de 2008, artículo 63. Énfasis añadido.

Ahora bien, para efectos de adaptar lo anterior al contexto nacional, la Ley de Arbitraje y Mediación tendría que sufrir una reforma en el sentido que, se debe agregar —y para evitar la vaguedad de la legislación peruana— dentro de causales para solicitar la nulidad de un laudo arbitral, la vulneración al principio de contradicción de forma clara y específica.

A causa de lo anterior, si bien es cierto que el DPP podría generar un temor en los árbitros, lo cual se considera como un aspecto negativo, este puede considerarse como un *mal necesario*; es decir, como una consecuencia inevitable en favor de proteger el derecho a la defensa de las partes dentro de un proceso arbitral. En tal virtud, existiría un control que obligaría a los árbitros a realizar un análisis más meticuloso y preciso cuando se presenten los pedidos de este tipo.

4.2. CRITERIOS DE TRIBUNALES JUDICIALES EXTRANJEROS

Además del análisis de las disposiciones normativas, resulta oportuno estudiar de cerca los criterios adoptados por tribunales extranjeros para observar el tratamiento que se le otorga al DPP. Por tanto, a lo largo de este acápite se expondrán dos criterios adoptados por las cortes internacionales. El primero anulando laudos en atención a una vulneración de derechos procesales y el segundo criterio, donde prevalecen las decisiones adoptadas por el tribunal arbitral.

El primer caso surge en Francia en el año 2007. Las compañías *Prim'Nature* y *Top Pommes de Terre* se sometieron a un arbitraje bajo las reglas de la Comisión de Arbitraje de París para las Reglas y Prácticas del Comercio Intereuropeo de la Patata (RUCIP). Luego de la emisión del laudo arbitral, *Prim'Nature* interpuso un recurso de anulación con fundamento en la supuesta violación al principio de contradicción y por tanto su derecho a la defensa, alegando que no se le permitió presentar su réplica dentro del proceso, a pesar de haberla enviado dentro del plazo que señala el Reglamento de Arbitraje³¹.

La Corte de Apelaciones consideró que el Tribunal Arbitral vulneró el principio de contradicción al declarar inadmisibles las respuestas de *Prim'Nature*, a pesar de que *Top Pommes de Terre* no había formulado ninguna solicitud en contra de esta, sino que fue disposición planteada de oficio. En consecuencia, se resolvió anular el laudo arbitral emitido de fecha 5 de abril de 2007.

31 Corte de Apelaciones de París, 07/12356, 16/10/2008.

Por otro lado, encontramos que la Corte de Singapur, a través de sus sentencias, ha demostrado que la justicia ordinaria realiza un análisis detenido respecto a las decisiones de gestión procesal de los árbitros. En tal sentido, una negativa de solicitud no significa *ipso facto* que se ha vulnerado un derecho al debido proceso. Tal es así que, para la anulación del laudo arbitral dentro del caso *CYW* contra *CYX* de Singapur se estableció que:

In order to succeed in setting aside an arbitral award on the basis that the rules of natural justice have been breached, the applicant must establish: (i) which rule of natural justice has been breached; (ii) how the rule has been breached; (iii) in what way the breach was connected to the making of the award; and (iv) how the breach prejudiced its rights³².

Así las cosas, la Corte delimitó parámetros claros al momento de resolver respecto a la anulación de un laudo, es decir, deben supeditarse algunos requisitos y no solo basta con la alegación de vulneración de derechos de una de las partes. Los cuáles serán desarrollados a continuación.

El demandante debe demostrar que la negativa del tribunal entra dentro de lo considerado como no razonable e imparcial. Adicionalmente que los argumentos o pruebas que una parte pretendía presentar tenían una posibilidad real, en lugar de una posibilidad remota, de influir en las deliberaciones del tribunal. Es decir, que podría razonablemente haber supuesto una diferencia para el árbitro y dentro del proceso. Sin embargo, cuando es evidente que no hay posibilidad alguna de que el material presentado hubiera cambiado las cosas porque carece totalmente de peso jurídico o fáctico, entonces no puede decirse seriamente que el demandante haya sufrido un perjuicio real o verdadero por no haber tenido la oportunidad de presentarlo al árbitro.

En este caso, la corte finalmente decidió rechazar la solicitud en virtud de que, se determinó que la parte solicitante no había demostrado una efectiva vulneración de derechos dentro del arbitraje. Por consiguiente, las cortes conceden a los árbitros una amplia discrecionalidad en relación con los pedidos de las partes y mantienen una distancia en relación con la interferencia en las decisiones de gestión procesal adoptadas durante el curso del proceso, por ser una facultad reservada para el tribunal.

32 *CYW c. CYX*, SGHC(I) 10, 31/05/2023.

En suma, a pesar de que los jueces ordinarios tienen la facultad de anular los laudos arbitrales cuando se vulnera el derecho de presentar el caso de una de las partes sometidas a arbitraje, a nivel internacional también existe un especial cuidado en relación con las decisiones adoptadas por parte de los árbitros. De esta manera, queda demostrado que, si bien se otorga la posibilidad de anular un laudo en el posible escenario de vulneración de derechos, también existe un estricto control que analiza cada caso concreto previo a una declaratoria de nulidad.

5. CONCLUSIONES

El arbitraje continúa posicionándose como el mecanismo más atractivo para la resolución de controversias de distintas índoles. Sin embargo, conforme fue expuesto, no es un hecho menor que actualmente los arbitrajes complejos enfrentan grandes desafíos en lo que respecta a su eficiencia, considerando los elevados costos y la excesiva duración del procedimiento.

En muchos casos, las dilaciones dentro de los procesos arbitrales se producen con fundamento en el legítimo ejercicio del derecho a la defensa, mientras que, en otros, no son más que artimañas procesales de una de las partes en busca de obtener ventajas dilatando el proceso. Precisamente en estos casos, cuando colisionan derechos procesales, se debe buscar un equilibrio y, de esta forma, garantizar la conducción del procedimiento arbitral de manera eficiente y justa.

Este trabajo ha examinado el fenómeno del *Due Process Paranoia* desde dos perspectivas. Por un lado, se ha señalado que este fenómeno puede constituirse como una *ventaja* en la conducción de procesos arbitrales, al incentivar a los árbitros a ser más cautelosos al analizar la procedencia de las solicitudes *ad hoc* que realicen las partes. Esto se debe a la presencia de la *paranoia* desarrollada en los árbitros ante el escenario de que se realice un control posterior de su decisión.

Por otro lado, se identificó que el DPP puede ser considerado un *obstáculo* en la conducción del procedimiento arbitral. Precisamente, con fundamento en esta *paranoia*, los árbitros pueden dejarse engañar por las tácticas de guerrilla que no son más que estrategias para dilatar el procedimiento. De esta forma, ante la mera existencia de un escenario en el que se anule el laudo arbitral, es común que los árbitros admitan las solicitudes *ad hoc* sin mayor análisis, contribuyendo a la extensión en demasía del procedimiento arbitral y elevando sus costos.

Al trasladar esta problemática en arbitrajes domésticos, podemos observar que el fenómeno del DPP no debería influir en las decisiones de nuestros árbitros al momento de conducir el arbitraje, dado que las causales de nulidad no contemplan tales posibilidades. Sin perjuicio de aquello, la ausencia del DPP no debe considerarse una victoria. Precisamente que exista el escenario donde sus decisiones puedan ser anuladas por alguna vulneración del principio de contradicción en el ejercicio del derecho a la defensa, obliga a los árbitros a ser más cautelosos al momento de tomar decisiones que puedan afectar los derechos de las partes.

Este equilibrio entre eficiencia y respeto al debido proceso se vuelve elemental para fortalecer al arbitraje como método alternativo de resolución de disputas.

6. RECOMENDACIONES

Tomando en consideración lo antes mencionado, pese a que en Ecuador el *Due Process Paranoia* no representa una problemática que se encuentra insertada en la mente del Tribunal Arbitral en sentido estricto, y sin ánimo de crear en los árbitros un miedo o paranoia, consideramos necesario atender a un cambio normativo en Ley de Arbitraje y Mediación.

De conformidad con los acápites precedentes, se estableció que el *Due Process Paranoia* no era una preocupación en Ecuador, en virtud de la taxatividad de las causales de nulidad. En este sentido, con la finalidad de que exista un control hacia los árbitros y estos no caigan activamente en la vulneración del principio de contradicción en el ejercicio del derecho a la defensa, consideramos que se debe incluir a la vulneración de este derecho como causal de nulidad de laudos arbitrales, conforme las circunstancias que fueron desarrolladas en el presente trabajo.

Incluir una nueva causal dentro de las ya existentes en la Ley de Arbitraje y Mediación no debe suponer una traba para los tribunales arbitrales, ni mucho menos, considerar que se está desnaturalizando al arbitraje incluyendo cada vez más reglas. La perspectiva que debe prevalecer corresponde a una herramienta que se encuentra disponible para las partes, y un control que pesa sobre los árbitros, sin que genere una excesiva paranoia, sino que, los obligue a analizar, de manera más detallada, las peticiones que son ingresadas dentro del proceso.

La clave del éxito de que exista el DPP, a nivel nacional, radica en el buen manejo de las peticiones *ad hoc* realizadas por las partes que van de la mano con un

buen conocimiento técnico y legal del árbitro, que no produzcan incertidumbre al momento de resolver. Por tal motivo, en el ámbito nacional, es necesario seguir construyendo un camino que activamente proteja los intereses de las partes, manteniendo los principios del proceso arbitral, sin desnaturalizarlo.

Pretender mantenerse estáticos ante lo desconocido o las necesidades requeridas, provoca la obsolescencia de quien lo practica. Poder abrazar la modernidad e implementar mejoras significa convertirse en una jurisdicción que apoya al proceso arbitral, y, por tanto, una jurisdicción exitosa.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Arbisman J., et al., *Due Process and Procedural Irregularities*, Global Arbitration Review, 2023, <https://shorturl.at/dknor>.
- Baquero J., y Barraqueta, L. *La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 11, 2020.
- Berger, K., y Jensen, J. *Due process paranoia and the Procedural Judgment Rule: A safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, Arbitration International, Vol. 32(3), 2016.
- Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1989-17-EP/21 3/3/2021.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3068-18-EP/21, 9/6/2021.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19 del 19/11/2019.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19 del 19/11/2019.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 667-16-EP/20 de 9/6/2020.
- Corte de Apelaciones de París, 07/12356, 16/10/2008.
- CYW c. CYX*, SGHC(I) 10, 31/05/2023.
- Gaibor, P., y Del Salto, G. *La taxatividad de las causales de anulación de un laudo arbitral: análisis de la jurisprudencia ecuatoriana reciente*, USFQ Law Review Vol. 7, No. 1, 2020, <https://goo.by/SQTZdO>.
- Gerbay, R. *Due Process Paranoia*, *Kluwe Arbitration Blog*, 2016, <https://goo.by/CXeuLR>.
- Gutiérrez, E. *¿Satisface el arbitraje las necesidades de los empresarios del siglo XXI?* Anuario de Arbitraje 2017, Civitas, 2017.
- Lassalle, F. *When logic fails: Due Process Paranoia*, Corporate Disputes Magazine, 2019, <https://shorturl.at/kuwKX>.
- Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 31, RO No. 417, 14/12/2006.
- Ley Peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo No. 1071, 28/06/2008.
- Queen Mary University of London y White & Case, International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, <https://shorturl.at/aQUYZ>.
- Queen Mary University of London y White & Case, International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, 2018, <https://shorturl.at/bCIV3>.

- Ortega, R. *¿Una espada de Damocles? Responsabilidades de servidores públicos y prevención de la arbitrariedad*, <https://goo.by/EgAGjS>.
- Talavera, A. *Combatiendo el Due Process Paranoia. Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad*. Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 8, 2016.
- Valera, R. *Recuperando la eficiencia en el Arbitraje: nuevos mecanismos para la reducción de los tiempos y costes que minan la efectividad del arbitraje comercial internacional*, RJUAM No. 36, 2017.
- Williams E., et al., *Due process paranoia and its role in the future of international commercial arbitration*, The Arbitrator & Mediator, 2018, <https://shorturl.at/aiDEG>.

+120 abogados a su servicio
+185 profesionales en total

Tenemos experiencia y reconocimiento internacional en nuestras

ÁREAS DE PRÁCTICA

- Banca y Finanzas
- Propiedad Intelectual
- Competencia
- Corporativo
- Comercial y Contractual
- Tributario
- Seguros
- Fusiones y Adquisiciones
- Laboral y Seguro Social
- Litigios y Resolución de Conflictos
- Promoción y Financiamiento de Proyectos
- Registro Sanitario Regulatorio
- Compliance
- Constitucional
- Contratación Pública y Concesiones
- Inmobiliaria
- Energía y Minas
- Inversión Extranjera
- Telecomunicaciones
- Regulatorio y Ciencias de la Vida
- Migratorio
- Deporte y Entretenimiento
- Derecho Familiar
- Ambiental

Contáctenos:



Arbitrabilidad Societaria en el Derecho Argentino y Comparado

CORPORATE ARBITRABILITY ARGENTINE AND COMPARATIVE LAW

Lorena R. Schneider*

Recibido/Received: 08/11/2023

Aceptado/Accepted: 22/11/2023

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La arbitrabilidad en materia societaria. Principio de disponibilidad. 2.1. La impugnación de acuerdos. 2.2. Acumulación de acciones y caducidad de plazos. 2.3. Las acciones de responsabilidad social y retribución de los administrados. 2.4. Acciones de exclusión, disolución y liquidación. 2.5. ¿Extensión de la cláusula estatutaria a los administradores? 3. *Derivate action claims* o reclamos derivados. 4. Conclusión.

RESUMEN: Este trabajo se propone examinar la importancia del arbitraje — como mecanismo de resolución de conflictos—, en las disputas societarias. Este particular ámbito —el societario—, por sus especiales características presenta matices que merecen ser analizados. Es aquí precisamente donde cobra importancia el análisis de cuáles son las materias que podrán ser arbitrales. Sabido es que el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos que ha cobrado relevancia en los últimos tiempos; sin embargo, en materia societaria, la cuestión no es tan simple. Así, la arbitrabilidad en materia societaria ha sido ampliamente debatida —y más aún rechazada—, sobre todo en el entendimiento de que en determinados supuestos estarían involucrados derechos indisponibles o el orden público escaparían de la órbita del proceso arbitral. Sobre dicha base, este trabajo busca disipar —en cuanto fuere posible—, los interrogantes acerca de la arbitrabilidad en las disputas societarias. En tal sentido —fundada en estudios de derecho argentino y comparado—, la presente

* Abogada y Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho Comercial y de los Negocios por la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Directora de los Institutos de Arbitraje y Conciliación (CALP). Arbitro Permanente de la Bolsa de Comercio de Bahía Blanca y de la Corte de Arbitraje en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías (CAC). Miembro de ICC Argentina. Miembro del Comité de Expertos en Derecho Societario del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas de Madrid. Directora de la Diplomatura Corporate Lawyers (UCEMA). Correo electrónico: lschneide@ucema.edu.ar

investigación pretende exponer que en el plano societario la autonomía de la voluntad y, por tanto, el principio de disponibilidad, permiten sostener amplia arbitrabilidad de cuestiones originadas en el seno de las corporaciones, en tanto resulten materias disponibles; ello es, relativas a la relación societaria.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, disputas corporativas, arbitrabilidad, arbitrabilidad en disputas corporativas, asuntos de arbitraje.

ABSTRACT: This paper intends to examine the importance of arbitration — as a dispute resolution mechanism— in corporate disputes. Due to its special characteristics, this sphere —corporate— has nuances that deserve to be analysed. It is precisely here where the analysis of what are the matters that may be arbitral becomes important. It is known that arbitration is a dispute resolution mechanism that has gained relevance in recent times; however, in corporate matters the question is not so simple. Thus, arbitrability in corporate matters has been widely debated —and even more rejected—, especially in the understanding that in certain cases unavailable rights would be involved or public order would escape the orbit of the arbitration process. On this basis, this work seeks to dispel —as far as possible—, the questions about arbitrability in corporate disputes. In this sense —based on studies of Argentine and comparative law—. This research aims to expose that at the corporate level, the autonomy of the will and, therefore, the principle of availability, allow for broad arbitrability of issues arising within the corporations, as long as they are available matters; that is, related to the corporate relationship.

KEYWORDS: arbitration, corporate disputes, arbitrability, arbitrability in corporate disputes, arbitration matters.

1. INTRODUCCIÓN

Inicialmente, cabe decir que el arbitraje es un mecanismo heterónimo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes que han decidido, en virtud de un convenio arbitral, sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y diferir a los árbitros su tratamiento. Allí debe estar el límite del control judicial¹ si se desea

1 Para el órgano judicial, una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral por motivos apreciables de oficio, las partes no pueden disponer de la acción de anulación, sustrayendo al tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable.

mantener el nivel de autonomía del arbitraje, como instrumento válido para la resolución de conflictos.

De tal suerte, algunas de las ventajas del arbitraje, respecto a la jurisdicción estatal, son:

- (a) *Especialidad*: ya sea en caso de árbitros de derecho como de equidad, la especialización arbitral resulta una garantía de seriedad para las partes involucradas en un conflicto.
- (b) *Reducción de tiempo*: en relación con el proceso judicial, el arbitraje facilita la resolución en tiempos razonables según la naturaleza del litigio que se plantee.
- (c) *Reducción de costos*: los costos resultan más previsibles en el arbitraje, en relación al proceso judicial.
- (d) *Confidencialidad*: en ciertos casos, es más valorada la no trascendencia a terceros de determinadas cuestiones, que el propio resultado del conflicto.
- (e) *Flexibilidad*: los reglamentos de arbitraje institucional facilitan un sano apartamiento respecto a las rigideces propias del proceso judicial. En el caso del arbitraje *ad hoc*, las propias partes pueden establecer reglas de procedimientos adaptables según las necesidades de tratamiento del conflicto.
- (f) *Reducción de la hostilidad*: los reglamentos de arbitraje, en general, permiten una participación más activa de las partes en el proceso arbitral, y una mayor contribución de los árbitros en *post* de su solución, lo cual redundo, con un manejo adecuado, en una reducción de la hostilidad con relación al proceso judicial.
- (g) *Autonomía de la voluntad*: sin dejar de ser una forma heterónoma de tratamiento de conflictos, al sustraerse las partes a los jueces del Estado, y fijar el reglamento que las regirá en el planteo del conflicto, las mismas libremente, a través del consenso, disponen la forma más adecuada para la resolución de sus controversias.

El panorama comparado de los últimos años muestra la clara apertura de una senda hacia la consolidación de una auténtica cultura arbitral no exenta de dificultades. Superado el periodo de enfrentamientos entre modelos económicos donde, curiosamente, el arbitraje comercial internacional jugó un importante papel como instrumento de cooperación pacífica entre los pueblos, la actual etapa de globalización da una idea aproximada del desarrollo de la institución en todos los ordenamientos jurídicos. Las pruebas más significativas de dicha

tendencia son la aproximación entre las concepciones continentales y anglosajonas que, en la materia arbitral, habían sido hasta la fecha contrapuestas; la incorporación de los países árabes al modelo, pese a las reticencias mostradas por el Derecho islámico, o la nueva cultura arbitral que se está desarrollando en América Latina y, de alguna manera, en el continente africano².

La situación evidencia que el arbitraje es una de las materias jurídicas en las cuales el derecho comparado ha desarrollado una labor más completa dentro de las distintas funciones que es llamado a desempeñar; más exactamente las reglas que se desprenden de la aplicación de la metodología comparada son susceptibles de responder a todas las cuestiones que pueden ser llevadas al conocimiento de los árbitros y de satisfacer a las exigencias de previsibilidad en las controversias mercantiles³.

No obstante, en general, en América Latina⁴ existía un gran obstáculo para fortalecer el uso y la práctica de la institución arbitral. Ese obstáculo derivaba de la falta de normas locales adecuadas y adaptadas a los principios universales y tendencias actuales del arbitraje. La adopción de leyes modernas de arbitraje fue, sin duda, un paso necesario para revertir dicho fenómeno, todavía existente en las normas locales sobre arbitraje, y para promover un ambiente favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de diferencias internacionales⁵.

Así las cosas, es precisamente dentro del ámbito societario donde el arbitraje se presenta como el sistema ideal de resolución de conflictos o disputas. No obstante, la arbitrabilidad, en materia societaria, ha sido ampliamente debatida

2 J. FERNÁNDEZ ROZAS, *El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino*, Ed. Jurídica de Chile, 2006.

3 Ídem.

4 En América Latina hemos presenciado un notable cambio de actitud hacia el arbitraje y una apertura hacia la implementación de los sistemas de solución de controversias, a partir de la década de los noventa. La etapa anterior se caracterizó por la marcada influencia de la denominada “Doctrina Calvo”, que representó la actitud negativa de la región hacia el arbitraje internacional. Calvo, diplomático argentino, formuló su doctrina en respuesta a la intervención de las potencias europeas para cobrar o ejecutar condenas en nombre de sus ciudadanos. La famosa doctrina predicó que a los extranjeros que hicieran negocios en América Latina se los debería requerir a someter sus eventuales reclamaciones a la ley y a las cortes locales. Las nuevas legislaciones adoptadas en el hemisferio son claramente leyes en pro del arbitraje que han favorecido el desarrollo del arbitraje y la mediación o conciliación en sus respectivos países. Podemos afirmar que contamos con instituciones arbitrales profesionales que, acompañadas de árbitros experimentados, proporcionan una red de solución de controversias en el hemisferio (A. POLANIA, “El arbitraje en América Latina: ¿hay futuro?”, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, Edición 24, 2010).

5 J. FERNÁNDEZ ROZAS, N. 2.

—y más aún rechazada—, sobre todo en el entendimiento de que en determinados supuestos estarían involucrados derechos indisponibles o el orden público escaparían de la órbita del proceso arbitral.

Pues bien, ¿de qué hablamos cuando hablamos de arbitrabilidad? Arbitrabilidad es una cualidad de lo que es arbitrable, lo que significa “que es susceptible de ser arbitrado”. Este término, aplicado a las materias (arbitrabilidad objetiva), indica la condición de una controversia que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros. Ello porque existen algunas para las cuales el recurso al arbitraje es prohibido, es decir, respecto de las cuales la jurisdicción de los tribunales judiciales es exclusiva⁶.

Se puede decir, por tanto, que la arbitrabilidad se refiere tanto a esa voluntad de apartamiento de la jurisdicción estatal (aspecto negativo) como a la posibilidad legal de que un conflicto surgido en una determinada materia contractual (o extracontractual) pueda ser resuelto por otra vía que no sea la judicial (aspecto positivo). La decisión de someterse a arbitraje no requiere ser examinada solo bajo el prisma de la arbitrabilidad, pues ya la ley lo reconoce y permite de antemano⁷.

Lo arbitrable solo se puede predicar de la materia que constituye el núcleo de las obligaciones derivadas de un contrato (o de un ilícito civil). Y en el campo de la “libre disposición”, será donde habrá que examinar si las relaciones que se establecen entre las partes contratantes deben atemperarse o no a normas de orden público. Es en ese examen donde pudiera tener su lugar la excepción de orden público (bajo el concepto de orden público económico) porque estaría afectando al núcleo del fondo del asunto, es decir, al núcleo del objeto de contrato. Se puede afirmar, por tanto, que *todos los contratos cuya materia sea de libre disposición, gozan de la condición de arbitrables*⁸.

Brevemente, antes de entrar de lleno al análisis, resulta necesario mencionar que el arbitraje societario o estatutario es aquel “que se constituye

6 R. CAIVANO, *La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado*, El Derecho (ED), No. 13.306, 2013.

7 Ídem.

8 Ídem., p. 18: “Sería paradójico sostener que un convenio arbitral no es válido para resolver un conflicto cuando la materia de la que surge ese conflicto es de libre disposición de las partes. Por tanto, la libertad contractual de las partes y la libertad de éstas de someter a arbitraje los posibles conflictos, marcan la línea que no puede ser traspasada por los jueces en su labor de supervisión de los laudos arbitrales (acción de anulación) y también en los casos en que se han de pronunciar sobre la existencia o validez del convenio arbitral (nombramiento de árbitros, declinatoria, ejecución de laudos)”.

mediante la incorporación de una cláusula en el pacto social que establezca la solución de los conflictos societarios mediante la utilización del proceso de arbitraje”⁹.

2. LA ARBITRABILIDAD EN MATERIA SOCIETARIA. PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD

Para dilucidar esta cuestión, debemos considerar que en el arbitraje societario la arbitrabilidad, en primer lugar, se circunscribe al reconocimiento del principio de autonomía de los socios fundadores para incluir en los estatutos las cláusulas que consideren oportunas, respetando las leyes y principios configuradores de la sociedad de que se trate; y, en segundo lugar, sometiendo a arbitraje las materias que sean de libre disposición conforme a derecho¹⁰.

La regla general es que las materias societarias gozan de tal carácter, y no lo harán cuando se afecten intereses particulares siguiendo, por tanto, el criterio que ya antes esbozamos sobre la materia¹¹.

Resulta importante hacer notar que en Argentina el arbitraje societario, si es *doméstico*, se regirá por las normas contenidas en el Capítulo 29, del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCyCN)¹², que regula el contrato de arbitraje y, si fuera el caso y se tratara de un conflicto de naturaleza *internacional*, se regirá por la Ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional No. 27.449, sancionada en el año 2018¹³.

El primer cuerpo de normas —el CCyCN—, en relación con la materia arbitral dispone en el artículo 1649:

Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto

9 A. ROJAS CHAN, *Algunas consideraciones sobre el arbitraje estatutario como mecanismo alternativo para la solución de conflictos societarios*, *Derecho Societario, Concursal y del Consumo*, Tomo III, Ed. Jurídica Continental, 2017.

10 M. VÁSQUEZ PALMA, “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización”, *Ius et Praxis*, Vol. 20(1), 2014.

11 Ídem., p. 1.

12 Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, 08/10/2014.

13 Ley de Arbitraje Comercial Internacional, Ley 27.449, 26/07/2018.

de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado *en la que no se encuentre comprometido el orden público*.

Ello para luego —en el artículo 1650—, establecer taxativamente las materias excluidas (entre las que se cuentan: a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales). A ello debe añadirse, además, las controversias en que sean parte de los Estados nacional o local, por cuanto quedan excluidas también.

El CCyCN contiene una serie de reglas sobre transacción, a las cuales cabría remitirse por aplicación del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina (CPCCN)¹⁴. Contrariamente a la regla del artículo 849, del CCiv¹⁵, el artículo 1642 del CCyCN establece que la transacción es “de interpretación restrictiva”. En cuanto a las restricciones, el artículo 1644, del CCyCN prohíbe transigir sobre “derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables”.

Asimismo, el artículo 1646 prohíbe hacer transacciones: (a) a las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo; (b) los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial y, (c) los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión¹⁶.

Si la arbitrabilidad se determina con base en lo dispuesto en el CPCCN, habría que aplicarse el principio general consagrado en el artículo 736¹⁷ y verificar si se da alguna de las circunstancias por las cuales, no siendo el

14 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454.

15 El Código de Vélez establecía en el artículo 849: “En todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición”. Cabe mencionar que conforme el CCyCN —artículo 1641—, “la transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”.

16 R. CAIVANO Y N. CEBALLOS RÍOS, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*, Tomo 1, Ed. La Ley, 2020.

17 Artículo 736, CPCCN: “Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior”. Artículo 737: “No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción”.

derecho involucrado susceptible de transacción conforme a la ley civil, la materia devendría no arbitrable por aplicación del artículo 737, del mismo cuerpo legal¹⁸.

Lo arbitrable —expresa Boggiano—, es aquello que puede ser objeto de transacción con renunciaciones recíprocas de derechos disponibles para las partes y, por ello, renunciables¹⁹. Si el objeto del contrato está dentro de las materias de libre disposición, la consecuencia inmediata es que se está en presencia de una materia arbitrable y el conflicto que pueda surgir estaría bajo el paraguas de la arbitrabilidad entraría en el campo de competencia de los árbitros²⁰.

En lo que hace a la materia societaria, el objeto del arbitraje deberá ser un derecho disponible²¹ relativo a la relación societaria. Se considerarán derechos relativos a la relación societaria aquellos que tengan por objeto la sociedad o un derecho que nazca o sea conexo a ella. El nexos lo constituye la materia societaria y no los sujetos-socios o el sujeto-sociedad.

Esto quiere decir que los derechos que importan para determinar si estamos o no ante un arbitraje societario y, por tanto, su arbitrabilidad no son los derechos extrasocietarios (v.gr. los derechos de un socio como acreedor de la sociedad), aunque evidentemente sean socios los titulares de los mismos, sino que estos derechos deben tener su origen en las relaciones que surgen del contrato social²².

Pues bien, como puede verse, el CCyCN no excluye la materia societaria y se encarga expresamente de resguardar las cuestiones de derecho privado en las que se encuentre comprometido el orden público. Corresponde, por tanto, analizar los diversos supuestos que aquí se presentan.

18 R. CAIVANO Y N. CEBALLOS RÍOS, N. 16.

19 A. BOGGIANO, *Tratado de derecho internacional privado*, sexta edición actualizada, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Tomo I, 2017.

20 A. GARCÍA PAREDES, El Arbitraje, ¿tutela judicial o tutela jurídica? (una visión post-judicial)", *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 41, 2021.

21 En tal sentido resulta interesante el artículo 2.1 de la [Ley española 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje](#), que dispone: "Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho" La propia Exposición de Motivos de la Ley, ésta no da un elenco de cuestiones arbitrables —como lo hace el CCyCN—, sino que parte del principio de la disponibilidad de las materias para fijar su arbitrabilidad o no.

22 L. FERNÁNDEZ DEL POZO, "¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000", en *Anuario de Justicia Alternativa, Barcelona, Derecho Arbitral*, No. 2/2001, JM Bosch Editor, 2001.

En concreto en el derecho societario, la jurisprudencia ha dado un salto cualitativo y reconoce actualmente la disponibilidad y la arbitrabilidad de las cuestiones societarias, además de la eficacia de las cláusulas arbitrales estatutarias²³.

A la par de este reconocimiento, la jurisprudencia también se ha interesado en diferenciar conceptos que generalmente suelen llevar a equívocos, como son las normas imperativas o de *ius cogens*, propias del Derecho societario, la arbitrabilidad de la materia como disponible entre las partes del conflicto, o el cauce procesal escogido para la resolución de sus controversias²⁴.

Siendo ello así, el principio general consagrado por el artículo 958, del CCyCN (*libertad de contratación*), coherente con el artículo 19, de la Constitución Nacional de la República Argentina, hace disponible todo derecho que no afecte más intereses que los de su titular²⁵.

2.1. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

La gran pregunta aquí es la siguiente: ¿es materia arbitrable la impugnación de acuerdos asamblearios o de las juntas de accionistas? Precisamente, una de las materias más controvertidas ha sido la impugnación de acuerdos societarios en la vía arbitral. Si bien esta discusión se encuentra superada en el arbitraje internacional y, en el ámbito local, existen todavía algunos inconvenientes prácticos.

Se ha identificado como uno de los problemas de la impugnación de acuerdos societarios en sede arbitral el que los terceros legitimados para impugnar un acuerdo social no forman parte del convenio arbitral estatutario, por lo que deben acudir al Poder Judicial. Entonces, es posible que un mismo acuerdo societario sea impugnado, simultáneamente, en sede arbitral y judicial. Ante esta situación, la doctrina e, incluso, algunas legislaciones han propuesto soluciones para evitar esta duplicidad de procesos y los inconvenientes que ello implica²⁶.

23 M. RODRÍGUEZ ROBLEDO, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, 2010.

24 Ídem., p. 49

25 R. CAIVANO Y N. CEBALLOS RÍOS, N. 16.

26 C. O'NEILL DE LA FUENTE Y M. DEL PINO YUPARI, "Arbitraje y terceros legitimados en la impugnación de acuerdos societarios en el Perú", *THÉMIS-Revista de Derecho*, No. 77, 2020.

Principalmente, aquellas posibles soluciones consisten en extender los efectos vinculantes del laudo o permitir la intervención de los terceros legitimados en el arbitraje²⁷.

El debate se inició con un predominio de las posturas contrarias a la arbitrabilidad societaria. A ello contribuyó decisivamente el peso excesivo de la concepción cuasi-pública e institucionalista que de la sociedad anónima en particular legó a España la historia de la mayor parte de nuestro siglo XX, así como las concomitantes interpretaciones predominantes de la no tan institucionalista su primera ley reguladora de 1951²⁸.

No menor contribución procedía de la vieja Ley española de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 y el tratamiento significativamente restrictivo del instituto consagrado en su texto: el arbitraje, en efecto, fue contemplado con recelo por el poder en cuanto que competidor de la entonces denominada “función judicial” integrada en la “unidad de poder” establecida. El panorama paulatinamente cambió: la liberalización operada en el último cuarto de siglo de la vida española determinó la promulgación de una nueva ley de sociedades anónimas y de una nueva —e intermedia— Ley de Arbitraje en 1989 y 1988 respectivamente²⁹.

A pesar de los antecedentes que se han reseñado, la jurisprudencia de los tribunales especializados de la Capital Federal de Argentina ha sido particularmente estricta en la interpretación de las cláusulas arbitrales en materia societaria, habiéndose sostenido que ciertas acciones —como la de nulidad de asamblea—, exceden de ámbito excepcional y estricto que caracteriza al arbitraje con lo cual se reproducía la solución propiciada por España³⁰.

Otro precedente olvidable —dice Rivera—, declaró ser ajeno al arbitraje en cual se debatía la nulidad de las cláusulas del contrato social, entre ellas específicamente la cláusula compromisoria y la remoción de los administra-

27 Ídem., p. 190.

28 R. ILLESCAS, “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 1(1), 2008.

29 Ídem., p. 35.

30 J. C. RIVERA, J. C. RIVERA (H) Y J. AMADO, *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*, 3ra. Ed. actualizada y ampliada, Ed. Abeledo Perrot, 2022, p. 281, citando a Dictamen del Fiscal de Cámara en CNCom, Sala D, 22/11/1997, *Atorrasagasti, M, C c. Atorrasagasti Bargués Piazza y Cía. S.R.L., ED*, 181-155.

dores; claramente, la decisión revela una total incomprensión de la idea de autonomía del convenio arbitral³¹.

Los mencionados antecedentes lucen envejecidos a la luz de lo que ocurre en la actualidad en materia de arbitraje societario. Un hito importante —que ya tiene su tiempo—, es la sentencia del Tribunal Supremo español (STS) en caso *Sugem S.A.*, donde estableció expresamente:

Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo³².

Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens*³³ pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no impide el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos³⁴.

De este modo, los Tribunales ordinarios no volverán a interferir en los procesos arbitrales sobre impugnación de acuerdos sociales, causando el retraso en la solución de los problemas, en contra de la voluntad manifestada por los socios. Por fin, las disputas originadas en esta materia, si los socios conscientemente así lo desean y pactan, podrán resolverse con las ventajas que son reconocidas al arbitraje:

31 Ídem., p. 281, citando: [e]n realidad, el dictamen podría interpretarse en que las nulidades asamblearias son materia no arbitrable; CNCom., Sala D, 20/10/1978 “*Volonte, Hipólito c. Volonte, Gilberto*”, LL, 1979-A, 462 con cita: CNCom, Sala A, 2/5/1963, “Pazi”, Ed., 6-517.

32 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, número 355/98, recaída en el recurso 455/1994, en *Sugem Sociedad Anónima*.

33 Cabe recordar que es el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que define el *ius cogens* como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango. Cualquier tratado internacional contrario a una norma de *ius cogens* es nulo.

34 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, número 355/98, recaída en el recurso 455/1994, en *Sugem Sociedad Anónima*. Allí se agrega: “no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.

la especialización de los árbitros, la celeridad, la discreción o no publicidad, entre otras. Cuestión distinta es que tanto la regulación legal como la praxis del arbitraje —en esta materia y en otras— deban ser objeto de perfeccionamiento y modernización: como ocurre con muchas, si no con todas, nuestras instituciones. El Tribunal Supremo pone así punto final a una doctrina errónea³⁵.

El arbitraje, en materia de sociedades, abarca disputas cuya arbitrabilidad es pacífica, en especial, el incumplimiento del precontrato de sociedad; nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales, o de las acciones o participaciones; realización de aportaciones y pago de dividendos pasivos; restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones; responsabilidad y retribución de los administradores; exclusión y separación de socios; disolución y liquidación³⁶.

También lo serán las aprobaciones de cuentas; los conflictos relacionados con los derechos de los socios (voto, información, asistencia, representación, privilegios); la responsabilidad de los administradores (acción social y acción individual); los conflictos y controversias que puedan suscitarse entre socios o con administradores a propósito de la convocatoria de la junta general y del consejo de administración; en estos casos, el conflicto —incluyendo la convocatoria judicial de la junta en los supuestos previstos por la ley —puede ser resuelto mediante arbitraje; la impugnación de una fusión u otra operación societaria, siempre que los estatutos de la sociedad absorbente, de la sociedad de nueva creación o de la sociedad supérstite incluyan la sumisión a arbitraje³⁷.

En el nuevo contexto así creado, una percepción más contractual de las sociedades vino a recobrar pie; igualmente, una posición pública no ya reticente sino fomentadora del arbitraje, sobre todo a partir de la vigente Ley española No. 60/2003³⁸, que lo estableció de manera decidida. La consecuencia del nuevo ambiente fue la definitiva aceptación de la arbitrabilidad de las cuestiones societarias y, particularmente, la arbitrabilidad de las impugnaciones de los acuerdos sociales adoptados por las juntas generales de las SA³⁹ y las SRL⁴⁰ mediando,

35 F. VICENT CHULIÁ, “Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final.”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 1, 2001.

36 Ídem., citando a J. MUÑOZ PLANAS, *Algunos problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, Madrid, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Civitas, 1978, p. 436.

37 Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, *Informe sobre el Arbitraje Societario en España*, 2019.

38 Ley 60/2003 de 23 de diciembre (BOE Núm. 309, de 26 de diciembre de 2003).

39 Sociedad anónima.

40 Sociedad de responsabilidad limitada.

obviamente, un acuerdo arbitral de inserción estatutaria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, la ha consagrado de una manera amplia en una pluralidad de resoluciones a lo largo de los últimos años⁴¹.

En la actualidad resulta claro que la impugnación de los acuerdos sociales es susceptible de someterse a arbitraje. Sin embargo, la STS de España, del 9 de julio de 2007 en análisis del caso “Transportistas Abulenses Unidos”⁴² rechazó de manera tajante la arbitrabilidad en un asunto de discrepancia entre socios y sociedad derivado de la adopción de un acuerdo social de exclusión de socios por parte de la junta general de una SRL. Y lo hace alegando que los socios excluidos y discrepantes con el acuerdo no había previamente a la irrupción del conflicto aceptado la cláusula arbitral contenida en los estatutos sociales sin que, por tanto, se les pudiera considerar como obligados por la misma⁴³.

De una parte, supone sin más la vuelta a los viejos tiempos en los que se rechazaba la arbitrabilidad de las cuestiones societarias por la propia naturaleza de las sociedades, la subsiguiente indisponibilidad de las discrepancias sociales y la no obligación para los socios de las cláusulas estatutarias que ellos no hubieren personalmente consentido y casi firmado. Además, y, de otra parte, la STS podría significar la negación de la incorporación a la acción o a la participación social de todos los elementos del *status* del socio o la intrasmisibilidad de algunos de los elementos configuradores de su situación societaria —en el

41 R. ILLESCAS, N. 15.

42 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, No. 776/2007 de 9 de julio de 2007. Del texto judicial reproducido se infiere que (i) los demandantes en impugnación judicial de un acuerdo social de exclusión eran tres socios de la SRL demandada; (ii) que los estatutos contenían desde el inicio de la vida societaria una cláusula arbitral que excluía expresamente la impugnación por vía arbitral de acuerdos sociales y que la SRL excepcionó de conformidad con dicho pacto social; (iii) que dicha cláusula fue aceptada en su día por los socios impugnantes; (iv) que la cláusula en cuestión fue en un determinado momento modificada para eliminar la restricción arbitral mencionada; (v) que dos de los socios demandantes habían sido excluidos de la SRL anterior o simultáneamente a la modificación estatutaria en materia arbitral y que (vi) el tercer socio demandante votó en contra de la modificación expansiva de la cláusula estatutaria arbitral. Por todo ello, y tras divergentes entendimientos de la disputa por el tribunal de instancia y la apelación, el TS decidió finalmente, como ya se ha indicado, que “frente a ellos —los tres socios— no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente —la arbitral por parte de la sociedad demandada judicialmente—”. En suma, el TS declara la inarbitrabilidad de la discrepancia y la necesidad de recurrir a la jurisdicción estatal a los fines de impugnación del acuerdo de exclusión. La STS indicada afirma, como ya se ha comprobado, que uno de los socios no se encuentra obligado por la cláusula arbitral derivativamente inserta en los estatutos sociales porque “votó en contra” de dicha inserción novatoria.

43 R. ILLESCAS, N. 15.

caso el precepto de los Estatutos en el que se contiene la cláusula arbitral⁴⁴—.

Así, esos elementos adquieren la condición de personalísimos e intransferibles no obstante la circulación de la acción, de la participación social o, en suma, de la condición de socio. En este sentido, el fallo judicial podría trascender el campo del arbitraje y sus requisitos de hecho y derecho para que pueda practicarse: llegaría a afectar, por así decir, al Derecho de sociedades y en particular a los límites y condiciones de la transmisión y mercabilidad de la condición de socio, se halle documentada mediante participaciones sociales o incorporada a título o anotación electrónica negociable⁴⁵.

El sometimiento arbitral de los acuerdos sociales, plasmado en un convenio, no supone, tal y como se ha encargado de matizar la doctrina procesal, renuncia alguna a las normas procesales de orden público, si bien, ello, no obstante, cierto sector de la jurisprudencia todavía ha venido manteniendo la tesis atinente a la imposibilidad de someter a decisión arbitral la impugnación de acuerdos sociales fundada en la violación de normas de derecho societario. Ahora bien, la tesis recién aludida no ha sido secundada por la jurisprudencia más autorizada de los últimos tiempos que ha defendido abiertamente y con una transparencia meridiana el sometimiento a arbitraje, tanto de la nulidad de la Junta de accionistas, como de la impugnación de los acuerdos sociales, todo ello sin perjuicio de que si algún extremo estuviera fuera del poder de disposición de las partes no pudieran los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo⁴⁶.

Así pues, la impugnación de los acuerdos sociales, en resumen, tan solo podrá realmente someterse, con carácter general, a un arbitraje societario si el convenio arbitral se halla contenido en una cláusula estatutaria, de cuya inexcusable publicidad en el Registro mercantil depende, a juicio de un sector doctrinal la aludida sumisión arbitral dado que tanto en el caso de que el convenio no figure en los estatutos (pacto extraestatutario)⁴⁷, como en el de que no se encuentre inscrito

44 Ídem., p. 36.

45 Ídem.

46 S. CALAZA LÓPEZ, “El arbitraje societario”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, No. 21, 2003, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998. Señala, asimismo, que “el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de estos”.

47 Ello es, un pacto de socios, que no forma parte del estatuto social y que puede —entre otras cosas—, disponer el establecimiento de una cláusula arbitral.

(pacto parasocial)⁴⁸ no cabe el arbitraje porque dicho convenio solo vincula a los firmantes y, por tanto, no puede surtir efectos frente a todos los socios⁴⁹.

Sin embargo, los terceros no accionistas que se encuentren interesados en la nulidad de los acuerdos sociales, en virtud de cuya ejecución se derivan perjuicios notables no quedarán obligados; como es lógico, a someter sus discrepancias a un árbitro puesto que, en modo alguno resultaría admisible la privación de la tutela judicial efectiva de estos sujetos, ajenos al ente social, pero especialmente interesados en la legalidad y regularidad de las actuaciones del mismo que se encuentren de cualquier manera vinculadas a la debida satisfacción de sus legítimos intereses⁵⁰.

En el momento presente constituye una doctrina legal y firme la tesis concerniente a que el convenio arbitral vincula a los socios presentes y futuros dado que su inscripción configura la posición de socio; esto es, el complejo de derechos y obligaciones que definen aquella posición, de tal suerte que toda novación subjetiva de la posición del socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria⁵¹.

El sometimiento individual a la cláusula compromisoria de los sujetos ajenos al ente social viene, asimismo, determinada por la voluntaria incorporación de estos a la sociedad en el preciso momento en el que adquieren la condición de socio o accionista puesto que. Tal y como ha tenido ocasión de matizar la doctrina, la voluntad de este nuevo socio o accionista, cuando adquiere la acción o participación, implica un consentimiento de adhesión a todas las cláusulas y condiciones del estatuto sin que sea admisible exigir, a mayores, un consentimiento explícito de adhesión parcial.

La adaptación del contenido de las cláusulas compromisorias estatutarias a las premisas que configuran el moderno arbitraje societario o, en su caso, la incorporación *ex novo* de la sumisión a arbitraje de las controversias de nuestras sociedades tan solo podrá acometerse, como parece lógico, por la vía de una eventual modificación estatutaria. Tanto la modificación de la cláusula compromisoria

48 Se trata de aquellos convenios llevados a cabo por dos o más socios de una sociedad que buscan regular cuestiones societarias que no han sido establecidas por sus estatutos o contratos sociales o que complementan las relaciones intrasocietarias, legales o reglamentarias de la compañía, entre las que se encuentra también la posibilidad de establecer una cláusula arbitral. En la práctica, resultan asimilados a los pactos extraestatutarios.

49 S. CALAZA LÓPEZ, N. 45.

50 Ídem.

51 Ídem., p. 202.

ya incluida en los estatutos de una sociedad anónima o cooperativa, como, con mayor razón, la introducción de una cláusula de sumisión a arbitraje afectará, por igual, a todos los socios, accionistas y administradores de la misma.

Con ello, puede verse el grado de avance que ha tenido el arbitraje en lo que hace a la impugnación de acuerdos en España y, en especial, con la reforma española del año 2011 por la Ley 11/2011⁵².

A dichos efectos, el artículo 11 de la Ley 11/2011⁵³ regula lo siguiente sobre el arbitraje societario y la impugnación de acuerdos en España:

- (i) Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
- (ii) La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.
- (iii) Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral⁵⁴.

Como bien señala Perales Viscasillas, para disipar cualquier duda sobre la arbitrabilidad se incluyó expresamente la referencia a la impugnación de acuerdos sociales, pero se estableció como limitación que estas controversias sean resueltas necesariamente mediante arbitraje institucional, descartando, de esa manera, los arbitrajes *ad hoc* en esta materia⁵⁵.

Por otro lado, en Italia, también la doctrina y la jurisprudencia fueron inicialmente reacias al arbitraje societario. Sin embargo, con la reforma llevada a cabo por el Decreto Legislativo 5/2003⁵⁶ se estableció una regulación más favorable para fomentar el arbitraje societario⁵⁷. Entre dichas reformas, se incluyó la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos societarios, tal como

52 C. O'NEILL DE LA FUENTE, N. 26.

53 Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, 11/2011.

54 Ídem., p. 191.

55 Ídem.

56 Amayorabundamiento, Ver, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003-01-17;5>.

57 M. RODRÍGUEZ ROBLEDO, N 23.

se desprende de la lectura del artículo 35, inciso 5, del Decreto Legislativo 5/2003, el cual señala que el convenio arbitral puede incluir como objeto controversias sobre la validez de los acuerdos sociales⁵⁸.

La sumisión a arbitraje, también *non rituale*, de una controversia, no precluye el recurso a la tutela cautelar del artículo 669 —quinquies del código procesal civil, pero en el caso que la cláusula compromisoria permita la resolución mediante arbitraje de las controversias que tengan por objeto la validez de los acuerdos sociales, a los árbitros compete siempre el poder de disponer, con orden no reclamable, la suspensión de la eficacia del acuerdo⁵⁹—.

Así pues, se les puso fin a las discusiones doctrinarias sobre la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos societarios⁶⁰. En la citada norma, también se puede apreciar que, para el caso de impugnación de acuerdos, los árbitros tienen la facultad de suspender la eficacia de aquellos. Sobre este particular, Pieralli sostiene que es una medida innovadora, toda vez que “en Italia, en efecto, en el arbitraje de derecho común la regla es que los árbitros no pueden conceder medidas cautelares”⁶¹. De este modo el legislador ha querido, evidentemente, evitar “interferencias y condicionamientos sobre el arbitraje en curso”⁶².

Adicionalmente, el artículo 36 del Decreto Legislativo 5/2003 establece que en el caso de controversias sobre la validez de los acuerdos sociales el arbitraje debe ser de derecho y el laudo debe ser impugnable, aunque se pacte lo contrario en la cláusula arbitral, lo cual también aplica para los arbitrajes internacionales:

- (i) También cuando la cláusula compromisoria autoriza a los árbitros a decidir en equidad o con laudo no impugnable, los árbitros deben decidir con sujeción a derecho, con laudo recurrible con arreglo al artículo 829.2 del Código Procesal Civil, cuando para decidir hayan conocido de cuestiones no comprometibles o bien cuando el objeto del juicio venga constituido por la validez de los acuerdos sociales.

58 Amayorabundamiento, Ver, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003-01-17;5>.

59 Amayorabundamiento, Ver, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003-01-17;5>.

60 A PIERALLI, “El nuevo arbitraje en Italia: análisis comparativo con España”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 6, 2005.

61 Ídem.

62 Ídem.

- (ii) La presente disposición se aplica también en el caso del laudo emitido en un arbitraje internacional (Decreto Legislativo 5/2003)⁶³.

La Ley de Compañías del Ecuador⁶⁴ —que regula expresamente el arbitraje societario— dispone que “las diferencias que surjan entre los accionistas de una sociedad anónima, entre éstos y la compañía o sus administradores, o entre la sociedad con las personas que la administraren, podrán ser resueltas a través de una mediación u otro mecanismo alternativo de resolución de controversias”⁶⁵. Estas diferencias deberán tener relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad anónima, incluida la impugnación de determinaciones de junta general o Directorio, así como el abuso del derecho⁶⁶.

Las diferencias mencionadas en el inciso anterior —agrega la norma antes indicada también podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta en el estatuto social o fuera de él. De efectuarse una cesión de participaciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula arbitral prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario entre el cesionario y todos los socios cobijados por el convenio arbitral. Este pacto en contrario podrá plasmarse a través de cualquier medio verificable, físico o digital, que demuestre la voluntad de todos los socios. Las cláusulas consagradas en los estatutos para la resolución de conflictos societarios a través de la mediación o el arbitraje, solo podrán ser incluidas, modificadas o suprimidas mediante la resolución unánime de los titulares del cien por ciento (100%) del capital social”

Finalmente, en Alemania, el arbitraje de impugnación de acuerdos sociales también ha sido un tema controvertido. Al respecto, la Corte Suprema Federal de Alemania ha emitido tres pronunciamientos en los cuales expone los lineamientos para arbitrar la validez de los acuerdos societarios, en concreto, la sentencia del 29 de marzo de 1996, la del 6 abril de 2009 y la del 6 de abril de 2017⁶⁷. En el segundo pronunciamiento, la sentencia del 6 abril de 2009, la Corte Suprema

63 Ídem., p. 192.

64 Ley de Compañías, RO 269. 15/03/2023. Se publicó la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo.

65 Generalmente denominados ADR por sus siglas en inglés *Alternative Dispute Resolution*, implican diferentes métodos o sistemas dirigidos a la resolución de conflictos, de manera consensuada, pacífica y extrajudicial a los que pueden acudir las personas ante una situación de controversia, entre los que se encuentra —claro está—, el arbitraje.

66 Ley de Compañías, artículo 137.2.

67 T. HERTEL Y A. COVI, *Arbitrability on Shareholder Disputes in Germany Kluwer Arbitration Blog*, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/07/arbitrability-shareholder-disputes-germany/>, (7/2/2018).

Federal admitió la arbitrabilidad de las controversias sobre la validez de acuerdos societarios en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y reconoció que las partes pueden pactar un efecto *erga omnes*⁶⁸ para el laudo⁶⁹.

Al respecto, la sentencia en mención estableció los siguientes requisitos que debe cumplir el convenio arbitral:

- (i) todos los accionistas dieron su consentimiento al arbitraje, ya sea mediante una cláusula de arbitraje en los estatutos o por acuerdo separado.
- (ii) todas las partes interesadas, es decir, todos los accionistas, directores, gerentes y miembros de la junta de supervisión, si los hay, deben ser notificados del inicio del arbitraje y deben estar constantemente informados sobre el arbitraje y se les debe otorgar una oportunidad para participar activamente en el proceso.
- (iii) todos los interesados deben tener la misma oportunidad de participar en la constitución del tribunal.
- (iv) todas las disputas relacionadas con un acuerdo societario específico deben concentrarse en un solo arbitraje para excluir decisiones conflictivas⁷⁰.

De lo expuesto, podemos advertir que en el derecho alemán se acepta la arbitrabilidad de las impugnaciones de acuerdos societarios y que, a la vez, los estándares establecidos restringen, en parte, el arbitraje con el objetivo de proteger a los demás miembros de la sociedad que no pretenden impugnar el acuerdo. En la medida que se cumpla con permitir la participación de todos los miembros de la sociedad, el laudo será vinculante para ella⁷¹.

Desde esta perspectiva, la impugnación de los acuerdos puede calificarse como acción de cumplimiento contractual. A partir de ahí, no es difícil concluir que los intereses que están en juego, cuya tutela se persigue a través de la acción de impugnación, tienen una naturaleza privada y patrimonial, y son absoluta y perfectamente disponibles. Lo dicho se manifiesta en el plano procesal por la aplicación del principio dispositivo, que faculta a los legitimados para ejercitar libremente la

68 Si bien la regla es que el laudo es aplicable solo al caso particular, es decir, no tiene efectos *erga omnes*, se encuentra en crisis. Existen no pocas situaciones en que el laudo produce ciertos efectos frente a todos. En idéntico sentido lo reconoce la legislación belga y suiza para casos de propiedad intelectual.

69 C. O'NEILL DE LA FUENTE, N. 26.

70 Ídem., p. 192.

71 Ídem., p. 193.

acción, para configurar el objeto del procedimiento y, en su caso, para renunciar, transigir, desistir o allanarse, sin intervención de una instancia pública.

En consecuencia, la ley permite que todos los conflictos societarios se sometan a arbitraje, sin que existan límites a la arbitrabilidad, más allá del principio general que establece que solo son arbitrables controversias en materias de libre disposición. Ahora bien, en el derecho de sociedades, cuyo objeto son intereses económicos, no existen materias que no puedan ser libremente dispuestas por los socios y los administradores. Cuestión diferente es que puedan existir normas imperativas o incluso de orden público, que constituyan barreras infranqueables para la libre disposición de las partes. En el caso de que este tipo de normas sean relevantes, los árbitros estarán obligados a aplicarlas. Y su actuación será controlada por el Juez en sede de anulación del laudo. Pero la existencia de derecho necesario no representa un impedimento para que todas las controversias societarias se puedan resolver en vía arbitral⁷².

2.2. ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y CADUCIDAD DE PLAZOS

Establece el artículo 251 de la Ley General de Sociedades⁷³ (LGS) que toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor.

Pues bien, para la promoción de la señalada acción, el legislador ha dispuesto que la acción se instará en contra de la sociedad por ante el Juez de su domicilio, dentro de los tres meses de clausurada la asamblea de accionistas. Sobre ello, es importante mencionar que el indicado plazo es fatal, de caducidad; es decir, que fenece por el mero transcurso del tiempo.

Ahora bien, qué ocurre si un socio inicia el proceso arbitral designando su árbitro. ¿Podrá su consocio iniciar su propio procedimiento arbitral de

72 Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, N. 37.

73 Según la Ley No. 19.550.

impugnación de la misma decisión social designando a otros árbitros? o ¿Deberá someterse a los ya designados?

En virtud de lo normado en el artículo 253, de la LGS, salvo el supuesto de la medida cautelar a que se refiere el artículo anterior (252), solo se proseguirá el juicio después de vencido el término del artículo 251. Cuando exista pluralidad de acciones deberán acumularse, a cuyo efecto el directorio tendrá obligación de denunciar en cada expediente la existencia de las demás.

En tal caso, podría resultar conveniente hacer prevalecer el sistema mayoritario que impera en materia societaria, debiendo —por tanto—, quienes intenten nuevas acciones acumularlas con las ya iniciadas, quedando sometidos al tribunal arbitral ya designado. Lo contrario importaría no solo desnaturalizar el proceso arbitral en orden a la celeridad que allí han de imperar sino, además, contrariar los principios dispuestos en la ley societaria.

Asimismo, si las acciones fueran promovidas por más de un legitimado en forma individual, se entiende que tales legitimados deberán designar o admitir la designación de un mismo árbitro o tribunal, en tanto, es importante remarcar la idea de que no puede admitirse que la incorporación al trámite pueda retardar un proceso ya iniciado.

El Club Español del Arbitraje⁷⁴ dispuso como solución que, si los demandantes o demandados deben nombrar un árbitro, es preciso que todos ellos se pongan de acuerdo sobre la designación. De no alcanzarse este acuerdo, todos los árbitros deberán necesariamente ser designados por la institución arbitral. En el arbitraje estatutario este problema se ve paliado por la exigencia legal de que todos los árbitros sean designados por la institución arbitral.

74 Art. 84, Informe cit. Asimismo, El Reglamento Arbitral Modelo del CEA permite a la institución arbitral la acumulación de procesos arbitrales, pero con la limitación de que los dos (o más) procedimientos acumulables deben haber surgido de una misma relación jurídica y deben haberse entablado entre las mismas partes. En el caso de arbitrajes societarios, es imprescindible ampliar el campo de la acumulación, para facultar a la institución a que unifique diferentes procedimientos arbitrales, siempre que se refieran a un mismo conflicto, y aunque las partes en los diferentes procedimientos no sean las mismas. También es imprescindible regular la intervención de un tercero, que esté facultado para participar en el proceso arbitral. En este caso, el plazo para interponer la acción caduca a los cuarenta días, y hasta esa fecha es posible que nuevos accionistas planteen impugnaciones adicionales. Por ello, la Propuesta de Reglamento Arbitral permite a la institución que espere hasta la fecha de caducidad, con la finalidad de acumular desde el principio todas las impugnaciones por causa de anulabilidad que se puedan plantear contra ese acuerdo (artículo 87).

Resulta importante aquí la solución consagrada por los precedentes del derecho alemán para los cuales: todas las partes interesadas, es decir, todos los accionistas, directores gerentes y miembros de la junta de supervisión, si los hay, deben ser notificados del inicio del arbitraje y deben estar constantemente informados sobre el arbitraje y se les debe otorgar una oportunidad para participar activamente en el proceso; todos los interesados deben tener la misma oportunidad de participar en la constitución del tribunal; todas las disputas relacionadas con un acuerdo societario específico deben concentrarse en un solo arbitraje para excluir decisiones conflictivas.

Es interesante traer a la vista las previsiones de la Ley de Compañías de Ecuador⁷⁵, donde expresamente establece que en caso de conflictos intrasocietarios, el levantamiento del velo societario podrá ser ordenado por un tribunal arbitral, de así determinarlo el estatuto social. En sede arbitral también se podrá ordenar el levantamiento del velo societario para imponer responsabilidad personal y solidaria sobre aquellos socios, accionistas o administradores que hubieren utilizado una compañía signataria de un convenio arbitral con proditorios fines de conformidad con este artículo, siempre que se pueda demostrar, de manera inequívoca, la participación activa y determinante de los socios, accionistas o administradores no signatarios en la negociación, celebración, ejecución o terminación del negocio jurídico que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.

La indicada ley trae una novedosa e importante disposición con relación a las sociedades por acciones simplificadas, al establecer que “si se efectuare una transferencia de acciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula arbitral prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario”⁷⁶.

2.3. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD SOCIAL Y RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADOS

En relación con el órgano de administración, Carrasco Fernández expresa que:

Los temas sobre los cuales pueden suscitarse controversias parecen ser: cumplimiento de las resoluciones de la asamblea, adopción de resoluciones, derechos de las minorías en el órgano de

⁷⁵ Ley de Compañías, artículo 17, N. 62.

⁷⁶ Artículo agregado por Disposición reformativa octava, publicada en Registro Oficial Suplemento 151 de 28 de Febrero del 2020.

administración, revocación y muerte de un administrador, acción de responsabilidad⁷⁷.

A ello pueden adicionarse, las controversias que se susciten en torno a las facultades e incompatibilidades de los administradores, gerentes delegados, el incumplimiento de sus deberes y las acciones de responsabilidad y, desde luego, los conflictos de interés intra societarios.

Podría considerarse que la acción de responsabilidad es de arbitrabilidad cuestionable al poderse interpretar como una medida de tipo sancionadora. Sin embargo, el objeto de dicho litigio es la determinación de si el órgano correspondiente (o las personas que lo conforman) incumple una obligación legal, estatutaria o una resolución del Consejo de Asamblea. Dado que se trata del cumplimiento de un deber legal contractual o corporativo, parece que la arbitrabilidad de la misma no se ve comprometida⁷⁸.

Pues, como bien expresara el artículo 38, del Decreto Ley 677/2001⁷⁹ (actual artículo 46, de la Ley de Mercado de Capitales, No 26.631)⁸⁰ resultan arbitrables *todas las acciones derivadas de la Ley N° 19.550 y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos.*

Resulta, entonces, indudable que el arbitraje en materia de sociedades abarca disputas cuya arbitrabilidad es pacífica, en especial, el incumplimiento del precontrato de sociedad, nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales, o de las acciones o participaciones, realización de aportaciones y pago de dividendos pasivos, restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, responsabilidad y retribución de los administradores, exclusión y separación de socios, disolución y liquidación⁸¹.

De esta manera, se consideran arbitrable tanto las acciones de responsabilidad, como las de retribución de los administradores. La cláusula por la que los

77 F. CARRASCO FERNÁNDEZ, "Arbitraje societario", *Jurídica. Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 2009-39, 2009, p. 360.

78 *Idem.*, p. 361.

79 Régimen de Transparencia de la Oferta Pública (hoy derogado).

80 Ley de Mercado de Capitales, Ley No. 26.831, 29/11/2012.

81 F. VICENT CHULIÁ, N. 35.

socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria puede involucrar no solo a los socios entre sí, sino, además, a los vínculos entre estos con la sociedad o sus órganos.

Ello por cuanto, tanto la modificación de la cláusula compromisoria ya incluida en los estatutos de una sociedad, como, con mayor razón, la introducción de una cláusula de sumisión a arbitraje afecta, por igual, no solo a los socios, sino también a los administradores de la misma.

Se ha dicho, además, que los conflictos por responsabilidad de los administradores pueden dar lugar a problemas de jurisdicción *ratione temporis*, si fueron nombrados con anterioridad a la adopción del pacto arbitral estatutario; para clarificar la cuestión, el Club Español del Arbitraje⁸² en el Convenio Arbitral Tipo insertó una disposición transitoria, que sujeta a arbitraje a los administradores que lo sean en el momento en el que la modificación estatutaria se anote en el Registro Mercantil. Adicionalmente, la Comisión recomienda que se incluya en el documento de aceptación del cargo de administrador una sumisión expresa al convenio arbitral.

No sucede lo mismo —expresa Balbín⁸³—, respecto de la responsabilidad de los administradores para con terceros —acreedores sociales—, quienes no se encuentran obligados a someterse al arbitraje establecido en el contrato social. Respecto de la acción individual de responsabilidad, dado su carácter extracontractual y que atiene al perjuicio ocasionado a terceros, la cláusula arbitral tampoco les es oponible.

2.3.1. ACCIONES DE EXCLUSIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

En los apartados anteriores ha quedado sentado ya que es doctrina pacífica la que establece que resultan arbitrables la acción de exclusión y separación del socio y las acciones de disolución y liquidación del ente social. La arbitrabilidad en tales supuestos —al igual que los restantes que se han analizado—, responde a la disponibilidad de los derechos. Los supuestos de exclusión o de separación del socio suponen cuestiones de derecho privado y, por tanto, de libre disposición por las partes.

82 Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, N. 37.

83 S. BALBÍN, *Ejercicio de la acción en materia societaria*, 1ª Ed., Cátedra jurídica, 2022.

Para el ejercicio de la acción de exclusión —conforme el artículo 91, de la LGS—, si la exclusión la decide la sociedad, la acción será ejercida por su representante o por quien los restantes socios designen si la exclusión se refiere a los administradores. En ambos supuestos puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue.

En este sentido, la ley de compañías ecuatoriana establece: “[a]cordada la exclusión de un socio por la Junta, ésta decidirá, además, la reducción del capital social con la devolución de aportes al socio excluido o la consignación correspondiente ante el Juez de lo Civil del domicilio principal de la compañía o en sede arbitral” (artículo 118)⁸⁴.

Esto último —la suspensión provisoria de los derechos del socio, por tratarse de una medida cautelar—, podrá perfectamente ser dispuesta en sede arbitral por el o los árbitros que se hayan designado. Por demás, si la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios, se sustanciará con citación de todos los socios.

En lo que hace a la disolución y liquidación de la sociedad, al ser materia disponible, resultan también perfectamente arbitrables. Ello virtud de dos puntos de vista: (i) ante la existencia de uno de los supuestos configurados en el artículo 94, de la LGS; o (ii) por virtud de una decisión posterior por parte de los socios que incorpore o modifique la cláusula estatutaria. Esto último resulta posible en atención al régimen de mayoría societaria y de la autonomía de la voluntad.

2.4. ¿EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA A LOS ADMINISTRADORES?

La Ley brasileña No. 6404/76⁸⁵ en su artículo 109, establece que ni los estatutos ni la junta general pueden privar al accionista del derecho a que: [e]l estatuto de la sociedad pueda establecer que los desacuerdos entre los accionistas y la sociedad, o entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios, puedan ser resueltos mediante arbitraje, en los términos previstos (texto incluido por la Ley No. 10.303 de 2001).

⁸⁴ La indicada norma hace ver, además, que “la junta general no deberá aprobar la exclusión de un socio que ha sido ordenada en sede judicial o arbitral. En aquel caso, la sentencia o laudo que ordena la exclusión será inscrita, directamente, en el correspondiente registro. Producida dicha inscripción, la compañía deberá instrumentar la correspondiente reducción de capital en el plazo de 90 días para la devolución de aportes al socio excluido o la consignación correspondiente ante el Juez de lo Civil del domicilio principal de la compañía”.

⁸⁵ Lei das Sociedades Anônimas do Brasil, Lei No. 6.404, 15 de diciembre de 1976.

Lo mencionado hace ver que la ley de Brasil guarda silencio con relación a la inclusión de los administradores. Dicho silencio del legislador con relación a los administradores hace ver para la doctrina brasileña que los conflictos con los administradores no son susceptibles de arbitraje.

Sin embargo, la Ley 12.375/2010⁸⁶, en su artículo 14, entra en vigor con la siguiente redacción: “Art. 1061. La designación de administradores no socios dependerá de la aprobación unánime de los socios, mientras el capital no esté integrado, y por lo menos los 2/3 (dos tercios), previa integración”.

En esta dirección, puede citarse la ley peruana de arbitraje —Decreto Legislativo No. 1071⁸⁷—, que en su artículo 14 dispone:

[E]l convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Como vemos, la ley peruana se apoya en el consentimiento desplegado a través de la conducta y así ha sido interpretada por los jueces y doctrinarios de dicho país⁸⁸.

Tan claro es que la cláusula compromisoria no reviste un carácter accidental, que se ha reconocido en numerosas instancias que su modificación no constituye una reforma al contrato social, y, por tanto, no se rige por la ley de mayorías. Así lo ha afirmado la Superintendencia de Sociedades citando al Tribunal Superior de Bogotá. Por tales razones, en criterio del Tribunal Superior de Bogotá (el ordenamiento jurídico) señaló una autonomía entre la cláusula compromisoria y el contrato, de tal suerte que aquella es un pacto que puede estar contenido en un contrato o documento anexo a él, pero que como *convenio* que es, debe estar avalado por todas las personas que intervienen en él. La cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por ende, no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtirse por voluntad de una mayoría social, sino que, por el

86 Lei XYZ do Brasil, Lei No. 12375, 15 de diciembre de 2010.

87 Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Decreto No. 1071, 01/09/2008.

88 L. CAPUTO, “¿Es necesario el consentimiento para extender la Cláusula Arbitral al tercero no signatario?”, Revista Argentina de Arbitraje, No. 4, 2019.

contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron⁸⁹.

La Ley 18.046 de Chile⁹⁰, artículos 125 y 4, inciso 10 hacen ver que la naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran *entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores*, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador⁹¹. Claramente, la ley chilena regula la extensión de la cláusula compromisoria al conflicto de interés surgido con los administradores.

En tal sentido, la Ley de Compañías ecuatoriana no solo establece la arbitrabilidad de las acciones dirigidas en contra de los administradores societarios, sino que, además, dispone expresamente que “los administradores de hecho y ocultos únicamente podrán ser declarados como tales a través de sentencia judicial o, cuando correspondiere, mediante laudo arbitral”⁹².

89 C. VALENCIA CORREA, G. IBARRA IBARRA, Y J. ARTETA CABALLERO, “La aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos con administradores sociales”, *Vniversitas*, Vo. 71, 2022. El anterior análisis es de gran importancia para determinar la aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos suscitados con los administradores sociales. Como contrato autónomo, la vinculatoriedad del pacto arbitral requiere del consentimiento de todas las partes y, en este caso, del administrador. Es vital analizar, entre otros factores, la forma en la que el administrador brinda su consentimiento para habilitar la aplicación del pacto arbitral. A propósito de este tema, resulta pertinente resaltar dos proyectos de ley mediante los cuales se ha pretendido modificar el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Estos proyectos corresponden a los Proyectos de Ley 006 de 2019ⁱ (archivado) y 009 de 2021, los cuales proponen una modificación al artículo 3 del Estatuto de Arbitraje, consistente en la introducción de un nuevo párrafo que aplica por vía legal el pacto arbitral estatutario a los conflictos con los administradores sociales. A continuación, se transcribe el párrafo propuesto en el Proyecto de Ley 009 de 2021, el cual resulta ser una versión modificada del párrafo propuesto en el Proyecto de Ley del 2019: Párrafo 2. Todas las diferencias que ocurran en la formación, desarrollo y terminación del negocio jurídico de sociedad entre los asociados, la sociedad, los administradores y el revisor fiscal, podrán someterse a decisión arbitral en virtud de una cláusula compromisoria o compromiso o al conocimiento de amigables componedores. Cuando el pacto arbitral o de amigable composición se incluya en los estatutos sociales, el mismo vinculará a los asociados actuales y futuros. Igualmente, incluirá a los administradores y al revisor fiscal si así se pacta expresamente en los estatutos. [...] La inclusión, supresión o modificación de un pacto arbitral o de amigable composición en los estatutos sociales requerirá el voto favorable de un número plural de socios que represente por lo menos el setenta y ocho (78%) del capital suscrito en caso de las sociedades por acciones, o de las cuotas sociales o partes de interés de las demás sociedades. Cuando la inclusión, supresión o modificación del pacto arbitral o de amigable composición de los estatutos sociales afecte a los administradores, al revisor fiscal o a los accionistas sin derecho a voto se requerirá su consentimiento para que dichas decisiones les sean oponibles.

90 Ley sobre Sociedades Anónimas, artículos 25 y 4, inciso 10, Ley 18046, 22/10/1981.

91 C. VALENCIA CORREA ET AL., N. 89.

92 Ley de Compañías, artículo 272.8, N. 64

Por su parte, de la Ley 60/2003 española⁹³, establece en su artículo 11 el arbitraje estatutario en los siguientes términos:

- (i) Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
- (ii) La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.
- (iii) Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral. Como puede verse, la ley española hace extensiva la cláusula compromisoria a los administradores sociales.

Recopilando lo señalado, el administrador tiene también un deber positivo de conducta que se manifiesta en su obligación de poner todo su empeño en que se cumplan las normas legales y contractuales tanto en su actividad como en las de sus subalternos. Difícilmente, puede interpretarse que el deber de observar atentamente el cumplimiento de los estatutos o normas legales implica la voluntad de adherirse al contrato social y mucho menos al pacto arbitral. No puede pasarse por alto que, en virtud del principio de la relatividad de los actos jurídicos, *los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a terceros* y, por ello, *no producen derechos ni obligaciones para las personas enteramente ajenas a su celebración*. De ahí que, al ser el administrador ajeno a la suscripción del contrato social, y con más razón, del pacto arbitral, no puede imponérsele la obligación de someter las controversias a un tribunal de arbitramento⁹⁴.

La ley argentina nada dice al respecto, pero adherimos la postura que entiende que para que resulte viable extender la cláusula compromisoria a los administradores sociales, estos deben acreditarse una serie de circunstancias que no pueden darse por sentadas por el simple hecho de que tales sujetos pertenecen al órgano de administración de la sociedad. Tal como se le exige a cualquier otra persona la manifestación de voluntad expresa e inequívoca para acceder a la justicia arbitral o para obligarse en cualquier otro negocio jurídico, lo mismo debería suceder respecto de los administradores. Como se ha mencionado reiteradamente, la

93 Ley 60/2003, 26/03/2004.

94 C. VALENCIA CORREA ET AL., N. 89.

inobservancia del principio de habilitación por parte del administrador supondría una vulneración a una norma de rango constitucional y se estaría ignorando el carácter autónomo e independiente de la cláusula compromisoria.

3. *DERIVATE ACTION CLAIMS* O RECLAMOS DERIVADOS

Inicialmente, debe decirse que los accionistas son individuos que poseen una participación en la propiedad de una compañía. Sus decisiones se ven afectadas —a menudo—, por las decisiones que toman los miembros del órgano de administración social. Para proteger a la organización y a sus propietarios, los accionistas deben poder emprender acciones legales cuando aquellos en una posición de poder en el negocio no cumplan con sus obligaciones legales.

Una acción derivada de los accionistas hace posible que estos utilicen el sistema legal para presentar un reclamo contra los iniciados. Pues bien, ¿qué se entiende por acción derivada de accionistas?

Una acción derivada permite que un accionista minoritario, como representante de todos los demás accionistas, inicie un procedimiento en nombre de la compañía en un intento de reparar un daño cometido por los accionistas mayoritarios en la compañía. Históricamente, las acciones derivadas surgieron en las grandes empresas públicas donde la división de poderes entre socios y directores era una realidad. Sin embargo, a medida que el comercio ha evolucionado, este remedio se ha utilizado en todo tipo de empresas, y no se limita a las empresas públicas. La regla básica del Derecho de Sociedades es que cuando se comete un agravio a la Sociedad, ya sea por parte de los directores o de los accionistas mayoritarios, la parte querellante adecuada es la propia Sociedad⁹⁵.

95 Las acciones derivadas son reguladas en Irlanda (Sección 212, de la *Companies Act* de 2014), en donde se establece que para que un accionista minoritario presente una demanda en nombre de la compañía, debe estar dentro de una de las excepciones de *Foss c. Harbottle*. Estas excepciones son (i) se perpetre el acto de ilegalidad; (ii) infracción de los derechos personales de un accionista; (iii) cuando se requiere más que una mayoría simple para ratificar el “mal” denunciado; (iv) la justicia del caso requiere que se permita a la minoría iniciar procedimientos; o (v) los que tienen el control perpetraron un fraude contra la minoría, esta es la excepción más popular. La Sección 212, de la *Companies Act* de 2014 establece la excepción legal a la regla en *Foss c. Harbottle*. Para presentar una solicitud conforme a la s. 212, el accionista debe establecer que tiene *locus standi*, en otras palabras, es miembro de la empresa en cuestión y que los asuntos de la empresa se están llevando a cabo, o que los poderes de los directores de la empresa se ejercen de (i) forma opresiva que afecta al accionista minoritario o a cualquier otro miembro; o (ii) con desprecio de los intereses de los accionistas. Ver, *Cooks c. Deeks*, 1 AC 554, 1916 (traducción libre).

Se trata, pues, de una acción legal que es tomada por uno o más accionistas de una empresa, que actúan como demandantes, se ponen en el lugar de la entidad y, así, buscan la restitución en nombre de ella. En estos casos, el accionista demandará, no ya para proteger su derecho individual directo, sino para proteger los intereses de la empresa. Son reclamaciones “derivadas” de una empresa aquellas presentadas por otras personas relevantes en su nombre y representación.

Por lo general, el reclamo se presenta contra miembros del órgano de administración, ejecutivos u otras personas que ocupan una posición de poder en la organización y que pueden estar incurriendo en mala conducta. ¿Cuáles son las situaciones que podrían darse?: Aquí van algunos ejemplos: a) cuando los accionistas mayoritarios de la empresa oprimen a los accionistas minoritarios o manejan mal los asuntos de la empresa; b) por abuso de información privilegiada; c) cuando los administradores de la compañía (incluidos los ejecutivos o gerentes) actúan de mala fe o en contra de los mejores intereses de la empresa o de sus accionistas, por incumplimiento de los deberes de lealtad y diligencia; d) por conflictos de interés, etc.

Si alguna de estas situaciones sucediera, el accionista puede iniciar una acción derivada con el fin de detener el comportamiento dañino y evaluar los daños, con el fin de hacer valer los derechos de la propia empresa y para protegerla de la gestión negligente, ineficiente o que atienda exclusivamente intereses propios de sus administradores.

En otras palabras, dado que la propia empresa no presentará una demanda para proteger sus intereses, cualquier accionista podrá iniciar una acción en calidad de representante a través de una demanda en contra de la compañía y los accionistas u opresores administradores, que serán la parte demandada.

La *Companies Act* de 2006⁹⁶ las regula expresamente en la Sección 260 limitándola solo respecto de una causa de acción que surja de un acto u omisión real o propuesto, que involucre negligencia, incumplimiento, incumplimiento del deber o abuso de confianza por parte de un director de la empresa.

No existe una disposición legal que cubra las acciones derivadas de los accionistas en la India⁹⁷. Sin embargo, el capítulo sobre prevención de la opre-

96 *Companies Act* 2006 (traducción libre). Se encuentran, asimismo, normadas en otros ordenamientos jurídicos como el italiano, alemán y EEUU.

97 A. DESAI, “Can Derivative Action Claims Be Arbitrated? Scenes From A Convoluted Indian Approach”, *Kluwer Arbitration Blog*, 07/10/2021 (traducción libre).

sión y la mala gestión en la ley de sociedades de 2013⁹⁸ de India es el que más se acerca.

Si bien los tribunales indios generalmente han adoptado una postura en contra de la arbitrabilidad de los asuntos de opresión y mala gestión⁹⁹, su postura sobre las acciones derivadas no está clara.

Así, en los casos *Rakesh Malhotra c. Rajinder Malhotra, Sporting Pastime India Ltd.* la Corte adoptó una postura contra la arbitrabilidad de la opresión y la mala gestión. Una postura similar fue adoptada por el Tribunal también en el caso *Sporting Pastime India Ltd. c. Kasturi and Sons Ltd*¹⁰⁰. Sin embargo, la postura de los tribunales sigue sin estar clara en lo que respecta a las demandas por acciones derivadas.

En el caso *Rashmi Mehra c. Eac Trading Ltd.*¹⁰¹, por primera vez, el Tribunal Superior de Bombay sostuvo que las demandas por acciones derivadas son arbitrables. Además de esto, el Tribunal también dijo que lo que distingue las reclamaciones derivadas de las de casos relacionados con la opresión y la mala gestión.

Finalmente, el statu quo cambió cuando el Tribunal Superior de Bombay emitió su sentencia en *Onyx Musicabsolute.Com Pvt. Ltd. c. Yash Raj Films Pvt. Ltd. y Ors*¹⁰², en oportunidad de tratar una solicitud que tenía esencialmente la naturaleza de una acción derivada.

En este caso quedó sentado:

Así como la propiedad individual y personal de cualquiera de los miembros de una empresa no es propiedad de la empresa, la propiedad de la empresa no es propiedad de sus directores ni de sus accionistas o miembros. Siendo así, si la empresa es defraudada

98 Antes de 2013, la ley de sociedades de la India no preveía este tipo de reclamos por accionistas. En 2009, la estafa de Satyam demostró que resultaba necesaria una disposición específica en relación con las demandas derivadas en nombre de una empresa por parte de sus accionistas. Con ello, los artículos 245 y 246 se incluyeron en la ley de sociedades de 2013 de India para abordar las demandas/peticiones representativas.

99 Corte Suprema de Bombay, *Rakesh Malhotra c. Rajinder Malhotra*, 20/08/2014.; *Sporting Pastime India Ltd. c. Kasturi & Sons Ltd.*, 28/06/2006.

100 Corte Suprema de Bombay, *Sporting Pastime India Ltd. c. Kasturi & Sons Ltd.*, 28/06/2006.

101 Corte Suprema de Bombay, *Rashmi Mehra c. Eac Trading Ltd.*, 08/11/2006.

102 Corte Suprema de Bombay, *Onyx Pvt. Ltd. c. Yash Raj Films Pvt. Ltd. & Ors*, 04/07/2008 (traducción libre).

o perjudicada por un malhechor, la propia empresa es la persona que puede demandar al malhechor por daños y perjuicios. Esa es la regla en *Foss v. Harbottle*¹⁰³.

Asimismo, la Corte sostuvo que “la regla es bastante fácil de aplicar cuando la empresa es defraudada por personas externas”. En ese caso, la empresa es la única persona que puede demandar, pero ¿cuál sería la situación si la empresa es defraudada por personas internas que la controlan por parte de los directores o personas que poseen la mayoría de las acciones? ¿La empresa demandaría a tales personas con información privilegiada? Aquí habría imposibilidad práctica. Las decisiones posteriores del tribunal parecen haber atenuado el rigor de la norma en *Foss c. Harbottle* o al menos han creado excepciones a la regla. Es interesante señalar que en *Estmanco (Kilner House) Ltd. c. Greater London Council*, si bien reconoce que podría haber una serie de excepciones a la regla en *Foss c. Harbottle* observó que podrían surgir dificultades a la hora de determinar las excepciones. Él dijo:

Si la norma en *Foss c. Harbottle* hubiera permanecido sin reservas, se habría abierto el camino para que la mayoría obstaculizara cualquier procedimiento que fuera en beneficio de la minoría y en desventaja de la mayoría. En consecuencia, se han establecido una serie de excepciones a la regla¹⁰⁴.

Sentado su alcance y sentido, el interrogante aquí es el siguiente: ¿son arbitrables las *derivate claims*? Para algunos no son materia arbitrable¹⁰⁵. La discusión se sujeta a que para que una materia sea arbitrable debe existir primero *disponibilidad del derecho*, lo que en materia societaria en principio acontece, pero no resulta tan claro respecto de los reclamos derivados. Para resolver la cuestión deberá analizarse en cada caso la disponibilidad o no del derecho que surja del reclamo.

En consecuencia y, teniendo en cuenta que los tribunales han comenzado a adoptar posición favorable hacia el arbitraje, no hay razón alguna por la cual las demandas por acciones derivadas no puedan someterse a arbitraje.

103 Ídem.

104 Ídem.

105 A. SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de litígios societários”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, p. 9 (traducción libre), citando a H. Bernard, *L'arbitrabilité*, Vol. 296, 2003.

4. CONCLUSIÓN

A medida que se han ido incrementando las relaciones comerciales e inversoras entre los operadores económicos de América Latina y de los pertenecientes a otros círculos políticos y económicos se puede apreciar un reconocimiento gradual del importante papel del arbitraje comercial. Una favorable y, en muchas ocasiones, eufórica acogida de la institución, que no registra siempre la misma valoración desde un panorama *eurocentrista* por ofrecer, en ocasiones, un panorama muy negativo y parcial y, en todo caso, desalentador para el desarrollo de la institución arbitral en el subcontinente; incluso desde posiciones latinoamericanas realizadas desde la atalaya de instituciones arbitrales con evidente arraigo, se alzan críticas dignas de un buen neófito convertido a la cultura arbitral¹⁰⁶.

Lo cierto es que, al margen de estos juicios extremos, es indudable que el arbitraje ha iniciado un camino sin retorno: el tránsito de una técnica artesanal y elitista a la creación de una verdadera industria arbitral, erigiéndose como un instrumento coadyuvante en la consolidación del desarrollo económico y político¹⁰⁷.

En casi todos los países se han obtenido decisiones del poder judicial que de manera clara respaldan y favorecen jurídicamente la utilización de los ADR, respetando el principio de ejecutabilidad del pacto y del laudo arbitral. El trabajo armónico de árbitros y poder judicial, apoyado por las instituciones arbitrales, es lo que constituye el factor crítico del futuro del arbitraje en el hemisferio y es lo que nos permitirá ofrecer a nuestros ciudadanos sistemas de resolución de controversias confiables, expeditos, y a la altura de las necesidades y especialización que exige la agilidad del mundo de hoy y seguramente del futuro. A pesar de los problemas, el balance es altamente positivo. Las decisiones judiciales expedidas están de acuerdo, en su mayoría, con los principios internacionales del arbitraje y dan certeza al usuario de este mecanismo, cuya utilización seguramente seguirá aumentando, incrementando así su papel como la opción al procedimiento judicial¹⁰⁸.

En lo que hace al derecho de sociedades esta relación se acentúa, en importancia y utilización, en tanto allí se advierte la ineficacia del sistema judicial para resolver adecuadamente —ello es en el tiempo y forma que requiere la actividad mercantil—, los conflictos que se dan en el seno societario. Las causas

106 J. FERNÁNDEZ ROZAS, N. 2.

107 Ídem.

108 A, POLANIA, N.4.

que a ello pueden atribuirse son de índole variada: excesiva dilación de los procesos, extensos plazos, excesivos rigorismos muchas veces injustificados, falta de especialización de algunos jueces en la materia societaria, falta de modernización y *aggiornamento* de la justicia y del derecho de sociedades, entre los más importantes.

Es evidente que en no pocas ocasiones la parsimonia y lentitud de la jurisdicción estatal (que de forma escrupulosa trata de hacer efectivas las garantías procesales a través de variadas posibilidades de recurso interlocutorios y de comunicaciones y traslados de actuaciones a las partes) impide o retrasa el funcionamiento normal de las empresas y sociedades que no pueden estar durante años a la espera de la resolución definitiva y posteriormente de la ejecución forzosa en su caso¹⁰⁹.

Todo lo mencionado permite sostener con firmeza la importancia del arbitraje societario y —como se dijo—, del reconocimiento del principio de autonomía de los socios para incluir en los estatutos las cláusulas que consideren oportunas, siempre y cuando se respeten las leyes y principios configuradores de la sociedad de que se trate, con el fin de someter a arbitraje las materias que sean de libre disposición conforme al Derecho.

109 A. GARCÍA PAREDES, N. 20.

5. BIBLIOGRAFÍA

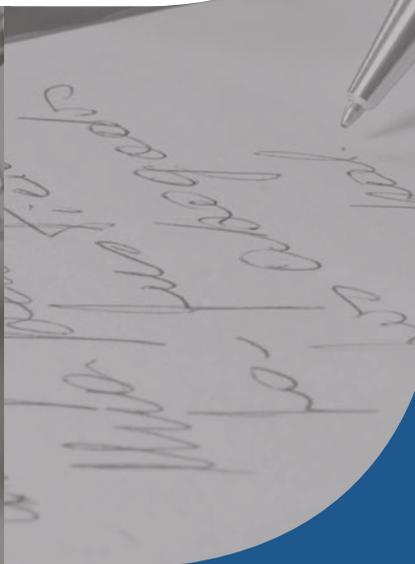
- Balbín, S. *Ejercicio de la acción en materia societaria*, 1ª Ed., Ed. Cátedra jurídica, 2022.
- Boggiano, A. *Tratado de derecho internacional privado*, sexta edición actualizada, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Tomo I, 2017.
- Caivano, R. “La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado”, *El Derecho*, No. 13.306, 2013.
- Caivano R., Ceballos Ríos, N. *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*, Tomo 1, Ed. La Ley, 2020.
- Calaza López, S. “El arbitraje societario”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, No. 21, 2003.
- Carrasco Fernández, F. “Arbitraje societario”, *Jurídica. Anuario de la Escuela de Derecho. de la Universidad Iberoamericana*, No. 2009-39, 2009.
- Caputo, L. “¿Es necesario el consentimiento para extender la Cláusula Arbitral al tercero no signatario?”, *Revista Argentina de Arbitraje*, No. 4, 2019.
- Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, Informe sobre el Arbitraje Societario en España, 2019.
- Corte Suprema de Bombay, *Onyx Pvt. Ltd. c. Yash Raj Films Pvt. Ltd. & Ors*, 04/07/2008.
- Corte Suprema de Bombay, *Rakesh Malhotra c. Rajinder Malhotra*, 20/08/2014.
- Corte Suprema de Bombay, *Rashmi Mehra c. Eac Trading Ltd.*, 08/11/2006.
- Corte Suprema de Bombay, *Sporting Pastime India Ltd. c. Kasturi & Sons Ltd.*, 28/06/2006.
- Desai, A. “Can Derivative Action Claims Be Arbitrated? Scenes From a Convoluted Indian Approach”, *Kluwer Arbitration Blog*, 07/10/2021.
- Fernández del Pozo, L. “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 2/2001, JM Bosch Editor, 2001.
- Fernández Rozas, J. *El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino*, Ed. Jurídica de Chile, 2006.
- García Paredes, A. “El Arbitraje, ¿tutela judicial o tutela jurídica? (una visión post-judicial)”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 41, 2021.
- Hertel T., Covi, A. “Arbitrability oh Shareholder Disputes in Germany”, *Kluwer Arbitration Blog*, (7/2/2018).

- Illescas, R. “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, *Revista De arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 1(1), 2008.
- Lei das Sociedades Anônimas do Brasil, Lei No. 6.404, 15 de diciembre de 1976.
- Lei de XYZ do Brasil, Lei No. 12375, 15 de diciembre de 2010.
- Muñoz Planas, J. *Algunos problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, Madrid, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Civitas, 1978.
- O’Neill de la Fuente C., Del Pino Yupari, M. “Arbitraje y terceros legitimados en la impugnación de acuerdos societarios en el Perú”, *THĒMIS-Revista de Derecho*, No. 77, 2020.
- Pieralli, A. “El nuevo arbitraje en Italia: análisis comparativo con España”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 6, 2005.
- Polania, A. “El arbitraje en América Latina: ¿hay futuro!” *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, No. 24, 2010.
- Rivera, J. C., Rivera J.C., Amado, J. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*, 3ra. Ed. actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, 2022.
- Rodríguez Robledo, M. *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, 2010.
- Rojas Chan, A. “Algunas consideraciones sobre el arbitraje estatutario como mecanismo alternativo para la solución de conflictos societarios”, *Derecho Societario, Concursal y del Consumo*, Tomo III, Ed. Jurídica Continental, 2017.
- Sampaio Caramelo, A. “Arbitragem de litígios societários”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*.
- Valencia Correa, C., Ibarra Ibarra, G., Arteta Caballero, J. “La aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos con administradores sociales”, *Vniversitas*, Vol. 71, 2022.
- Vásquez Palma, M. “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización”, *Ius et Praxis*, Vol. 20(1), 2014.
- Vicent Chuliá, F. “Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final.”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 1, 2001.

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

—
Nuestros resultados
son producto de la
experiencia, integridad,
preparación y creatividad.
—

usticia
presenta
Ley de
Nacional
umento



CW&A

Av. de los Shyris N33-134 y República del Salvador. Edificio Libertador, piso 14.
Telf: (593 2) 382 4613 / 382 4653 /382 4693 /382 4694

www.cywlegal.com

Arbitraje y justicia constitucional: recientes fallos de la Corte

ARBITRATION AND CONSTITUTIONAL JUSTICE: RECENT
RULINGS ISSUED BY THE CONSTITUTIONAL COURT

*Álvaro Galindo Cardona**
*Bernarda Muriel Bedoya***

Recibido/Received: 08/11/2023
Aceptado/Accepted: 01/12/2023

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Una nueva señal ambivalente al arbitraje de inversiones? 2.1. Dictamen no. 2-23-ti/23 de la corte. 2.2. Una correcta interpretación del artículo 422. 3. ¿Ha vuelto la práctica ritualista al arbitraje doméstico en materia probatoria? 3.1. Fallos relevantes dictados por la corte en materia probatoria. 3.2. Pautas de la sentencia No. 2822-18-ep en materia probatoria en procedimientos arbitrales y procesos de anulación de laudos. 3.3. Un peligroso fallo: la sentencia de nulidad número 17100-2021-00021.

RESUMEN: En este trabajo, los autores analizan dos fallos recientes de la Corte del Ecuador que son relevantes a nivel internacional y nacional. En cuanto al primero, concluimos que el Dictamen de No. 2-23-TI/23 (voto de mayoría), que analizó la constitucionalidad del Acuerdo Comercial firmado entre Ecuador y Costa Rica respecto al alcance del artículo 422 de la Constitución, fue incorrecto. En cuanto al segundo, determinamos que la sentencia No. 2822-18-EP, que contiene pautas en materia probatoria tanto para árbitros como para los jueces que resuelven las acciones de nulidad de laudos arbitrales, es un importante aporte para la comunidad arbitral.

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas (UDLA). Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Maestría en Derecho Internacional (LL.M.) Georgetown University Law Center. Correo electrónico: agalindo@udla.edu.ec | alvaro.galindo@georgetown.edu

** Asociada en BUSTAMANTE FABARA. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. LL.M por Georgetown University Law Center. Correo electrónico: bmuriel@bustamantefabara.com

PALABRAS CLAVE: dictamen de constitucionalidad, arbitraje de inversiones, práctica de la prueba en arbitrajes domésticos, acción de nulidad, Corte Constitucional.

ABSTRACT: In this article, the authors analyze two recent rulings issued by the Constitutional Court of Ecuador, which are relevant at both the international and national levels. As to the first, we conclude that Decision No. 2-23-TI/23 (majority vote), which examined the constitutionality of the Free Trade Agreement signed by Ecuador and Costa Rica in relation to the interpretation of Article 422 of the Constitution, was incorrect. As to the second, we determine that Ruling No. 2822-18-EP, which provides guidelines on evidentiary matters for both arbitrators and judges managing annulment actions of arbitral awards, is a significant contribution to the arbitration community.

KEYWORDS: decision on constitutionality, investment arbitration, guidelines on evidentiary matters, annulment action, Constitutional Court.

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre la justicia ordinaria y constitucional con el arbitraje es innegable. Desde la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, el desarrollo de este mecanismo de resolución de disputas no ha cesado. Sin embargo, los avances en nuestro sistema también se han visto afectados por significantes retrocesos tanto en un espectro doméstico como internacional. Consideramos que tanto los aciertos como los desaciertos con los que nos enfrentamos como miembros de la comunidad arbitral deben ser estudiados, debatidos, y difundidos, pues solo así se logrará entender de una forma más integral los fenómenos jurídicos a los que nos enfrentamos. En este contexto, hemos decidido abordar dos decisiones dictadas por la Corte (en adelante, la “Corte”) que tienen trascendencia por su complejidad, por las implicaciones que traen consigo, por las discusiones de las que han sido objeto, y por la falta de consenso que existe en el foro. Primero, abordaremos la reciente decisión de la Corte sobre la constitucionalidad del Acuerdo de Asociación Comercial entre Ecuador y Costa Rica, la que interpreta el primero inciso del artículo 422 de la Constitución que tanto ha dado de qué hablar por más de una década. Segundo, trataremos un fallo de la Corte que pone un alto a la judicialización del arbitraje y contribuye al desarrollo del arbitraje y su relación con la justicia ordinaria.

2. ¿UN NUEVA SEÑAL AMBIVALENTE AL ARBITRAJE DE INVERSIONES?

Es bien conocido que desde el 2008, año en el que se promulgó la Constitución de Montecristi, Ecuador ha adoptado diferentes —y ambivalentes— posturas respecto al arbitraje internacional en materia de inversiones. Se ha dicho que la fuente de la montaña rusa que ha atravesado nuestro país es el artículo 422¹ de la Constitución y la prohibición contenida en su primer inciso. Sin embargo, consideramos que el origen dista del texto de la disposición *per se*, pues como se verá más adelante, no se prohíbe el arbitraje en materia de inversiones. Por el contrario, creemos que la serie de decisiones tomadas en estos últimos quince años, que no ha devenido sino en incertidumbre a nivel doméstico e internacional, se debe a posiciones políticas y al desconocimiento del Derecho Internacional Público (“DIP”), del Derecho de las inversiones, y del arbitraje en general.

Si bien existe una prohibición en el primer inciso del artículo 422 de nuestra Carta Magna, esta se ha usado de forma indiscriminada debido a que no existía una interpretación clara sobre su alcance. Prueba de ello son los dictámenes de constitucionalidad emitidos entre 2008 y 2017, en los que se recomienda la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión² pero no se hace mención, por ejemplo, a la verificación o no de los elementos de la prohibición, su interpretación de acuerdo con los métodos previstos en la Constitución, la naturaleza de las obligaciones contenidas en los tratados o cuáles son estas³.

Es importante remarcar que años más tarde, y con una nueva composición y ambiente político, la Corte tuvo la oportunidad de definir cuál era el alcance de la prohibición del artículo 422; sin embargo, no lo hizo. Luego de esperar años para que el pleno de la Corte resuelva la solicitud de interpretación enviada por la presidente de la Asamblea Nacional en el año 2018,

1 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 422, RO No. 449, 20/10/2008: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.

2 Ver, Corte Constitucional, Dictamen No. 023-10-DTI-CC, No. 003-12-DTI-CC, No. 001-14-DTI-CC, No. 035-10-DTI-CC, No. 038-10-DTI-CC, No. 027-10-DTI-CC, No. 043-10-DTI-CC, No. 010-13-DTI-CC, No. 026-10-DTI-CC, No. 031-10-DTI-CC, No. 022-13-DTI-CC, No. 030-10-DTI-CC, No. 032-13-DTI-CC, No. 020-10-DTI-CC, No. 029-10-DTI-CC, No. 040-10-DTI-CC, No. 041-10-DTI-CC.

3 Para más detalle sobre la denuncia de los TBI, Ver, A. GALINDO y B. MURIEL, “El arbitraje y la Constitución de Montecristi: un análisis desde una perspectiva doméstica e internacional”, CEP, 2023.

la Corte se valió de un formalismo para no emitir un pronunciamiento de fondo en enero de 2022⁴. Como resultado, se posterga aclarar el estatus legal del arbitraje de inversiones en el Ecuador y se envía una señal confusa al foro internacional tomando en cuenta que meses antes se ratificó el Convenio CIADI por segunda ocasión, luego de la luz verde dada por la propia Corte.

A continuación, analizaremos [§2.1] la más reciente señal ambivalente del Estado ecuatoriano a este mecanismo de solución de controversias a raíz de la expedición del Dictamen No. 2-23-TI/23 de la Corte del 28 de julio de 2023⁵. Concluimos [§2.2] que la postura de la Corte, además de ser errada, es superficial y no responde a un análisis apegado al DIP ni al del Derecho Internacional de las Inversiones.

2.1. DICTAMEN NO. 2-23-TI/23 DE LA CORTE

El 1 de marzo de 2023, Ecuador suscribió el Acuerdo de Asociación Comercial entre la República del Ecuador y la República de Costa Rica (en adelante, el “**Acuerdo**”). De conformidad con la Constitución y la normativa secundaria aplicable a la materia, se solicitó a la Corte su pronunciamiento respecto de si se requería aprobación legislativa del Acuerdo por la Asamblea Nacional. El 24 de mayo del año en curso, el Pleno de la Corte resolvió que dicho dictamen requiere aprobación legislativa, y el 28 de julio emitió el dictamen de constitucionalidad del Acuerdo.

En este trabajo, únicamente abordaremos el voto de mayoría de la Corte⁶ y nos limitaremos al pronunciamiento sobre el artículo 422 y el mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado que consta en el Capítulo 15

4 Ver, Corte Constitucional, Dictamen No. 2-18-IC/22, 12/01/2022.

5 Corte Constitucional, Dictamen No. 2-23-TI/23, 28/07/2023, RO Ed. Constitucional No. 232, 08/06/2023, y Fe de Erratas en RO Ed. Constitucional No. 237, 16/06/2023.

6 Para un análisis sobre el voto salvado dictado por la Corte, Ver A. PARRA, “Los desaciertos en el voto salvado a la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de varios Artículos del Acuerdo Comercial entre Costa Rica y Ecuador”, *Blog de Ecuadorian Very Young Arbitration Practitioners* (ECUVYAP), <http://bit.ly/3R4ss3s> (14/08/2023).

del Acuerdo⁷. Ahora bien, en el mismo dictamen y previo a que se analice el capítulo en mención, ya se advertía la postura de la mayoría, pues en la sección referente a la solución de disputas en materia financiera se dijo que:

[e] artículo 11.20 del Acuerdo prevé como mecanismo de solución de conflictos al arbitraje entre un inversionista y un Estado. Como se explicará dentro del análisis material sobre el capítulo 15 del presente dictamen, esto resulta contrario al artículo 422 de la CRE en vista de que se celebra un tratado en el que el Estado ecuatoriano cede jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, como el CIADI, en controversias contractuales, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. [...] Por ello, este Organismo, en los términos expresados [...], verifica que el artículo 11.20 del Acuerdo es inconstitucional⁸.

Posteriormente, el voto de mayoría, dejando de lado los métodos de interpretación literal y sistemática, recurrió a una interpretación volitiva del texto para determinar cuál es su alcance⁹. Este accionar es cuestionable, pues la Constitución

7 Corte Constitucional, N. 5: en su parte relevante el artículo 15.20 establece que: “[...] 4. Siempre que hayan transcurrido por los menos ocho meses desde que tuvieron lugar los hechos que dan lugar a la reclamación, y siempre que el demandante haya cumplido con las condiciones señaladas en el artículo 15.23, el demandante puede someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1: (a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI; (b) de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CIADI; (c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o (d) si las partes contendientes lo acuerdan, ante una institución de arbitraje ad hoc, o ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera otras reglas de arbitraje.

5. Una reclamación se considerará sometida a arbitraje conforme a esta Sección, cuando la notificación o la solicitud de arbitraje (en adelante, “notificación de arbitraje”) del demandante: (a) a que se refiere el párrafo 1 del artículo 36 del Convenio del CIADI, sea recibida por el Secretario General; (b) a que se refiere la Regla 2 de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, sea recibida por el Secretario General; (c) a que se refiere el artículo 3 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, conjuntamente con el escrito de demanda a que se refiere el artículo 20 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, sea recibida por el demandado; o (d) a que se refiera cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera reglas de arbitraje seleccionadas bajo el subpárrafo 4 (d), sea recibida por el demandado. [...]”.

8 Corte Constitucional, N. 5, ¶117.

9 Corte Constitucional, N. 5, ¶166: “[...] corresponde evaluar la voluntad del constituyente respecto al artículo 422 de la CRE con el fin de determinar si la sección B del capítulo 15 del Acuerdo transgrede o no un límite constitucional”; ¶169 “[...] se desprende que el espíritu del primer inciso del artículo 422 prescribía la prohibición de que el Estado se someta a leyes que no sean las ecuatorianas [...]”.

y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determinan que este último método será aplicable únicamente si los dos primeros sistemas no son suficientes¹⁰; para este caso, las interpretaciones exegética e integral bastaban. Sin embargo, el fallo de mayoría menciona que:

Al respecto, se evidencia la posición del constituyente, la cual no hacía distinciones utilizando conceptos propios de la materia de arbitraje internacional, por ejemplo diferenciando arbitraje de índole comercial y arbitraje de inversiones. De las discusiones, tampoco se desprende la diferenciación, por parte del constituyente, entre una oferta unilateral de acudir al arbitraje internacional, un pacto y un convenio arbitral. Tampoco sobre sus efectos. En concreto, para el constituyente no había diferencia respecto de si una oferta unilateral plasmada en un tratado internacional conlleva, o no, la aceptación tácita e inmediata para acudir a un arbitraje internacional. Por el contrario, la posición del constituyente se tradujo en establecer limitaciones constitucionales a este tipo de solución de controversias; [...] ¹¹.

La decisión de mayoría concluye que la sección B del capítulo 15 del Acuerdo es contraria al artículo 422, pues se verifican todas las prohibiciones, y además, no encaja dentro de las excepciones previstas en el segundo inciso del mismo artículo. Recordemos que el primer inciso del artículo 422 prescribe que:

No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano **ceda jurisdicción soberana** a instancias de arbitraje internacional, en **controversias contractuales o de índole comercial**, entre el Estado y **personas naturales o jurídicas privadas**¹².

Del texto citado, se desprenden cuatro requisitos que deben verificarse, y la Corte determinó primero, que el Acuerdo es un tratado internacional, *ergo*, el requisito se cumple. Segundo, que sí se cede jurisdicción soberana a instancias internacionales en caso de que el inversionista decida aceptar la oferta unilateral del Estado de acudir a arbitraje, ya que:

10 Constitución de la República del Ecuador, N. 1, Artículo 427; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Artículo 3, RO Sup. No. 52, 22/10/2009.

11 Ídem, ¶ 170.

12 Constitución de la República del Ecuador, N. 1, Artículo 422. Énfasis añadido.

El Estado no podría ejercer su soberanía pues, en escenarios específicos, sería incapaz de proteger el interés general y nacional y podría ser objeto de decisiones —laudos— que no se ajusten a estos criterios. [y]

El mismo argumento [el que no se cede la jurisdicción soberana hasta que se acepte la oferta] daría cuenta de que el Estado tiene jurisdicción para conocer una disputa de inversiones derivada del tratado y si se llega a pactar arbitraje en los términos establecidos en el Acuerdo, se estaría cediendo dicha jurisdicción que, en principio, existía¹³.

Tercero, en el Dictamen los jueces de mayoría establecen que las controversias de inversiones —considerando el término “inversión” definido en el Acuerdo— se encuentra enmarcado en la definición de “contrato” prescrita en el artículo 1454 del Código Civil¹⁴. Así, la Corte se limita a mencionar que porque una inversión se materializa a través de un contrato, entonces, la controversia sería contractual o de índole comercial. El análisis esgrimido en el dictamen se resume a lo siguiente:

[E]l Acuerdo [...] suscitaría, de conformidad con el artículo 1454 del Código Civil, una controversia contractual pues los inversionistas y el Estado se obligan para con la otra parte a dar, hacer o no hacer algo en específico -por ejemplo firman un contrato de llave en mano- y después de una disputa sobre los términos, esto genera un incumplimiento contractual. **Esto es un ejemplo de que también las inversiones, para ser calificadas como tales en ciertos escenarios previstos en el mismo Acuerdo, necesitan como base un contrato suscrito entre un inversionista y un Estado**¹⁵.

Cuarto, la Corte determina que pese a que el Acuerdo es celebrado entre dos Estados (Costa Rica y Ecuador), de igual forma se aplica la prohibición prevista en el artículo 422. A entendimiento de la Corte, en caso de que exista una controversia por una inversión, el procedimiento arbitral sería entre uno

13 Corte Constitucional, N. 5, ¶176-177.

14 Código Civil, Artículo 1454, RO Sup. No. 46, 24/06/2005: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

15 Corte Constitucional, N. 5, ¶182. Énfasis añadido.

de los Estados y el inversionista —de calificar como tal bajo los criterios del Acuerdo—. Por lo tanto, el mecanismo de resolución de disputas contenido en el Acuerdo se subsume en la prohibición. La Corte sustenta su razonamiento en que se le estaría dando una interpretación útil a lo dispuesto en el artículo 422, ya que bajo el DIP resulta imposible que un persona natural o jurídica privada celebre un tratado¹⁶.

Concluye la decisión de mayoría aduciendo que además de verificarse todos los requisitos para que la prohibición del artículo 422 rija, no se contempla en el artículo 15.20 del Acuerdo ninguna de las excepciones contenidas en el segundo inciso del artículo 422¹⁷. El voto de mayoría concluye que la sección B del artículo 15.20 es inconstitucional y que cualquier otra interpretación del artículo 422, inciso primero, “defraudaría la real intención del constituyente”:

En definitiva, interpretar de esa forma [de los *amicus curiae* que explican por qué el arbitraje de inversiones no se encuentra dentro del ámbito de la prohibición], implicaría efectuar una mutación constitucional en un contexto en el que no ha pasado un tiempo mayor en términos históricos desde la redacción de la Constitución del 2008 y no están involucrados asuntos fundamentales como el desarrollo de derechos fundamentales¹⁸.

2.1. UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN

Si bien es cierto que la decisión de la Corte cerró la discusión latente desde 2008 en foros nacionales e internacionales, a nuestro criterio, esta adolece de errores que explicaremos a continuación. Analizaremos cada uno de los requisitos que componen el primer inciso del artículo 422.

16 Ídem., ¶185: “[...] considerar que el Estado no incurre en esta prohibición porque el Acuerdo está suscrito entre Estados dejaría sin efecto útil el artículo de la Constitución pues una persona jurídica privada o natural no puede celebrar un tratado internacional. Tal como lo prevé a Convención de Viena. [...] De tal forma que, el Acuerdo prevé el arbitraje entre Estado y personas naturales o jurídicas privadas (en caso de considerarse inversionistas) por lo que incurre en la prohibición”.

17 Corte Constitucional, N. 5, ¶189-190: “Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.

18 Ídem., ¶186.

Primero, *no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales*. Si bien el Acuerdo es un tratado internacional, esto no es suficiente para que exista una prohibición, pues copulativamente deben verificarse el resto de los requisitos.

Segundo, la prohibición de celebrar tratados o instrumentos internacionales *en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional*. Son algunas las aclaraciones que deben hacerse para entender por qué el Acuerdo no cumplía esta condición y por qué el voto de mayoría es errado.

- (i) La falta de técnica legislativa y el desconocimiento de DIP del legislador determinó que existe una ‘jurisdicción soberana’, cuando esto es equivocado. La realidad es que la jurisdicción y competencia proviene del orden jurídico interno, y que la noción de soberanía aplicada a un ámbito interno, si bien garantiza la supremacía del poder político por sobre poderes locales, no lo hace en un ámbito internacional. Recordemos que es la soberanía misma, la que en un espacio internacional, permite que los Estados sean independientes y tratados con igualdad. Es decir, que es la soberanía de un Estado la que permite que este suscriba, ratifique e incluso denuncie los tratados.
- (ii) Es la soberanía de un Estado, entonces, la que hace factible el sometimiento de las obligaciones de DIP adquiridas en el Acuerdo de una controversia a la jurisdicción arbitral internacional. Dicho esto, Ecuador o Costa Rica no estarían cediendo su soberanía jurisdiccional, entendida como renuncia a su potestad de imperio en sus territorios en función del artículo 15.20 del Acuerdo a foros internacionales.
- (iii) El Acuerdo no contiene un convenio arbitral, sino una oferta de arbitrar. Como bien se señaló en un *amicus curiae* presentado ante la Corte, el hecho de que se haga una oferta excluye necesariamente que se ‘pacte’ estrictamente arbitraje internacional, pues la aceptación ocurre posteriormente, en un momento y acto diferente¹⁹. Por lo tanto, el verbo rector del artículo 422 no se verifica; *ergo*, al artículo 15.20 del Acuerdo no le alcanza la prohibición de la Constitución.

Tercero, las *controversias contractuales o de índole comercial* no son lo mismo que divergencias en materia de inversiones bajo el DIP y de las inversiones. La decisión de la Corte, al equiparar materia comercial/contractual con una

19 Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, *Ecuadorian Very Young Arbitration Practitioners* (ECUVYAP), *amicus curiae* presentado dentro de la causa en análisis, ¶18-20.

inversión bajo el DIP porque la inversión se materializa a través de un contrato, es equivocada.

Los jueces de mayoría ni siquiera evaluaron los requisitos establecidos por varios tribunales arbitrales internacionales para calificar a una inversión como tal. Tampoco recurrieron a otras fuentes, que de haberse consultado, habrían puesto en evidencia su errada conclusión. Tan superficial es el análisis de la Corte, que no evaluaron la diferencia que existe en la naturaleza de las obligaciones derivadas de relaciones contractuales y aquellas contenidas en el Acuerdo, que al ser un tratado internacional contiene obligaciones bajo el DIP. Esto necesariamente implica que (i) un inversionista bajo el Acuerdo no hubiera podido reclamar incumplimientos contractuales, esto porque (ii) el Acuerdo no contiene una cláusula paraguas²⁰. Finalmente, tampoco interpretaron el tratamiento diferente que la Constitución le da a las ‘inversiones’ versus a acuerdos comerciales y contractuales, entendidos como simples contratos bajo la legislación local —artículo 1454 del Código Civil—. Así, tampoco se hizo un estudio profundo que posea un hilo argumentativo y lógico de cómo la definición de ‘inversión’ del Acuerdo recae supuestamente en la prohibición.

Finalmente, la Constitución prevé que “[n]o se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, **entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas**”. Si bien el arbitraje internacional en el que se ventilarían las controversias del cumplimiento o no del Acuerdo sería entre uno de los Estados y un inversionista, la prohibición escapa del alcance del Acuerdo:

- (i) Porque el Acuerdo se celebra entre dos Estados.
- (ii) Porque aún si el artículo se referiría al arbitraje entre un Estado y un inversionista, el resto de los requisitos no se cumplen como ya se ha explicado.
- (iii) Porque como determina la propia Corte, es imposible que una persona privada *celebre* un tratado internacional con un Estado.

Frente a este último argumento, la Corte, en un intento de blindar su razonamiento, le dio nuevamente al texto constitucional un “efecto útil”. Sin

20 Ver, F. CORRAL BURBANO DE LARA y A. GALINDO CARDONA, *amicus curiae* presentado dentro de la causa en análisis, ¶59-60.

embargo, correspondía una interpretación literal e integral al primer inciso del artículo 422 para determinar cuál era el alcance de la prohibición respecto a este requisito.

Finalmente, el dictamen determina que el Acuerdo —y más específicamente su artículo 15.20— no se encuentra en las excepciones previstas en el segundo inciso del artículo 422, esto una sede para la resolución de disputas Estado-inversionista en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. Por lo tanto, la disposición es inconstitucional.

Bajo este razonamiento, entonces, el Ecuador enfrenta varios retos:

- (i) Los tratados que se encontraban en fase de negociación y que contengan una disposición de solución de controversias Estado-inversionista, que habían terminado esta fase, o inclusive que ya se encontraban firmados —como lo es el caso del Acuerdo con Costa Rica— deberán considerar este fallo y, probablemente, renegociar los capítulos y artículos sobre solución de controversias Estado-inversionista. Caso contrario, los acuerdos se frustrarán debido a la errónea interpretación de la Corte.
- (ii) Tratar de reivindicar la reputación de Ecuador ante la comunidad internacional. Al ser un Estado contratante del Convenio CIADI, pero al mismo tiempo prevenir que se acuda al sistema de solución de controversias previsto bajo el mismo Convenio, deviene en que la ratificación del tratado sea letra muerta, y de cierta forma una ausencia de seriedad frente a los Estados que han dedicado esfuerzo y tiempo para alcanzar acuerdos con el Ecuador, y ante potenciales inversionistas.
- (iii) Encontrar opciones de centros y tipos de arbitraje que puedan cumplir con el criterio de la Corte, pese a que como bien señala el voto salvado, los jueces de mayoría no dieron estas pautas de forma explícita.

3. ¿HA VUELTO LA PRÁCTICA RITUALISTA AL ARBITRAJE DOMÉSTICO EN MATERIA PROBATORIA?

En los últimos años, la Corte ha dictado varias sentencias que —entre otras cosas— han dejado claro que las reglas y procedimientos de un proceso arbitral y de un proceso judicial ordinario no son los mismos. Así también, la Corte ha sido tajante en definir los límites que deben respetar los presidentes

de las Cortes Provinciales para evitar la desnaturalización del arbitraje y su judicialización en el marco de una eventual acción de nulidad.

Sin embargo, los parámetros definidos por la Corte no han sido respetados, pues como se verá, existe una sentencia que ha anulado un laudo arbitral por no practicar la prueba del procedimiento arbitral conforme el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, “COGEP”). Consideramos que lo anterior constituye un retroceso para el arbitraje como institución dentro del Ecuador y ocasiona que prácticas ritualistas y rígidas, que se pensaban ya superadas, retornen a nuestro foro. Creemos que la responsabilidad no recae únicamente en los jueces que sustancian las causas, sino también en los abogados practicantes que utilizan dicho argumento y acción de forma abusiva.

Dicho esto, [§3.1] analizaremos brevemente fallos importantes de la Corte en esta materia; luego estudiaremos [§3.2] las recientes pautas dictadas por la Corte cuando la causal c) del Artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación sea invocada; y finalmente [§3.3] veremos el ejemplo de una sentencia que ha transgredido las sentencias previamente dictadas por la Corte, y que ciertamente no superaría los nuevos parámetros definidos.

3.1. FALLOS RELEVANTES DICTADOS POR LA CORTE EN MATERIA PROBATORIA

La Corte ha confirmado tanto la naturaleza del arbitraje²¹ como el reconocimiento constitucional de este mecanismo de solución de controversias²². De esta misma manera, se han determinado los derechos y garantías de las partes que deben respetarse tanto dentro del procedimiento arbitral²³, como en un eventual proceso de nulidad por los juzgadores a cargo, respectivamente. Esto

21 Ver, a modo de ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia No. 323-13-EP/19, 19/11/2019: “derivado del reconocimiento constitucional a la naturaleza convencional y alternativa, su efectividad también depende de un deber de respeto e independencia por parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje”.

22 Ver, a modo de ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia No. 113-15-SEP-CC, 08/04/2015: “se reconoce constitucionalmente la facultad de los medios alternativos de solución de conflictos, entre los cuales se encuentra el arbitraje, como mecanismos paralelos para administrar justicia”.

23 Ver, Sentencia No. 177-15-EP/20, 18/11/2020, en cual la Corte fijó que el derecho a la defensa de las partes en un procedimiento arbitral se respeta si las fases orales obligatorias: (i) la audiencia de sustanciación y (ii) las diligencias probatorias que el tribunal señale para la práctica y contradicción de las pruebas del proceso se llevan a cabo y se rigen bajo los principios de igualdad, pudiendo así prescindir de la audiencia de estrados.

con el ánimo de zanjar discusiones que en el foro ecuatoriano se han debatido álgidamente²⁴.

Asimismo, la Corte ha establecido que, sobre la base de la autonomía de las partes, estas tienen la libertad de adoptar las reglas que les parezcan adecuadas para su procedimiento arbitral, pues existe un “pleno reconocimiento de un sistema **‘alternativo’ con normas y procedimientos propios**”²⁵. De manera más enfática y complementaria, en la sentencia No. 2573-17-EP la Corte estableció que al arbitraje no le rigen las reglas procesales que a los procesos judiciales ordinarios en los siguientes términos:

Debido a su origen contractual, **las partes gozan de amplia flexibilidad para determinar las reglas que consideren eficaces y adaptar la estructura del procedimiento en función de su naturaleza y complejidad** [...] y adaptar el procedimiento a las particularidades del caso concreto.

No aplican con la misma rigurosidad las normas procesales que rigen en los procesos judiciales. En tal medida, cuando la LAM se remite a la ley procesal o esta aplica por supletoriedad, **tal aplicación debe siempre adecuarse a los principios y a la naturaleza propia del arbitraje como mecanismo independiente y alterno a la justicia ordinaria.**

Debido a que la voluntad contractual es el punto de partida del arbitraje, **en la medida en que se respeten las garantías básicas del debido proceso arbitral, las reglas acordadas para la conducción del procedimiento arbitral son las que determinan la forma en que se desarrollará.** Así, en virtud de la posibilidad que gozan para autorregular la manera en que se ventilará su controversia, se trata de un proceso flexible en el que priman los intereses de los intervinientes²⁶.

Entonces, en caso de perseguirse la nulidad de un laudo arbitral sobre la base de la tercera hipótesis de la causal c) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y

24 Para más información sobre las discusiones y diferentes tesis en materia de arbitraje doméstico en el foro ecuatoriano, ver H. GARCÍA y B. MURIEL, “Tras Bastidores a la Ley de Arbitraje y Mediación”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 12, 2021; y A. GALINDO y B. MURIEL, N. 3.

25 Corte Constitucional, N. 21. Énfasis añadido.

26 Corte Constitucional, Sentencia No. 2573-17-EP, 25/08/2021. Énfasis añadido.

Mediación (“LAM”) “cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse”, los presidentes de las Cortes Provinciales debían considerar la naturaleza contractual del arbitraje; su flexibilidad; y, que las partes/árbitros pueden pactar reglas distintas a las ordinarias, lo que incluye la práctica de la prueba. No obstante, como veremos a continuación, esto no ha sucedido.

3.2. PAUTAS DE LA SENTENCIA NO. 2822-18-EP-23 EN MATERIA PROBATORIA EN PROCEDIMIENTOS ARBITRALES Y PROCESOS DE ANULACIÓN DE LAUDOS

La acción extraordinaria de protección (“AEP”) que dio origen a esta sentencia de la Corte proviene de la declaratoria de nulidad de laudo arbitral por el presidente de la Corte Provincial de Pichincha²⁷. La autoridad judicial consideró que el laudo debía ser anulado pues, a su criterio, pese a que el tribunal arbitral ordenó que se realice un peritaje, este nunca fue ejecutado ni practicado. Así, el presidente de la Corte Provincial determinó que el laudo incurrió en la causal c) del artículo 31 de la LAM.

En palabras del juzgador, el tribunal arbitral a través de su conducta produjo “indefensión para las partes, por cuanto limita el derecho de defensa y contradicción al no permitirle al actor producir sus pruebas que respalden sus pretensiones y afirmaciones”²⁸. No obstante, la Corte determinó que el presidente de la Corte Provincial omitió que la realización y práctica de este segundo informe pericial estaba sujeto a la verificación del error esencial del primer informe pericial, lo que no sucedió. *Ergo*, no cabía la prueba previamente ordenada. Además, la Corte dictó que el juez de nulidad excedió sus facultades pues:

[R]evisó el contenido de la demanda arbitral con el fin de determinar *ex officio* las pretensiones de la demanda y los medios que, a juicio del presidente de la Corte Provincial, permitirían resolver el fondo de la controversia. Es decir, no se limitó a analizar las pruebas admitidas y ordenadas, sino que revisó incluso las pretensiones del acto de proposición presentado por el demandante; concluyendo que a su criterio hubo “aspectos [la

27 Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, Proceso No. 17100-2018-00008.

28 Ídem., fojas 1882-1883.

conciliación de cuentas] [...] [que] debieron ser analizados en el informe mandado a practicar”²⁹.

Finalmente, la Corte resolvió que (i) la AEP propuesta por el accionante - accionado dentro del proceso de nulidad- era procedente; (ii) se vulneró el debido proceso en la sustanciación de la acción de nulidad del laudo arbitral; (iii) y se dejó sin efecto la sentencia de nulidad, por lo que se ordenó que esta se vuelva a sustanciar.

Sin embargo, el aporte de la Corte no se ciñe únicamente al caso en concreto, sino que emitió directrices para los jueces que conozcan acciones de nulidad de laudos arbitrales. Esto, con el fin de evitar vulneración de derechos como sucedió en el caso *supra*. Consideramos que los mayores aportes del fallo son los siguientes:

Primero, la Corte hace un énfasis en que al determinar si existió o no una extralimitación al momento de resolver una acción de nulidad de laudo arbitral se debe observar si se garantizó el debido proceso, el cumplimiento de normas, y el respeto a los derechos de las partes³⁰. Asimismo estableció que para determinar si existió una vulneración a estas garantías, se requiere que (i) exista una violación a una regla de trámite; y, (ii) una transgresión al debido proceso.

Segundo, la decisión hace énfasis en que los presidentes de las Cortes Provinciales que sustancien acciones de nulidad deben necesariamente conocer y entender cuáles son los principios que rigen el arbitraje como institución. Esto se debe a que estos jueces constantemente intervienen en el fondo de lo resuelto por tribunales arbitrales y desnaturalizan las reglas de trámite aplicables al arbitraje y escogidas por las partes o el tribunal. Lo anterior transgrede el reconocimiento constitucional y legal del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, de naturaleza contractual³¹, con la flexibilidad que lo caracteriza³². Así, la Corte explícitamente menciona que “este Organismo ha **encontrado que los presidentes de las Cortes Provinciales del país, en clara extralimitación de las funciones otorgadas por el artículo 31 de la LAM, incurrir en una excesiva judicialización del arbitraje; trastocando así su independencia, reconocida constitucionalmente**”³³.

29 Corte Constitucional, Sentencia No. 2822-18-EP-23, 13/09/2023, ¶66.

30 Corte Constitucional, N. 29, ¶23.

31 Ídem., ¶29.

32 Ídem., ¶28.

33 Ídem., ¶69. Énfasis añadido.

Tercero, sobre la base de los principios antes mencionados, en el dictamen se prevé que los jueces deben respetar las reglas que las partes hayan pactado y acordado libremente, lo que es concordante con el artículo 38 de la LAM, por lo que por supuesto estas disposiciones aplican a las regulaciones del procedimiento probatorio. En palabras de la Corte:

Se deberá preferir las regulaciones sobre el procedimiento realizado por las partes, ya sea de forma autónoma en el convenio arbitral o por referencia a un reglamento de un centro; y en un segundo término se preferirá las regulaciones adoptadas por el tribunal arbitral, lo que pudiese incluir las normas de *soft law* comunes a los procedimientos arbitrales (v.g. Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba, Reglas de Praga para la Tramitación Eficiente de los Procedimientos, entre otros)³⁴.

Cuarto, se reitera que en materia probatoria “tiene un tratamiento distinto al que se le da en el marco de la justicia ordinaria”³⁵, y por ende que la ley procesal supletoria —entiéndase el COGEP—, “**siempre debe adecuarse a los principios y a la naturaleza propia del arbitraje**”³⁶, y que estas características deben “estar enmarcadas en el respeto a las garantías del derecho al debido proceso.

Quinto, y en consecuencia con lo anterior, la Corte estableció dos *tests*. *El primero*, sobre los momentos que obligatoriamente deben tener las regulaciones probatorias escogida *por las partes o árbitros* en un procedimiento arbitral para que no se menoscaben derechos constitucionales: (i) la admisión de las pruebas por el tribunal arbitral, respondiendo a un análisis sobre su pertinencia; (ii) la orden y práctica de la prueba “**cuando por su naturaleza sea necesario practicarlas**”³⁷; (iii) la valoración de la prueba plasmada en la decisión del tribunal, ejercicio que determina “la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes”³⁸, y debiendo argumentarse qué hechos se han probado o no.

El segundo, respecto a los elementos que *los presidentes de las Cortes Provinciales* están obligados a verificar cuando, en una acción de nulidad, se alegue la

34 Ídem., ¶30.

35 Corte Constitucional, N. 29, ¶31.

36 Ídem., haciendo referencia a lo dispuesto en la sentencia No. 2573-17-EP/21, 25/08/2021, ¶59.

37 Ídem., ¶35.

38 Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 13801-2015-0013, 12/06/23, ¶4.11.

causal c) del artículo 31 de la LAM y la hipótesis de que “no se hubieren practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deben justificarse”. Los elementos son tres: (i) los juzgadores deberán iniciar el análisis con la determinación de las reglas probatorias escogidas por las partes/tribunal o aplicables por disposición del reglamento del centro. (ii) Que existan medios de prueba admitidos por el tribunal arbitral; (iii) que los medios probatorios no hayan sido practicados —pese a ser admitidos—, o que no se hayan practicado sin una debida justificación -como por ejemplo que no tenga validez, eficacia, obtenidas ilegalmente, etc.³⁹.

Finalmente, la Corte determina que cualquier análisis realizado por fuera del segundo *test* representa una extralimitación de la competencia otorgada en el marco de la acción de nulidad. Así, en el caso concreto conocido por la Corte, esta dictaminó que el presidente de la Corte Provincial de Pichincha extralimitó sus funciones al (i) evaluar el petitorio de la demanda; (ii) determinar los medios probatorios que a su criterio eran suficientes para resolver el caso; (iii) analizar el fondo de la controversia; y, (iv) analizar las razones que tuvo el tribunal para admitir o no un medio de prueba⁴⁰. Por lo tanto, al haberse vulnerado el debido proceso y el cumplimiento de normas, se “afectó la estabilidad y confianza de las partes de que sea el tribunal quien decida de forma exclusiva, sobre la pertinencia de los medios probatorios”⁴¹.

Entonces, es lógico inferir que, si se respetó el primer *test* dentro del procedimiento arbitral, cuando se resuelva la nulidad del laudo arbitral bajo la hipótesis tercera de la causal c) del artículo 31 de la LAM, no se podrá anular el laudo, por ejemplo:

- (i) Porque una prueba no se ordenó, con una debida motivación de fondo.
- (ii) Porque no se practicó la prueba conforme manda el COGEP.
- (iii) Porque a criterio del presidente de la Corte Provincial existían mejores medios probatorios para resolver la controversia.
- (iv) Porque no concuerda con el criterio de tribunal en (in)admitir una prueba, etc.

39 Corte Constitucional, N. 29, ¶35, ¶43.

40 Corte Constitucional, N. 29, ¶56-62

41 Ídem., ¶65.

3.1. UN PELIGROSO FALLO: LA SENTENCIA DE NULIDAD NÚMERO 17100-2021-00021

Pese a la claridad de las sentencias vistas en la sección [§3.1] y previo a que se dicte la sentencia No. 2822-18-EP-23 [§3.2] se emitió una sentencia dentro del proceso número 17100-2021-00021 que constituye un peligroso fallo. En dicho proceso, el accionante solicitó la nulidad del laudo porque las pruebas incorporadas “no fueron practicados en el momento oportuno, no fueron considerados en el momento de emitir el laudo arbitral [porque de] haberse considerado estas cuatro pruebas existiría otro tipo de resolución con relación al laudo”. Por su parte, el accionado enfáticamente mencionó que las pruebas a las que hace referencia el accionante eran documentales y fueron debidamente incorporadas y practicadas cuando se las presentaron, y posteriormente, enumeraron en la audiencia de sustanciación.

Bajo estos argumentos, el presidente de la Corte Provincial de Pichincha realizó un incorrecto análisis sobre el ciclo evolutivo de la prueba y su aplicación al arbitraje. En resumidas cuentas, concluyó que si bien del expediente se pudo verificar el anuncio de pruebas, la orden de evacuación de estas, y la declaratoria de admisibilidad de ellas, las pruebas no se evacuaron ni practicaron correctamente:

por cuanto la prueba, conforme lo prevé el Art. 196 del COGEP, en concordancia con lo previsto en el inciso final del Art. 159 *ibídem*, todas las pruebas sin excepción deben ser practicadas en presencia de las partes, esto es leídos y exhibidos como exige el Art. 196 del COGEP, lo cual no ha ocurrido en este caso. [...] El Tribunal arbitral solo se limita a incorporar al expediente y no practicarla en debida forma [a la prueba], o sea expuesta en audiencia, lo cual afecta al derecho de contradicción, inmediación y defensa⁴².

Continuó el juzgador y concluyó, que a su criterio las partes no tuvieron la capacidad de impugnar u oponerse de manera fundamentada “a la prueba presentada por la contraparte, situación está que de forma arbitraria violenta el debido proceso, las garantías consagradas en la constitución” [sic]; y, por lo tanto, “incurr[e] [el tribunal] primordialmente en la errónea forma de practicar las pruebas presentadas por las partes, lo cual definitivamente no incluye en la decisión que en legal y debida forma debe resolver la controversia arbitral”. Así, aceptó la demanda y declaró la nulidad del laudo.

42 Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, Proceso No. 17100-2021-00021.

Consideramos que esta decisión es errada por al menos los siguientes motivos. Uno, desconoce la naturaleza alternativa del arbitraje y el reconocimiento de sus procedimientos propios. Es así como transgrede todos los fallos dictados por la Corte —y anunciados previamente— sobre las reglas procesales que le pueden regir cuando las partes o el tribunal lo acuerden o determine, respectivamente. Dos, inobserva las disposiciones dispuestas en el artículo 38 de la LAM, el cual señala expresamente que las normas de procedimiento aplicables serán las determinadas en el convenio arbitral o el que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias aplicables⁴³. Tres, incumple lo dispuesto en los artículos 1 y 10 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, los que reconocen los principios que rigen al arbitraje, la libertad de las partes, y que el COGEP será aplicable supletoriamente siempre que no contravenga los principios del arbitraje cuando el tribunal lo estime conveniente. Cuatro, no considera los principios que rigen *a la acción de nulidad* contenidos en el artículo 13 del Reglamento a la LAM, siendo estos la alternabilidad, mínima intervención, especificidad, conservación, convalidación, preclusión y transcendencia. Tampoco se analizaron los cinco supuestos contenidos en esta disposición. Cinco, no se recurrió a la doctrina, la cual también determina clara e inequívocamente de que al arbitraje no le rigen las reglas procesales de los procesos judiciales⁴⁴.

Ahora bien, considerando que se ha propuesto una AEP en contra de la sentencia de nulidad en mención, creemos pertinente remarcar que la sentencia además de transgredir los fallos de la Corte emitidos previo a la sentencia, tampoco superaría el *test* y criterios definidos en la sentencia No. 2822-18-EP-23. En resumen, creemos que:

- (i) La Corte podrá determinar que existió una extralimitación al momento de resolver la nulidad, pues hay una violación a una regla de trámite y una transgresión al debido proceso. El juez en cuestión indiscutible e indebidamente cuestionó el criterio del tribunal en la fase probatoria del proceso arbitral e interpuso su criterio por el de los árbitros sobre la práctica de las pruebas. Esto conlleva a que no exista “estabilidad y confianza de las partes de que sea el tribunal quien decida de forma exclusiva, sobre la pertinencia de los medios probatorios”.
- (ii) Consideramos que la sentencia dictada por el presidente de la Corte Provincial no superaría el *test* determinado por la Corte, pues (a) no

43 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículos 38, RO No. 145, 04/09/1997, cuya codificación se publicó mediante RO No. 417 14/12/2006, y reformada por última vez, RO Sup. No. 309, 21/08/2018.

44 Ver, M. E. JARA VÁSQUEZ, *Tutela arbitral efectiva*, CEP, 2017.

se analizó ni determinó cuáles eran las reglas probatorias que regían al procedimiento arbitral; (b) si bien se determinó que las pruebas habían sido admitidas por el tribunal arbitral, (c) *no* se evaluó si los medios probatorios admitidos fueron practicados *conforme las reglas del procedimiento arbitral* —no bajo el COGEP—, o si no fueron practicados sin una justificación. Por lo tanto, a nuestro criterio —y con la información que nos ha sido posible recabar— la AEP tendría suficiente sustento.

4. CONCLUSIÓN

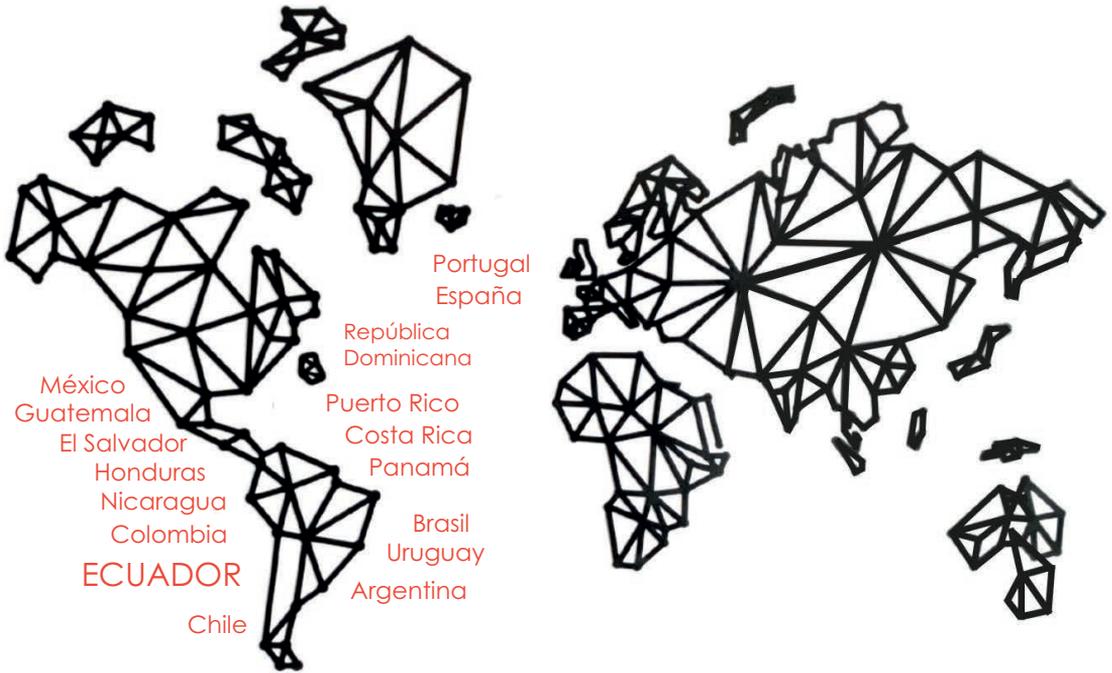
De todo lo expuesto, es posible concluir que todavía existe mucho por hacer dentro de nuestro sistema judicial-constitucional por el desarrollo del arbitraje. Es importante discutir y debatir posturas tanto a nivel nacional como internacional para alcanzar este fin. Consideramos que las sentencias dictadas por la Corte y que han sido objeto de este análisis, son una clara muestra de las dos caras de la moneda; sin embargo, ambas perspectivas deben discutirse en foros profesionales y académicos, pues a través del intercambio de ideas el fortalecimiento del arbitraje en el Ecuador será posible. Por otro lado, también creemos que la discusión y la difusión no son suficientes si no existe una verdadera predisposición de entendimiento y capacitación sobre los argumentos de fondo que se discuten, como sucedió con la interpretación de artículo 422 de la Constitución.

Existen causas pendientes todavía a cargo de la Corte Constitucional que jugarán un rol fundamental en los próximos meses y años, entre ellas: el análisis sobre la constitucionalidad de ciertas disposiciones del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación; y la necesidad o no de homologación de laudos arbitrales extranjeros para ser ejecutados en Ecuador; esperamos que la Corte realice un análisis jurídico prolijo y apegado al Derecho —nacional como internacional—. Así también, esperamos que las decisiones sean acogidas por los jueces, árbitros, y practicantes, respectivamente, pues de lo contrario, los dictámenes de la Corte serán solamente esfuerzos que no podrán frenar las acciones que colapsan el sistema de justicia ordinario y constitucional administrado por el Estado.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil, RO Sup. No. 46, 24/06/2005, reformado por última vez, RO 15 Edición Constitucional 14/03/2022.
- Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008.
- Corral Burbano de Lara, F., Galindo, A. *Amicus curiae* presentado dentro de la causa 2-23-TI.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 2-23-TI/23, 28/07/2023. RO Ed. Constitucional No. 232, 08/06/2023, y Fe de Erratas en RO Ed. Constitucional No. 237, 16/06/2023.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 020-10-DTI-CC, 24/06/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 023-10-DTI-CC, 24/06/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 026-10-DTI-CC, 29/07/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 027-10-DTI-CC, 29/07/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 029-10-DTI-CC, 16/09/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 030-10-DTI-CC, 16/09/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 031-10-DTI-CC, 16/09/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 035-10-DTI-CC, 07/10/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 038-10-DTI-CC, 11/11/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 040-10-DTI-CC, 11/11/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 041-10-DTI-CC, 25/11/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 043-10-DTI-CC, 25/11/2010.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 003-12-DTI-CC, 28/02/2012.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 010-13-DTI-CC, 25/04/2013.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 022-13-DTI-CC, 17/07/2013.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 032-13-DTI-CC, 26/09/2013.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 001-14-DTI-CC, 15/01/2014.
- Corte Constitucional, Dictamen No. 2-18-IC/22, 12/01/2022.
- Corte Constitucional, Sentencia No. 113-15-SEP-CC, 08/04/2015.
- Corte Constitucional, Sentencia No. 323-13-EP/19, 19/11/2019.
- Corte Constitucional, Sentencia No. 177-15-EP/20, 18/11/2020.
- Corte Constitucional, Sentencia No. 2573-17-EP, 25/08/2021.
- Corte Constitucional, Sentencia No. 2822-18-EP-23, 13/09/2023.
- Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 13801-2015-0013, 12/06/23.

- Galindo, A., Muriel, B. “El arbitraje y la Constitución de Montecristi: un análisis desde una perspectiva doméstica e internacional”, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2023.
- García, H., Muriel, B. “Tras Bastidores a la Ley de Arbitraje y Mediación”, Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 12, 2021.
- Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, *Ecuadorian Very Young Arbitration Practitioners* (ECUVYAP). *Amicus curiae* presentado dentro de la causa 2-23-TI.
- Jara Vásquez, M.E. *Tutela arbitral efectiva*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 145, 04/09/1997, reformada por última vez RO Sup. No. 309, 21/08/2018.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, RO Sup. No. 52, 22/10/2009.
- Parra, A. “Los desaciertos en el voto salvado a la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de varios Artículos del Acuerdo Comercial entre Costa Rica y Ecuador”, Blog de *Ecuadorian Very Young Arbitration Practitioners* (ECUVYAP), 14/08/2023, disponible en <<http://bit.ly/3R4ss3s>>.
- Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, Proceso No. 17100-2018-00008.
- Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, Proceso No. 17100-2021-00021.



Nuestro #EcijaTeam Ecuador



Gonzalo González
Socio Director



Blanca Gómez de la Torre
Socia



Christel Gaibor
Asociada



Camila Andrade
Asociada



Daniela Endara
Asociada

Algunas consideraciones sobre el deber de mitigación del daño: perspectiva y aplicación por los Tribunales Arbitrales

SOME CONSIDERATIONS ON THE DUTY TO MITIGATE DAMAGES: PERSPECTIVE AND APPLICATION BY ARBITRAL TRIBUNALS

*Doménica Ayala López**

Recibido/Received: 02/11/2023

Aceptado/Accepted: 27/11/2023

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes del deber de mitigación del daño. 3. Naturaleza del deber de mitigación del daño. 3.1. Conceptualización. 4. Algunos criterios de tribunales arbitrales. 4.1. International Chamber of Commerce Award No. 8817. 4.2. International Chamber of Commerce Award No. 9594. 5. Conclusión.

RESUMEN: En el marco de la constante evolución del Derecho de Daños, la indemnización o compensación que exigía la víctima empieza a verse limitada por una serie de factores, entre estos, el deber de mitigación del daño, dejando atrás la concepción tradicional de que, necesariamente todo detrimento o daño deba ser reparado. El deber de mitigación del daño ostenta una naturaleza compleja, desarrollado en el sistema del *common law*. Ahora bien, a efectos del presente trabajo, se busca analizar y presentar algunas consideraciones que los tribunales arbitrales han realizado respecto a las particularidades del deber de mitigación del daño, como un limitante de las indemnizaciones o compensaciones exigidas por una de las partes, que, pudiendo tomar medidas razonables para disminuir los efectos dañinos, no incurrió en estas.

PALABRAS CLAVE: mitigación del daño, criterio de Tribunales Arbitrales, medidas razonables.

* Abogada en Sur Legal Estudio Jurídico. Abogada por la Universidad del Azuay. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar. Correo electrónico: dayala@surlegal.com

ABSTRACT: Within the framework of the constant evolution of Tort Law, the indemnity or compensation demanded by the victim begins to be limited by a series of factors, among these, the duty to mitigate the damage, leaving behind the traditional conception that, necessarily, all detriment or damage must be repaired. The duty to mitigate damages has a complex nature, developed in the common law system. Now, for the purposes of this paper, we seek to analyze and present some considerations that arbitral tribunals have made regarding the particularities of the duty to mitigate damages, as a limitation of the indemnities or compensations demanded by one of the parties, which, being able to take reasonable measures to reduce the harmful effects, did not incur in these.

KEYWORDS: mitigation of damages, arbitration criterion, reasonable measures.

1. INTRODUCCIÓN

En el Derecho de Daños, uno de los axiomas más utilizados para justificar la indemnización a la que tiene derecho la víctima, se fundamenta en que todo daño debe ser reparado, como lo han incorporado un sinnúmero de códigos civiles, incluyendo el Código Civil Ecuatoriano¹. En ese sentido, tradicionalmente se ha considerado que la indemnización o reparación debe comprender todos los perjuicios irrogados, como sostiene el profesor Arturo Solarte Rodríguez, el resarcimiento va encaminado a que se sitúe a la víctima en una situación similar a la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiese ocurrido, coligiendo que, la reparación deberá abarcar todos los detrimentos o perjuicios que ha sufrido la víctima como resultado del hecho dañoso². No obstante, este enunciado y criterio tradicional, no es aplicado en estricto sentido por los tribunales arbitrales, debido a los diferentes factores que enmarcan al resultado dañoso. Entre ellos, el deber de mitigación del daño.

El deber de mitigación del daño como figura jurídica constituye un limitante a la indemnización que le correspondería al sujeto que sufre el daño, debido a su inactividad ante este, pudiendo razonablemente actuar para disminuir los efectos dañinos.

1 Código Civil Ecuatoriano, Artículo 2229, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

2 C. JARAMILLO, *Los Deberes de evitar y mitigar el daño*, Ed. 15, Editorial Temis, 2013.

A efectos de ejemplificar lo que se debe entender por mitigación del daño, es pertinente citar a Felipe Suescún de Roa, quien, a su vez, cita a Richard Posner:

Un carpintero celebra un contrato de compraventa con un proveedor, mediante el cual este le debe realizar varias entregas de chapas para puertas y, a cambio, aquel debe hacer los correspondientes pagos por instalamentos. Después de haber hecho algunas entregas, el comprador deja de pagar y no recibe las entregas posteriores. Enseguida de haberle exigido sin éxito al comprador que recibiera los despachos restantes, el vendedor decide venderle las chapas a un tercero, al precio de mercado vigente en ese momento, que es inferior al que se había pactado con el comprador inicial³.

Del mencionado ejemplo, el sujeto que sufre el daño por el incumplimiento de la otra parte reconoce la posibilidad de disminuir los efectos dañinos que ocasionó la actuación del otro y decidió aplacar las afectaciones, sin que desaparezcan en su totalidad, pero, en definitiva, disminuyéndolas. En consecuencia, el deber de mitigación del daño ha ido tomando fuerza a través de los años como un limitante a la indemnización de la víctima, tanto en las cortes de justicia ordinaria como ante los tribunales arbitrales. Siendo interés del presente trabajo analizar algunas consideraciones que han realizado los tribunales arbitrales sobre el rol del deber de mitigación del daño ante la indemnización requerida por la víctima.

2. ANTECEDENTES DEL DEBER DE MITIGACIÓN DEL DAÑO

El deber de mitigar el daño se asocia en su generalidad al sistema del *common law*, sin embargo, su influencia no se limita a este sistema, mostrando una interesante visibilidad en el sistema del *civil law*. En el primer sistema mencionado, destaca el caso *Staniforth c. Lyall* de 1830, en el cual los magistrados determinaron que la víctima no puede ser indemnizada por los detrimentos que pudo haber evitado mediante el ejercicio de actuaciones razonables que estaban a su alcance. De igual forma, en el caso *Vertue c. Bird*, en el que un comerciante ante el rechazo injustificado de su mercadería, la dejó abandonada, posibilitando que esta se deteriorara en su totalidad. Ante lo cual, el

3 F. SUESCÚN DE ROA, “plainCitation”:”Felipe Suescún De Roa, ‘Mitigación de daños en materia contractual’ (2018“Mitigación de daños en materia contractual”, *Vniversitas* Vol. 67, Núm. 136, 2018.

tribunal determinó que el comerciante no tenía derecho a la indemnización por la pérdida de la mercancía, pues había estado en su poder el cuidado de la mercancía, deviniendo en su destrucción, a pesar de la inexecución contractual de la otra parte⁴. Finalmente, no fue hasta 1912 que, conforme la doctrina, el deber de mitigación del daño obtuvo su máximo esplendor, a través del caso *British Westinghouse and Manufacturing Co. Ltd. c. Underground Electric Railways Co of London Ltd.*⁵, sentencia de la que se pueden rescatar las nociones de daño evitable, protección del demandante cuando intenta mitigar el daño y los daños efectivamente evitados.

Respecto a la primera noción, la sentencia y posteriores fallos son claros al determinar que quien reclama la indemnización de daños, no puede recuperar aquella parte de la pérdida que hubiese podido evitar si actuaba razonablemente para su mitigación. En cuanto a la segunda noción mencionada, constituye un reconocimiento para quien ha incurrido en gastos para disminuir los detrimentos, pues se busca que, quien tenga la mejor posición para minimizar el daño, tenga los estímulos para hacerlo. Finalmente, en relación con la tercera noción desarrollada por la jurisprudencia anglosajona, los daños efectivamente evitados, como su nombre lo indica, implica que el demandante no puede ser compensado por aquellos detrimentos que eventualmente se habrían producido, sino únicamente por los que se plasmaron en la realidad⁶.

Estas premisas en la posterioridad sirvieron de fundamento para materializar en los diferentes cuerpos normativos el deber de mitigación del daño.

Por otro lado, si bien el *common law* desarrolló y moldeó la figura jurídica del deber de mitigación del daño, es dable reconocer que esta figura también

4 J. BARONE GONZÁLEZ, “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”, *Verba Iuris* No. 39, 2018.

5 Ídem., “[...] La controversia se originó por el incumplimiento de un contrato de venta de turbinas, cuya eficiencia en el consumo de carbón resultó inferior a lo pactado. El comprador demandó al vendedor y, paralelamente, adquirió unas turbinas que resultaron más eficientes a las previstas en el contrato incumplido. Como consecuencia de lo anterior, se generaron ventajas económicas para el comprador por disminución de los costos de operación de las turbinas. En el curso del proceso, la Cámara de los Lores sostuvo que el demandante no podía solicitar una indemnización por pérdida de utilidad partiendo de la hipótesis del daño que pudo haber generado el incumplimiento del contrato, pues lo concreto era que había tomado medidas para mitigar sus perjuicios, las cuales inclusive le generaron una mayor utilidad. Por tanto, estableció las siguientes reglas: (i) el demandante no puede recuperar los daños por la pérdida que era evitable; (ii) el demandante no puede recuperar los daños por la pérdida que evitó; y (iii) el demandante puede recuperar el valor de los gastos incurridos para evitar o tratar de evitar la pérdida.

6 C. JARAMILLO, N. 2.

tuvo sus acercamientos al sistema del *civil law* desde el Derecho romano, a partir de nociones como el *daño evitable por el acreedor*, estableciendo que este no formaba parte del *quantum respondeatur*⁷. Esta ha sido una de las primeras referencias romanas, la señalada por el jurisconsulto Alfenio Varo, respecto al caso de un esclavo herido por una tercera persona, quien muere posteriormente, ante lo cual el jurisconsulto determinó que el propietario del esclavo solo tendría acción por la muerte del esclavo, si esta no se debió a la mala atención del heleno o, de la propia negligencia del propietario⁸. De igual forma, el jurisconsulto Ulpiano materializó en un texto, el caso en el que se invita a un vendedor a no desperdiciar el vino, por no haber acudido su comprador. Ya que, ante esa situación, el vendedor puede recuperar el valor similar por el arriendo de las tinajas o venderle a un tercero por un precio inferior pero cercano al que planeaba vender inicialmente, frente a lo cual, el vendedor tiene el derecho a exigir la diferencia⁹.

Estas referencias y casos expuestos por los jurisconsultos romanos evidencian que el deber de mitigación del daño no fue una figura jurídica ajena al sistema del *civil law*; por el contrario, entre las particularidades que definen a este sistema, la mitigación del daño supo adaptarse y encontrar fundamentos jurídicos que lo respalden, como lo fue la actitud del *diligens pater familias*, otra noción estrechamente ligada a la culpa, pues, en palabras de la Dra. San Martín:

En Roma todas las personas estaban gravadas con una carga de diligencia consigo mismo. Por tanto, de frente a una situación de daño o de riesgo, el sujeto debía adoptar las medidas que el diligens pater familias habría adoptado de encontrarse en la misma posición, so pena de no recibir resarcimiento por el daño atribuible a su pasividad, la cual constituía culpa¹⁰.

Por consiguiente, tanto en el *common law* como el *civil law*, el deber de mitigación del daño adquiere forma en la idea de impedir que la parte afectada obtenga una indemnización que cubra la totalidad de sus perjuicios, sin que haya mediado la diligencia mínima, por parte de esta, para que tome medidas razonables para disminuir el daño, cuando estas estaban a su alcance.

7 Cuánto se debe responder.

8 J. BARONE GONZÁLEZ, N. 4.

9 Idem.

10 C. JARAMILLO, N. 2.

Ahora bien, una vez se ha establecido brevemente los antecedentes del deber de mitigación del daño, corresponde intentar conceptualizar a la figura jurídica, atendiendo a su naturaleza y a su estrecha relación con el principio de buena fe.

3. NATURALEZA DEL DEBER DE MITIGACIÓN DEL DAÑO

Previo a conceptualizar a la figura de la mitigación del daño, es importante destacar la discusión doctrinaria sobre esta, ante el cuestionamiento de si ostenta la naturaleza de obligación, carga o deber.

Con respecto a su posible naturaleza de obligación, se debe partir del concepto fundamental de esta: un vínculo jurídico entre dos partes, a través del cual, una parte le exige a la otra, una prestación determinada de dar, hacer o no hacer algo¹¹. Es decir, si la mitigación del daño constituyera una obligación, la víctima estaría obligada con la otra parte, a realizar actos razonables para disminuir el daño ocasionado. Criterio que es compartido por doctrinarios como Troncoso.

No obstante, este criterio adolece de una serie de complicaciones, pues no se trataría de una relación jurídica típica entre el deudor y el acreedor, resultando ilógico pensar que quien ha causado el daño pretenda requerir el cumplimiento forzoso a la víctima de su obligación de mitigar el daño, cuando esta no ha realizado actuaciones tendientes a disminuir la afectación¹².

En consecuencia, si se utiliza el término obligación y se pretendiera otorgarle esa naturaleza, ante su incumplimiento, daría la posibilidad de reclamar su ejecución, incluso perjuicios derivados¹³, situación que se alejaría de forma extrema al sentido de la figura jurídica.

Por otro lado, para analizar brevemente si su naturaleza jurídica es la de una carga, es menester tomar en cuenta lo señalado por Hermosilla Estay y Reyes Espejo, quienes, a su vez, citan a Vidal:

11 E. GUARDERAS, *Apuntes sobre Teoría de las Obligaciones*, Ed. 1. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022.

12 A. MOREA, *La naturaleza jurídica del instituto de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 2019.

13 P. HERMOSILLA ESTAY y R. REYES ESPEJO, *El deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena*, Universidad de Chile, 2013.

[...] la imposición legal, o convencional, de una determinada conducta, cuyo incumplimiento no otorga al perjudicado una pretensión encaminada a exigir su observancia; empero, ubica a su titular ante ciertas desventajas jurídicas, como la pérdida o reducción de derechos¹⁴.

Es decir, si la mitigación del daño constituye una carga para la víctima, de realizar todos los actos razonables tendientes a reducir el daño. Siguiendo la lógica de líneas anteriores, su incumplimiento no daría lugar a exigencia alguna; sin embargo, sí daría lugar a que quien ostenta la carga vea disminuidos sus derechos o la amplitud de su indemnización.

Ahora bien, entre las diferentes acepciones, el criterio de considerar a la mitigación del daño como una carga a diferencia del criterio de considerarla una obligación, tiene mayores adeptos, señalando que, en efecto, es una carga al solo mirar los intereses propios de quien la ostenta¹⁵.

No obstante, previo a establecer cuál es la posición adoptada para efectos de este trabajo es pertinente señalar la justificación doctrinaria de por qué estaríamos frente a un deber y no una carga. La noción de deber jurídico implica “la necesidad de adecuar nuestra conducta al ordenamiento entendido como complejo de normas y principios de derecho, tanto de orden natural como positivo”¹⁶. Es decir, el deber jurídico obedece a una noción de justicia y cumplimiento de los preceptos positivos, que, de no seguirlos en el caso en cuestión implicaría un abuso por parte de quien no tomó las medidas tendientes a mitigar el daño, pudiendo hacerlo, beneficiándose de una indemnización en evidente desmedro de quien ocasionó el daño en primer lugar. Este criterio es sostenido por una serie de autores como Trigo Represas quien declara: “Es un deber del damnificado por el incumplimiento de la obligación o por el acto ilícito, contribuir con su conducta a que se limite, en cuanto sea posible, la magnitud del daño”¹⁷.

En consecuencia, al analizar la mitigación del daño como una carga o un deber jurídico resulta relevante considerar lo expuesto por Torre Ávila:

14 Ídem.

15 P. HERMOSILLA ESTAY y R. REYES ESPEJO, N. 13.

16 A. MOREA, N. 12.

17 Ídem.

El interés recae en las dos partes, no solamente en la víctima que inicialmente debe procurar por su propio bienestar, sino que también presenta un interés de la otra parte involucrada, en la medida que este está interesado en que se cuantifique el valor de la indemnización, conforme a los perjuicios que realmente tienen la connotación de indemnizables¹⁸.

Si se acoge este pensamiento se vería solventada la idea de que la mitigación del daño necesariamente es una carga al solo mirar el interés propio de la víctima, pues el criterio orientado a considerarlo como un deber jurídico señala expresamente que los intereses en juego no involucran únicamente a la víctima, sino a las dos partes, pues también sería relevante para quien ha ocasionado el daño responder solamente por los daños no evitables. No obstante, este solo es uno de los criterios que los doctrinarios han venido desarrollando, por lo que, para efectos del presente trabajo es pertinente establecer que, la mitigación del daño puede tener la naturaleza deber jurídico, sin perjuicio de que también pueda ser considerada como una carga, puesto que la precisión terminológica es un debate que no es posible abarcar en su totalidad a través de este texto, sin que sea necesario determinar estrictamente para continuar con el mismo.

3.1. CONCEPTUALIZACIÓN

Para conceptualizar el deber de mitigación del daño es primordial establecer que su importancia ha ido creciendo conforme ha ido evolucionando el Derecho de Daños, al enfocar su atención no solamente en el daño, sino en su prevención y mitigación. En ese sentido, quizás las palabras más certeras para conceptualizar este deber son las del profesor uruguayo Juan Benítez Caorsi, quien declara en términos claros que:

El deber de evitar o mitigar el daño se explica coloquialmente diciendo que la víctima no debe quedarse sentada y no hacer nada para minimizar las pérdidas que fluyen de un mal, sino muy por el contrario, debe hacer todo lo necesario para colocarse en la misma situación que estaría si el contrato se hubiera cumplido o el ilícito no se hubiera producido [...]. Actualmente se requiere

18 C. TORRE ÁVILA, *Una aproximación al alcance del deber de mitigar el daño*, Universidad Externado de Colombia, 2021.

del damnificado una participación activa, dirigida a atenuar las consecuencias dañosas provocadas por el hecho ilícito¹⁹

Es decir, el deber de mitigación del daño está fundamentado en el deber de disminuir o aplacar los resultados dañosos, un deber que le corresponde a la víctima, quien no puede mantenerse en un estado indiferente y pasivo, frente a las acciones razonables que podría realizar para mitigar el daño, una perspectiva post-daño, que infiere directamente en el cálculo de la indemnización, como un limitante respecto a los daños no evitables.

4. ALGUNOS CRITERIOS DE TRIBUNALES ARBITRALES

Una vez se ha desarrollado doctrinariamente y, a breves rasgos, el deber de mitigación del daño corresponde analizar su aplicación a través de las diferentes perspectivas de los tribunales arbitrales. He de señalar que los laudos arbitrales que se han seleccionado para el presente trabajo tienen como fundamentación y referencia a diferentes cuerpos normativos de carácter internacional, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Cuerpos normativos que, de forma expresa, regulan y hacen referencia en sus disposiciones al deber de mitigación del daño, motivo por el cual se ha preferido su análisis antes que, de aquellos juicios arbitrales cuya ley aplicable no consagra expresamente el deber de mitigación del daño.

4.1. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, CASO No. 8817

Una vez se ha expuesto el razonamiento para su análisis, es pertinente empezar con el laudo arbitral correspondiente al caso No. 8817, emitido por un tribunal de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París en diciembre de 1997. De los hechos del caso, es relevante señalar que, entre las partes, una empresa española y otra danesa, existía un contrato de distribución y venta exclusiva de productos alimenticios. En el marco contractual surgió una disputa entre las partes, el reclamante, la empresa española se resistía a la terminación con efecto inmediato, mientras que la empresa danesa alegaba que se había producido un cambio de administración en el reclamante, siendo a su criterio

19 C. JARAMILLO, N. 2.

causa suficiente para la rescisión, adicional a la supuesta falta de recursos por parte del reclamante para pagar los valores adeudados. Según la parte reclamante, estas alegaciones ocultaban motivos de competencia desleal, ya que el anterior administrador había creado una nueva empresa rival y empezó a tener relaciones comerciales con la empresa danesa²⁰.

El Tribunal Arbitral decidió aplicar las disposiciones comprendidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, al igual que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, en virtud del artículo 13 (3) del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la CCI. De los elementos del caso se observaba que la reclamada intentó utilizar prácticas diferentes a las seguidas por las partes, referentes al plazo de pago. Lo que, en efecto, era contrario a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980 y, al principio 1.8 consagrado en los Principios Unidroit, aplicable a todos los contratos comerciales internacionales. Ante esto, el Tribunal considera insuficiente los motivos dados por la parte reclamada, al señalar que los cambios de las prácticas debieron ser negociadas y aceptadas por la otra parte²¹.

Ahora bien, respecto al tema que nos ocupa, el Tribunal Arbitral se refiere a los perjuicios irrogados al reclamante, manifestado que la interrupción de la contraprestación produjo perjuicios, consistentes en las dificultades para adoptar nuevas modalidades de fabricación. No obstante, la parte reclamada solicita que se aplique un principio común y general en el comercio internacional, que la parte que ha sufrido un perjuicio deberá adoptar las medidas necesarias para mitigarlo. Principio que es considerado por el Tribunal Arbitral, ratificando su pertinencia, a través de lo dispuesto en el artículo 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías²², al igual que lo dispuesto en los

20 Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 8817, en *International Chamber of Commerce Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 2001.

21 Ídem.

22 Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Artículo 77, 1980. “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”.

Principios UNIDROIT, en su artículo 7.4.8.²³. Optando por aplicar el principio alegado por la otra parte, debidamente sustentado en las normativas a las que está sujeto el asunto de fondo, criterio del tribunal que es pertinente citar de forma textual: “*A falta de indicaciones sobre los esfuerzos e intentos realizados por la Demandante durante el supuesto año de inactividad, el árbitro considera que esta inactividad comercial fue causada en parte por la inercia de la Demandante*”²⁴ [La cursiva me pertenece].

Este criterio resulta concordante con lo expuesto por parte de la doctrina, al igual que lo consagrado positivamente, en efecto, es la falta de evidencia de los esfuerzos por la parte reclamante lo que impide obtener una indemnización total por los perjuicios, pues en palabras del árbitro, la inactividad comercial tiene fundamento en la inercia de la demandante, más no en el incumplimiento contractual de la empresa danesa, que si bien irrogó daños y perjuicios, no necesariamente todos estos últimos obedecen al hecho dañoso original del incumplimiento del acuerdo, sino a la falta de mitigación de los efectos de este, deber que estaba en manos de la parte reclamante, la empresa española.

Es decir, no basta alegar perjuicios derivados de un incumplimiento contractual, a la luz del caso en cuestión, el Tribunal Arbitral fue claro al manifestar que no existían pruebas suficientes que demuestren las aparentes dificultades que sufrió la parte reclamante en la adaptación a productos y condiciones diferentes. Esta falta de pruebas a la que hace referencia el Tribunal Arbitral permite inferir que, la visión de este es considerar que la parte reclamante es quien ostenta la carga de la prueba de los esfuerzos y diligencia debida para disminuir los perjuicios, un criterio que se guía por la literalidad de la normativa internacional. Sin embargo, buena parte de la doctrina se alinea al pensamiento de imponer la carga de la prueba al demandado, pues a este le correspondería probar que no está obligado a la totalidad de los perjuicios, sino únicamente a los que no eran evitables. Lo que en palabras del catedrático Carlos Ignacio Jaramillo, viene a ser la demostración de que la parte reclamante no tiene las *manos limpias*, porque fue este quien incumplió con su deber de mitigación, pretendiendo trasladar a la demandada pérdidas

23 A. GARRO, *Principios Unidroit: sobre contratos comerciales internacionales 2016*, Primera edición colombiana, Grupo Editorial Ibáñez: Centro de Estudios de Derecho Comparado: UNIDROIT, 2019. “[1] La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño”.

24 Cámara de Comercio Internacional, N. 21.

razonablemente evitables²⁵. No obstante, este razonamiento compartido por muchos estudiosos del Derecho no fue el utilizado por el Tribunal Arbitral en el caso en cuestión, ya que únicamente se limita a considerar la alegación realizada por la parte demandada para determinar que, en efecto, la empresa española no había probado los perjuicios derivados del incumplimiento contractual y su tiempo de duración, yendo en contra del principio general de carga de la prueba, que en términos simples implica que quien alega prueba²⁶. Este criterio no deja de resultar interesante, debido a que si bien aplica de forma literal lo dispuesto en la normativa, también puede ser concordante con la naturaleza de la mitigación del daño antes analizada, ya que si estamos ante una carga o un deber jurídico impuesto al acreedor, a la parte reclamante, podría pensarse un factor para invertir la carga de la prueba, como excepción a la regla general, pues solo este en la posición de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles y razonables, los que incluso dieran paso a un reembolso de los gastos incurridos para mitigar los efectos perjudiciales.

En definitiva, del primer caso analizado se puede colegir la aplicación de cuerpos normativos que consagran expresamente el deber de mitigación del daño, sustentando desde el derecho positivo, el principio alegado por la parte demandada, circunstancia que puede ser determinante si estamos ante un tribunal que sea menos proclive a la aplicación de principios, cuando no existe derecho positivo que lo respalde, situación que es más habitual en el ámbito de la justicia ordinaria. De igual forma, el régimen de la carga de la prueba en este caso escapa de la generalidad, sin perjuicio de que sea menos válido, pues es innegable que el Tribunal Arbitral formó su criterio en concordancia a lo que exige la normativa internacional para quien invoque el incumplimiento, lo que también puede ser concordante con la naturaleza del deber de mitigación del daño y la posición para probar los esfuerzos y gastos realizados por el acreedor.

4.1. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, CASO No. 9594

El segundo laudo por analizar corresponde al caso No. 9594, emitido por un tribunal de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París en 1999. De los hechos del caso, es relevante mencionar que el conflicto se suscitó en el marco de un contrato para la fabricación e instalación de

25 C. JARAMILLO, N. 2.

26 *Onus probandi*.

maquinaria industrial entre una empresa española y una empresa con sede en la India. Posterior a la instalación de la maquinaria se observó que la misma era defectuosa. Ante esto, la demandante —empresa española— ofreció arreglar la maquinaria, lo que la demandada no consideró y suspendió el pago, sin perjuicio de empezar a utilizar la maquinaria, que dio paso a que sus clientes demandaran daños y perjuicios por los productos defectuosos. En este escenario, las empresas se acusaron mutuamente de haber incurrido en incumplimiento contractual, adicional a los daños y perjuicios que reclamó la empresa con sede en India como resultado del mal funcionamiento de la maquinaria²⁷.

En este caso, el Tribunal Arbitral estuvo llamado a aplicar la ley inglesa para resolver el fondo del asunto. En ese sentido, la regla general respecto a los daños y perjuicios contractuales en la ley inglesa es que se busque una compensación integral; es decir, que la parte que ha sufrido los daños quede en un estado igual o similar al que estuviera si no se hubiera producido el daño. Sin embargo, en la legislación inglesa también está consagrado el deber de mitigación del daño como un limitante al principio antes mencionado. Es así como, el Tribunal Arbitral en aplicación de la ley inglesa y de los Principios UNIDROIT, opta por considerar esta figura jurídica, según los siguientes razonamientos:

- (i) Cuando se exige que el demandante tome todas las medidas razonables para mitigar la pérdida, esto implica que el demandante no tiene la prerrogativa para cargar al demandado, daños y perjuicios en una suma mayor a lo que razonablemente necesita incurrir para reparar la pérdida.
- (ii) En ese sentido, la empresa con sede en India alegó que **sí** actuó en concordancia para mitigar su pérdida, ya que, si hubiera rechazado la maquinaria, esto hubiese devenido en pérdidas más amplias. No obstante, esta empresa no pareció analizar la posibilidad de mitigar su pérdida a través de la negociación y una posible conciliación. La empresa demandada debió haber aceptado o siquiera analizar las ofertas realizadas por la empresa española²⁸.

Ahora bien, estos razonamientos dieron lugar a que el Tribunal Arbitral negara los daños indirectos que exigía la otra parte en su contrademanda, pues,

²⁷ Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 9594, en *International Chamber of Commerce Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 2001.

²⁸ Ídem.

a criterio del tribunal, resultaba irrisorio que se pretendiera trasladar valores superiores a los que podría llegar a requerir para remediar la pérdida, en detrimento de la empresa española. Por otro lado, el tribunal con absoluta claridad deja en evidencia la falta de actuaciones por parte de la empresa con sede en India que mitiguen la pérdida alegada, tal es así que, da ejemplos de estas actuaciones, como la negociación y la conciliación ante la oferta de arreglar la maquinaria por parte de la empresa española. Permittiéndonos observar cuáles podrían ser estas medidas razonables, que exige la doctrina y la normativa.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral también se cuestiona el periodo de tiempo en el que la empresa con sede en India empezó a adoptar medidas razonables para mitigar el daño, pues estas únicamente empezaron a realizarse una vez se inició el procedimiento arbitral, lo que, no se podrían considerar oportunas.

En definitiva, del segundo caso analizado se pueden identificar claros ejemplos de medidas razonables en el contexto contractual que se presentó ante el tribunal, incluso, el alcance de la motivación del laudo analizado es tal —en virtud de la extensa jurisprudencia inglesa—, que recoge lo expuesto en el caso *Payzu Ltd. c. Sanders* [1919], en el cual, Lord Scrutton señaló que entre las medidas a adoptarse para mitigar el daño una de ellas es la continuación de la relación comercial con la parte que incumplió, o en este caso, entregó maquinaria defectuosa, ya que, en su experiencia, en los contratos comerciales suele ser razonable negociar y aceptar ofertas de la parte que incumplió²⁹. Por lo que, a mi criterio, este laudo permite vislumbrar de forma concreta y en el contexto contractual, cuáles son aquellas acciones razonables que debe realizar quien invoca el incumplimiento según los Principios UNIDROIT y la legislación inglesa.

5. CONCLUSIÓN

El deber de mitigar el daño ha obtenido el reconocimiento de importantes cuerpos normativos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios UNIDROIT, no obstante, su naturaleza y particularidades respecto a lo que se debe entender como medidas razonables para mitigar el daño, la carga de la prueba, entre otras, aun generan discusión. De ahí la relevancia de analizar decisiones de tribunales arbitrales que permitan llenar

29 Ídem.

esos vacíos o seguir aportando a la discusión doctrinaria, con la flexibilidad y riqueza que implica someterse a cuerpos normativos de carácter internacional, sin el limitante de la normativa interna o la falta de esta.

De igual forma, el presente trabajo ha permitido evidenciar la influencia y posicionamiento que ostenta el deber de mitigación del daño en los ordenamientos jurídicos del *common law*, como es el caso del derecho inglés. Mientras que, en ordenamientos jurídicos que se rigen por el *civil law* no es habitual revestir al deber de mitigación del daño de un rol protagónico en la normativa, más allá de su vinculación como deber derivado de la buena fe. Menos aún, en un proceso de justicia ordinaria, en el que, su falta de reconocimiento positivo puede constituir un desincentivo para su aplicación.

Por lo que, en definitiva, resulta imperioso seguir analizando el deber de mitigación del daño e incluso valorar la posibilidad de incorporarlo en mayor medida y de forma expresa, en los ordenamientos jurídicos que se rigen por el *civil law*, como es el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en cuanto se trata de una figura jurídica sumamente interesante y a la par con la constante evolución del Derecho de Daños.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Barone González, J.L. “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”, *Verba Iuris* No. 81, 2018.
- Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 8817, en *International Chamber of Commerce Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 2001.
- Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 9594, en *International Chamber of Commerce Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 2001.
- Código Civil, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980.
- Garro, A. *Principios Unidroit: sobre contratos comerciales internacionales 2016*. Primera edición colombiana, Grupo Editorial Ibáñez: Centro de Estudios de Derecho Comparado: UNIDROIT, 2019.
- Guarderas, E. *Apuntes sobre Teoría de las Obligaciones*, Ed. 1. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022.
- Hermosilla Estay, P., Reyes Espejo, R. *El deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena*, Universidad de Chile, 2013.
- Jaramillo, C. *Los deberes de evitar y mitigar el daño*. Editorial Temis, 2013.
- Morea, A. *La naturaleza jurídica del instituto de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 2019.
- Suescún de Roa, F. “Mitigación de daños en materia contractual”, *Vniversitas* Vol. 67, Núm. 136, 2018.”
- Torre Ávila, C. *Una aproximación al alcance del deber de mitigar el daño*, Universidad Externado de Colombia, 2021.

EXPERTISE

abogados & consultores

(+5932) 382-6777

lawfirm@expertise.com.ec

www.expertise.com.ec

Avenida 12 de Octubre N24-739 y Avenida Colón.
Edificio Torre Boreal, Torre A, Sexto Piso
Quito- Ecuador

El contrato *receptum arbitri*: el elefante en la habitación

THE RECEPTUM ARBITRI CONTRACT:
THE ELEPHANT IN THE ROOM

*Mila Farina Chalem**
*Álvaro Martínez Almeida***

Recibido/Received: 07/11/2023

Aceptado/Accepted: 03/12/2023

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Historia del *receptum arbitri*. 3. La relación contractual entre el árbitro y las partes. 3.1. Calificación del contrato *receptum arbitri*: características y dimensiones. 3.2. El tipo de contrato. 4. Régimen contractual del *receptum arbitri*. 4.1. Las partes. 4.2. Inicio y fin del *receptum*: perfeccionamiento y realización. 4.3. Existencia y validez. 5. El objeto del *receptum arbitri*. 5.1. Obligaciones de los árbitros. 5.2. Obligaciones de las partes procesales. 6. Incumplimiento del *receptum arbitri*. 6.1. La responsabilidad de los árbitros en el ordenamiento ecuatoriano. 6.2. Cumplimiento forzoso del *receptum*. 6.3. ¿Es posible resolver el *receptum arbitri*? 7. Conclusiones.

RESUMEN: El presente estudio intenta aproximarse a un régimen jurídico aplicable al contrato *receptum arbitri*. Este contrato hace posible la relación entre el árbitro y las partes de un arbitraje. Su naturaleza y régimen jurídico, sin embargo, son poco estudiados. Con una mirada hacia la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, este artículo se propone estudiar las características, dimensiones, obligaciones y naturaleza del *receptum arbitri*. Todo ello para concluir que son varios los efectos jurídicos ignorados en la relación entre el árbitro y las partes.

* Estudiante del Colegio de Jurisprudencia y de la carrera de Relaciones Internacionales de la UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ. Minor en Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Correo electrónico: milafarina11@gmail.com.

** Asistente legal de la firma AVL ABOGADOS. Estudiante del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: amartinezalmeida@outlook.com.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, árbitros, contrato, *receptum arbitri*.

ABSTRACT: The present study attempts to approach a legal framework applicable to the contract *receptum arbitri*. This contract enables the relationship between the arbitrator and the parties to an arbitration. However, its nature and legal framework are not well-studied. With a look at both national and international doctrine and jurisprudence, this article aims to study the characteristics, dimensions, obligations, and nature of *receptum arbitri*. All of this to conclude that there are several legal effects overlooked in the relationship between the arbitrator and the parties.

KEYWORDS: Arbitration, Arbitrators, Contract, *Receptum Arbitri*.

1. INTRODUCCIÓN

En 1992, Robin Cooper, escritor británico, utilizó la metáfora conocida como *el elefante en la habitación* para referirse a aquellos asuntos que todos conocen, pero de los que nadie habla¹. El *receptum arbitri* es uno de ellos. Su importancia es tal que, sin él, el arbitraje simplemente no sería posible. Gracias a este contrato, es posible la relación entre las partes y el o los árbitros².

¿Cuál es la naturaleza de esta relación? ¿Qué régimen jurídico le es aplicable? ¿A qué se obliga un árbitro cuando acepta su designación? Las respuestas a estas preguntas son un pilar básico para el entendimiento del arbitraje. Por ello, el objetivo del presente estudio es realizar un acercamiento hacia la naturaleza jurídica del contrato *receptum arbitri*, un *elefante en la habitación* del arbitraje internacional.

A lo largo del presente artículo se analizará, en primer lugar, la manera en la que se ha concebido al *receptum arbitri* a lo largo de la historia. En segundo lugar, su calificación contractual. En tercer lugar, su régimen jurídico. En cuarto lugar, su contenido obligacional. Por último, los remedios en caso de incumplimiento.

Llama la atención el poco interés que este tema ha recibido por parte de la doctrina y jurisprudencia a nivel internacional. Debido a la extensa cuestión

1 R. COOPER, *The Timewaster Diaries: A Year in the Life of Robin Cooper*, Ed. Sphere, 2008.

2 J. RIVERA, *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*, Ed. Abeledo Perrot, 2022.

que trata este estudio, se analizará el *receptum arbitri*³ con un anclaje al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Ello, sin perjuicio de que dicho análisis pueda realizarse a la luz del derecho comparado.

El presente artículo no pretende desconocer lo ambicioso que es tratar cuestiones de tanta importancia en tan pocas líneas. Por ello, no supone un agotamiento del tema. Únicamente propone una puerta de entrada para futuros estudios al respecto.

2. HISTORIA DEL *RECEPTUM ARBITRI*

Si bien el arbitraje, como método de resolución de controversias, tiene origen en civilizaciones tan antiguas como la egipcia de hace más de 4500 años⁴, la base de la relación entre el árbitro y las partes tiene su génesis varios siglos después, en el derecho romano. Antes de que la ley romana le otorgue el nombre con el que se lo conoce hoy, ya existía una suerte de regulación del vínculo entre el árbitro y las partes. Si bien no hay unanimidad en la fecha exacta, alrededor del siglo II a. C., el jurista Paulo reconoció de cierta forma esta figura en el Libro XIII sobre el Edicto, que establece:

Los que ejercen el oficio de árbitros han de saber, que todo cuanto deben hacer ha de ser conforme al mismo **compromiso**, del que surge su deber. Ni a la verdad será lícito otra cosa, sino lo que allí se expresó que pudiese hacer. El árbitro pues, no podrá determinar libremente lo que le parece, sino sobre la cosa comprometida, y solo lo que expresa en el **compromiso** hecho con las partes⁵.

Este Edicto expedido admitió “por primera vez en la historia de Roma, el reconocimiento de la **obligación** de los árbitros de dictar sentencia una vez que han **aceptado** el encargo de las partes [...]”⁶.

3 El lector debe distinguir entre los siguientes contratos: el *receptum arbitri*, el convenio arbitral y el contrato que mantienen las partes procesales con la institución administradora, de ser el caso. Este artículo específicamente estudia el primero de ellos.

4 G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2022.

5 B. RODRÍGUEZ DE FONSECA, *El Digesto del Emperador Justiniano*, Tomo I, Ed. TCE, 1878. Énfasis añadido.

6 M. GONZÁLEZ-PALENZUELA, “El arbitraje en el Derecho Romano como medio alternativo y adecuado de resolución de controversias”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Extremadura* 38, 2022. Énfasis añadido.

Desde el Edicto, entonces, se conocía a esta figura como *compromissum*. Sin embargo, fue dentro del sistema legal de Justiniano que se denominó a tal figura como *receptum arbitri*. Ambos términos nacen de dos de los cuerpos normativos más importantes de la época antigua: el *Codex Iustinianus*, y el Digesto⁷. En palabras de Stein, especializado en derecho romano, “la ley de Roma permitía a los ciudadanos apartarse del proceso legal mediante lo que llamaban ‘*compromissum*’. Esto era un acuerdo para remitir un asunto a un árbitro y las partes se comprometían a pagar una multa si la decisión era desobedecida”⁸.

Así, en el derecho romano nace la concepción de que el estatus de árbitro se deriva del contrato *receptum arbitri*. Gary Born menciona la existencia de registros históricos que revelan el uso generalizado esta figura: “si un árbitro acordaba escuchar una disputa (*receptum arbitrum*), al parecer, las autoridades judiciales podían obligarlo a cumplir con sus responsabilidades”⁹.

¿En qué consistía este *receptum* o *compromissum*? No existía una manera específica de celebración, ni estipulación con ceremonias alguna. Al contrario, se trataba de una promesa informal. Toda vez que el Digesto no contemplaba formalidades adicionales, el contrato se perfeccionaba con el mero consentimiento entre el árbitro y las partes. Celebrado el contrato, el árbitro tenía potestades coercitivas contra las partes, pero también se podían ejercer facultades coercitivas contra él, en caso de incumplir con las obligaciones que se le encomendaron¹⁰.

No hay mucha más información que dé luces sobre cómo se llevaba a cabo, o en qué se basaba la relación que el árbitro mantenía con las partes procesales. Parece que esta falta de discusión ha trascendido a nuestros tiempos, pues poco se ha discutido acerca de esta figura incluso en la actualidad, a pesar de la relevancia que tiene en el mundo del arbitraje. Por estos motivos, a continuación, se realizará un acercamiento a la naturaleza jurídica del *receptum arbitri*.

3. LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL ÁRBITRO Y LAS PARTES

No existe mayor controversia sobre la naturaleza contractual de la relación entre el árbitro y las partes. Ello, en tanto dicha relación se sostiene sobre

7 Tanto el Digesto, como última versión del *Codex Iustinianus* expedida en el año 534 d.C, se encuentran en el *Corpus Iuris Civilis*.

8 P. STEIN, “Roman Arbitration: An English Perspective”, *Israel Law Review* 29 (1), 1995.

9 G. BORN, N. 4.

10 C. GUTIÉRREZ GARCIA, *Receptum Arbitrii*, Ed. Universidad de Alicante, 1990.

una convención generadora de obligaciones: el *receptum arbitri*. Para Andrew y Keren Tweeddale, la base de la relación árbitro-partes está fundada en un contrato y es de ese contrato que el tribunal arbitral activa su jurisdicción¹¹.

En esta sección se analizarán las características y dimensiones del *receptum arbitri* dado su carácter contractual. Se examinarán, también, las clasificaciones de los contratos para identificar aquellas que le aplican. Finalmente, se alcanzará una aproximación al régimen jurídico del *receptum arbitri* como un contrato *sui generis*.

3.1. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO *RECEPTUM ARBITRI*: CARACTERÍSTICAS Y DIMENSIONES

Con la finalidad de lograr una aproximación acertada y concreta sobre qué es y cómo funciona el *receptum arbitri*, es necesario llevar a cabo un proceso de calificación. La calificación de un contrato, según Parraguez, consiste en precisar su naturaleza para identificar tanto el tipo, como los efectos jurídicos que le corresponden. A esta calificación le competen dos momentos. Primero, un examen de los hechos que llevan al surgimiento del contrato. Segundo, una subsunción del contrato con los elementos que en él se han establecido¹².

En primer lugar, el árbitro es designado por las partes dentro de una controversia, para fungir como un juzgador que dirime una disputa sea esta contractual o no. Es decir, las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, nombran un tercero para que resuelva una causa bajo ciertas reglas. Estos, entonces, son los hechos bajo los que se genera el contrato. En segundo lugar, a fin de subsumirlo en una categoría, se debe revisar los elementos que contiene el *receptum* para analizar las características y dimensiones que ocupa este contrato en la vida jurídica.

3.1.1. ATÍPICO

La primera característica por revisar es la *tipicidad* del contrato. Por diversos motivos, existe una falta generalizada de regulación del *receptum arbitri* en los distintos sistemas legales. Poco ha sido escrito por la doctrina y la jurisprudencia a nivel internacional, y es aún menos lo que se ha legislado al respecto.

11 A. TWEEDDALE y K. TWEEDDALE, *Arbitration on Commercial Disputes*, 1era. Ed. Oxford Press, 2007.

12 L. PARRAGUEZ, *Régimen Jurídico del Contrato*, 2da. Ed. Cevallos, 2021.

Encontrar una ley en la que este sea un contrato *tipificado* o *nominado* es una tarea casi imposible. En la actualidad, el *receptum arbitri* no ha sido ni catalogado, ni ha recibido una regulación por el derecho positivo de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial.

Ahora bien, no solo carece de tipicidad en los ordenamientos jurídicos, sino que, extrañamente, tampoco suele tener constancia expresa entre las partes. A diferencia de la mayoría de los contratos, en la práctica, el *receptum arbitri* no se celebra, ni por escrito, ni verbalmente. Jaramillo lo ha descrito como “un contrato ‘satélite’ que pese a no tener una existencia expresa regula la relación entre los árbitros y las partes de manera **implícita**”¹³. Si bien las partes podrían celebrarlo, son pocos los casos en los que sucede. Este es uno de los tantos inconvenientes que se generan en torno a la relación partes-árbitro.

3.1.2. BILATERAL Y ONEROSO

Siguiendo con su clasificación, es un contrato *bilateral* y *oneroso*. Por un lado, porque las partes y el árbitro se obligan recíprocamente¹⁴. Por otro, los árbitros reciben una utilidad determinada del negocio.

3.1.3. CONMUTATIVO Y DE LIBRE DISCUSIÓN

Se trata, además, de un contrato *conmutativo*, pues en principio existe equivalencia de las prestaciones entre los intervinientes. También es *de libre discusión*, ya que el contenido de este puede negociarse libremente entre las partes.

3.1.4. CONSENSUAL

Una clasificación especialmente importante para este contrato es el que se refiere a los elementos necesarios para su perfeccionamiento. El *receptum*, ¿es un contrato *consensual*, *solemne* o *real*? El consentimiento es necesario para la existencia de cualquier contrato, pero es pertinente analizar si es que es suficiente para que nazca en la vida jurídica. Creemos que sí. Como se dijo, no es un contrato regulado, las leyes no exigen observancia de formalidad alguna

13 J. JARAMILLO, “La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 8, 2016. Énfasis añadido.

14 Ver, sección 5.

para que pueda producir sus efectos¹⁵. Es un contrato celebrado de forma tácita entre las partes, por lo que ni siquiera tiene como requisito que se encuentre por escrito, y, por ende, carece de otras solemnidades esenciales, a diferencia, por ejemplo, del convenio arbitral, que sí debe constar por escrito¹⁶.

El *receptum arbitri* no podría entrar bajo la categoría de contratos *reales*, pues no se trata de un contrato en el que se transfiere el dominio ni se entrega la posesión de objeto alguno¹⁷. Por lo expuesto, se trata de un contrato que se perfecciona con el mero consentimiento, como se verá más adelante: el de las partes procesales, y el del árbitro, al aceptar su designación.

3.1.5. DE TRACTO SUCESIVO

Desde un análisis de temporalidad, el cumplimiento del *receptum* no es susceptible de realizarse con la ejecución de un solo acto, pues en esencia, por la naturaleza de las prestaciones entre el árbitro y las partes se cumplen de forma periódica. La doctrina considera al contrato de arbitraje uno *de tracto sucesivo*¹⁸, y en el caso del contrato con los árbitros, pensamos que se le aplica la misma característica, ya que, al tratarse de prestaciones sujetas a un proceso arbitral, el contrato se ejecuta gradualmente.

3.1.6. ¿PRINCIPAL O ACCESORIO?

Finalmente, cabe preguntarse si el *receptum arbitri* sigue la regla general de las convenciones, y subsiste por sí mismo, o si se trata más bien de un contrato accesorio, que presupone la existencia de un contrato principal. El debate no deja de ser complejo, pues el contenido del *receptum* está incluido dentro del convenio arbitral. Por ello, la pregunta a responder es ¿puede el *receptum* existir sin la necesidad de un contrato de arbitraje? Hay quienes sostienen que sí, y hay quienes no.

15 Ver, A. ALESSANDRI, *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

16 Ver, por ejemplo, artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, Artículo 7(2) de la Ley Modelo CNUDMI y Artículo 10 de la Ley General de Arbitraje de Perú.

17 En derecho comparado, los códigos civiles chileno (artículo 1443), ecuatoriano (artículo 1459) y argentino (artículo 2242), clasifican como “reales” a aquellos contratos que requieren de la tradición de la cosa para que opere su perfeccionamiento.

18 L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 2da. Ed. Civitas Ediciones, 1991.

Una primera postura sostiene que el *receptum* es accesorio al convenio arbitral. Si bien no todas las cláusulas compromisorias abordan los medios de nombramiento y las calificaciones de los árbitros, lo cierto es que no puede haber arbitraje sin convenio arbitral, y no puede haber procedimiento arbitral sin los árbitros. Sin un pacto previo entre las partes procesales, no habría método alguno para seleccionarlos¹⁹ y, por ende, no se tendría base alguna bajo la cual un árbitro pueda aceptar su nombramiento. Además, el convenio arbitral contiene las disposiciones que los árbitros deben seguir, las leyes que deben aplicar, si deben motivar su laudo en equidad o en derecho, entre otras. Así lo dijo la *Cour d'appel de Paris*, “el contrato fundamental es el acuerdo de arbitraje. El contrato entre las partes y el árbitro tiene su origen en éste”²⁰. Por lo dicho, toda vez que el convenio arbitral establece las condiciones necesarias para que el arbitraje pueda llevarse a cabo, podría tratarse de un contrato accesorio.

Una segunda postura sostiene que se trata de un contrato principal. Para Rivera, por ejemplo, “[e]l acuerdo arbitral y el contrato que une a las partes y el árbitro son independientes”²¹. Según esta postura, entonces, la existencia y validez del *receptum arbitri* es ajena a lo que suceda con el convenio arbitral en cuestión. Ciertamente es que el convenio será una de las fuentes de su contenido, pero son dos contratos distintos.

Hemos concluido que el *receptum* es un contrato principal. Tan principal es, que ello explicaría por qué un árbitro tiene derecho a percibir honorarios incluso si se declara incompetente por la existencia de un convenio arbitral inválido. Incluso, gracias a esta distinción se explica por qué es perfectamente posible pactar un *receptum* para convenios arbitrales futuros, sin embargo, esta discusión es materia de otro estudio.

3.2. EL TIPO DE CONTRATO

La doctrina ha asimilado el contrato entre el árbitro y las partes a una variedad de figuras jurídicas. Entre ellas, se ha sostenido que el árbitro es un mandatario, que la relación corresponde a una prestación de servicios, e incluso, se ha dicho que podría tratarse de un mediador. En esta sección, descartaremos que el *receptum arbitri* se subsuma en cualquiera de las figuras contractuales mencionadas.

19 G. BORN, N. 4.

20 Cour d'appel de Paris, *Société Torno SpA c. Société Kagumi Gumi Co. Ltd.*, Revue de l'Arbitrage, 19/05/1998.

21 J. RIVERA, N. 2.

3.2.1. ¿MEDIACIÓN?

Descartamos de primera mano que el árbitro haga las veces de un mediador. Como sostiene González de Cossío, se trata de dos instituciones parecidas pero que resuelven diferentes tipos de controversias. Está en las facultades del mediador *ayudar* a las partes para que sean ellas quienes resuelvan su conflicto, mientras que el árbitro está facultado para *resolver* la controversia²². Es decir, el primero es un método autocompositivo, mientras que en el segundo hablamos de un método hetero-compositivo de resolución de conflictos.

3.2.2. ¿PRESTACIÓN DE SERVICIOS? ¿CUASIMANDATO?

La doctrina ha dicho que la base de la relación contractual partes-árbitro es como la lógica que observamos en los contratos de prestación de servicios: se contrata el servicio del árbitro, que requiere de título profesional, a cambio de una contraprestación, en este caso, los honorarios²³. De ser así, el arbitraje sería el servicio, y el árbitro lo brinda a las partes, siendo así que, en la cultura internacional, tanto los centros administradores como los árbitros presumen sus *servicios* para atraer clientes²⁴.

Disentimos con esta propuesta, primordialmente porque el árbitro no está ejerciendo una función meramente profesional sino también jurisdiccional. Además, esto no sería posible bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, puesto que, como se verá más adelante, ciertas obligaciones que adquiere el árbitro son de medio. Según el artículo 674 del Código de Comercio, las obligaciones de un contrato de prestación de servicios son de resultados; en caso de que sean de medios, se estará ante un contrato de arrendamiento de servicios²⁵, el cual bajo ningún concepto trata la figura que nos ocupa.

La doctrina, asimismo, ha asemejado las funciones que ejerce un árbitro con las de un mandatario con representación convencional. Según Valencia Zea, el objeto del contrato de mandato consiste en que el mandatario (en este caso el árbitro) debe ejecutar el negocio para el que se le dio un poder (el arbitraje),

22 F. GÓNZÁLEZ DE COSSÍO, *El Árbitro*, Ed. Porrúa, 2008.

23 L. PUGLIANINI, "La relación partes-árbitro", *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre* 19, 2012.

24 M. FOETH, *Responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial internacional de México*, Biblioteca Jurídica de la UNAM, 2019.

25 Código de Comercio, Artículo 674, RO No. 497, 29/05/2019.

y el mandante (partes procesales) debe pagar la remuneración estipulada²⁶. A pesar de que existen varias diferencias con esta figura, la más importante de ellas tiene que ver con el poder que los “mandantes” entregan al árbitro.

En un mandato convencional, el poder capacita a actuar en nombre de las partes ante terceros. En un arbitraje, no hay relación con terceros, ya que las actuaciones son entre árbitro y partes procesales, y este no actúa siguiendo solamente las instrucciones contenidas en el convenio arbitral, sino también por las facultades que le otorgue la ley aplicable, emitiendo un laudo independiente e imparcial. Por lo dicho, no consideramos que el *receptum arbitri* se subsuma en estos tipos de contratos.

3.3. LA POSIBILIDAD DE UN CONTRATO *SUI GENERIS*

Una vez concluido que el *receptum arbitri* no puede encasillarse bajo alguna de las figuras contractuales ya reconocidas, ¿cuál es el siguiente paso a seguir? Necesariamente se debe concluir que se trata de un contrato *sui generis*.

Reinhard Zimmermann llegó a esta misma conclusión cuando estableció que “el árbitro puede actuar únicamente en función de una relación contractual (*sui generis*) existente entre él mismo y las partes en disputa”²⁷. *Sui generis* es un latinismo que quiere decir “de su propio género” o “único en su clase”²⁸. No es la primera vez que se le ha atribuido esta categoría a un contrato²⁹.

Estamos ante un contrato complejo, en el sentido de que una persona presta servicios a otra, pero no puede explicarse aisladamente sino recurriendo a varios contratos. El contrato árbitro-partes no es simplemente un mandato, o una prestación de servicios, pues desempeña una combinación de acciones de distinta naturaleza jurídica, primordialmente por ejercer facultades jurisdiccionales.

26 A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil, Tomo IV, De los Contratos*, 3era Ed. Editorial Temis, 1980.

27 R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 1era. Ed. Oxford University Press, 1996.

28 Real Academia Española, *Diccionario panhispánico de dudas*, <https://www.rae.es/dpd/sui%20g%C3%A9neris> (29/10/2023).

29 Por ejemplo, se ha considerado que el convenio arbitral también tiene esta naturaleza. Ver G. BORN, N. 4. “[a]n agreement to arbitrate is a *sui generis* type of contract [...]”.

4. EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DEL *RECEPTUM ARBITRI*

Se ha revisado ya que no existe una normativa concreta que le sea aplicable a este contrato, y que la doctrina, por esta incertidumbre, ha intentado equiparar la figura del *receptum* a la de otros contratos para poder saber qué régimen aplicarle, pero como hemos concluido, el *receptum arbitri* es un contrato *sui generis*. Es por ello que esta sección pretende brindar la aproximación más cercana a un posible régimen contractual de esta figura jurídica.

4.1. LAS PARTES

El primer elemento sobre el régimen de este contrato es su relatividad. Como explica Pothier, “la obligación que nace de las convenciones [...] estando formados por el consentimiento y el concurso de voluntades, no pueden obligar a un tercero”³⁰. Por ello, el convenio arbitral no sería instrumento suficiente para obligar a un árbitro a conocer una causa y emitir un laudo. En el caso del *receptum arbitri*, ¿quiénes son las partes? No existe respuesta pacífica.

Para cierta parte de la doctrina, hay una relación tripartita entre actor, demandado y árbitro o árbitros. Eso fue lo que se determinó en el caso *Compagnie Europeene de Cereals SA c. Tradax Export SA*:

Al ser nombrado, el árbitro se convierte en una **tercera parte** en el acuerdo de arbitraje, convirtiéndolo en un contrato trilateral [...]. Al **aceptar** el nombramiento, el árbitro adquiere el estatus de un adjudicador cuasijudicial, junto con todas las obligaciones y limitaciones inherentes a ese estatus. Entre esas limitaciones se encuentra la incapacidad de tratar de manera unilateral con una sola de las partes en el arbitraje [...]³¹.

De acuerdo con el presente caso, el *receptum arbitri* surge tácitamente con la aceptación del nombramiento del árbitro, y son tres las partes que se involucran

30 R. POTHIER, *Tratado de las obligaciones Tomo I*, 2da. Ed. Fidel Giró, 1872.

31 Queen's Bench Division (Commercial Court), *Compagnie Europeene de Cereals SA c. Tradax Export SA*, Lloyd's Law Reports 301, 1986. Énfasis añadido. La única interpretación posible de esta decisión, es que la trilateralidad es del *receptum arbitri*, desde el momento en que el árbitro acepta su designación. Caso contrario, se estaría entendiendo que el convenio arbitral obliga de alguna manera al árbitro, por ejemplo, a someterse a un arbitraje.

en el mismo. Si bien el *receptum* nace a raíz del contrato de arbitraje, es distinto de este, pues el convenio surte efectos sólo entre las partes actor-demandado.

Sobre este punto, Puglianini Guerra sostiene que “resulta pertinente hacer la distinción entre lo que son las partes del convenio arbitral y las partes del procedimiento arbitral (siendo estas últimas las que constituyen las partes del contrato partes-árbitro)”³². En la misma línea González de Cossío indica que, “el árbitro tiene una relación con ambas partes, no con una. No le debe nada a la parte que lo designó que no le deba a la otra”³³.

Con eso dicho, no es necesario otorgarle una denominación de “trilateral” al contrato que nos ocupa, pues es posible brindar un análisis más útil y eficiente de su relatividad. Bajo la definición de Messineo, nos encontramos ante un contrato de negociación compleja, pues existen varios sujetos manifestantes que forman una sola parte, cuyas voluntades singulares se fusionan en una voluntad única³⁴. Únicamente hay dos partes en este contrato: el reclamante y el demandado; y, el árbitro o árbitros designados para resolver la controversia.

4.2. INICIO Y FIN DEL *RECEPTUM*; PERFECCIONAMIENTO Y REALIZACIÓN

¿Cómo “nace” y cómo “muere” el *receptum arbitri*? Con respecto a su nacimiento, de alguna manera ya lo hemos resaltado a lo largo de este estudio; establecimos que se trata de un contrato consensual, por lo que solo necesita del consentimiento de ambas partes para perfeccionarse. Accionante y accionado lo expresan al activar la vía arbitral³⁵, y el árbitro, al momento de aceptar la designación. Para Roca Martínez, este contrato se perfecciona por la recepción o aceptación de los árbitros designados³⁶, y así, una vez que se han constituido en este cargo todos los profesionales requeridos bajo el convenio arbitral, el *receptum* queda perfeccionado.

La muerte o el fin de este contrato se da, generalmente, con la emisión del laudo arbitral. Así lo dicen varios instrumentos internacionales, por ejemplo,

32 L. PUGLIANINI, N. 23.

33 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, N. 22.

34 F. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, 8va. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

35 Bajo un convenio arbitral con las reglas pertinentes de la designación de los árbitros y demás nociones de la forma en la que se llevará a cabo el proceso arbitral.

36 J. ROCA, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Ed. Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo, 1991.

la Ley Modelo CNUDMI en su artículo 32 establece que: “[l]as actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo [...]”³⁷. La solución de los árbitros a la controversia pone fin al contrato que las partes procesales han hecho con los juzgadores escogidos por ellas.

Ahora bien, existen otras formas de terminar el *receptum arbitri*. Se trata de métodos anormales de terminación, tales como la caducidad del proceso, desistimiento, allanamiento, renuncia, o transacción, por nombrar a los más importantes³⁸. Si el proceso termina por las actuaciones de las partes procesales, entonces no se presenta problema alguno, pues de igual forma deberán acreditar en favor de los árbitros los honorarios que correspondan, y se entenderá finalizado el contrato. No está de más mencionar que ninguna de estas causales puede ser invocada por los árbitros, puesto que ellos no pueden ser los que decidan que una controversia quede sin solución, a menos que se trate de una razón de incompetencia.

De cualquier manera, en principio, el inicio del *receptum arbitri* se da cuando los árbitros aceptan su designación. Por su parte, el contrato termina cuando concluye el procedimiento arbitral, lo cual, por regla general, es con la emisión del laudo.

¿Qué sucede si existe una solicitud de corrección e interpretación del laudo? En ese caso las obligaciones del tribunal arbitral se extienden hasta el plazo que se haya otorgado para corregir e interpretar el laudo³⁹.

4.3. EXISTENCIA Y VALIDEZ

Debido a la naturaleza contractual de la relación entre el árbitro y las partes, se le aplican los principios del derecho de las obligaciones⁴⁰. Por ello, necesitará los mismos requisitos de existencia y validez del régimen general de los contratos. La doctrina ha establecido como presupuestos necesarios

37 Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Artículo 33(1), Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I, 1985.

38 L. GARCÍA-BLANCH, “La Finalización del Proceso Arbitral”, *Repositorio Comillas Universidad Pontificia*, 2019.

39 Ver, J. SORRENTE, “La responsabilité de l’arbitre, thèse de doctorat en droit des affaires”, *Université Jean Moulin Lyon 3*, 2007, p. 192: “[e]stas obligaciones contractuales no desaparecen, sino que se mantienen vigentes durante la duración de la relación contractual, y en algunos casos posteriormente, cuando el árbitro debiera corregir el laudo y vigilar su ejecución”.

40 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, N. 22.

para la existencia de todos los contratos: el consentimiento, el objeto, y para ciertos autores, la causa. En la misma línea, los requisitos de validez incluyen al consentimiento libre de vicios, la licitud del objeto, la capacidad legal de las partes, y que se cumplan las solemnidades esenciales en aquellos negocios solemnes. La existencia y validez del *receptum arbitri* depende de que se verifiquen estos requisitos.

5. EL OBJETO DEL *RECEPTUM ARBITRI*

Cómo se analizó anteriormente, el *receptum arbitri* es un contrato bilateral y “satélite”. Los árbitros, por un lado, y las partes procesales, por otro, adquieren obligaciones recíprocas. ¿Cómo determinar a qué se obliga cada una de las partes de este contrato? A falta de pacto expreso, el contenido del *receptum* dependerán, al menos, de: i) lo pactado en el convenio arbitral; ii) la ley aplicable; y, de ser el caso, iii) el reglamento de la entidad administradora. En esta sección, se analizará el objeto del contrato *receptum arbitri* tanto para los árbitros como para las partes.

5.1. OBLIGACIONES DE LOS ÁRBITROS

Corresponde realizar una suerte de lista de las obligaciones que asume el árbitro único o tribunal arbitral. A su vez, analizar si estas son de medio o resultado, con el fin de verificar su forma de cumplimiento. Finalmente, estudiar su naturaleza según la cantidad de sujetos que se obligan, lo cual dependerá, obviamente, de si el tribunal es pluripersonal o no.

5.1.1. LAS CUATRO PRINCIPALES OBLIGACIONES DE LOS ÁRBITROS

Sin perjuicio de que en cada caso puede generar obligaciones completamente distintas, la doctrina ha identificado aquellas obligaciones que, usualmente, configuran el contrato *receptum arbitri*. Adicionalmente, es posible delimitar dicho contenido a la luz de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana (en adelante, “LAM”) y los reglamentos de distintos centros de arbitraje a nivel nacional, estableciendo nuevamente un anclaje al derecho ecuatoriano. Entre ellas, se pueden mencionar, al menos, las que se indican a continuación.

5.1.1.1. OBLIGACIÓN DE DICTAR UN LAUDO EJECUTABLE DENTRO DEL PLAZO PREVISTO

En palabras de Gary Born, la función última del árbitro es decidir acerca de la disputa que fue puesta en su conocimiento⁴¹. Dicho de otra forma, el fin último de llevar a cabo un procedimiento arbitral es que este concluya aceptando (o negando) las pretensiones del reclamante, y de ser el caso, del accionado. Así, la obligación de emitir un laudo es un elemento esencial del contrato *receptum arbitri*, tanto es así que es lo que da lugar a la relación árbitro-partes en primer lugar⁴².

Sin embargo, no basta con solo emitir un laudo. Para cumplir su obligación, el laudo tiene que ser ejecutable⁴³. Es decir, el árbitro debe ser diligente al cumplir los requisitos de ejecutabilidad bajo la ley aplicable. La obligación de emitir un laudo de conformidad con ciertos requisitos está contemplada en el artículo 3 de la LAM. Si el arbitraje es en equidad, los árbitros están obligados a actuar según su “leal saber y entender”⁴⁴. Mientras que, si el arbitraje es en derecho, deberán emitir un laudo anclado a la ley aplicable, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina.

De manera análoga, los reglamentos de distintos centros de arbitraje obligan a los árbitros a dictar un laudo ejecutable⁴⁵. Así, por ejemplo, según el Reglamento de la Cámara de Comercio de Quito es una obligación de sus árbitros “[e]xpedir el laudo de conformidad con lo dispuesto por la Ley de

41 G. BORN, N. 4.

42 A. TWEEDDALE y K. TWEEDDALE, N. 11.

43 Al respecto, nótese que la obligación es que el laudo *pueda* ser ejecutado, no que en efecto vaya a ejecutarse.

44 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 3, RO 417, 14/12/2006: “Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica [...]”.

45 Ver, por ejemplo, el Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Artículo 71: “Son deberes y obligaciones del Árbitro, además de las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación y el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, las siguientes: 7) Expedir el laudo de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y Mediación y los Reglamentos [...]”. Ver también el Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Artículo 37: “Son deberes y obligaciones del árbitro, además de las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación, el presente Estatuto y Reglamentos pertinentes, las siguientes: 6. Elaborar y expedir el laudo arbitral sin dilaciones, una vez que se hayan practicado todas las diligencias necesarias y evacuado todas las pruebas para la resolución del caso, de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y Mediación y las normas aplicables [...]”.

Arbitraje y Mediación, su Reglamento, el Reglamento de Funcionamiento del Centro y demás normas aplicables”⁴⁶. En definitiva, al suscribir el contrato *receptum arbitri*, el árbitro asume la obligación de emitir un laudo ejecutable.

5.1.1.2. OBLIGACIÓN DE CONDUCIR EL PROCEDIMIENTO DE MANERA DILIGENTE E IMPARCIAL

Es el árbitro quien debe llevar las “riendas de la carroza arbitral”⁴⁷. En tal sentido, está obligado a llevar a cabo una conducción del procedimiento de manera diligente. Ahora bien, ¿qué es lo que esto implica? Para González de Cossío, esta obligación supone un respeto absoluto al debido proceso arbitral.

El paraguas del debido proceso es sumamente amplio. Sin embargo, a efectos del presente artículo, cabe afirmar que esta obligación implica organizar, controlar y dirigir el arbitraje. Así, se exige un esfuerzo del árbitro para respetar la ley aplicable y lo convenido por las partes, de manera que cada una de ellas pueda hacer valer sus derechos en igualdad de condiciones⁴⁸. Dicho de otra forma, en la medida en que un árbitro respete los acuerdos y términos previstos por las partes de manera imparcial, el arbitraje será conducido de manera diligente.

En el contexto ecuatoriano, el árbitro deberá actuar sobre la base del procedimiento previsto en la LAM y el reglamento de la entidad administradora aplicable. A manera de ejemplo, el artículo 71 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Guayaquil obliga a sus árbitros a “[a]ctuar con diligencia y prontitud” y “[e]xpeditar las providencias necesarias para el despacho del proceso Arbitral”⁴⁹.

Dicha conducción del procedimiento debe ser imparcial. Tanto es así que, ante la existencia de alguna causal que ponga en duda la independencia e imparcialidad del árbitro, esto podría dar lugar a su excusa o recusación.

En definitiva, el *receptum arbitri* impone una obligación a los árbitros de conducir de manera diligente el procedimiento arbitral. Ello, so pena de, en los casos más extremos, dar lugar a la anulación del laudo⁵⁰.

46 Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Artículo 57(7).

47 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 2014.

48 J. RIVERA, N. 2.

49 Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Artículo 71.

50 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 31, RO 417, 14/12/2006.

5.1.1.3. OBLIGACIÓN DE PERMANECER EN EL TRIBUNAL

El *receptum arbitri* impone la obligación a los miembros de un tribunal de no abandonar su cargo mientras dure el procedimiento. El árbitro que acepta su designación (y por ende el contrato) se ve obligado a no abandonar el procedimiento de manera intempestiva. Ello, por supuesto, en la medida en que no exista una razón superviniente que impida a tal árbitro seguir conociendo la causa.

Un sector importante de la doctrina acompaña esta posición. Para Rivera, por ejemplo, “el árbitro, por el hecho de aceptar su designación, se compromete a desempeñar su función hasta su término”⁵¹. Para Redfern y Hunter, la naturaleza de esta obligación es que se cumpla con un interés detrás del arbitraje: “que sea el mismo tribunal el que conozca la disputa de inicio a fin”⁵².

Jurídicamente, se trata de una obligación de no hacer asumida por los árbitros, cuyo incumplimiento dará lugar a responsabilidad civil⁵³. “Un retiro injustificado por parte de un árbitro constituye un ilícito: un incumplimiento al deber contractual de resolver la controversia que se somete a su conocimiento”⁵⁴.

5.1.1.4. OBLIGACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD

La confidencialidad no siempre es la regla general en un arbitraje. Hoy en día, se discute si la posibilidad de pactar confidencialidad en arbitraje sigue siendo una ventaja⁵⁵. Lo cierto es que, de ser eso lo pactado por las partes, los árbitros están obligados a respetarlo en todo momento.

A la luz del artículo 34 de la LAM, es posible estudiar el contenido de la obligación de confidencialidad que surge del *receptum arbitri*. Su alcance, sin embargo, no es claro. Parecería ser que, según este artículo, la

51 J. RIVERA, N. 2.

52 A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration, Student Version*, 7ma. Ed. Oxford University Press, 2022.

53 Ver, sección 6.

54 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, N. 47.

55 Ese, sin embargo, no es objeto de estudio del presente artículo, Ver, por ejemplo: C. CEPEDA, “El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad”. *USFQ Law Review* 1, 2013.

confidencialidad únicamente cubre al procedimiento arbitral. Es decir, no abarcaría a la existencia misma de la disputa y menos aún al resultado de dicho procedimiento.

Ahora bien, sobre la base del reglamento aplicable, se facilita la tarea de fijar los límites de la confidencialidad que los árbitros están obligados a guardar. Para los reglamentos de los centros de arbitraje de AMCHAM, CCQ y CCG, por ejemplo, los árbitros están obligados a “mantener el carácter confidencial de las reuniones sostenidas durante el desarrollo del proceso arbitral y antes de expedir el laudo”⁵⁶.

En suma, el alcance de la obligación de confidencialidad dependerá de cada caso. Lo cierto es que, de ser ese el pacto de las partes, los árbitros deben observar la prestación de no divulgar la información de un arbitraje. De esta manera, “se obliga a los árbitros (y a las partes) a guardar la confidencialidad sobre documentos, pruebas, audiencias, y aún sobre la existencia misma del litigio y su resolución”⁵⁷.

5.1.2. ¿OBLIGACIONES DE MEDIO O DE RESULTADO?

En este punto, es claro que del contrato *receptum arbitri* nacen obligaciones para el árbitro. Ahora bien, el análisis sobre el cumplimiento de las obligaciones de los árbitros depende de dos escenarios totalmente distintos. ¿Están los árbitros obligados a alcanzar un resultado específico? O, por el contrario, ¿basta con que hagan sus mejores esfuerzos?⁵⁸ Todo dependerá de la obligación en específico que se esté analizando.

En primer lugar, doctrinariamente existe una discusión acerca de la naturaleza de la obligación de emitir un laudo ejecutable. Hay quienes consideran que es una obligación de resultado y que la usual existencia de un plazo para emitir el laudo es el fiel reflejo de ello⁵⁹. Al contrario, hay quienes sostienen que “el

56 Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americano, Artículo 37; Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Artículo 57; y Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Artículo 71.

57 J. RIVERA, N. 2.

58 “En las primeras, la obligación es concreta: el deudor debe obtener un resultado determinado, y así el vendedor ha de entregar la cosa vendida en la época convenida. En otros casos, en cambio, el deudor se obliga a poner de su parte la diligencia necesaria, a conducirse con prudencia para obtener el resultado deseado, pero no a conseguir éste”. R. ABELIUK, *Las Obligaciones, Tomo I*, Ed. Dislexia Virtual, 2001.

59 J. RIVERA, N. 2.

árbitro tiene la obligación de hacer sus mejores esfuerzos para que el laudo sea ejecutable en la jurisdicción sede del arbitraje. Ni más, ni menos”⁶⁰.

A nuestro criterio, la obligación de emitir un laudo ejecutable es de medio, no de resultado. Ello, por al menos dos razones. Por un lado, porque podría perfeccionarse un *receptum arbitri* con un tribunal que no se declare competente para conocer la controversia. En tal caso, por razones de incompetencia, los árbitros no podrán alcanzar el resultado de emitir el laudo pese a que hayan tenido una actuación diligente. Por otro lado, porque la ejecución de este es un asunto que no está en manos de los árbitros. A nuestro criterio, si actuaron de forma diligente, atribuirles responsabilidad civil por la falta de reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral es ir demasiado lejos.

En segundo lugar, también es una obligación de medio aquella por la cuál los árbitros deben conducir el procedimiento de manera diligente. Precisamente por la naturaleza de la obligación, las partes del contrato no buscan alcanzar un resultado específico, sino más bien, un estándar de diligencia a lo largo del tiempo.

En tercer lugar, la obligación de permanecer en el tribunal es de resultado. Evidentemente, pueden existir causales de excusa o recusación que ameriten el abandono de un árbitro del procedimiento arbitral. Sin embargo, esos casos tienen una naturaleza excepcional. En el común recurrir de los acontecimientos, el árbitro deberá permanecer en el tribunal hasta el fin del procedimiento para cumplir con su obligación. Así, las partes podrán alegar el incumplimiento del árbitro siempre que el abandono haya sido injustificado.

Por último, la obligación de guardar confidencialidad es de resultados. La intención misma detrás de pactar que un arbitraje sea confidencial es que dicha cualidad se mantenga en todo momento. En este caso, no hay puntos medios, si el árbitro divulga información, será responsable. Si no lo hace, habrá cumplido su obligación.

El lector pronto advertirá la importancia de esta discusión. Como se analizará más adelante, de esta distinción depende el grado de responsabilidad atribuible a los árbitros en caso de incumplimiento. Lejos de ser un debate meramente académico, los efectos prácticos de que una obligación sea de resultado o de medio son radicalmente distintos.

60 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, N. 47.

5.1.3. DE SER MÁS DE UN ÁRBITRO, ¿LAS OBLIGACIONES SON SIMPLEMENTE CONJUNTAS, SOLIDARIAS O INDIVISIBLES?

De ser un tribunal colegiado el que conozca determinada controversia, las obligaciones que asuman los árbitros estarán sujetas al régimen de la pluralidad pasiva de sujetos. Al analizarlo bajo derecho ecuatoriano, en este ordenamiento se distinguen tres tipos de obligaciones para abordar la pluralidad de deudores: mancomunadas, solidarias, e indivisibles⁶¹. El régimen normativo de cada una de ellas es completamente distinto⁶². De ahí la importancia de una adecuada categorización.

A nuestro criterio, las obligaciones que asumen los árbitros son, por naturaleza, indivisibles. Ello por cuanto, “consisten en prestaciones que no pueden verificarse por partes sin alteración de su esencia”⁶³. En palabras de Gary Born, los árbitros usualmente tienen que conducir el procedimiento y deliberar en conjunto⁶⁴. Así, a las obligaciones de un tribunal arbitral se les aplica el régimen de indivisibilidad del Código Civil ecuatoriano. Ello, toda vez que las prestaciones de emitir un laudo, guardar confidencialidad y conducir el procedimiento son, por naturaleza, indivisibles⁶⁵.

En la práctica, los efectos de comprender que los árbitros se obligan de manera indivisible no son pocos. En primer lugar, dicho régimen implica que los árbitros necesariamente deberán cumplir sus obligaciones en un mismo momento. En segundo lugar, el régimen de exigibilidad de las obligaciones se ve afectado, como se analizará más adelante. Finalmente, figuras como el tiempo de prescripción para demandar el incumplimiento del *receptum arbitri* recibirán el mismo trato para cada uno de los co-árbitros⁶⁶.

5.2.

61 G. OSPINA, *Régimen general de las obligaciones*, Ed. Temis, 2008.

62 Ver, por ejemplo, A. MARTÍNEZ, “Sobre la naturaleza de la indivisibilidad de una obligación: ¿realmente es posible dividir una prestación?” *USFQ Law Review* 10(2), 2023.

63 L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: Teoría general de las obligaciones*, Ed. UTPL, 2006.

64 G. BORN, N. 4.

65 Código Civil, Artículo 1540, RO No. 46, 24/06/2005: “La obligación es divisible o indivisible, según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota [...]”.

66 Un tema de análisis para futuros estudios tiene que ver con la posibilidad de que los árbitros respondan de manera distinta entre sí, sobre la base de sentencias judiciales que han abordado este concepto en jueces ordinarios.

5.3. OBLIGACIONES DE LAS PARTES PROCESALES

5.3.1. OBLIGACIÓN DEL PAGO DE HONORARIOS

Las partes procesales del arbitraje, reclamante y demandado asumen una obligación muy clara: el pago de honorarios de los árbitros⁶⁷. A manera de contraprestación por sus servicios, el árbitro recibe una tarifa pagada por las partes⁶⁸. Para determinar el valor de los honorarios normalmente habrá que remitirse al reglamento del centro que administre el arbitraje. En el caso de arbitrajes *ad hoc*, tanto la determinación de la tarifa, como el pago de la misma, se hará directamente con los árbitros.

En este punto, resulta indispensable que el lector distinga tres relaciones jurídicas distintas: i) la que rige entre las partes y la institución administradora (de haberla); ii) la que rige entre la institución administradora y los árbitros; y iii) la que rige entre las partes y los árbitros. A efectos de este artículo, es esta última la que cobra importancia ya que es el terreno de juego del *receptum arbitri*.

Con tal antecedente, entonces, las obligaciones que asuman las partes con el centro y luego, el centro con los árbitros, son ajenas e independientes al *receptum*. En la medida en que las partes paguen el valor de los honorarios de los árbitros, habrán cumplido con el objeto del contrato. Esto, con independencia de que el pago se realice directamente o a través de la institución administradora.

5.3.2. OBLIGACIÓN DE RESULTADO

Evidentemente, la obligación que asumen las partes para con sus árbitros es de resultados. No hay mucho que analizar al respecto. La doctrina ha considerado que “una obligación es de resultado cuando su obtención queda incluida en el objeto de aquella”⁶⁹. Las partes cumplen su obligación asumida en el *receptum arbitri*, siempre que cancelen la totalidad del valor de los honorarios del tribunal.

67 En la actualidad, existen instituciones que promueven la figura de un arbitraje gratuito. Ello por cuanto, una de las principales críticas al arbitraje es que resulta imposible de asumir para ciertas personas. Bajo este entendido, consideramos que incluso en los arbitrajes gratuitos existe un *receptum arbitri*. Ese contrato, sin embargo, es de naturaleza unilateral pues sólo los árbitros se ven obligados. Si bien ello no es objeto del presente estudio, podría tener ciertas implicaciones para abordar el incumplimiento de las obligaciones de los árbitros.

68 A. REDFERN y M. HUNTER, N. 52.

69 G. OSPINA, N. 61.

5.3.3. OBLIGACIÓN SIMPLEMENTE CONJUNTA

Para el Código Civil ecuatoriano, la regla general ante un vínculo con pluralidad de sujetos es que la obligación se asume de manera mancomunada⁷⁰. En tal sentido, se entiende que el objeto de la obligación se divide en cuotas, según la cantidad de deudores o acreedores⁷¹. Así, cada uno de ellos está obligado o tiene derecho únicamente a la cuota que asume.

La obligación de las partes de pagar los honorarios a los árbitros es, por regla general, mancomunada, sin perjuicio de que se pueda pactar un régimen distinto. En tal sentido, bajo el ordenamiento ecuatoriano, el incumplimiento de una de ellas no grava responsabilidad en la otra⁷². Dicho de otra forma, los árbitros únicamente pueden exigir a una de las partes del arbitraje la cuota que haya asumido, producto de su obligación. Ni más, ni menos.

6. INCUMPLIMIENTO DEL *RECEPTUM ARBITRI*

El incumplimiento de las obligaciones contenidas en el *receptum arbitri* acarrea responsabilidad civil contractual. *A priori*, al tratarse de un contrato bilateral, las partes responderían por culpa leve. Eso quiere decir que las partes podrían incurrir en responsabilidad en la medida en que no actúen como un tercero razonable. Esta postura, sin embargo, no es pacífica, pues bajo el ordenamiento ecuatoriano, el régimen de responsabilidad de los árbitros se encuentra regulado de manera distinta⁷³.

70 Código Civil, N. 65, Artículo 1527, RO No. 46, 24/06/2005: “En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito”.

71 F. OSTERLING y M. CASTILLO, *Sobre la clasificación de las obligaciones*, Ed. Advocatus, 2011.

72 Código Civil, N. 65, Artículo 1542: “Si la obligación no es solidaria ni indivisible [...] cada uno de los codeudores está solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores”.

73 Ver, J. JARAMILLO, N. 13.

6.1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS EN EL ORDENAMIENTO ECUATORIANO

Al respecto de la responsabilidad de los árbitros, ¿qué postura adopta Ecuador? Si bien no existe una regulación completa al respecto, el artículo 18 de la LAM establece:

Obligación de cumplir el encargo de árbitro

Art. 18.- Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado.

De manera análoga, el artículo 7 del Reglamento a la LAM, dispone que: “[I] a aceptación obligará a los árbitros a cumplir el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa grave”. En tal sentido, parecería que existe una asimetría en el nivel de responsabilidad que asume cada una de las partes de este contrato. Mientras los árbitros responden por culpa grave, las partes del arbitraje lo hacen por culpa leve.

Tanto en la doctrina como en derecho comparado, existe una postura que defiende una inmunidad absoluta de los árbitros, por las facultades jurisdiccionales que ejercen. Sin embargo, todo indica que el ordenamiento ecuatoriano se inclina por una postura lejana a la inmunidad de los árbitros. Los árbitros responden por culpa grave. Así, si bien podrán existir eximentes de responsabilidad (como en cualquier otro caso), lo cierto es que las partes tienen, ante incumplimiento, remedios para ser indemnizados.

Un análisis detenido de este régimen permite comprender que la fuente de las obligaciones del árbitro es el contrato *receptum arbitri*, pues estas solo nacen cuando este se perfecciona. Por ende, si bien para analizar el contenido del contrato habrá que hacerlo a la luz de la ley aplicable, lo cierto es que no se puede negar el origen contractual de las obligaciones del árbitro.

Como hemos sostenido, el *receptum arbitri* es un contrato bilateral. Así, bajo el Código Civil ecuatoriano, en él se encuentra implícita una condición

resolutoria tácita⁷⁴. Esta condición da lugar a la acción resolutoria. Dicha acción, a su vez, permite al acreedor de las obligaciones incumplidas exigir la resolución del contrato sin perjuicio de que, como alternativa, pueda optar por la ejecución forzosa del contrato.

6.2. CUMPLIMIENTO FORZOSO DEL *RECEPTUM*

A simple vista, parecería que el primero de los caminos no es demasiado conflictivo. En caso de que los árbitros incumplan la obligación de emitir el laudo, por ejemplo, las partes podrán exigir el cumplimiento forzoso de dicha obligación. Viceversa, en caso de que sean las partes quienes incumplan el pago de honorarios, podrán los árbitros exigir su cumplimiento por la vía judicial. Ello, sin perjuicio de que la función de las entidades administradoras justamente es evitar ese supuesto, por lo que quizás sea un escenario más probable en arbitrajes *ad hoc*.

Ahora bien, un análisis detenido de este remedio ante el incumplimiento exige profundizar un poco más al respecto. Las obligaciones de los árbitros son de hacer jurídico. Es decir, a partir de ellas se busca observar una conducta positiva distinta a la transferencia de dominio, en la esfera de lo jurídico. Bajo el régimen ecuatoriano, se puede exigir el cumplimiento de estas obligaciones a partir de dos filtros: exigiendo que lo haga el deudor y, de no hacerlo el obligado, el juez ordinario puede cumplir la obligación “a nombre del deudor”.

El lector pronto advertirá las complejidades que presenta este régimen. A través del arbitraje, justamente las partes buscan evitar la justicia ordinaria. El régimen de ejecución forzosa de las obligaciones de hacer jurídico parece incompatible con las obligaciones de los árbitros. Su aplicación podría implicar que un juez ordinario “emita un laudo”, lo cual, evidentemente, carece de sentido.

A manera de propuesta, a fin de armonizar este régimen con las obligaciones de los árbitros, debería descartarse la posibilidad de que un juez cumpla las obligaciones a nombre del deudor. Así, el juez podrá exigir a los árbitros que emitan un laudo, pero, de no hacerlo, directamente habrá lugar a la indemnización de perjuicios.

74 Código Civil, N. 65, Artículo 1505: “[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

6.3. ¿ES POSIBLE RESOLVER EL *RECEPTUM ARBITRI*?

El segundo remedio ante el incumplimiento del *receptum arbitri* tampoco es pacífico. A través de la resolución de un contrato se busca volver las cosas a su estado original mediante una retribución mutua de las prestaciones que hasta el momento se hayan recibido. Imagine el lector un supuesto en el que un tribunal arbitral emite un laudo ejecutable. Para llegar a ese resultado, fue diligente a lo largo de todo el procedimiento. Cumplió todas sus demás obligaciones y, sin embargo, las partes no pagaron el valor de sus honorarios.

Ante el incumplimiento de las partes, en teoría los árbitros podrían acudir a la justicia ordinaria y demandar la resolución del *receptum arbitri*. La realidad, sin embargo, es otra. Es poco plausible que un laudo válido y ejecutable sea “anulado” o, peor aún, se entienda “inexistente” después de haber sido emitido, por concepto de falta de pago. De ser ese el caso, un regreso al estado anterior de las cosas parece imposible.

A su vez, en caso de incumplimiento de los árbitros parece imposible una restitución de prestaciones mutuas. Si, por ejemplo, no se emite el laudo dentro del plazo establecido, las partes podrían exigir una restitución del valor del arbitraje cancelado hasta la fecha⁷⁵. Sin embargo, la situación es distinta con las prestaciones de los árbitros, pues la conducción del procedimiento parece no tener vuelta atrás.

Así las cosas, la alternativa de la resolución propiamente dicha resulta imposible en este caso. Para Parraguez, este sería un supuesto en el que “cabría hablar más de una terminación, que de una resolución propiamente dicha”⁷⁶, pues “se ha tornado imposible regresar al estado anterior de las cosas”⁷⁷. En suma, entonces, no es posible una resolución del *receptum arbitri*, más si su terminación.

7. CONCLUSIONES

Entre las partes procesales y los árbitros existe un contrato del que nadie habla, pero está ahí. Se trata del *elefante en la habitación* del arbitraje. El contrato

75 Puede existir un interesante análisis acerca de la necesidad de un litisconsorcio activo y/o pasivo para demandar la terminación del *receptum arbitri*. Aquel tema, sin embargo, por su naturaleza meramente procesal, será objeto de otro estudio.

76 L. PARRAGUEZ, N. 12.

77 Ídem.

receptum arbitri presenta más de una complicación, y ha sido objeto de debates doctrinarios que aún no han quedado zanjados.

En este estudio hemos explorado sus orígenes históricos, con el fin de aterrizar a esta figura en la actualidad. Para ello, se analizaron sus características y dimensiones, que hicieron posible calificar este complejo contrato, para otorgarle un régimen jurídico dada su naturaleza *sui generis*.

Concluimos que los árbitros, al suscribir el *receptum*, adquieren varias obligaciones. Entre ellas, por ejemplo, la de emitir un laudo ejecutable, conducir el procedimiento y guardar confidencialidad. El incumplimiento de dichas obligaciones da lugar a responsabilidad civil contractual.

Este es uno de los tantos temas que no pueden seguir ignorándose. Somos conscientes, sin embargo, de las limitaciones de abordar temas tan complejos de manera tan breve. Por ello, este estudio invita a próximos autores a explorar al respecto. Quizás, ese sea el camino hacia una verdadera regulación del *receptum arbitri*. Solo entonces habrá una aproximación hacia un correcto entendimiento del arbitraje.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, R. *Las Obligaciones, Tomo I*, Ed. Dislexia Virtual, 2001.
- Alessandri, A. *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Born, G. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2022.
- Cepeda, C. “El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad”. *USFQ Law Review* 1, 2013.
- Código Civil, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.
- Código de Comercio, RO No. 497, 29/05/2019.
- Cooper, R. *The Timewaster Diaries: A Year in the Life of Robin Cooper*, Ed. Sphere, 2008.
- Cour d’appel de Paris, *Société Torno SpA c. Société Kagumi Gumi Co. Ltd.*, *Revue de l’Arbitrage*, 19/05/1998.
- Foeth P., Jorn, M. *Responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial internacional de México*, Biblioteca Jurídica de la UNAM, 2019.
- García-Blanch, L. “La Finalización del Proceso Arbitral”, *Repositorio Comillas Universidad Pontificia*, 2019.
- González de Cossío, F. *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 2014.
- González de Cossío, F. *El Árbitro*, Ed. Porrúa, 2008.
- González-Palenzuela, M. “El arbitraje en el Derecho Romano como medio alternativo y adecuado de resolución de controversias”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Extremadura* 38, 2022.
- Gutiérrez García, C. “Receptum Arbitrii”, *Universidad de Alicante*, 1990.
- Jaramillo Troya, J. “La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.
- Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 417, el 14 de diciembre de 2006.
- Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I, 1985.
- Martínez, Álvaro. “Sobre la naturaleza de la indivisibilidad de una obligación: ¿realmente es posible dividir una prestación?” *USFQ Law Review* 10 (2), 2023.
- Messineo, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, 8va. Ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- Ospina, G. *Régimen general de las obligaciones*, Ed. Temis, 2008.

- Osterling, F., Castillo, M. *Sobre la clasificación de las obligaciones*, Ed. Advocatus, 2011.
- Parraguez, L. *Régimen Jurídico del Contrato*, Ed. Cevallos, 2021.
- Parraguez, L. *Manual de derecho civil ecuatoriano: Teoría general de las obligaciones*, Ed. UTPL, 2006.
- Pothier, R. *Tratado de las Obligaciones, Tomo I*, 2da. Ed. Fidel Giró, 1872.
- Puglianini Guerra, L. “La relación partes-árbitro”, *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre* 19, 2012.
- Queen’s Bench Division (Commercial Court), *Compagnie Europeene de Cereals SA c. Tradax Export SA*, Lloyd’s Law Reports 301, 1986.
- Real Academia Española, *Diccionario panhispánico de dudas*, <https://www.rae.es/dpd/sui%20g%C3%A9neris> (29/10/2023).
- Redfern, A., Hunter, M. *Redfern and Hunter on International Arbitration, Student Version*, 7ma, Ed. Oxford University Press, 2022.
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, RO Sup. 524, 26/08/2021.
- Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, 2023.
- Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, 2022.
- Rivera, J. “Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico”, 3era. Ed. Abeledo Perrot, 2022.
- Roca Martínez, J. “Arbitraje e instituciones arbitrales”, *Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo*, 1991.
- Rodríguez de Fonseca, B. *El Digesto del Emperador Justiniano*, Tomo I, TCE, 1878.
- Sorrente, J. “La responsabilité de l’arbitre, thèse de doctorat en droit des affaires”, *Université Jean Moulin Lyon 3*, 2007.
- Stein, P. “Roman Arbitration: An English Perspective”, *Israel Law Review*, Vol. 29 (1), 1995.
- Tweeddale, A., Tweeddale, K. *Arbitration on Commercial Disputes*, 1era. Ed., Oxford Press, 2007.
- Valencia Zea, A. *Tomo IV De los Contratos*, 3era Ed., Editorial Temis, 1980.
- Zimmermann, R. *The Law of Obligations*, 1era. Ed. Oxford University Press, 1996.



ROBALINO

Asesoramos empresas, asesoramos personas.
Más que un asesor, tu socio estratégico.

f / robalinoabogados
in / Robalino Law
@ robalinolaw

QUITO-GUAYAQUIL
CUENCA-MANTA-MACHALA

Scan Me



www.robalinolaw.com

Nº 14

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Efectos de la notificación de la solicitud de arbitraje con relación a la mora y prescripción

EFFECTS OF THE REQUEST FOR ARBITRATION REGARDING
DEFAULT IN PERFORMANCE AND EXPIRY OF LIMITATION

*Santiago Cisneros Bejarano**
*Felipe Castro Zurita***

Recibido/Received: 12//11/2023

Aceptado/Accepted: 13/12/2023

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Delimitación del problema. 3. Sobre la solicitud de arbitraje y su ausencia de regulación en el Derecho ecuatoriano 4. Naturaleza jurídica de la mora y prescripción. 4.1. Sobre la mora. 4.2. Sobre la prescripción. 5. Analogía de la demanda y la solicitud de arbitraje. 5.1. Naturaleza jurídica de la analogía 5.2. La notificación de la solicitud de arbitraje es análoga a la citación de la demanda 6. Equidad. 7. Conclusiones.

RESUMEN: En este trabajo se analiza la naturaleza jurídica de la notificación de la solicitud de arbitraje, en un arbitraje internacional, cuando la ley aplicable es la ecuatoriana: si esta interrumpe la prescripción y constituye en mora al deudor, o si esto ocurre con la citación del memorial de demanda. Se explica que existe una laguna normativa que debe ser colmada. Además, se trata la naturaleza jurídica de la mora y la prescripción. Para resolver la laguna, se propone utilizar el argumento analógico y la equidad natural. Así, se concluye que es la notificación de la solicitud la que desencadena estos efectos.

PALABRAS CLAVE: solicitud de arbitraje, prescripción, mora, analogía, equidad

* Asistente legal en CONSULEGIS ABOGADOS, Guayaquil, Ecuador. Estudiante de Jurisprudencia en la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: scisneros@lex.ec.

** Asociado en PÉREZ BUSTAMANTE & PONCE, Quito. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: fjcastroz@outlook.com.

ABSTRACT: This article analyzes the nature of the receipt of the notice for arbitration in an international arbitration, when the applicable law is the Ecuadorian: if it expires the limitation period (prescripción) of the claim and constitutes default in performance of the debtor (constitución en mora del deudor), or if this occurs with citation of the written submission. It explains that the Ecuadorian legislation has a regulatory loophole in this issue. Besides, it analyses the prescripción and the constitución en mora del deudor. To resolve this loophole, this work proposes to use the analogy and natural equity. Thus, it concludes that the notice for arbitration is the act that creates these effects.

KEYWORDS: request for arbitration, limitation, *mora*, analogy, equity

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional se diferencia de los procedimientos arbitrales domésticos en que, generalmente, el arbitraje no inicia con una demanda, sino con una solicitud de arbitraje. Esta indica la intención de la demandante de iniciar un arbitraje, antes de la presentación de la demanda. Si la ley aplicable a los méritos es la ecuatoriana, ello tiene al menos dos implicaciones relevantes: la constitución en mora al deudor y la interrupción de la prescripción.

Supóngase que la compañía *SensorX* presenta una solicitud de arbitraje ante la empresa *Visionic* en diciembre de 2023, reclamando una indemnización de perjuicios. Según la ley ecuatoriana, la indemnización se debe desde la constitución en mora al deudor¹. *Visionic* contesta a la solicitud, se constituye el tribunal, este elabora un acta de misión y se establece un calendario procesal. Por todo ello, se cita con el memorial de demanda a *Visionic* recién en diciembre de 2024. Si se considera que la constitución en mora se produce con esta citación y no con la notificación de la solicitud, todos los daños e intereses que podrían cuantificarse entre diciembre de 2023 y diciembre de 2024 resultarían improcedentes.

Lo mismo sucedería con la prescripción extintiva. Agreguemos al ejemplo que la acción prescribiría el 1 de enero de 2024². De acuerdo con la ley ecuatoriana, la prescripción se interrumpe civilmente con la citación de la

1 Esta se efectúa —como regla general— con la citación de la demanda.

2 En Ecuador, las acciones ordinarias tienen un plazo de prescripción de 10 años desde que la obligación se hizo exigible.

demanda. *SensorX* presentó su solicitud de arbitraje en diciembre de 2023, cuando la acción todavía no estaba prescrita. Sin embargo, la citación con el memorial de demanda ocurrió en diciembre de 2024. Si se considera que la solicitud de arbitraje no interrumpió la prescripción, *SensorX* estaría imposibilitado de ejercer la acción.

El presente artículo pretende resolver ambas cuestiones. Para ello, en primer lugar, se hará una delimitación del problema planteado. En segundo lugar, se expondrá que existe una laguna normativa en el ordenamiento ecuatoriano, así como el fin de la solicitud de arbitraje. En tercer lugar, se revisará la naturaleza jurídica de la constitución en mora al deudor y la prescripción extintiva. En cuarto lugar, se analizará si, a través de un argumento analógico, la notificación de la solicitud es capaz de surtir los mismos efectos que la citación de la demanda. En quinto lugar, se propondrá también resolver esta pregunta a través de la equidad como método de interpretación de la ley.

2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Con el fin de delimitar el alcance del estudio, se tratará exclusivamente la hipótesis en que la sede del arbitraje es Ecuador y la ley aplicable a los méritos de la controversia es la ecuatoriana; así como los casos en los que, si la sede no es Ecuador, la ley de la sede se remita a la ley de méritos para la regulación de la prescripción extintiva y constitución en mora.

Es necesaria esta delimitación ya que, si la sede no es Ecuador, la ley de la sede puede regular la constitución en mora o prescripción como un asunto adjetivo. De igual forma, las reglas Derecho internacional privado pueden llevar a la aplicación de otra ley —como la *lex loci*— para resolver el problema. Por ello, no en todos los casos en los que la ley de méritos sea la ecuatoriana serán plausibles las conclusiones del presente artículo.

De igual forma, se reconoce que un tema conexo es si la prescripción y la constitución en mora son instituciones con implicaciones adjetivas o sustantivas. Ello puede tener un efecto determinante a la hora de decidir qué normas debe aplicar un tribunal para resolver cuestiones relativas a estas instituciones. Por ejemplo, la ley de fondo puede contradecirse con la *lex arbitri* en estos temas. Sin embargo, dicha discusión trasciende los límites del presente estudio.

Finalmente, el problema puede resolverse por la existencia de un acuerdo de las partes. El arbitraje es, por naturaleza, negocial. Ello implica que la existencia de una “potestad de las partes de diseñar directamente su proceso” de acuerdo con las circunstancias de cada caso en concreto³. Así lo ha ratificado la Corte Constitucional, indicando que “[d]ebido a su origen contractual, las partes gozan de amplia flexibilidad para determinar las reglas que consideren eficaces y adaptar la estructura del procedimiento en función de su naturaleza y complejidad”⁴.

En consecuencia, las partes podrían pactar, por un lado, la ley aplicable para los méritos, lo que incluye las cuestiones relativas a la constitución en mora y la prescripción. Así, si las partes escogen una ley aplicable, “incluidas las cuestiones relativas a la prescripción extintiva, [...] los árbitros deben aplicar la ley y/o las normas elegidas por las partes”⁵.

Por otro lado, las partes pueden modificar específicamente las cuestiones relativas a la mora y la prescripción. Si bien estas no son disposiciones generalmente incluidas en convenios arbitrales, sí son cuestiones abordadas contractualmente. Es posible, por ejemplo, que se limiten válidamente los plazos legales de prescripción como se decidió en el caso *CCI No. 11039*⁶. De igual forma, a través del pacto de un plazo, las partes están disponiendo que la constitución en mora se realice mediante su cumplimiento. Por tanto, las partes pueden otorgarle dichos efectos directamente a la notificación de la solicitud de arbitraje sobre la base de la autonomía de voluntad.

3. SOBRE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE Y SU AUSENCIA DE REGULACIÓN EN EL DERECHO ECUATORIANO

Para resolver una laguna, en primer lugar, hay que determinar si existe una. Hay una laguna en un ordenamiento jurídico cuando “para un determinado supuesto de hecho no esté prevista una consecuencia jurídica por una norma

3 H. GARCÍA Y B. MURIEL, “Tras bastidores del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 12, 2021, p. 234.

4 Corte Constitucional, Caso No. 2573-17-EP, 25/08/2021, párr. 59.

5 K. HOBÉR, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Iustus Forlag, 2001, p. 341.

6 Cámara de Comercio Internacional [CCI], Caso No. 11039, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 19, No. 2, 2008.

perteneciente al sistema⁷. El propósito de este apartado es precisamente observar que, para arbitrajes internacionales bajo ley ecuatoriana, no existe una norma que regule cuándo se interrumpe la prescripción y se constituye en mora al deudor⁸.

En justicia ordinaria existe una norma expresa que prevé que estos efectos se desencadenan con la citación de la demanda. De acuerdo con el artículo 141 del Código Orgánico General de Procesos, un proceso judicial inicia con la presentación de la demanda⁹. La citación de este acto junto con las providencias que recaigan sobre esta genera, entre otros efectos, (i) la interrupción de la prescripción extintiva, y (ii) la constitución en mora del deudor¹⁰.

Por su parte, en arbitraje, Ecuador recoge un aparente sistema dual. En los arbitrajes domésticos se debe presentar la demanda arbitral ante el director del centro, si es administrado; y ante el o los árbitros, si es *ad hoc*¹¹. Salvo que se pacte un reglamento institucional, como los que se detallarán a continuación, que requiera primero presentar una solicitud de arbitraje, a partir de la citación de la demanda arbitral se generan los efectos previstos en el Código Civil sobre la prescripción y la mora.

No obstante, un arbitraje internacional suele no iniciar con una demanda, sino con una solicitud de arbitraje o su notificación. Una solicitud o aviso de arbitraje hace referencia a la comunicación de la parte actora al demandado

7 R. GUASTINI, "Antinomias y lagunas", *Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* No. 29, 1999, p. 446.

8 Es distinto, por ejemplo, el caso argentino, donde existe una norma expresa que indica que la solicitud de arbitraje interrumpe la prescripción. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Artículo 2548, BO 19/12/2014. También es distinto en el caso español, donde se ha dicho que la interrupción de la prescripción ocurre con la notificación de la solicitud de arbitraje. Esto de conformidad con el artículo 27 de la Ley de Arbitraje no. 60/2003, BOE núm. 309, de 26/12/2003. En J. MERINO MERCHÁN y J. CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral* (Pamplona: Thomson Reuters, Editorial Aranzadi SA, 2014). Asimismo, la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías [CPMCIM] establece que a falta de acuerdo o disposición en la ley aplicable, la interrupción de la prescripción ocurre con la notificación de la solicitud. Artículo 14, CPMCIM, Naciones Unidas, Nueva York, 2012.

9 Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículo 141, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

10 COGEP, Artículo 64; Código Civil, Artículo 1567, RO Sup. No. 46, 24/06/2005, reformado por última vez, RO 15 Edición Constitucional 14/03/2022.

11 Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], Artículo 10, RO No. 145, 04/09/1997, reformado por última vez en RO Sup. No. 309 21/08/2018.

que se ha iniciado un arbitraje con una o más pretensiones en su contra¹². Tiene la función de “informar al demandado que se ha iniciado un procedimiento arbitral”, de notificarle el contenido general del reclamo en su contra, y permitir al demandado decidir su curso de acción en el proceso¹³. Es decir, busca que el demandado conozca que se ha iniciado un reclamo en su contra y cuál es su contenido.

La solicitud de arbitraje, en el contexto del inicio del arbitraje, así como su contenido varían según lo que dice el reglamento institucional, ley aplicable y acuerdo de las partes. Por ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) prevé que el arbitraje inicia con la notificación de la solicitud¹⁴. Por su parte, el artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI exige, entre otros, que la solicitud contenga (i) información de las partes; (ii) “petición” de que la disputa sea resuelta por arbitraje; (iii) indicación de el o los negocios jurídicos a los que se refiera la disputa, y de no haber uno, descripción de la “relación”; (iv) “breve descripción de la controversia” y la cuantía que se reclama; (v) materia; y, (vi) salvo acuerdo expreso de las partes, propuesta sobre el “número de árbitros, idioma, y lugar del arbitraje”¹⁵.

El artículo 4 del Reglamento de Arbitraje la Cámara de Comercio Internacional (Reglamento de la CCI) también exige presentar una solicitud, y la “fecha de recepción” de esta por la secretaría de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional se entiende como la fecha de inicio del arbitraje¹⁶. Además, el artículo 1 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres requiere a la parte que desee iniciar un arbitraje ante dicho centro presentar un aviso de arbitraje¹⁷. En el contexto de Ecuador, el Reglamento Internacional¹⁸

12 G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3ra Ed. Kluwer Law International B.V., 2021, 2379.

13 Reporte del Secretario General: borrador preliminar de las reglas de arbitraje de uso opcional en arbitrajes ad hoc relacionados con el comercio internacional, octava sesión, U.N. Doc. A/CN.9/97, VI UNCITRAL Y.B. 163, 167, 1975.

14 Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI], Artículo 21, 2006.

15 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Artículo 3, 2021.

16 Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, Artículo 4, 2021.

17 Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, artículo 1, 2020

18 Por su parte, de acuerdo con el Reglamento Local del Centro AMCHAM Quito, para arbitrajes domésticos, se debe presentar directamente una demanda. Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación Amcham Quito, Artículo 4, 2021.

del del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito Centro requiere primero la presentación de una solicitud¹⁹.

Así, por un lado, en justicia ordinaria y generalmente en arbitrajes locales se inicia con la demanda y los efectos relativos a la prescripción y mora se generan con su citación. Por otro lado, en arbitrajes internacionales, primero se presenta una solicitud de arbitraje que debe ser notificada, y luego los respectivos memoriales de demanda y contestación. No existe norma expresa que determine si los efectos se generan con la notificación o citación.

Por ello, si las partes eligen ley aplicable al fondo y ley de la sede la ecuatoriana, existe una laguna normativa que se resume en un supuesto de hecho (S1, arbitraje internacional) en el ordenamiento ecuatoriano que no tiene una consecuencia jurídica (C1) con respecto a cuándo ocurren estos efectos: si con la notificación de la solicitud de arbitraje, o con la citación del memorial de demanda. Esta laguna, por lo tanto, debe ser resuelta utilizando los mecanismos previstos en la ley.

4. LA MORA Y LA PRESCRIPCIÓN

A criterio de los autores, las implicaciones más relevantes de la determinación de los efectos de la solicitud de arbitraje son la constitución en mora al deudor y la interrupción de la prescripción. Por ello, en este apartado se expondrá el fundamento los efectos de estas figuras.

4.1. SOBRE LA MORA DEL DEUDOR

La regla general para constituir en mora al deudor ocurre a través de la interpelación judicial. Así lo indica el Código Civil, pues establece que “[e]l deudor está en mora [...] en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”²⁰. Esta interpelación consiste en el “acto formal [que] tiene por objeto exigirle el cumplimiento de la obligación

19 Reglamento para Arbitrajes Internacionales Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito, Artículo 4, 2013.

20 Código Civil, Artículo 1567.

so pena de incurrir en responsabilidad por el perjuicio”²¹. En Ecuador, la interpelación puede ser judicial o notarial²².

Uno de los efectos de la mora es permitir que el acreedor reclame una indemnización de perjuicios. Así lo indica el Código Civil: “[s]e debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora [...]”²³ (énfasis añadido). Por regla general, entonces, se debe interpelar al deudor para reclamar la indemnización.

El fundamento de la interpelación responde a la distinción entre un espacio de mero retardo y mora. En el primero, “la ley supone que el incumplimiento no le irroga perjuicio [al acreedor] y que otorga al deudor la franquicia de un plazo suplementario”²⁴. Solo una vez constituido en mora al deudor, entonces, se entiende que el acreedor empieza a sufrir los perjuicios del incumplimiento.

Por lo tanto, como indica Abeliuk, el requerimiento es “el acto por el cual el acreedor hace saber a su deudor que considera que hay retardo en el cumplimiento, y que le está ocasionando perjuicios”²⁵. La jurisprudencia ecuatoriana ha recogido este criterio indicando que “[e]s con la demanda que se expresa la inconformidad con el incumplimiento; solo a través de este acto de parte se manifiesta que el incumplimiento está ocasionando daño o perjuicio”²⁶.

Existe también una postura que establece a la mora como un requisito meramente formal para ejercer la acción indemnizatoria. Según esta interpretación, la mora “atiende únicamente a un requisito formal pues no se puede afirmar que existe una concesión tácita del acreedor a sufrir los perjuicios

21 R. MOELLER GÓMEZ, “La indemnización de perjuicios”, *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* No. 7, 1993, p. 329.

22 Ley Notarial, Artículo 18, RO No. 158, 11/11/1966, reformado por última vez RO Sup. No. 245, 07/02/2023.

Art. 18.- Son atribuciones exclusivas de los notarios [...]:

31.- Requerir a la persona deudora para constituirla en mora, de conformidad con el artículo 1567 del Código Civil.

23 Código Civil, Artículo 1573.

24 R. MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil, De las obligaciones*, 10ma Ed. Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 134.

25 R. ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones, Tomo II*, Ed. Dislexia Virtual, 2001, p. 714.

26 Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia, Juicio No. 160-08, 08/07/2008.

producidos previos a la interpelación”²⁷. En este caso la interpelación no cumple el mismo fin, sino simplemente sirve para la “activación del remedio contractual”²⁸.

Bajo este supuesto, el fin de la mora es hacerle conocer al deudor que su incumplimiento le está causando un daño al acreedor. Sea que se trate de un requisito formal o sustantivo, debe cumplirse para que el acreedor reclame una indemnización por incumplimiento. Para efectos de este trabajo se analizará si la solicitud de arbitraje es suficiente para cumplir este requisito.

4.2. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción extintiva se encuentra prescrita en el artículo 2414 del Código Civil:

Art. 2414.- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible²⁹.

El fundamento de esta figura, como modo de extinguir las acciones judiciales, radica en “crear seguridad en las relaciones socioeconómicas estableciendo que las reclamaciones prescriben a menos que se planteen en un plazo determinado”³⁰. En este sentido, se establece como uno de los requisitos de la prescripción extintiva al silencio de la relación jurídica, entendido como la no ejecución de “ningún acto que signifique reconocer la existencia de la acción o del derecho”³¹.

27 C. BORIZ CARRASCO, “El rol de la mora debitoris en la responsabilidad contractual dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano” *Repositorio USFQ*, 2021, p. 19.

28 Ídem., citando a J. CONTARDO GONZÁLEZ, “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el Código Civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 43, 2014, p. 83.

29 Código Civil, RO Sup. No. 46, 24/06/2005, reformado por última vez, RO 15 Edición Constitucional 14/03/2022

30 P. BERNARDINI, “Limitation Periods” en C. RAMBERG *et al.*, *Special Supplement 2005: UNIDROIT Principles: New Developments and Applications*, International Chamber of Commerce, 2005, p. 43.

31 A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA UNDURRAGA, A. VODANOVIC, *Curso de Derecho Civil*, Tomo III, Editorial Nascimento, 1932, p. 449.

Según el Código Civil, la prescripción se interrumpe civilmente por la citación de la demanda judicial³². Esta interrupción civil “[s]upone que la relación jurídica deja de permanecer en silencio por un acto del acreedor; el acreedor sale de su inactividad, entablado demanda contra el deudor”³³. Por lo tanto, su fundamento es dar a conocer, tanto al deudor como al sistema judicial, que el acreedor está ejerciendo su derecho de acción. A través de la citación, el acreedor “ha manifestado la resolución de no abandonar su derecho”³⁴.

La prescripción se interrumpe con “cualquiera de las acciones que la ley le otorga para el caso de incumplimiento del deudor”³⁵. Este tipo de disposiciones se han interpretado de manera flexible, pues no solo debe entenderse estrictamente la citación con una demanda, sino de cualquier otra providencia judicial encaminada al ejercicio de la acción próxima a prescribir. De acuerdo con Abeliuk, “cualquier gestión del acreedor efectuada ante la justicia con el objeto para exigir directamente el pago, o preparar o asegurar el cobro”³⁶.

Lo que se observará a continuación es si, de acuerdo con lo expuesto, la solicitud de arbitraje puede interrumpir civilmente la prescripción.

5. ANALOGÍA DE LA DEMANDA JUDICIAL Y LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

Los jueces (y árbitros) se encuentran en la obligación de administrar justicia. A falta de ley, la regla 7a del artículo 18 del Código Civil³⁷ establece que las autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales deberán aplicar las normas “que existan sobre casos análogos”³⁸.

En esta sección los autores se referirán, en primer lugar, al alcance y naturaleza de la analogía. En segundo lugar, se revisará que las normas relativas a la

32 Código Civil, Artículo 2418.

33 A. ALESSANDRI, N. 29, p. 449.

34 A. BARROS ERRÁZURIZ, *Curso de Derecho Civil, Segundo año*, Vol. II, Editorial Nascimento, 1932, p. 311.

35 G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, Editorial Temis, 1993, p. 509.

36 R. ABELIUK, N. 24, p. 328.

37 Los autores aclaran que si bien el Código Civil se refiere a la “interpretación judicial de la ley” en este artículo, los métodos por utilizar en este trabajo no son argumentos interpretativos. Interpretar consiste en atribuir un significado a una disposición normativa. En este caso no existe una disposición por interpretar. Hay un vacío legal que será resuelto, en primer lugar, mediante la analogía, y en segundo lugar, mediante la equidad natural.

38 Código Civil, Artículo 18, regla 7ª.

mora y prescripción, con respecto a la citación de la demanda judicial, son aplicables por analogía a la notificación de la solicitud de arbitraje.

5.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ANALOGÍA

La analogía se deriva del aforismo “[d]onde existe la misma razón, debe existir la misma disposición”³⁹. La doctrina ha utilizado, a través de esta figura, de forma indistinta⁴⁰ a dos tipos de argumentos: como interpretación, es decir, como interpretación extensiva; y como construcción jurídica o creación de una norma inexpresa. A continuación, se explicará en qué consisten, y se determinará cuál es aplicable para este trabajo.

En primer lugar, la interpretación extensiva parte de la premisa que las normas jurídicas son “indeterminadas”, debido a que no se sabe qué supuestos de hecho se subsumen dentro de su campo de aplicación⁴¹. En consecuencia, existen casos fáciles de los que la mera literalidad permite concluir que se encuentran dentro de la norma y “casos difíciles” en los que es discutible. Así, la interpretación extensiva consiste en incluir un supuesto de hecho “difícil” dentro del campo de aplicación de la norma⁴². El propósito de la extensión, por lo tanto, consiste en subsumir en el ámbito de aplicación de la norma un supuesto de hecho en concreto.

Para ello se suele apelar a la voluntad del legislador, la “*ratio legis*”, supuestos de la “voluntad del legislador histórico”, “principio de igualdad”, entre otros⁴³. En este sentido, para Alessandri, la interpretación extensiva “halla la solución del caso en su norma propia, que no se ve en el cuerpo de esta pero sí en su espíritu”⁴⁴.

39 A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA UNDURRAGA, A. VODANOVIC, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Nascimento, 1932, 134; L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 122.

40 Por ejemplo, para Vodanovic, la analogía “es un razonamiento que nos lleva a concluir que un caso no previsto por la ley”, cuando en realidad esa es la función prevista para la interpretación extensiva. A. VODANOVIC, *Manual de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica Conosur, 2001, 134.

41 R. GUASTINI, *Interpretar y Argumentar*, Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2018, p. 337.

42 Ídem.

43 P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, 1999, p. 631. En GUASTINI, N. 39, p. 338.

44 ALESSANDRI ET AL., N. 37, p. 135.

En este caso, la legislación ecuatoriana es clara en establecer que es la citación de la demanda judicial la que desencadena los efectos de la prescripción y mora. El supuesto de la notificación de la solicitud de arbitraje no se subsume dentro del campo de aplicación de la norma, porque son dos actos distintos. Tampoco existe forma de comprobar la voluntad del legislador. Por lo tanto, no es aplicable este método interpretativo para resolver el presente problema jurídico.

En segundo lugar, el argumento analógico como construcción jurídica hace referencia a la “construcción de una norma inexpressa para colmar una laguna”⁴⁵. No se refiere a subsumir un supuesto de hecho a una norma, sino a crear una norma, tomada de un caso análogo, para un supuesto de hecho que carece de regulación. Así, la estructura de este argumento sería la siguiente.

Primero, existe un supuesto de hecho (S1) que no se encuentra regulado en la ley⁴⁶. Segundo, se explica que este supuesto no regulado es “sustancialmente análogo”; “se asemeja bajo un aspecto esencial” a otro supuesto de hecho (S2) que sí tiene una consecuencia jurídica prevista. Es decir, existe uno o más elementos esenciales que se encuentran tanto en S1 como en S2. Tercero, se formula una “norma inexpressa” que “vincule” S1 a la consecuencia jurídica prevista para S2⁴⁷. En la subsección posterior se analizará si cabe esta figura o no.

5.1. LA NOTIFICACIÓN DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE ES ANÁLOGA A LA CITACIÓN DE LA DEMANDA

Como ya se mencionó, las reglas del Código Civil prescriben los efectos de la citación de la demanda judicial. En este apartado se demostrará que estas reglas pueden ser aplicadas, utilizando la estructura del argumento analógico como construcción jurídica, a la notificación de la solicitud de arbitraje. En primer lugar, como ya se mencionó, existe una laguna.

En segundo lugar, la notificación de la solicitud de arbitraje es sustancialmente análoga a la citación de la demanda. Como se indicó, la citación con la demanda judicial constituye en mora al deudor debido a que le hace conocer

45 En GUASTINI, N. 39, p. 339.

46 Ídem.

47 Ídem., 340.

que su incumplimiento le está causando un perjuicio al acreedor. La demanda contiene una pretensión específica de cumplimiento específico, resolución del contrato, o indemnización de perjuicios.

Por su lado, la solicitud de arbitraje también contiene la pretensión específica. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI exige que se especifique la pretensión y la cuantía⁴⁸. En el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI también se prevé que debe describirse la controversia, la pretensión y cuantía⁴⁹. Incluso, para Born, la solicitud o aviso de arbitraje cumple la misma función que una demanda judicial⁵⁰.

Así, tanto la citación de la demanda como la notificación de la solicitud consisten en un acto por medio del cual hacen conocer al deudor que su incumplimiento le ocasiona perjuicios al acreedor. “La interpelación del acreedor también consiste en la manifestación de voluntad⁵¹” y esta se exterioriza a través de la presentación de la solicitud de arbitraje. En consecuencia, ambos supuestos tienen un elemento sustancial de la mora en común: desde la notificación o citación, respectivamente, se entiende que el acreedor comienza a sufrir los perjuicios.

En el caso de la prescripción, la ley determina que tiene como fin que la citación con la demanda le sirva al acreedor demostrar que ejercerá su derecho. La notificación con la solicitud de arbitraje tiene el mismo fin. Incluso si un juez o tribunal es incompetente, “lo que el legislador desea es la manifestación de voluntad de parte del acreedor⁵²”. Así, en la solicitud de arbitraje existe una manifestación del interés que tiene el acreedor de exigir lo que se debe, de no dejar abandonado su derecho y salir de su inactividad. Por lo tanto, la notificación a la solicitud, como la citación, son muy similares: buscan avisar al deudor que el acreedor ha salido de la inactividad y ha manifestado su interés en exigir su derecho.

En tercer lugar, y debido a las razones expuestas, se debe formular una norma inexpressa que vincule la notificación de la solicitud de arbitraje a las consecuencias jurídicas previstas en la legislación ecuatoriana para la citación de una demanda judicial. Así, por analogía, la notificación de la

48 Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, Artículo 4.

49 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Artículo 3.

50 G. BORN, N. 12, p. 2379.

51 A. ALESSANDRI, N. 29, p. 212.

52 Ídem., p. 450.

solicitud (i) constituye en mora al deudor, e (ii) interrumpe la prescripción, así como desencadena los demás efectos que prevea la ley.

6. EQUIDAD

En cualquier caso, incluso si no se puede aplicar por analogía las consecuencias jurídicas previstas para la citación de la demanda judicial, las reglas de interpretación del Código Civil permiten apelar a la “equidad natural”⁵³. Es decir, esta puede servir como “función integradora del derecho positivo, porque llena sus vacíos o lagunas”⁵⁴.

Cabe aclarar que la equidad natural es un instrumento excepcional: únicamente aplica “[e]n los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes”⁵⁵. En este sentido, se podría aplicar esta figura incluso si las partes pactan que los árbitros deberán fallar en Derecho, porque es precisamente la ley la que remite a la equidad para integrarlo.

El concepto y alcance de la “equidad natural” no ha sido una cuestión sencilla en la doctrina. Barros Errázuriz sostiene que esta alude a “derecho o justicia natural, o sea, la justicia según los dictámenes de la razón natural”⁵⁶. Es decir, para colmar una laguna, se podría acudir al Derecho natural, respetando los principios y valores que se derivan de este. Para el mencionado autor también puede significar la “interpretación benigna del derecho escrito”⁵⁷.

Asimismo, para Alessandri y Vodanovic es “el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana, con prescindencia del derecho positivo”⁵⁸. Más allá de ser un argumento, es la convicción, certera y sin un motivo o causa detrás de que una solución o interpretación es justa o injusta, cuyo fundamento sería también el Derecho natural. Se trata entonces, según Scholten, de “sentir lo que debería ser derecho”⁵⁹; de hacer justicia en el caso en concreto⁶⁰.

53 Código Civil, Artículo 18, regla 6ta.

54 A. ALESSANDRI *et al.*, N. 37, p. 13.

55 Código Civil, Artículo 18, regla 6ta.

56 A. BARROS ERRÁZURIZ, *Curso de Derecho Civil. Primer año*, Editorial Nascimento, 1930, p. 75.

57 Ídem.

58 A. ALESSANDRI *et al.*, N. 37, p. 129.

59 P. SCHOLTEN, *Traité de Droit Civil Néerlandais, Partie Générale*, traducido por B. E. WIELENGA, 1954, p. 173. En ALESSANDRI *et al.*, N. 37, p. 129.

60 En A. ALESSANDRI *et al.*, N. 37, p. 129.

Armonizando estas observaciones, la equidad natural ha sido entendida como el sentimiento de ciertos principios y valores que se desprenden del Derecho natural, aplicables para resolver el caso en concreto de forma justa. Ahora bien, para los autores, hay varias críticas que se pueden hacer a estas afirmaciones.

Primero, la equidad natural no puede depender de una ley o Derecho natural, pues esta, de haber una, sería de muy difícil comprobación. Segundo, el contenido del Derecho natural es algo que depende de los valores de cada cultura o sociedad y, en el contexto de un proceso, de uno u otro juez. Es decir, es una valoración subjetiva, de la que no se puede basar únicamente el árbitro o juez para la resolución del caso, porque infringiría a la seguridad jurídica.

Tercero, definir equidad como “justicia en el caso en concreto” tampoco facilita cómo resolver el caso aplicando la “equidad natural”. El concepto de justicia ha sido aún más discutido no solo en el ámbito jurídico, sino en el de la filosofía moral. Por ello, si bien la equidad presume una decisión justa, no es una definición practicable para la resolución de un caso. Finalmente, tampoco puede basarse en “sentimientos”, debido a que las técnicas de interpretación siempre suponen un ejercicio argumentativo, no una mera convicción de que algo es justo.

Por todo lo expuesto, para los autores, no es practicable fundamentar la equidad en justicia o derecho natural; por lo que es pertinente arribar a una definición que sirva para resolver el problema jurídico planteado, así como otro que requiera de la aplicación de esta figura. Así, se recomienda llevar a cabo un *test* que permita colmar una laguna con base en la equidad natural: primero, se deben enunciar las posibles decisiones que puede tomar el árbitro o juez para resolver el caso. Así, se pueden tomar dos posibles vías: en arbitraje, o se desencadenan los efectos a partir de la citación del memorial de demanda, o a partir de la notificación de la solicitud de arbitraje.

Segundo, se debe preguntar si alguna de las decisiones antes esbozadas vulnera los derechos de alguna de las partes. Esto debido a que, independientemente de la postura que se adopte de la equidad natural, no se puede admitir una sobre la que se afecte injustificadamente a una de las partes. Así, se debe escoger aquella no vulnera los derechos de estas.

En el presente problema, con respecto a la prescripción, supóngase que se concluye que el memorial de demanda la interrumpe. Luego de la notificación de la solicitud, el proceso arbitral internacional tiene una serie de actos y etapas que deben cumplirse, entre otros: la respuesta a la solicitud de arbitraje; solicitud de reconvencción y contestación, en caso de haberla; objeciones jurisdiccionales y contestación; constitución del árbitro o tribunal arbitral; procesos de excusa o recusación, en caso de haberlos; la orden procesal número uno, en la que se fijarán, entre otros las normas básicas para el procedimiento arbitral, formas de presentación de escritos, y plazos para presentación de memoriales y audiencia, de haber una.

Así, existen varias actuaciones entre la notificación y la citación. A pesar de que el acreedor ya salió de la inactividad, ejerció su derecho de acción y el deudor recibió el contenido de dicho reclamo a través de la notificación, el plazo de prescripción seguiría corriendo. Podría ocurrir un supuesto en el que prescriba la acción antes de la demanda. En consecuencia, si se adopta la posición de que es la citación del memorial la que interrumpe la prescripción, y no la notificación de la solicitud, el acreedor podría quedar en indefensión. La institución de la prescripción debe buscar un balance equitativo entre los intereses del deudor y acreedor⁶¹, y en este caso, es este último quien podría ver afectado sus derechos de forma injustificada a pesar de haber salido de la inacción.

Con respecto a la constitución en mora, supóngase, asimismo, que se constituye en mora al deudor con la citación del memorial de demanda. Los intereses moratorios comenzarían a correr meses después de la notificación de la solicitud, a pesar de que fue en ese momento cuando el deudor se enteró que su incumplimiento le estaba ocasionando perjuicios al acreedor.

Por lo tanto, existe un período de tiempo en el que, a pesar de que el acreedor merezca que se imputen intereses a la deuda en su favor, no los recibirá, beneficiando sin sustento alguno al deudor que ya fue informado de los perjuicios de su incumplimiento. Además, si coincide que prescribe la acción debido a que se adopta esta postura, no solo perdería los intereses moratorios, sino el derecho a la indemnización en general.

Tercero, se debe atender a las circunstancias del caso, considerando un estándar de razonabilidad y las necesidades de la práctica. Así lo sostiene Claro

61 P. BERNARDINI, N. 28, pp. 44-45.

Solar, quien apunta a que la equidad natural debe considerarse, entre otros, “la más razonable, la que mejor corresponda a las necesidades de la práctica [...]”⁶². En este caso, la presentación de una solicitud de arbitraje es una práctica que se suele exigir en los arbitrajes internacionales y excepcionalmente en los locales, según el reglamento institucional aplicable.

Las partes pueden estar atadas a un reglamento que lo exija incluso si no lo pactaron. El artículo 1.2 del RLAM establece que cuando no hay pacto expreso de las partes, se entiende que el arbitraje es administrado, y la parte actora podrá acudir al Centro “más próximo al lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o del domicilio del demandante a elección de éste”⁶³. Como ya se mencionó, es práctica internacional, exigida, entre otros, por los reglamentos de la CCI, CNUDMI, Corte de Arbitraje Internacional de Londres, AMCHAM, el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur⁶⁴, el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong⁶⁵, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁶⁶, el Centro Internacional de Arbitraje de Viena⁶⁷.

Así, la solicitud de arbitraje es necesaria en la práctica de arbitraje internacional, por lo que es razonable que se tome en consideración su notificación. Si las partes eligieron que el método para resolver sus controversias sea el arbitraje, esta solución es “lógica y acertada, por cuanto es el camino elegido por las partes para resolver el conflicto” y debido a que la solicitud es una práctica internacional “no puede volverse un mecanismo que obstaculice el ejercicio de los derechos”⁶⁸.

Por todo lo anterior, aplicando un criterio de equidad natural, es la notificación de la solicitud de arbitraje la que interrumpe la prescripción y constituye en mora al deudor.

62 L. CLARO SOLAR, N. 37, p. 124.

63 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 1(2), RO No. 524, 26/08/2021.

64 Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur, Artículo 3, 2016.

65 Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong, Artículo 4(1), 2018.

66 Reglamento del Instituto de Arbitraje la Cámara de Comercio de Estocolmo, Artículo 6, 2023.

67 Reglamento de Arbitraje y Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de Viena, Artículo 7, 2021.

68 Observatorio de Relaciones Económicas Internacionales, “El arbitraje comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: perspectivas desde las Convenciones Internacionales de arbitraje y el Derecho Comparado”, serie DT/3-2015/Septiembre, 2015, p. 17.

7. CONCLUSIÓN

Este trabajo tuvo como objetivo determinar cuándo se interrumpe la prescripción y se constituye en mora al deudor en un arbitraje, especialmente en los internacionales. Se analizó la función de la solicitud de arbitraje, y se determinó que es la misma que una demanda civil: busca que el demandado conozca que se ha iniciado un reclamo en su contra y que pueda conocer cuál es su contenido. Para ello, se delimitó problema, determinando que se abordaría exclusivamente el supuesto en el que la ley de la sede y la ley aplicable a los méritos es la ecuatoriana.

Se revisó que el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene una laguna normativa, debido a que no prevé cuándo se desencadenan los efectos relativos a la prescripción y mora en arbitraje: si en la citación del memorial de demanda o en la notificación de la solicitud de arbitraje. Así, se plantearon dos métodos para colmarla.

En primer lugar, utilizó un argumento analógico. En este sentido, además de existir una laguna, la notificación de la solicitud de arbitraje es sustancialmente análoga a la citación de una demanda judicial. Con respecto a la mora, la interpelación del acreedor se exterioriza a través de la presentación de la solicitud de arbitraje. Con respecto a la prescripción, tanto la citación como la notificación cumplen como fin demostrar que el acreedor ejerció su derecho y salió de la inactividad. En consecuencia, son dos supuestos de hecho sustancialmente análogos.

Por ello, se formuló una norma inexpressa que vincule la notificación de la solicitud de arbitraje a las consecuencias jurídicas previstas en la legislación ecuatoriana para la citación de una demanda judicial; es decir, que la notificación, por analogía interrumpe la prescripción y constituye en mora al deudor.

En segundo lugar, se apeló a la equidad natural para colmar la laguna. Se hizo una crítica a las observaciones hechas por la doctrina a esta figura, debido a que suelen remitir al Derecho natural y a la justicia para resolver conforme a la equidad. Así, se recomendó realizar un *test* practicable para la resolución del problema jurídico planteado conforme la equidad. Se determinó que, si se asume que la citación del memorial de demanda desencadena los efectos planteados en este trabajo, con respecto a la prescripción, el acreedor podría quedar en indefensión. Con respecto a la mora, no se

computarían los intereses moratorios que ya ha sufrido este, o incluso, se podría afectar al derecho de indemnización en general.

Por lo tanto, es conforme a la equidad natural que los genere la notificación de la solicitud de arbitraje.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk Manasevich, R. *Las Obligaciones*, Tomo I, Ed. Dislexia Virtual, 2001.
- Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M., Vodanovic, A. *Curso de Derecho Civil*, Tomos I y III, Editorial Nascimento, 1932.
- Barros Errázuriz, A. *Curso de Derecho Civil. Primer año*, Editorial Nascimento, 1930.
- Barros Errázuriz, A. *Curso de Derecho Civil, Segundo año*, Vol. II, Editorial Nascimento, 1932.
- Bernardini, P. “Limitation Periods” en Ramberg, C. *et al.*, *Special Supplement 2005: UNIDROIT Principles: New Developments and Applications*, International Chamber of Commerce, 2005.
- Boriz Carrasco, C. “El rol de la mora *debitoris* en la responsabilidad contractual dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Repositorio USFQ*, 2021.
- Born, G. *International Commercial Arbitration*, 3ra Ed. Kluwer Law International B.V., 2021.
- Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 11039, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 19, No. 2, 2008.
- Contardo González, J. “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el Código Civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* No. 43, 2014.
- Corte Constitucional, Caso No. 2573-17-EP, 25/08/2021.
- Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Juicio No. 160-08, 8/07/2008.
- Código Civil, RO Sup. No. 46, 24/06/2005, reformado por última vez, RO 15 Edición Constitucional 14/03/2022.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Artículo 2548, BO 19/12/2014.
- Código Orgánico General de Procesos, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.
- Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2012.
- Chiassoni, P. *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milán, 1999. En Guastini, R. *Interpretar y Argumentar*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2018.
- Claro Solar, L. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, 1978.

- García, H., Muriel, B. “Tras bastidores del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 12, 2022.
- Guastini, R. “Antinomias y lagunas”, *Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* No. 29, 1999, 437-450.
- Guastini, R. *Interpretar y Argumentar*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2018.
- Hobér, K. *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Iustus Forlag, 2001.
- Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 145, 04/09/1997, reformada por última vez RO Sup. No. 309, 21/08/2018.
- Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, 2006.
- Ley Notarial, RO No. 158, 11/11/1966, reformado por última vez RO Sup. No. 245, 07/02/2023.
- Merino Merchán, J., Chillón Medina, J. *Tratado de Derecho arbitral*. Pamplona, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi SA, 2014.
- Meza Barros, R. *Manual de Derecho Civil, De las obligaciones*, 10ma Ed. Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Moeller Gómez, R. “La indemnización de perjuicios”, *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* No. 7, 1993.
- Observatorio de Relaciones Económicas Internacionales, “El arbitraje comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: perspectivas desde las Convenciones Internacionales de arbitraje y el Derecho Comparado”, serie DT/3-2015/Septiembre, 2015.
- Ospina Fernández, G. *Régimen general de las obligaciones*, Editorial Temis, 1993.
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 524, 26/08/2021.
- Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, 2021.
- Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2021.
- Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong, 2021.
- Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur, 2016.
- Reglamento de Arbitraje y Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de Viena, 2021.

- Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, 2023.
- Reglamento para Arbitrajes Internacionales del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito, 2013.
- Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito, 2021.
- Reporte del Secretario General: borrador preliminar de las reglas de arbitraje de uso opcional en arbitrajes *ad hoc* relacionados con el comercio internacional, octava sesión, Naciones Unidas, Doc. A/CN.9/97, VI UNCITRAL Y.B., 1975.
- Scholten, P. *Traité de Droit Civil Néerlandais, Partie Générale*, traducido por Wielenga, B.P., 1954, No. 27. En Alessandri, A. *et al. Curso de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, Tomo I*, Editorial Nascimento, 1932.
- Vodanovic, A. *Manual de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica Conosur, 2001.



GALLEGOS VALAREZO & NEIRA
global

Protegemos tu tranquilidad



ABOGADOS Y CONSULTORES

arbitraje, societario, tributario, administrativo, inmobiliario, contable y financiero

Dirección:

José Luis Tamayo N 24-33
y Alfredo Baquerizo Moreno

Teléfono:

+59323930810

Celular:

+593989379888

info@gvn.com.ec

<https://gvn.com.ec> 

Gallegos, Valarezo & Neira 

Gallegos, Valarezo & Neira 

Fallos *ex aequo et bono* en el arbitraje deportivo

EX AEQUO ET BONO DECISIONS IN SPORTS ARBITRATION

Stefanny Barona B.*

Recibido/Received: 31/10/2023

Aceptado/Accepted: 12/12/2023

SUMARIO: 1. La razón del fallo *ex aequo et bono* en el arbitraje 2. La aplicabilidad en el arbitraje deportivo: una disputa deslocalizada. 3. Casos relevantes ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo.

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad analizar la incidencia del fallo *ex aequo et bono* en el arbitraje; así como la *ratio decidendi* del Tribunal de Arbitraje Deportivo sobre este tipo de fallo.

PALABRAS CLAVE: *Ex aequo et bono*, Tribunal Arbitral de Baloncesto, Tribunal de Arbitraje Deportivo

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the incidence of the *ex aequo et bono* award in arbitration; as well as the *ratio decidendi* of the Court of Arbitration for Sport on this type of award.

KEYWORDS: *Ex aequo et bono*, Basketball Arbitral Tribunal, Court of Arbitration of Sport

1. LA RAZÓN DEL FALLO *EX AEQUO ET BONO* EN EL ARBITRAJE

En la práctica arbitral, hemos observado cómo el razonamiento de los árbitros difiere del que se obtendría en una corte local. En relación con esto, surgen las siguientes interrogantes: ¿por qué un árbitro razona distinto que un juez?

* Asociada en la firma INVESTMENT & CORPORATE LAW ICLAW. Abogada por la Universidad Hemisferios. Master en Compliance por la IMF Business School y la Universidad Camilo José Cela. Master en Derecho de Daños por la Universidad de Girona. Diplomado en Derecho Deportivo por la Universidad Austral. Correo electrónico: stefannybarona@gmail.com

¿Acaso no es juez privado, y como juzgador tiene la misma lógica?¹. Estas preguntas pueden ser respondidas con el siguiente ejemplo:

[...] no es igual tener un árbitro del partido que ha sido jugador de fútbol a uno que no. El árbitro que ha sido jugador va a ser mucho más permeable a las circunstancias que los jugadores enfrentan porque ha estado en la cancha, sabe qué se siente estar en ese lugar, sabe cómo funciona, sabe qué siente el jugador, sabe que a veces se altera; en consecuencia, se puede ir de manos o de boca. Quizás sea más o menos comprensivo en base en su experiencia. En cambio, un árbitro que nunca ha jugado fútbol posiblemente no tendrá todas esas cosas en mente y se pegará al reglamento. Los jueces tienden a pegarse al reglamento y los árbitros tienden a entender que las reglas son un medio y no un fin en sí mismo².

Es menester tomar en cuenta que el arbitraje se enfoca más en los hechos que en cuestiones estrictamente legales, puesto que en el arbitraje los principios, los cuales se aplicaban previamente, prevalecen sobre la ley³ —más al hablar de principios morales⁴—. Por lo tanto, para un árbitro suele ser más apropiado adaptar el derecho para poder ofrecer una interpretación amplia, en lugar de forzar los hechos para que se ajusten a la ley⁵.

Lo antes expuesto centra su atención en el fallo *ex aequo et bono*. Este tipo de fallo ha sido defendido por las cortes. El Tribunal Superior del Condado de Santa Barbara en el caso *Moncharsh c. Heily & Blase* refleja de mejor manera este concepto. El juez de dicho caso, Thomas Adams, afirmó que se ha reconocido la capacidad de los árbitros para basar sus decisiones en principios de equidad y buena conciencia, lo que se conoce como *ex aequo et bono*, principio que se traduce en lo justo y bueno⁶. De igual manera, es preciso referirse a la opinión legal de los profesores de la Universidad de Viena Christoph Schreuer y August Reinisch, dentro del caso *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*:

1 A. BULLARD, ¿Es un arbitraje un juicio?, en C. SOTO COAGUILA (Dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ed. Magna, 2008.

2 Ídem.

3 Ídem.

4 J. HERBOCZKOVÁ, *Amiable composition in the international commercial arbitration*, <https://goo.by/KUHHowo> (24/10/2023).

5 A. BULLARD, N. 1.

6 Tribunal Superior del Condado de Santa Barbara, *Moncharsh v. Heily Blase*, Nro. S020997, julio 30, 1992

Las decisiones de los tribunales y cortes internacionales basadas no en la ley sino en la equidad no son desconocidas. Varios documentos que rigen la adjudicación internacional prevén la decisión *ex aequo et bono*. La disposición más famosa de este tipo es el Artículo 38(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La idea subyacente es liberar al tomador de decisiones de las rigideces del derecho positivo y permitir consideraciones de justicia y equidad⁷.

De esta manera, el fallo *ex aequo et bono* le permite al árbitro “ignorar las disposiciones obligatorias de la ley, en la medida en que permanezcan dentro del marco general de políticas públicas aceptables”⁸. Esto, debido a que la idea principal “es liberar al tomador de decisiones de las rigideces del derecho positivo y permitir consideraciones de justicia y equidad”⁹. De esta manera, el *scope* del fallo *ex aequo et bono* conlleva a una actuación fuera de la ley¹⁰, “o más peyorativamente, actuar a pesar de la ley”¹¹.

A pesar de lo antes expuesto, la realidad es que este tipo de fallo ha sido objeto de críticas por algunos autores, quienes lo han presentado con un estereotipo negativo o mal entendido, señalando que su aplicación podría llevar a una falta de previsibilidad en los fallos, socavando la integridad en la toma de decisiones¹².

Sin embargo, la realidad es que el fallo *ex aequo et bono* en el arbitraje responde a que, para este método alternativo de solución de disputas, las reglas cambian y las leyes pasan a quedar en segundo plano. Esto, puesto que “desde un principio se preveía la posibilidad de que el árbitro decidiera apartándose de las reglas normalmente aplicables”¹³. Aquello conlleva a que un tribunal decida el caso “de conformidad con su propia percepción de la justicia sin estar sujeto a normas de derecho”¹⁴. Al respecto, la aproximación de la equidad a través de la

7 UNCITRAL, *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, Opinión Legal de 20 de junio de 2002.

8 M. RAFFA, “Amiable Composition and Ex Aequo et Bono Arbitration”, *Revista Bepress*, 2013.

9 UNCITRAL, *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, Opinión Legal de 20 de junio de 2002.

10 J. HERBOCZKOVÁ, N. 4.

11 L. TRAKMAN, *Ex aequo et bono: Demystifying an Ancient Concept*, Chicago Journal of International Law, 2008.

12 Ídem.

13 J. CÁRDENAS, “El arbitraje en equidad”, *Revista de la Pontificia Universidad Javeriana*, 2003.

14 A. CREMADES, *Arbitraje comercial internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, Ed. Mario Castillo Freyre y Palestra Editores S.A.C, 2013.

justicia explica que un principio clave en la justicia es la equidad, que implica un trato justo entre individuos que colaboran y que compiten¹⁵.

La raíz de este tipo de fallos en el arbitraje radica en la libertad de discernimiento que se otorga a los tribunales arbitrales al emitir sus resoluciones. Estas decisiones no se ven condicionadas por normas nacionales o internacionales, sino que se fundamentan en principios generales como el de la buena fe, la cual interviene en toda actividad humana.

A más de ello, resulta menester tomar en cuenta que existe una confianza de las partes en el tribunal arbitral, puesto que no se espera que el tribunal actúe como un juzgador (justicia ordinaria), sino que analice el caso desde otra óptica, menos estricta y evaluando la actuación de las partes con relación al contrato.

Así, la razón del fallo *ex aequo et bono* en el arbitraje se traduce en lo siguiente: fallar fuera de la ley, atendiendo a los principios como mandatos de optimización¹⁶. Optar por este tipo de fallo, le brinda al árbitro tener mayor flexibilidad con respecto al caso en cuestión y que el análisis se centre en aspectos de equidad, aunque implique la no atención a las reglas de derecho.

Una vez tomado ello en cuenta, un enfoque más amplio sobre este tipo de fallo en el arbitraje deportivo se verá en la siguiente sección.

2. LA APLICABILIDAD EN EL ARBITRAJE DEPORTIVO: UNA DISPUTA DESLOCALIZADA

La mejor manera de entender el fallo *ex aequo et bono* en el deporte, es en el arbitraje de baloncesto, cuyo organismo regulador es la Federación Internacional de Baloncesto (FIBA). Esta reconoce al Tribunal Arbitral de Baloncesto (BAT), órgano encargado de resolver disputas relacionadas con el baloncesto a nivel internacional¹⁷ y cuyo laudo es definitivo para las partes¹⁸; así como al Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS)¹⁹.

15 J. RAWLS, *Justicia como equidad*, Ed. Paidós Ibérica, 2008.

16 A. ZÁRATE, "Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N. 17, 2017.

17 Estatutos General de FIBA, Artículo 33, numeral 1, edición 3 de junio de 2021.

18 Ídem., numeral 2.

19 Ídem., artículo 40.

En las Reglas Arbitrales del BAT se establece que el fallo *ex aequo et bono* implica la ausencia de norma nacional o internacional en la toma de decisiones del árbitro: “The Arbitrator shall decide the dispute *ex aequo et bono*, applying general considerations of justice and fairness without reference to any particular national or international law”²⁰. Incluso, en el preámbulo de las Reglas de Arbitraje del Tribunal Arbitral de Baloncesto se establece una cláusula arbitral modelo en el que se indica como una de las reglas para el proceso arbitral el que el tribunal falle *ex aequo et bono*.

La razón de considerar como regla la decisión *ex aequo et bono*, es en virtud de que los árbitros no deben adentrarse en cuestiones intrínsecas del derecho nacional, incluso ni siquiera pedir la opinión de expertos en el tema²¹. Lo que se busca es que la disputa sea resuelta de la manera más equitativa y justa para las partes, fundándose en el contrato suscrito por estas.

El laudo que mayor trascendencia tuvo en el FIBA fue el dictado por el árbitro Ulrich Haas dentro del caso *Djuro Ostojic y Miodrag Raznatovic v. Club PAOK KAE*²². El árbitro explicó que el fallo *ex aequo et bono* implica ignorar la ley y centrarse en las circunstancias del caso²³. A más de ello, precisó que este fallo tiene su origen en el Concordato sobre Arbitraje de 27 de marzo de 1969 que establecía que los árbitros no se inspiran en normas para perseguir la percepción de justicia, y que incluso dicha concepción resulta contraria a las normas.

El fallo *ex aequo et bono* en el FIBA constituye una regla predeterminada cuyo objetivo es que se maximice el proceso mientras que se garantiza la imparcialidad de la decisión. La esencia se basa en la interpretación del árbitro de un determinado negocio jurídico tomando en cuenta la relación general de las partes, las situaciones, conductas y cualquier otro aspecto relevante, a fin de llegar a una solución justa y adecuada en la controversia²⁴.

Así, este tipo de fallo en el baloncesto brinda a los árbitros una flexibilidad para poder resolver disputas de manera justa y equitativa, destacando la importancia

20 Reglas Arbitrales del Tribunal Arbitral de Baloncesto, Artículo 15, numeral 1.

21 A. RIGOZZI, “Chapter 4: Sports Arbitration and the Inherent Need for Speed and Effectiveness”, *Expedited Procedures in International Arbitration*, ICC, 2017.

22 Tribunal Arbitral de Baloncesto, Mr. Djuro Ostojic, Makedonska & Mr. Miodrag Raznatovic v. Basketball Club PAOK KAE, FAT 0001/07, Laudo de 16 de agosto de 2007. El jugador y su agente demandaron al club por los valores impagos del contrato suscrito entre el Jugador y el Club y apéndice suscrito, por el valor de 45.000 euros para el jugador y 6000 euros para el agente.

23 Ídem.

24 E. HASLER, *The Basketball Arbitral Tribunal-An Overview of Its Process and Decisions*, Yearbook of International Sports Arbitration, Ed. Asser Press, 2016.

de equilibrar la aplicación estricta de las reglas con la equidad y justicia a fin de mantener la integridad e imparcialidad. De esta manera, al otorgarle la facultad al árbitro de fallar *ex aequo et bono*, implica que la disputa no observe normativa nacional o internacional, convirtiéndose así en deslocalizada, siendo la “ley aplicable” el criterio justo y equitativo del tribunal que decida el caso.

3. CASOS RELEVANTES ANTE EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO

Existen pocos —pero interesantes— laudos emitidos por el TAS en donde los árbitros han analizado casos con base el fallo *ex aequo et bono*. El Código de Arbitraje Deportivo recoge al arbitraje *ex aequo et bono* siempre y cuando las partes consientan para ello²⁵, convirtiéndose así en una excepción más que una regla. Por ende, los casos en donde más se analiza este fallo son en baloncesto. A continuación se tratan.

Dentro del caso *Azovmash Mariupol Basketball Club c. Panagiotis Liadelis*, el tribunal acotó al análisis de la ley aplicable la siguiente cita:

*it is generally considered that the arbitrator deciding ex aequo et bono receives a mandate to give a decision based exclusively on equity, without regard to legal rules. Instead of applying general and abstract rules, he/she must stick to the circumstances of the case*²⁶.

Esta definición dada por este tribunal también estuvo presente en el caso *Non-Profit Partnership Women Basketball Club “Spartak” St. Petersburg c. Tigran Petrosean*²⁷, y en el caso *Basquet Menorca SAD c. Vladimer Boisa*²⁸.

Llama la atención que ya en el análisis del fondo, para determinar si el recurrente resolvió el contrato con justa causa, el tribunal se refirió al Código de Obligaciones Suizo y al Código Civil Alemán de la siguiente manera:

25 Código de Arbitraje Deportivo, Artículo R4: “*Law Applicable to the Merits. The Panel shall decide the dispute according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to Swiss law. The parties may authorize the Panel to decide ex aequo et bono*”.

26 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Azovmash Mariupol Basketball Club v. Panagiotis Liadelis*, CAS 2009/A/1952, Laudo de 9 de febrero de 2010.

27 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Non-Profit Partnership Women Basketball Club “Spartak” St. Petersburg v. Tigran Petrosean*, CAS 2009/A/1921, Laudo de 5 de marzo de 2012.

28 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Basquet Menorca SAD c. Vladimer Boisa*, CAS 2010/A/2234, Laudo de 18 de enero de 2011.

In most jurisdictions, the duration of the employment contract is set by agreement of the parties. It is indefinite, except where a fixed term has been agreed by the parties or is dictated by the nature of the work. Typically, fixed-term contracts terminate without requiring notice upon the expiry of the agreed period (see for example Article 334 par. 1 of the Swiss Code of Obligations - “CO”) and are presumed without any trial period, as such a period shall be introduced and agreed upon by written agreement. [...]

An employer will not, however, have just cause to terminate an employment contract as a result of the employee exercising his or her rights in a legitimate manner (see for example, par. 612a of the German Civil Code which makes clear that “The employer may not discriminate against the employee in any agreement or measure because the employee has exercised his or her rights in a legitimate manner”).

Esto difiere con el concepto del fallo *ex aequo et bono* dado por el mismo tribunal, puesto que se aleja de la naturaleza propia de este: la inobservancia de la norma y apego a las circunstancias del caso. Por lo que, resultaba innecesario lo expuesto por el tribunal en cuanto a lo dicho por la legislación suiza o alemana; normas que carecen de importancia jurídica a la hora de fallar bajo supuestos de mandatos de optimización.

Este caso refleja un sistema de utopía de resolución de disputas que resuelve de manera justa y equitativa. Los tribunales arbitrales que deciden bajo *ex aequo et bono* deberían actuar como a dicho mandato y considerar las particularidades del caso sin que la norma o cualquier tipo de ley influya en su pensamiento y que la guía sean aspectos éticos y morales.

A pesar de aquello, conlleva evaluar otros casos en donde la aplicación del fallo *ex aequo et bono* se aplica conforme la doctrina lo ha establecido.

En el caso *BC VEF Riga c. Kaspars Berzins y Bill A. Duffy International Inc., BDA Sports Management*, el análisis del tribunal se centró en la falta de pago de los salarios del club al jugador y en la actuación del jugador por la no firma de las normas internas que exigía el contrato. Al respecto, el tribunal indicó que, conforme a la cláusula arbitral contenida en el contrato, este debía decidir *ex aequo et bono*. Respecto a dicho fallo, el tribunal señaló que:

In other words, an arbitral tribunal authorized to decide the case *ex aequo et bono* enjoys a “global discretion”, while such discretion is limited to specifically defined aspects if the dispute shall be decided according to the law.

Hence, when compared to a decision in accordance with Swiss substantive law, a decision *ex aequo et bono* means that the arbitral tribunal shall not apply a general-abstract legal provision, but rather create an individual-concrete, case-specific rule which it considers just and appropriate for the case at issue²⁹.

El tribunal precisó que el no pago de salarios constituía justa causa para que el jugador termine el contrato con el club. Sin embargo, el tribunal también entró a analizar la actuación del jugador en la relación contractual e indicó que este ignoró los varios pedidos realizados por el club para la firma de las normas internas, y dicha conducta fue contraria al principio general de la buena fe. El tribunal añadió que a pesar de que la no firma recae en un incumplimiento, este es menor en relación con el no pago de los salarios.

De manera más precisa, el tribunal indicó:

Properly considering the opportunity for the Panel to decide with a global discretion and adhere to the circumstances (the *ex aequo et bono* decision), it has to be also stated that the Player, even if in a different and to a lesser extent, violated the Contract (profiting of an ambiguous clause) with all the consequences that follow.

[...]

As previously stated, it seems to the Panel that it was easier for the Player to simply avoid reaching the settlement. In fact, acting in good faith would have imposed on the Player the obligation to make an effort in order to reach an agreement relating to the Club’s disciplinary rules.

Nothing (but really nothing) was done by the Player and this fact leads the Panel to conclude that a reduction of the compensation due to the Player is appropriate.

29 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *BC VEF Riga c. Kaspars Berzins y Bill A. Duffy International Inc., BDA Sports Management*, CAS 2014/A/3524, Laudo de 6 de octubre de 2014.

Resulta menester tomar en cuenta cómo se aborda la buena fe en este caso en particular. El tribunal analizó la conducta del jugador en relación con los incumplimientos, generando un balance entre ello, concibiendo a la buena fe desde una óptica más simple; y es que la buena fe en realidad conlleva naturalmente a la confianza de las partes en entre ellas y en las relaciones que crean lo cual lleva incierto un comportamiento leal³⁰. Si el caso se hubiese analizado desde una óptica de derecho, posiblemente, el actuar del jugador no hubiese sido relevante, puesto que solo se trataba de un caso de “no pago de salarios”, actuación que recae estrictamente en el club.

Las leyes deben ajustarse a los principios y no al revés, puesto que son de los principios que se forman las leyes y se establecen ciertos lineamientos a seguir. Bajo un fallo *ex aequo et bono*, el tribunal debe centrarse en los hechos del caso tomando en cuenta el actuar de las partes y cómo estos se visualizan a través de cada uno de los principios.

Basquet *Menorca SAD c. Vladimir Boisa*³¹ también representa un caso interesante. En este, el club alegó que la cláusula arbitral contenida en el acuerdo de terminación no era válida y que este no podría ser ejecutado en España; además alegaba que el acuerdo de terminación no contenía la firma del presidente del club de ese tiempo.

Al respecto, el tribunal que decidió *ex aequo et bono* indicó que el jugador había probado que el acuerdo de terminación era válido al estar debidamente notariado y que este se encontraba firmado por las partes y en tal virtud la cláusula arbitral era válida. Añadió que el club no había presentado prueba alguna que demuestre que la persona que firmó el contrato por parte de este no estaba autorizada para ello. Por ende, precisó que el club había incumplido el acuerdo al no haber pagado al jugador el monto acordado.

Bajo un criterio de justicia, conforme lo que busca el fallo *ex aequo et bono*, resulta razonable alegar que, si inicialmente dos partes deciden incluir un acuerdo arbitral en el negocio que se encuentran celebrando, no es leal el que se busque invalidar dicho acuerdo a fin de evadir obligaciones ya pactadas (como así lo pretendía hacer Basquet Menorca al alegar que la cláusula se iba en contra de la Ley 60/2003 de España). El principio está por sobre la norma.

30 F. LANERI, “La ejecución de buena fe en los contratos como uno de los requisitos del pago”, *Revista de derecho y jurisprudencia* tomo 55, número 1, 1958

31 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Basquet Menorca SAD c. Vladimir Boisa*, CAS 2010/A/2234, Laudo de 18 de enero de 2011.

Un hecho es importante en el presente caso: existe una cláusula arbitral en un acuerdo de rescisión debidamente firmado por las partes. Aquello entonces, responde a que las partes cumplan con lo que estas hayan estipulado; y, por ello, en el laudo dictado por el tribunal se observa un análisis corto al respecto, puesto que basta con decir: si el acuerdo de rescisión es válido, entonces la cláusula arbitral contenida en esta también lo es.

A más de ello, lo que resulta interesante del caso, es el análisis del tribunal con base al supuesto mal negocio que aceptó el club con el jugador. El tribunal indicó que:

Neither party has submitted a copy of the original contract. The precise remuneration due pursuant to the original contract is, however, irrelevant; even if Basquet Menorca agreed to a “bad bargain” there is no reason *ex aequo et bono* why it should be allowed to escape the Termination Agreement on this ground alone.

En este caso se precisa el principio *pacta sunt servanda* y *non venire contra factum proprium*, puesto que el tribunal observa que las partes debe honrar lo ya pactado por estar en el acuerdo de rescisión y no eludir sus obligaciones por factores que al inicio no estaban contemplados, mismos que se efectuaron en razón de la autonomía de la voluntad de las partes. Además, pactar una cláusula arbitral en un documento, para luego no reconocerlo conlleva a una simple actuación desleal.

Bajo un análisis del *fallo ex aequo et bono*, la actuación de las partes deviene en gran importancia, puesto que estas no pueden contravenir su actuación dada inicialmente para la formación de un negocio jurídico en particular.

El último caso que se trae a colación es *Viesoji Istaiga Kauno “Zalgirio” Remejas c. Ratko Varda & Obrad Fimic*, en el cual el tribunal calculó los daños conforme *ex aequo et bono*:

The measure of damages to which the 1st Respondent is entitled, taking into consideration fundamental legal principles common to many jurisdictions, is based on the notion of making the injured party “whole”. Stated differently, and reflecting the concept applied by the sole arbitrator of the FAT, the 1st Respondent was to be restored to the same economic situation in which he would have found himself if the events causing the damages had not occurred.

At the same time, however, it is a fundamental principle of law that the injured party is obligated to mitigate the damages incurred by crediting the value of any advantage resulting from the contract breach to the amount of the damages demanded³².

Este caso toma mayor relevancia puesto que el análisis del tribunal versa sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en el contrato y la relación con los hechos suscitados. Para poder abordar mejor el análisis del tribunal, es menester recurrir a lo hechos del caso.

En agosto de 2008 el club Zalgirio celebró un contrato de baloncesto con el jugador Ratko Varda para las temporadas 2008/09 y 2009/10. En el artículo 1 se indicaba que el contrato iniciaría el 20 de agosto de 2008 y finalizaría después del último partido oficial de la temporada 2009/10 y se puntualizaba que el jugador “has to arrive between the 20th of August and 27th August, 2008”. En el artículo 3 se indicó el calendario de pagos y que en caso de retraso por parte el club, el jugador tenía la facultad de dar por terminado el contrato.

Tres son los hechos más importantes que se deben tomar en cuenta: (i) el jugador llegó el 2 de septiembre de 2008; (ii) el club efectivizó el primer pago por concepto de salario el 15 de octubre de 2008; y (iii) debido a la falta de pagos por parte del club, el jugador decidió dar por terminado el contrato.

El club alegaba que la llegada tardía del jugador implica el no pago del siguiente salario. Empero, el tribunal resaltó que el club en ningún momento le dio a conocer al jugador sobre su retraso, y a pesar de ello, efectuó el primer pago. Este actuar resultó determinante en el análisis del tribunal, puesto que incluso, a pesar de las comunicaciones enviadas por el jugador insistiendo el pago de salarios y de la terminación del contrato, el club no respondió a ninguna de ellas. Al respecto, el tribunal precisó: “Places the credibility of the Appellant’s pleadings regarding the consequences of the 1st Respondent’s late arrival in severe doubt”.

El análisis *ex aequo et bono* toma relevancia puesto que el análisis del caso versó sobre un análisis de conducta (buena fe) de las partes en relación con los hechos suscitados, esto es, la falta de respuesta por parte del club. De haber dado respuesta el club ante las comunicaciones del jugador y de haber manifestado

32 Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Viesoji Istaiga Kauno “Zalgirio” Remejas c. Ratko Varda & Obrad Fimic*, CAS 2009/A/1854, Laudo de 30 de noviembre de 2009.

oportunamente el retraso del jugador en su llegada, el análisis del tribunal hubiese tornado diferente.

Aquí el tribunal consideró lo establecido en artículo 1 de contrato que indicaba que en caso de que el incumplimiento genere daños, la parte afectada está en la facultad de exigir la totalidad del contrato, aquello limitado con lo expuesto en el artículo 3 en relación con la temporada de baloncesto. El tribunal efectuó un análisis de redacción de la cláusula en relación con las temporadas de baloncesto para determinar el tiempo que permita evaluar el cálculo de daños y perjuicios a favor del jugador.

De esta manera, el análisis *ex aequo et bono* realizado por el tribunal, se centró en la naturaleza de esta, puesto que el estándar indicado por el tribunal deviene de un principio muy propio de lo que es justo, que se fundamenta en el reparo a la víctima por lo que se le haya causado. Esto es un principio más que una regla de derecho y, por lo tanto, requiere de un análisis en términos de justicia de parte del tribunal arbitral.

Cabe alegar que, a pesar de lo antes expuesto, la idea del fallo *ex aequo et bono* no se mantiene conforme su naturaleza y son pocos los árbitros que en realidad aplican este fallo conforme fue concebido. Esto se debe a que la idea de justicia en el análisis de casos se sigue supeditando a las reglas de derecho, y a pesar de que en el arbitraje de baloncesto la tendencia es el uso del fallo *ex aequo et bono* en su naturaleza propia, todavía se encuentran laudos que categorizan a este tipo de fallo en un sentido contrario a lo que representa.

Los casos nos permiten ver que, si bien el concepto del fallo *ex aequo et bono* es inherente al deporte, y sobre todo al arbitraje de baloncesto³³, aún se tiene una cierta inclinación a mirar las normas legales a fin de emitir una decisión, a pesar de que este tipo de fallo indique que las normas no deben ser vistas y el análisis sea independiente a ello.

¿Qué se espera al respecto? Dos cosas se pueden acotar. Primero, las partes que hayan acordado un fallo *ex aequo et bono*, deben ser lo bastante audaces en escoger a un tribunal que precise de manera correcta este tipo de fallo. Segundo, el tribunal que deba analizar un caso con un fallo *ex aequo et bono* requiere desvestirse del papel de juzgador y tener presente lo fáctico antes que lo legal.

33 H. RADKE, "Sports arbitration *ex aequo et bono*: basketball as a groundbreaker". *Boletín del TAS*, 2019.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Bullard, A. *¿Es un arbitraje un juicio?*, en Soto Coaguila, C. (Dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ed. Magna, 2008.
- Cárdenas, J. “El arbitraje en equidad”, *Revista de la Pontificia Universidad Javeriana*, 2003.
- Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Arbitral del Deporte, 2020.
- Cremades, A. *Arbitraje comercial internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, Ed. Mario Castillo Freyre y Palestra Editores S.A.C, 2013.
- Estatutos Generales de FIBA, edición 3/6/2021.
- Hasler, E. *The Basketball Arbitral Tribunal—An Overview of Its Process and Decisions*, Yearbook of International Sports Arbitration, Ed. Asser Press, 2016.
- Herboczková, J. *Amiable composition in the international commercial arbitration*, <https://goo.by/KUHowo> (24/10/2023).
- Laneri, F. “La ejecución de buena fe en los contratos como uno de los requisitos del pago”, *Revista de derecho y jurisprudencia* Tomo 55, No. 1, 1958.
- Radke, H. “Sports arbitration *ex aequo et bono*: basketball as a groundbreaker”. *Boletín del TAS*, 2019.
- Raffa, M. “Amiable Composition and *Ex Aequo et Bono* Arbitration”, *Revista Bepress*, 2013.
- Rawls, J. *Justicia como equidad*, Ed. Paidós Ibérica, 2008.
- Rigozzi, A. “Chapter 4: Sports Arbitration and the Inherent Need for Speed and Effectiveness”, *Expedited Procedures in International Arbitration*, ICC, 2017.
- Reglas Arbitrales del Tribunal Arbitral de Baloncesto, 2022.
- Trakman, L. *Ex aequo et bono: Demystifying an Ancient Concept*, Chicago Journal of International Law, 2008.
- Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Azovmash Mariupol Basketball Club v. Panagiotis Liadelis*, CAS 2009/A/1952, 9/2/2010.
- Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Basquet Menorca SAD c. Vladimir Boisa*, CAS 2010/A/2234, 18/1/2011.
- Tribunal de Arbitraje Deportivo, *BC VEF Riga c. Kaspars Berzins y Bill A. Duffy International Inc., BDA Sports Management*, CAS 2014/A/3524, 6/10/2014.

- Tribunal Arbitral de Baloncesto, *Mr. Djuro Ostojic, Makedonska & Mr. Miodrag Raznatovic v. Basketball Club PAOK KAE*, FAT 0001/07, 16/8/2007.
- Tribunal de Arbitraje Deportivo, *Non-Profit Partnership Women Basketball Club "Spartak" St. Petersburg v. Tigran Petrosian*, CAS 2009/A/1921, 5/3/2012.
- Tribunal Superior del Condado de Santa Barbara, *Moncharsh v. Heily Blase*, Nro. S020997, 30/7/1992.
- UNCITRAL, *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, Opinión Legal, 20/6/2002.
- Zárate, A. "Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* No. 17, 2017.

PBP Pérez
Bustamante
& Ponce

TENEMOS LA EXPERIENCIA

Conozca nuestra
práctica de
ARBITRAJE



www.pbplaw.com

Quito
Av. República de El Salvador N36-140
Edificio Mansión Blanca.
+593 2 400 7800
+593 2 382 7640 al 49

Guayaquil
Av. Francisco de Orellana y Miguel H. Alcívar
Edificio Centro Empresarial "Las Cámaras"
Torre B Piso 9, of. 904
+593 4 370 7960

 Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

 @pbplaw

Arbitraje en el metaverso: particularidades en torno a su aplicación

ARBITRATION IN THE METAVERSE:
ISSUES REGARDING ITS APPLICATION

*Blanca Gómez de la Torre**
*Daniela Endara Bastidas***

Recibido/Received: 12/11/2023

Aceptado/Accepted: 10/12/2023

SUMARIO: 1. Introducción: Entendamos el metaverso. 1.1. Funcionamiento y regulación del metaverso 2. Conflictos y mecanismos de solución: incorporación del arbitraje hacia esta virtualidad. 3. Principales dudas en torno a su aplicación. 3.1. ¿Cuál es la ley de fondo aplicable al proceso arbitral? 3.2. ¿Debe existir intervención estatal? 3.3. ¿Se debe hablar de una deslocalización de la sede? 3.4. ¿Aplica la Convención de Nueva York para el reconocimiento y ejecución de laudos? 4. Conclusión: una constante innovación.

RESUMEN: El artículo se enfoca en las dudas que surgen respecto de la aplicación del arbitraje para la solución de controversias que se suscitan en o devienen del metaverso, ello partiendo del supuesto de que se pacte arbitraje internacional como mecanismo de solución de conflictos. Además, se proyecta un acercamiento sobre el metaverso y como se está desarrollando. Esto con la finalidad de entender el nuevo entorno digital en donde se quiere aplicar el arbitraje internacional y de donde surgen las dudas planteadas.

PALABRAS CLAVE: metaverso, arbitraje internacional, solución de disputas

* Socia de la firma ECIJA GPA. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Máster en Derecho Comercial Internacional por la Universidad Internacional de la Rioja. Correo electrónico: bgomezdelatorre@ecija.com

** Abogada Junior de la firma ECIJA GPA. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: dendara@ecija.com

ABSTRACT: The article addresses the doubts that arise regarding the application of arbitration as a dispute resolution system for controversies that arise within or originated in the metaverse. This is based on the assumption that international arbitration is agreed as a dispute resolution mechanism. In addition, we will make an approach about the metaverse and how it is developing. Our goal is to understand the new digital environment where international arbitration is going to be applied and from where the doubts have arisen.

KEYWORDS: metaverse, international arbitration, dispute resolution

1. INTRODUCCIÓN: ENTENDAMOS EL METAVERSO

Tanto la innovación como la tecnología se desarrollan cada vez más y más rápido. Por esta razón, hoy en día es común escuchar sobre el *metaverso*; pero, no todos saben exactamente a que se refiere o qué tan cerca o lejos se está de experimentar aquella realidad virtual. Una forma de entender mejor su significado es acudir a la raíz etimológica de la palabra *metaverso*, en donde “meta” significa *después o más allá* en griego, y “verso” hace referencia al *universo*.

Sin embargo, la palabra metaverso no es nueva. De hecho, la misma aparece por primera vez en el año 1992 en la novela *Snow Crash*, donde el autor la utiliza para describir un “universo generado informáticamente, que el ordenador dibuja sobre [un] visor”¹. En este sentido, al metaverso se lo puede definir como un mundo digital alternativo en donde, gracias a la realidad virtual y la realidad aumentada, las personas pueden trasladar interacciones reales hacia la virtualidad a través de avatares que los representan. Suena simple, pero realmente no lo es.

Para efectos de este artículo, es fundamental entender el funcionamiento del mismo debido a que se considera que estamos cada vez más cerca de iniciar una interacción en este nuevo entorno virtual. Los estudios al respecto predicen que, de aquí a dos años y medio, es decir, en el 2026, el 25% de la población pasará al menos una hora en el metaverso realizando todo tipo de actividades, entre ellas, todo tipo de transacciones de las cuáles devienen los problemas tratados en arbitraje².

1 N. STEPHENSON, *Snow Crash*, Ed. Gigamesh, 1992.

2 J. WILES, *What is a Metaverse? And should you be buying in it?*, <https://gtmr.it/4838KMR> (6/11/2023).

1.1. FUNCIONAMIENTO Y REGULACIÓN DEL METAVERSO

La sola creación de este nuevo mundo digital tiene varias implicaciones. La aspiración que se tiene es que exista un metaverso *open source* en que los usuarios puedan acceder al código fuente del software que lo contiene, de tal manera que el metaverso pueda desarrollarse de manera colaborativa o estar interconectado. Frente a esto, se plantean preguntas en torno a la regulación de propiedad y explotación del mismo.

Para poder crear y acceder hacia este entorno digital, se debe entender que el metaverso puede estar alojado en uno o varios servidores. Esto, implica que pueden existir tantos metaversos como servidores en donde se los aloje. Ello, envuelve un costo de mantenimiento que no puede ser enfrentado por todo el mundo, generando que el dominio del entorno esté en manos de pocas empresas. Así, estas empresas tienen un enorme poder sobre el metaverso, encontrándose en la posibilidad de cortar el servicio o aumentar los costos de almacenamiento.

Sin perjuicio de la aspiración hacia un metaverso *open source*³ la realidad es que hoy en día las diferentes compañías se encuentran desarrollando sus propios metaversos, los cuales no son compatibles entre sí. Esto, dado que los códigos de acceso hacia el software en donde se encuentran los metaversos en desarrollo son cerrados. Se tiene conocimiento que entre las compañías que se encuentran emprendiendo en este proyecto esta Meta (antes Facebook), Microsoft, Epic Games, entre otras⁴. Estas se encuentran en una carrera competitiva para obtener la mejor plataforma.

Sin embargo, se busca permitir una interoperabilidad entre los desarrollos, componentes o productos de los distintos metaversos y otros elementos existentes en el mundo físico. Esto se logra con economías descentralizadas como las criptomonedas y los *Non Fungible Tokens* (NFT). Básicamente, los bienes y servicios están tokenizados y pueden ser comprados e intercambiados a través de criptomonedas y por *smart contracts*⁵. Así es como las transacciones funcionan dentro de este nuevo mundo digital.

3 De acuerdo con Red Hat —una empresa multinacional que promueve el software de código abierto— el término ‘Open Source’ se refiere a un software con código de acceso libre en el que cualquiera puede ingresar, modificar y mejorar.

4 BINANCE, *Seis empresas globales que construyen el metaverso*, <https://bit.ly/3GBNvFw> (6/11/2023).

5 I. ÁLVAREZ BULLAIN y P. COLL SOLER, *Disputes in the Era of Meta Worlds: the role of arbitration*, <https://bit.ly/46OuFWA> (4/11/2023).

2. CONFLICTOS Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN: INCORPORACIÓN DEL ARBITRAJE HACIA ESTA VIRTUALIDAD

En donde existe interacción humana existen conflictos. Sobre la resolución de conflictos en relación con las nuevas tecnologías, Lefebvre señala que: “surgen nuevos conflictos a raíz de la utilización de las nuevas tecnologías en las transacciones comerciales internacionales, así como el aumento de la competitividad de los operadores en el mercado a través de la mercantilización de la tecnología”⁶. Por ello resulta importante entender los actores y qué tipo de conflictos pueden surgir del o en el metaverso. Respecto de los actores, existen tres categorías: las empresas propietarias de los servidores en los que se aloja o alojan los distintos metaversos, los desarrolladores/quienes administran las plataformas y los usuarios.

En relación con el tipo de conflictos, primero, una de las ramas del derecho que enfrenta mayores índices de conflictividad por los temas que envuelven al entorno digital es el de la propiedad intelectual. Esto se debe a que nos encontramos frente a una gran variedad de creaciones de toda índole como son: el desarrollo del código fuente, diseños gráficos, imágenes, voces, música, inteligencia artificial, elementos de arte, moda, entre otros⁷.

Segundo, otra rama en donde es probable la aparición de conflictos es la del derecho de competencia. Por la forma de funcionamiento del metaverso, explicada en el acápite anterior, se abre paso a que existan prácticas anticompetitivas. Esto se da porque el control o propiedad del metaverso recae sobre una compañía o en un número reducido, suponiendo un riesgo de aparición de prácticas anticompetitivas en este mercado.

Tercero, la incorporación de la tecnología al día a día de las personas generó la necesidad de regulación sobre aspectos en materia de protección de datos personales. Por ello, problemas relacionados con esta nueva área del derecho también se podrían suscitar en torno al metaverso. Esto se da ya que los usuarios que entran hacia este entorno digital son quienes interactúan con los elementos dentro del mismo revelando su información personal tanto entre usuarios como con los desarrolladores, quienes manejan la plataforma virtual⁸.

6 F. LEFEBRE, *Derecho de las Nuevas Tecnologías*, 1era Ed. El Derecho, 2022.

7 I. ÁLVAREZ BULLAIN y P. COLL SOLER, N. 5.

8 E. CHAN y E. HAY, “Something borrowed, something blue: the best of both worlds in metaverse-related disputes” *Contemporary Asia Arbitration Journal* Vol. 15, No. 2, 2022, p. 205.

Cuarto, al ser un mundo virtual con una economía digital, otra rama en la cual se van a desarrollar principalmente las disputas es el derecho comercial. Las disputas relacionadas a dicha rama comúnmente se darán entre usuarios. Sin embargo, no resultaría extraño que las controversias también se den entre usuarios y los administradores de la plataforma/ desarrolladores, o entre estos últimos y las empresas propietarias de los servidores. Esto solo por mencionar algunas ramas en las cuales tanto usuarios como desarrolladores y la plataforma podrían involucrarse en conflictos, sin perjuicio de que se especula que las controversias podrían suscitarse también en otras ramas del derecho.

Ahora, no solo surgen problemas relativos a temas de fondo, sino también procedimentales. Esto se analizará a profundidad en la sección posterior, pero cabe recalcar que uno de los principales problemas legales al que se enfrenta es la determinación de la jurisdicción y ley aplicable a las disputas que devienen del nuevo entorno digital.

La incorporación del arbitraje hacia esta nueva realidad que nos ofrece el metaverso resulta de suma importancia por las siguientes razones. Como se explicó, el mundo digital es un entorno especializado en el cual la interacción que se da es a nivel internacional. Por esta razón, para los problemas que se suscitan dentro del mismo, se necesita un mecanismo de solución de disputas ágil y técnico⁹. “En arbitraje, las partes pueden escoger árbitros con experiencia relevante en disputas digitales. La flexibilidad del procedimiento arbitral aplica directamente a que se puedan escoger o diseñar reglas procesales que se ajusten a la disputa en particular”¹⁰. Bajo este entendimiento, el arbitraje internacional es el único mecanismo que, por la concepción bajo el cual fue creado, puede ser aplicable.

Esto, dado que permite la selección de árbitros especializados en la materia y brinda flexibilidad, agilidad y adaptabilidad al proceso. Por esta razón, varias plataformas digitales en donde se manejan transacciones tokenizadas y criptoactivos a través de *smart contracts* —como *Decentraland*, *AltSpaceVR* (Microsoft), *Roblox*, *OpenSea*— han escogido que ciertas disputas sean resueltas en un arbitraje diseñado por la misma plataforma. Todo esto, sin perjuicio de que igualmente puedan ser llevados hacia este entorno digital los problemas que se suscitan en el entorno físico.

9 F. LEFEBRE, N. 6

10 E.CHAN y E. HAY, N.7 (traducción libre).

Sin embargo, la elección o preferencia hacia el arbitraje trae consigo varias dudas respecto a la aplicación de dicho mecanismo en el entorno digital. Por ello, a continuación se presentarán las principales dudas que han saltado a la luz a través del estudio de su aplicación.

3. PRINCIPALES DUDAS EN TORNO A SU APLICACIÓN

El presente acápite tiene como objetivo recopilar las principales dudas, que se conoce, se han generado respecto de la aplicación del arbitraje internacional en las disputas que pueden surgir en él o del metaverso. Al no existir todavía vasto desarrollo sobre la materia, aquello que se planteará a lo largo de la sección son los problemas que la comunidad de arbitraje internacional ha detectado podrían suscitarse. En ese sentido, resulta importante recalcar que lo expuesto a continuación tendrá un desarrollo a mayor profundidad dependiendo de los casos en concreto que se vayan presentando.

Las dudas recopiladas y que serán analizadas son las siguientes. Primero, se presentará el problema respecto de cuál será la ley de fondo aplicable al proceso arbitral. Segundo, se analizará si debe existir una intervención estatal, dado que en este mundo virtual existe una falta de Estado. Tercero, se reflexionará respecto de si pudiera aplicarse una teoría de deslocalización de la sede del arbitraje. Cuarto, finalmente, se explicarán las dudas en torno a la aplicación de la Convención de Nueva York para el reconocimiento y ejecución de los laudos que provienen de disputas originadas o dadas en el metaverso.

3.1. ¿CUÁL ES LA LEY DE FONDO APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL?

Una de las principales dudas que se origina en relación con la aplicación del arbitraje internacional en el metaverso tiene que ver con la ley aplicable. “[N]o hay a nivel internacional reglas de derecho uniformes respecto del metaverso en específico. Varios grupos de trabajo se encuentran estudiando si se requieren reglas específicas”¹¹.

Sin embargo, ciertos Estados han regulado el tema de cierta manera. Por ejemplo, en el caso de España, la LSSI¹², respecto de la contratación electrónica y

11 V. REZADOOST y P. CHOUDHARY, *Arbitration Tech Toolbox: Applicable Law, Choice of Courts and Enforcement Issues in Metaverse Disputes*, <https://t.ly/WuMGw> (4/11/2023).

12 Es una ley sectorial que establece especialidades procesales que complementa lo dispuesto en la Ley de Comercio Electrónico.

servicios de la sociedad de la información, indica que “el artículo 29 establece una presunción acerca del lugar donde se entiende celebrado el contrato electrónico, lo cual puede resultar relevante a la hora de determinar el foro competente”¹³, además de la ley aplicable. Esto podría dar luces para los proyectos en los que distintos organismos se encuentran trabajando.

Ahora bien, por las particularidades que presenta el metaverso, los factores de conexión tradicionalmente usados en aplicación del Derecho internacional privado para determinar la ley aplicable podrían no ser útiles. Por ello, se plantean las siguientes soluciones: (i) las partes pueden acordar respecto de cláusulas en donde se escoja la ley, o (ii) adaptar los factores de conexión existentes en el Derecho internacional privado a la realidad del metaverso. Un ejemplo de eso último es determinar la ley aplicable en relación con la ubicación del servidor del metaverso¹⁴. En ese sentido, la decisión respecto de la aplicación de la ley de fondo aplicable al proceso arbitral quedará a disposición de las partes o de las regulaciones internacionales que logren adaptar los factores de conexión.

3.2. ¿DEBE EXISTIR INTERVENCIÓN ESTATAL?

Otra duda que surge respecto de la aplicación del arbitraje internacional en el metaverso tiene relación con el nivel, o si debe existir como tal una intervención estatal. Esto se da debido a que hay una concepción de que el arbitraje, para existir y ser eficiente, necesita de una cooperación pública. Ello, principalmente, para la ejecución del laudo.

La cooperación mencionada, se da normalmente a través de la localización del arbitraje hacia una sede. La necesidad de la sede radica en los siguientes puntos: (i) aplicación de normas supletorias que rijan el procedimiento; (ii) ayuda por parte de las cortes locales/autoridades nacionales para determinadas circunstancias¹⁵; y (iii) brinda protección a las partes en caso de una vulneración a la debida defensa¹⁶. Pero ¿será necesario esto en el contexto del metaverso?

El metaverso es un entorno digital manejado por privados, dentro del cual no se está atado físicamente a una jurisdicción en concreto. Si se parte de este

13 F. LEFEBRE, N. 6

14 V. REZADOOST y P. CHOUDHARY, N. 11.

15 Por ejemplo: ejecución de medidas cautelares, práctica u obtención de prueba, entre otros.

16 S. BOND, “How to draft an arbitration clause”, *Journal of International Arbitration*, No. 6, 1989.

hecho, dado a que se está frente a un arbitraje en donde priman el carácter flexible y sobre el principio de autonomía de la voluntad, las partes podrían fácilmente prescindir de las necesidades que radican en la sede.

Primero, las partes son libres de determinar las normas de procedimiento que rigen su proceso y determinar cuáles podrían aplicar supletoriamente. Segundo, el metaverso puede ofrecer soluciones propias para la ejecución de medidas cautelares o la obtención de prueba. Tercero, las partes pueden libremente renunciar a presentar acción de nulidad. Entonces, en el metaverso, podría perder sentido la definición de la sede y con ello la intervención estatal.

Sin embargo, queda latente la duda respecto de la legitimidad de las regulaciones propias del metaverso y de si efectivamente podrían suplir las necesidades que solventa la figura de la sede en los arbitrajes internacionales. Se puede especular al respecto, pero solo se conocerá a ciencia cierta el momento en el que se susciten tales problemas en el entorno digital.

3.3. ¿SE DEBE HABLAR DE UNA DESLOCALIZACIÓN DE LA SEDE?

De la mano con lo antes mencionado, cabe señalar que una de las teorías que ha rondado en el arbitraje internacional, de origen francés y desarrollada en Francia y Estados Unidos, propone la deslocalización de la sede del arbitraje. Esta teoría propone que el proceso y el laudo proferido por el tribunal arbitral no estén sujetos al sistema jurídico de una jurisdicción determinada. Ello sobre la base de que “el arbitraje internacional es un proceso autosuficiente, en el cual las partes cuentan con la posibilidad ilimitada para estipular un procedimiento [...] que prescinda de las normas procesales imperativas del lugar del arbitraje”¹⁷.

La teoría de deslocalizar la sede del arbitraje es bastante controvertida. Sin embargo, en el caso del metaverso, la misma podría cobrar sentido para aquellos casos en los que se pacte como mecanismo de solución de controversias al arbitraje internacional. Como se explicó en el subacápite anterior, al estar en el mundo virtual, no nos encontramos físicamente en un país o territorio en donde determinada ley aplique. Entonces, sería factible sostener que el laudo arbitral dictado en el metaverso se libera del principio de nacionalidad.

17 S. TALERO RUEDA, “Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia donde va la Convención de Nueva York?”, *Revista de Derecho Privado*, No. 28, 2002.

No obstante, la aplicación de la deslocalización de la sede podría causar complicaciones en caso de que sea necesario ejecutar el laudo en una jurisdicción que no esté de acuerdo con la teoría. “En realidad, muchas jurisdicciones para ejecución de laudos podrán actuar sobre la base de rechazar cualquier laudo que no tenga un efecto legal en el lugar en el que fue emitido”¹⁸. En ese sentido, podría producirse un problema que tendrá que ser resuelto de acuerdo con cada caso en concreto.

Esto es una cuestión por tomar en consideración dado que en el modelo de negocio que plantea el metaverso, y el cual fue explicado anteriormente, se necesita de agilidad y flexibilidad para el proceso de solución de controversias. La aplicación de la teoría de deslocalización de la sede en efecto brinda más agilidad al procedimiento arbitral al eliminar la posibilidad de presentar una acción de nulidad en contra del laudo emitido¹⁹. Sin embargo, es un tema el cual deberá tener un análisis y desarrollo mayor a medida del avance del metaverso.

3.4. ¿APLICA LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK PARA EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS?

Por último, una duda que se ha impregnado en la comunidad arbitral tiene que ver con la aplicación de la Convención de Nueva York para el reconocimiento y ejecución de los laudos que provienen del metaverso. Para entender la relevancia de esto es importante precisar lo siguiente. La ejecución del laudo que surja de un proceso arbitral respecto de un *smart contract* celebrado en el metaverso puede ser realizada *on-chain* u *off-chain*²⁰.

El primero quiere decir que la ejecución se hará directamente a través de la cadena de *blockchain* utilizada para la transacción e incorporada al *smart contract*. En el segundo caso, el laudo no estaría conectado directamente a una cadena de *blockchain*, por lo que podría necesitarse de un reconocimiento estatal para la ejecución del mismo²¹. En ambas situaciones es necesario considerar la aplicación de la Convención de Nueva York.

18 J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Ed. Oxford University Press, 2013 (traducción libre).

19 S. TALERU RUEDA, N. 17.

20 MISCHCON ACADEMY, *Dispute Resolution in Metaverse*, <https://t.ly/GWPNB> (8/11/2023).

21 I. TASANDE, “Blockchain y arbitraje: un nuevo enfoque en la resolución de disputas. Especial énfasis en smartcontracts y criptodivisas”, *Revista de Derecho* No. 22, 2020.

El artículo I(1) define el ámbito territorial de aplicación de la Convención de Nueva York respecto a los laudos arbitrales en los siguientes términos:

[L]a presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución²².

Bajo el entendido de que el metaverso no se encuentra ligado a un estado particular, la duda que surge es si se requerirá localizar el laudo para su reconocimiento y ejecución en el mundo físico. En el supuesto de una ejecución *on-chain*, podría parecer que no es necesaria la vinculación del laudo a un Estado en particular. En el supuesto de una ejecución *off-chain*, si parece ser indispensable la vinculación a un determinado Estado²³.

Lo mencionado ya presenta una dificultad hacia el cumplimiento de la Convención de Nueva York. Sin embargo, pueden presentarse otras. Principalmente, se ha hablado sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo II de la Convención. La duda surge debido a que cuando se pacta arbitraje en los *smart contracts*, la cláusula es un código informático que se incorpora al resto de la cadena del contrato. En ese sentido, no hay una escritura como tal, sino una serie de códigos que se ejecutan por sí solos bajo el modelo *if-then*²⁴.

Ante esta problemática surgen dos hipótesis. La primera indica que esta barrera es superable dado que se puede acceder al código fuente y verificar la intención de las partes de someter la disputa a arbitraje²⁵. La segunda sostiene que no se cumpliría este requisito debido a que en no existe una escritura ni firma como tal, solo códigos que se ejecutan por sí mismos. Sin embargo, podría resultar más aceptada la primera tesis dado que en el último tiempo se ha buscado darle una interpretación más flexible al artículo II(2) de la Convención.

22 Convención Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Artículo I(1).

23 I. TASANDE, N. 21.

24 N. GOPIE, *What are smart contracts on blockchain?*, 6/11/2023, en <https://ibm.co/3RAF4Rp>.

25 I. TASANDE, N. 21.

Por otra parte, en caso de aplicar la Convención de Nueva York, también podría considerarse que no se cumplen los requisitos de validez sustancial establecidos en el artículo II(3) y V(1)(a). Esto debido a que, al metaverso ser un espacio anónimo hace difícil asegurar la capacidad legal de los usuarios. Además, las cláusulas de los contratos usuario-plataforma podrían ser unilaterales y podría no existir claridad respecto de quien ofrece/acepta el contrato respecto de si son los avatares o los programadores²⁶.

Entonces, la respuesta hacia la duda respecto de la aplicación de la Convención de Nueva York para los arbitrajes en el metaverso dependerá de la tesis que se acoja. Las interacciones en el metaverso todavía resultan especulativas por lo que la inclinación por cualquiera de las dos tesis y los problemas que surgen respecto de su aplicación se verán en la medida en la que se desarrolle el metaverso y el sistema de resolución de disputas.

Finalmente, existiría la duda sobre el consentimiento, en tanto en cuanto no son las partes quienes libremente acuerdan los términos del arbitraje, sino que se someten a una serie de condiciones impuestas por el desarrollador del programa.

4. CONCLUSIÓN: UNA CONSTANTE INNOVACIÓN Y EVOLUCIÓN

La principal conclusión a la que se puede llegar después de todo lo expuesto en el presente artículo es que, respecto del metaverso, nos encontramos en una constante innovación y evolución. Es por ello que el mecanismo de solución de controversias que es más adaptable hacia la realidad del nuevo entorno digital es el arbitraje. Ello, sin dejar de lado otros métodos alternativos auto-compositivos como la mediación o la conciliación que también podrían ser implementados.

Las dudas planteadas en relación con su aplicación no son las únicas que están surgiendo o llegarán a surgir. Seguramente, a medida en la que avance el desarrollo e implementación del metaverso en nuestra vida cotidiana, avancen las cuestiones en relación con la aplicación del arbitraje. Sin embargo, el arbitraje se encuentra fundado en principios clave, como lo son la autonomía de la voluntad y la flexibilidad, lo que lo hace un método ideal para integrarse y desarrollarse de la mano de las nuevas tecnologías y economías digitales.

26 V. REZADOOST Y P. CHOUDHARY, N. 11.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Binance, Seis empresas globales que construyen el metaverso, <https://bit.ly/3GBNvFw> (6/11/2023).
- Convención Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.
- Chan, E; Hay, M. “Something borrowed, something blue: the best of both worlds in metaverse-related disputes” *Contemporary Asia Arbitration Journal* Vol. 15, No. 2, 2022.
- Lefebvre, F. *Derecho de las Nuevas Tecnologías*, 1era Ed. El Derecho, 2022.
- Álvarez Bullain, I; Coll Soler, P. *Disputes in the Era of Meta Worlds: the role of arbitration*, <https://bit.ly/46OuFWA> (4/11/2023).
- Tasande, I. “Blockchain y arbitraje: un nuevo enfoque en la resolución de disputas. Especial énfasis en smartcontracts y criptodivisas”, *Revista de Derecho* No. 22, 2020.
- Paulsson, J. *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013.
- Wiles, J. *What is a Metaverse? And should you be buying in it?*, <https://gtnr.it/4838KMR> (6/11/2023).
- Mishcon Academy, *Dispute Resolution in Metaverse*, <https://t.ly/GWPNB> (8/11/2023).
- GOPIE, N. *What are smart contracts on blockchain?*, <https://ibm.co/3RAF4Rp> (6/11/2023).
- STEPHENSON, N. *Snow Crash*, Ed. Gigamesh, 1992.
- BOND, S. “How to draft an arbitration clause”, *Journal of International Arbitration*, No. 6, 1989.
- TALERO RUEDA, S. “Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia donde va la Convención de Nueva York?”, *Revista de Derecho Privado*, No. 28, 2002.
- REZADOOST, V; CHOUDHARY, p. *Arbitration Tech Toolbox: Applicable Law, Choice of Courts and Enforcement Issues in Metaverse Disputes*, 4/11/2023, en <https://t.ly/WuMGw>.

Innovamos desde el Derecho



R&Co.

RODRÍGUEZ AND COMPANY



SBL

SANTOS
BURBANO
DE LARA

www.santosburbano.com

El arbitraje ambiental como mecanismo alternativo para la reparación integral del daño puro

ENVIRONMENTAL ARBITRATION AS AN ALTERNATIVE MECHANISM FOR THE FULL REPARATION OF PURE DAMAGES

*María Emilia Limongi Izaguirre**
*Paulina Andrea Mora Ramón***

Recibido/ Received: 06/11/23

Aceptado/ Accepted: 17/12/23

SUMARIO: 1. Introducción 2. La existencia de responsabilidad civil en material ambiental. 2.1. El daño ambiental y su acción civil 2.2. La participación de actores privados para alcanzar la reparación integral de la naturaleza. 3. El convenio arbitral y la reparación del daño ambiental puro. 4. El arbitraje como un método adecuado para la reparación integral. 4.1. Los beneficios del arbitraje ambiental. 4.1.1 Lista de posibles árbitros expertos. 4.1.2. Procesos y resultados más expeditos. 4.1.3. La posibilidad de que el tribunal solicite un resumen de asuntos técnicos o científicos a las partes. 4.2. Aplicación efectiva del principio de reparación integral 4.3. Facultades arbitrales: medidas cautelares urgentes ante la existencia daños graves 5. La participación de la autoridad ambiental competente en el arbitraje para la aprobación de las medidas de reparación integral 6. Conclusiones y recomendaciones.

RESUMEN: Ecuador, actualmente, posee un marco regulatorio que involucra temas novedosos en lo que respecta a mecanismos de reparación integral por la consecución de un daño ambiental. Con la instauración de la responsabilidad civil en materia ambiental, la posibilidad de judicializar asuntos de remediación y restauración, y el reconocimiento del arbitraje como un mecanismo de justicia ambiental, resulta interesante analizar la figura del Arbitraje Ambiental para la

* Abogada Asociada en CORONEL Y PÉREZ, Abogada por la Universidad de Especialidades “Espíritu Santo”. Magister en Derecho Procesal por la Universidad de Especialidades “Espíritu Santo”. Correo electrónico: elimongi@coronelyperez.com

** Abogada en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Abogados. Abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: pmora@rodriguezlaw.ec

búsqueda de una eficaz reparación integral, teniendo en consideración todos los beneficios que existen en esta jurisdicción que pueden ser aprovechados para el cumplimiento de los fines del derecho ambiental.

PALABRAS CLAVE: arbitraje ambiental, reparación integral, responsabilidad civil ambiental, daño puro.

ABSTRACT: Ecuador currently has a regulatory framework that involves innovative issues regarding comprehensive remedies for environmental damage. With the institution of civil liability in environmental matters, the possibility of litigating remediation and restoration issues, and the recognition of arbitration as a mechanism for environmental justice, it is interesting to analyze the concept of Environmental Arbitration to seek effective comprehensive remedies, considering all the benefits available in this jurisdiction that can be leveraged to fulfill the goals of environmental law.

KEYWORDS: Environmental Arbitration, Full Reparation, Environmental Liability, Pure Environmental Damage.

1. INTRODUCCIÓN

Ecuador es un país que, en la última década, ha buscado fortalecer los mecanismos de control y preservación de los ecosistemas a través de sus políticas al punto de desarrollar distintas acciones en materia de derecho público, como son las acciones penales y administrativas, y en materia constitucional para una efectiva reparación integral. Estos métodos incluso se han extendido desde el ámbito público al privado con la existencia de acciones civiles en materia ambiental, que actualmente puede ser vista desde dos aspectos. El primero de ellos vinculado directamente al interés individual del sujeto afectado por la consumación del daño; y, el segundo, como otra alternativa para conseguir la reparación o remediación del entorno. Tomando en consideración esa evolución, vinculándola a la constante búsqueda de opciones superpuestas más efectivas, resultaría oportuno extenderla aún más hacia los métodos alternativos de resolución de controversias; no solo en búsqueda de la reparación del daño individual, sino como medio de cumplimiento de objetivos ambientales. El arbitraje en materia ambiental, principalmente en el ámbito internacional, no es un concepto hoy en día desconocido, puesto que existen varios procesos e incluso laudos en los que se ha resuelto determinar la existencia de un daño ambiental, identificando al sujeto responsable y estableciendo los medios de reparación, todo esto a la sana crítica de los árbitros.

Por todo lo expuesto, resulta relevante analizar la posibilidad de aplicación del arbitraje para la búsqueda efectiva de la reparación del daño ambiental puro en Ecuador, sus beneficios y su preferencia frente a las otras alternativas.

2. LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA AMBIENTAL

Partiendo de la constante preocupación por el cuidado medioambiental, no resulta extraño que en la última década la existencia de responsabilidad civil en la materia cobre cada día más importancia, e incluso, que sea vista como un medio directo de reparación ambiental, en donde el primer beneficiario sea el ecosistema afectado y no la persona que ha sufrido una afectación en su patrimonio o una turbación a sus derechos por el daño del mencionado ecosistema.

En efecto, el Estado, en sus diferentes niveles, es y será (al menos por ahora) el primer llamado a garantizar la efectiva reparación integral a través de regulaciones vinculadas a medios de prevención y precaución, o a través sus mecanismos de coerción direccionados a sancionar el cometimiento de faltas que ocasionen un daño al ambiente¹.

1 En asuntos vinculados a sectores estratégicos, como por ejemplo recursos naturales no renovables, telecomunicaciones, energías, entre otros, la Constitución del Ecuador establece como primer responsable de precautelar el cumplimiento de los principios de sostenibilidad ambiental, precaución y prevención al Estado, esto vinculado al hecho de que su provisión y control exclusivo recae en él a través de sus Empresas Públicas. Sin perjuicio de ello, la Constitución faculta al Estado la delegación de la participación en sectores estratégicos a la iniciativa privada (Artículos 313, 314, 315 y 316 de la Constitución de la República del Ecuador, RO 449 20/10/2008). En materia ambiental, la responsabilidad recaerá sobre el actor que esté ejecutando la actividad, sea parte del sector público, o por delegación se esté ejecutando por el sector privado. Existen condiciones específicas vinculadas a la responsabilidad ambiental en sectores estratégicos que complementa a las disposiciones de la normativa ambiental. Por ejemplo, en el caso de telecomunicaciones, para el espectro radioeléctrico, por ser un recurso natural limitado, le son aplicables de manera directa los principios ambientales de prevención, precaución y desarrollo sostenible (Artículo 88, Ley Orgánica de Telecomunicaciones RO Suplemento 439 18/02/2015). Por su parte, en cuanto a la generación de energía, cuando exista la imposición de una sanción de carácter ambiental, la autoridad ambiental tiene la obligación de notificar al Ministerio de Energías y Recursos Naturales No Renovables y a la Agencia de Regulación y Control de Energías y Recursos Naturales No Renovables, con la finalidad de que opere la caducidad de la autorización de operación por el cometimiento de una infracción ambiental (Artículo no numerado a continuación del artículo 34 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica RO Suplemento 418 16/01/2015). En el sector minero, por su parte, se establece en todas las fases de la actividad minera, lleva la obligación de reparación y remediación (Artículo 27, Ley de Minería RO Suplemento 517 29/01/2009). Como se puede observar, en asuntos vinculados a sectores estratégicos, se determinan criterios especiales, en ocasiones más rigurosos, vinculados al nivel de impacto o de protección especial que se requiere sobre el recurso natural o sobre obligación de una correcta e ininterrumpida prestación del servicio. La aplicabilidad de la justicia ambiental a través de arbitraje en asuntos vinculados a sectores estratégicos debe ser analizada a mayor profundidad por cuanto, existe una protección especial de índole estatal para mencionadas actividades.

Sin embargo, teniendo en cuenta la institucionalidad de la responsabilidad civil ambiental, vale la pena plantearnos las siguientes preguntas: ¿es posible que esta garantía pueda ser obtenida por medios privados que no involucren, al menos en un rol protagónico, a las instituciones públicas? Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, la siguiente gran incógnita estaría emparentada a la efectividad de la vía para conseguir una adecuada reparación integral. Por último, para que dicha vía sea eficiente, se debe despertar el interés del legitimado activo en una acción ambiental privada de modo que no se reduzca en una mera regulación sin aplicación práctica. Considerando esta premisa, también cobra interés plantearnos la siguiente pregunta: ¿por qué un sujeto estaría dispuesto a iniciar una acción de responsabilidad civil ambiental cuyo beneficiario principal será la naturaleza?

Las cuestiones plasmadas en las líneas anteriores, así como la posibilidad de desjudicializar el derecho civil ambiental, convirtiéndolo enteramente en una acción privada para atender una cuestión de interés público a través de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como es el arbitraje, se analizarán a lo largo de este artículo.

2.1. EL DAÑO AMBIENTAL Y SU ACCIÓN CIVIL

Daño ambiental y responsabilidad civil, parecerían conceptos aislados. Nos atrevemos a pensar que, de hecho, por mucho tiempo fueron desarrollados de esa manera. Su vinculación viene, a nuestro criterio, a raíz de dos vertientes: (i) la primera de ellas, atendiendo al deber del Estado de buscar mecanismos especiales y eficaces de remediación y restauración, impulsados a través de políticas procedimentales; y, (ii) la segunda vinculada a la tendencia moderna de protección ambiental arraigada a los actores privados; en principio, en atención a sus intereses personales, extendiéndose con el desarrollo de la conciencia ambiental a la protección de los recursos naturales. Esta segunda vertiente, además, se ha convertido en una especie de plataforma de imagen para las empresas, que va en armonía con las nuevas generaciones y con el desarrollo innato del pensamiento conversador y de los principios de conservación. Con esta acotación, se podría decir que la rama denominada *responsabilidad civil ambiental* es parte del derecho moderno, parte de la evolución de una materia que es cambiante, y que, sentadas las bases, se transforma en atención a las necesidades de cada época. Bajo este criterio, teniendo en cuenta que la responsabilidad civil en materia ambiental ya ha sido reconocida por la legislación nacional, específicamente en el Código Orgánico del Ambiente (CODA), y

que esta puede ser interpuesta y conocida por un juez de lo civil, no sería una aberración jurídica institucionalizar la rama del *arbitraje ambiental*.

Previo a hablar de arbitraje ambiental como vía procedimental para atender temas de responsabilidad civil ambiental, primero debemos analizar qué se entiende dentro de esta segunda figura. Para ello, resulta indispensable definir tres cuestiones: (i) qué es daño ambiental; (ii) qué se enmarca en la responsabilidad civil; y, (iii) en qué momento ambos conceptos se encuentran.

Por daño ambiental, se entiende a aquel que “impacta directamente a la entidad ambiente, y está constituido por cualquier tipo de degradación física, química o biológica relevante que lo afecte negativamente”².

Doctrinalmente, el daño ambiental ha sido analizado desde dos perspectivas: por un lado, está el denominado daño puro que “se presenta cuando el mismo tiene efecto sobre el medio natural o bienes ambientalmente comunes”³, el cual, a modo ilustrativo, sería cuando una descarga de agua residual contamina un cuerpo hídrico receptor; y, por otro lado, el denominado daño ambiental consecutivo, siendo este el que “afecta a un bien ambiental respecto de una persona particular, y por ende el patrimonio de esta”⁴, cuyo caso sería cuando de ese cuerpo hídrico receptor se capta agua para el riego de un cultivo y, a causa de la contaminación por la descarga de agua residual, dicho cultivo se afecta.

A título normativo, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), recoge la distinción anteriormente mencionada en procesos independientes: (i) el inicio de acciones por daño ambiental y (ii) el inicio de acciones por daños producidos en el patrimonio de las personas como consecuencia de un daño ambiental. Al respecto, la normativa establece lo siguiente: “Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de éste se ejercerán de forma separada e independiente”⁵. En concordancia, el CODA, en lo que respecta a la búsqueda de la reparación del daño puro, establece que “las acciones civiles como consecuencia del daño ambiental se podrán ejercer con el fin de obtener la correspondiente reparación”⁶.

2 G. GAPEL y H. RUIZ, “Reinterpretando la responsabilidad ambiental por daños a las personas derivados de actividades riesgosas: el caso de los contratos agroindustriales”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen 30 No. 2, 2017.

3 H. PENAGOS, “La liquidación del perjuicio ambiental”, *Justicia Ambiental Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente*, Primera Edición, 2001.

4 H. PENAGOS, N. 2.

5 Código Orgánico General de Procesos, Artículo 38, RO Sup No. 506, 22/05/2015.

6 Código Orgánico del Ambiente, Artículo 302, RO Sup No. 983, 12/04/2017.

Teniendo en consideración las dos formas en las que se presenta el daño ambiental, es fácil discernir como el denominado daño consecutivo termina de alguna manera encajando dentro de una acción civil de daños y perjuicios común que tiene como antecedente del hecho precursor un pasivo ambiental. Sin embargo, parte del desafío de este trabajo es vincular a la responsabilidad civil con el daño ambiental puro. Para ello, resulta importante recoger, como punto de partida, el concepto de responsabilidad civil:

La responsabilidad civil supone una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha causado un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecución jurídica de esta relación de hecho, o sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por este motivo, se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos, en una obligación de reparación⁷.

De este concepto general, podemos extraer los siguientes elementos que claramente confluyen en la responsabilidad civil para la reparación del daño ambiental puro: (i) relación entre dos sujetos; (ii) la existencia de un daño causado por uno de los sujetos; y, (iii) la obligación del autor de reparar el perjuicio ocasionado. Sin embargo, existe un elemento adicional cuya vinculación podría entrar en tela de duda si no se examina el tema con precisión. Este elemento viene a ser el sujeto que sufre el daño. Si estuviésemos hablando del daño ambiental consecutivo, este análisis no sería necesario. No obstante, tratándose de daño ambiental puro, considerando que la naturaleza en Ecuador es sujeto de derechos y sujeto procesal, quien sufre el daño teóricamente sería la naturaleza. Sin embargo, el daño sufrido por la naturaleza (como sujeto de derechos) es un daño extendido a la comunidad, y su restauración, sería un beneficio para la población en general.

Teniendo en cuenta lo antes dicho, quien sufre el daño, también sería el legitimado activo de interponer la acción de responsabilidad civil, sin perjuicio que no esté buscando una reparación directa a su patrimonio, sino una reparación extrapatrimonial. Dicho de otro modo, “un daño ambiental no es de rigor un daño al medio ambiente, sino un daño a las personas,

7 C. LORDUY, “Herramientas o instrumentos constitucionales y legales para la defensa de los recursos naturales y el medio ambiente”, *Justicia Ambiental Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente*, Primera Edición, 2001.

modelizado porque se trata de un perjuicio que se causa a través o con ocasión del deterioro del entorno ambiental en el que desarrollan su existencia”⁸.

Una particularidad de la responsabilidad civil ambiental, así como de la responsabilidad ambiental en general, es que es objetiva, a saber:

La teoría de la responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba se sitúa en la obligación de reparar aun cuando no ha habido culpa y ello es debido a que quien crea los riesgos para su propio provecho debe también sufrir sus consecuencias perjudiciales⁹.

De alguna manera, lo que busca la responsabilidad civil ambiental es que el propósito principal sea la reparación integral, indistintamente de la presencia de culpa, es decir, lo importante es la existencia de la afectación, la vinculación de dicha afectación a una actividad y al ejecutor de dicha actividad. En Ecuador, tanto la Constitución de la República, como el CODA, reconocen que la responsabilidad en materia ambiental es objetiva¹⁰.

Teniendo en consideración lo expuesto en los párrafos precedentes, no cabe duda de la existencia, e incluso del reconocimiento expreso de la existencia de responsabilidad civil para la reparación del daño ambiental puro. De hecho, en asuntos relacionados con los contaminantes orgánicos, sustancias químicas y gestión de residuos, el CODA reconoce, incluso, la existencia de responsabilidad civil extracontractual¹¹, sin limitarse a estos asuntos, ya que la propia normativa de manera general reconoce la posibilidad de iniciar acciones de responsabilidad civil por daño ambiental, ante la existencia de un perjuicio, para buscar su reparación integral. Este reconocimiento deja la puerta abierta de que, los temas de responsabilidad civil ambiental incluso puedan derivar de la existencia de una obligación contractual, en donde prime la voluntad de las partes, y se pacten compromisos de restauración ante la existencia de una afectación vinculada a la ejecución de un contrato. En este sentido la fuente de la obligación de restauración sería contractual.

8 H. CORRAL TALCIANI, “Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente”, *Revista Chilena de Derecho*, No. 23, 1996.

9 A. PARRA *et al.*, “Derecho procesal ambiental: paradigma entre el daño y el delito ambiental”, *Leyer Editores*, 1era. ed, 2019.

10 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 396; Código Orgánico del Ambiente, Artículo 11.

11 Código Orgánico del Ambiente, Artículos 222, 223, 227 y 242.

2.2. LA PARTICIPACIÓN DE ACTORES PRIVADOS PARA ALCANZAR LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA NATURALEZA

Una vez analizada la posibilidad de que un particular tenga la potestad de perseguir la remediación y restauración de un ecosistema afectado a través de una acción civil de responsabilidad ambiental, resulta interesante conocer si esta posición realmente sería un mecanismo útil —sin desmerecer su eficacia— ante una afectación a los recursos naturales. Dicho de otra manera, lo que se pretende identificar es si actualmente existe motivación suficiente para que un particular active esta vía con la finalidad de perseguir la reparación del daño ambiental puro. Y, yéndonos un poco más allá, teniendo en consideración que el arbitraje es un proceso privado de solución de controversias que supone destinar recursos económicos para su inicio y sustanciación, resulta oportuno preguntarnos, si habría estímulo suficiente para que los actores privados se interesen en llevar la acción civil desde la esfera judicial, que es pública y gratuita, a la arbitral.

Para contestar esta pregunta, primero debemos hacer notar, que, a pesar de que la naturaleza por sí misma tenga la calidad de sujeto de derechos y de sujeto procesal, esto no obsta el hecho de que los particulares, también ostenten esas calidades, y como consecuencia tengan derechos sobre los recursos naturales, que los habilita a aprovecharlos en el desarrollo de sus actividades individuales y económicas.

Considerando lo expuesto, lo habitual sería ver la participación de la empresa, del lado del sujeto precursor del daño, más no como el sujeto llamado en buscar una remediación. De hecho, es bastante conocido que los impactos significativos al medio ambiente son imputados “al desarrollo de cadenas de producción y de explotación de bienes que son llevadas a cabo por unidades tecnológicamente concatenadas o extensos complejos empresariales”¹². Esto no quiere decir que en Ecuador no se presenten acciones de esta índole en contra de personas naturales, pero no es común que se califique una afectación ambiental por el desarrollo de actividades individuales y domésticas. Sin embargo, la intención de esta investigación es introducir a la empresa desde un eje contrario al contaminador. La idea es que los complejos empresariales, en lugar de causar el daño, sean los llamados a buscar una eficiente reparación integral por medio de las vías del derecho privado cuando estén en posibilidades de hacerlo.

Este planteamiento no viene acompañado de una obligación legal, por cuanto, como se expuso, es el Estado el primer responsable de perseguir y sancionar

12 H. CORRAL TALCIANI, N. 6.

el daño ambiental y conseguir una adecuada reparación integral. No obstante, cada día se vuelve más común que las empresas desarrollen mecanismo de responsabilidad ambiental sin exigencia normativa y que incluso destinen recursos para la gestión ambiental.

Un ejemplo claro es el arraigado interés empresarial en la adaptación de la gestión ambiental a la certificación ISO 14001 creada por la *International Organization for Standardization*, a través de la cual se busca el cumplimiento de objetivos como “considerar todo el ciclo de vida de las materias primas y de esa manera la empresa logra mitigar posibles cargas ambientales no deseables”¹³ o “implementar una política ambiental dentro de la empresa”¹⁴. Según los registros del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) del Ecuador, en el año 2020, 257 empresas obtuvieron la certificación ISO 14001-2015, además el INEC identificó el destino de 156,2 millones de dólares para actividades de protección ambiental, incluidas la capacitación y educación, así como la obtención de certificaciones como ISO 14001-2015 y Punto Verde¹⁵. A pesar de ser honoríficos los beneficios de estas certificaciones, su obtención ha cobrado tal importancia que las empresas incluso destinan fondos para su consecución.

Por otro lado, otros aspectos relevantes que han cobrado importancia en los últimos tiempos es el cumplimiento del *Reporting ESG* (Environmental, Social y Governance), que consiste en la elaboración de informes de sostenibilidad para asistir a las organizaciones en la identificación de prioridades para lograr metas relacionadas al impacto ambiental y social, destacando tanto los efectos positivos como los negativos en el medio ambiente, la sociedad y la economía. Es decir, una vez que una empresa reconoce su responsabilidad hacia su entorno y sus partes interesadas, y se compromete a la transparencia con ellas, comienza a recopilar datos para exponer sus impactos a través de informes de sostenibilidad. Además, por medio del ESG se establecen estrategias para mitigar los impactos negativos, siendo el cumplimiento normativo y la mejora de la reputación los principales impulsores en esta fase¹⁶.

13 M. ARAQUE ARELLANO, *Gestión Ambiental de la empresa mediante la Norma ISO 14001-2015*.

14 M. ARAQUE ARELLANO, N. 8.

15 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS, *Módulo de Información Económica Ambiental de las Empresas*, https://ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/EncuestasAmbientales/EMPRESAS/Empresas%1F_2020/PRES_MOD_AMB_EMP_2020_Vf.pdf (31/10/2023)

16 I. ALARCÓN, *Estándares de Reporting ESG ¿En qué consisten y cuál debería elegir?* <https://esgeo.eu/es/estandares-de-reporting-esg-en-que-consisten-y-cual-deberia-elegir/> (08/12/2023)

En lo que respecta, específicamente al inicio de un arbitraje ambiental, el interés podría encuadrarse en la utilidad, beneficio o rol protagónico que cumple el ambiente en ciertos sectores económicos. El ejemplo más palpable de esto es el sector agrícola, en donde la conservación del ambiente tiene incidencia directa para el desarrollo correcto de un cultivo y su producción. Esto, sin lugar a duda, despertaría la intención de invertir en la búsqueda de la reparación integral del medio cuando ha sufrido algún daño, sin perjuicio de que ese daño no haya afectado de manera directa a su patrimonio; y esta reparación podría conseguirse por medio del arbitraje.

Otro ejemplo en que la reparación del daño puro podría cobrar interés en el arbitraje ambiental, tomando como referencia el principio de prevención, es la existencia de responsabilidad extendida en sustancias químicas peligrosas. El CODA establece para el importador o para el productor, o quien esté a cargo de la primera puesta en marcha de productos calificados como sustancias químicas peligrosas, un grado de responsabilidad sobre los impactos ambientales que se generen durante toda la vida útil del producto¹⁷. La institucionalización de este mecanismo de solución de conflictos podría ser visto como una alternativa de dicho importador o productor, frente al distribuidor o comercialización por la generación de impactos negativos en sus actividades, así como un mecanismo de defensa frente a la autoridad ambiental ante la imputación de algún tipo de responsabilidad.

Es decir, tanto por factores de riesgo, de responsabilidad legal en algunos sectores, de necesidad en otros sectores, de buena imagen y de cumplimiento de políticas internas, el impulso de una alternativa efectiva para la correcta reparación integral de un ecosistema, como el arbitraje ambiental, pasa de ser una idea innovadora a una cuestión necesaria, direccionada a cubrir el déficit que los métodos comunes dejan en materia de remediación y de restauración.

3. EL CONVENIO ARBITRAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL PURO

Considerando lo expuesto en los párrafos anteriores, corresponde ahora el estudio del arbitraje en materia ambiental, específicamente como una vía de reparación integral del daño puro; analizar su factibilidad, su alcance y sobre todo su efectividad.

17 Código Orgánico del Ambiente, Artículo 217.

A pesar de que no ha sido una vía procedimental desarrollada en la norma especial en materia de métodos alternos de resolución de controversias ni en materia ambiental, se han sentado ciertos preceptos que nos permiten introducir al arbitraje como un medio encaminado a cumplir parte medular de los objetivos del derecho ambiental. En primer lugar, el CODA, junto con su Reglamento, en concordancia con el COGEP, contemplan la posibilidad de iniciar acciones de responsabilidad civil ambiental; y, en segundo lugar, el CODA contempla el principio de *reparación integral* en conjunto con el principio *quien contamina, paga*, como base de los objetivos de protección ambiental.

Aunque la legislación especial no había regulado previamente la introducción del arbitraje ambiental, este concepto tuvo inicio en Ecuador en el año 2020 con la ratificación del Acuerdo Regional Sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y El Caribe, de las Naciones Unidas (“Acuerdo de Escazú”), en donde uno de sus pilares es el acceso a la justicia ambiental. Este acuerdo obliga a los Estados a implementar de manera plena y efectiva el derecho al acceso a la justicia ambiental. Dicha obligación incluye: (i) contar con legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente; (ii) eliminar barreras en el ejercicio del derecho; (iii) impulsar mecanismos de reparación, incluyendo restitución al estado previo al daño, restauración y compensación; y, (iv) promover mecanismos alternativos de resolución de controversias que permitan el acceso a la justicia ambiental¹⁸.

Siguiendo las disposiciones del Acuerdo de Escazú, es claro que el arbitraje puede ser visto como uno de los medios de acceso a la justicia ambiental. Sin embargo, no existe más regulación específica que determine como someter una controversia derivada de un daño ambiental puro a arbitraje. Aunque tener una normativa específica facilitaría su aplicabilidad, como por ejemplo en Perú, que incluso “ha establecido un numerus clausus respecto de cuáles son los supuestos que podría ser materia arbitrable”¹⁹, su insuficiencia no prohíbe la ejecución de esta figura, pues de la normativa general se puede extraer la viabilidad del procedimiento arbitral en asuntos ambientales de daño puro.

Lo importante sería definir los siguientes aspectos: (i) la legitimación activa; (ii) que la controversia verse sobre materia transigible; y, (iii) la forma de

18 Acuerdo Regional Sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y El Caribe, Artículo 8(3)(c)(g), (4)(a), (7), RO No.67 20/05/2020.

19 R. VIDAL, “El Arbitraje Ambiental y sus Implicancias”, *Advocatus*, No. 28, 2013.

someter la controversia a arbitraje. Con respecto a la legitimación pasiva, esta se encuentra directamente vinculada a quien causó el daño; por lo que con la referida consideración y con el hecho de que en materia ambiental la responsabilidad civil es objetiva, por lo que la existencia de la culpa pierde importancia, no habría mayor complejidad en su determinación, bastando que se acredite la existencia del daño vinculado a la actividad del sujeto pasivo.

Ahora bien, en relación con el primer y tercer aspecto, y considerando el rol que juega la voluntad de las partes para el sometimiento de una controversia a arbitraje, no resultaría ilógico, que dos partes involucradas en determinada actividad se impongan obligaciones de índole ambiental a través de la suscripción de un contrato, y que, ante el incumplimiento de ellas, y la consumación de un daño, sometan la controversia a arbitraje.

Es una forma de aterrizar la idea de buscar una alternativa para satisfacer la protección de la naturaleza vinculada al derecho de daños, de alguna manera, similar a la figura de daño punitivo ecológico, que le otorga al juez la posibilidad de actuar frente a la identificación de un impacto relevante ordenando una indemnización incluso mayor a la solicitada²⁰. En la idea plasmada, las partes les otorgarían a los árbitros la potestad de ordenar dicha reparación.

Un punto importante es cuando mencionado incumplimiento causa un daño sobre la naturaleza y no sobre el patrimonio de quien suscribe el contrato y, por ende, a quien suscribió el convenio arbitral. Nuevamente, teniendo en consideración la voluntad de las partes, nada impediría que se establezcan obligaciones de remediación y restauración de la naturaleza sin que exista una afectación al patrimonio de quien la demanda. Para que exista responsabilidad contractual, según la doctrina, se debe cumplir con tres elementos: “que haya un contrato válido; que haya un daño derivado de la inejecución de ese contrato; y, finalmente, que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual”²¹. Viendo el tema de manera general, todos los elementos se cumplen.

Pero resulta interesante detenerse a analizar la existencia del daño, y más a fondo, quien recibe el perjuicio de ese daño. Sobre este particular, existen distintos criterios jurídicos y doctrinales. Sin embargo, la posición más cercana a nuestra teoría es la confluencia de la afectación al recurso natural y la

20 H. PENAGOS, N. 2.

21 J. TAMAYO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo No. 1, Ed. Legis, 2007.

repercusión de esta afectación en los intereses particulares, no necesariamente vinculado a su patrimonio, pero sí al aprovechamiento del recurso afectado. Es así como el daño ambiental:

Es una noción ambivalente, pues designa no solo el daño que recae en el ambiente como cosa común a toda una comunidad, sino también hace referencia al menoscabo que la lesión al medioambiente provoca, de rebote, respecto de los intereses legítimos de una persona determinada²².

Bajo este precepto, queda más que justificada la legitimación activa en el arbitraje, puesto que, pese a que se busca una reparación integral para el entorno, esta reparación tendrá un grado de influencia en sus actividades y en su derecho de aprovechar los recursos naturales.

Ahora bien, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) establece que el sistema arbitral constituye un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, al cual las partes pueden someterse de común acuerdo, abordando las controversias susceptibles de transacción. En este contexto, una condición fundamental para la validez de un acuerdo arbitral es que la materia en disputa sea objeto de arbitraje, lo que se conoce como *arbitrabilidad objetiva*.

En este marco, es prioritario resaltar que algunas disputas que anteriormente se creía que no podían someterse a arbitraje, debido a la naturaleza de la materia en cuestión, ahora son consideradas arbitrables. Esto se debe a que:

No hay una respuesta uniforme acerca de las áreas que pueden ser sometidas al arbitraje. La arbitrabilidad tiene un espacio-temporalidad. Los temas arbitrables varían de jurisdicción en jurisdicción. Más aún, áreas que históricamente se consideraban no arbitrables se han ido abriendo al arbitraje en la medida en que ha crecido la confianza en dicho mecanismo²³.

Asimismo, si bien es cierto, que no toda materia es arbitrable, esta necesariamente:

Debe reputarse excepcional y ser interpretada restrictivamente, aplicándose sólo cuando se advierta que existe una definida

22 G. GAPEL Y H. RUIZ, N. I.

23 F. GONZALEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, 2008.

política fundada en razones de tipo constitucional o legal destinada a prohibir el arbitraje para resolver determinadas cuestiones²⁴.

A modo de ejemplo, en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos se consideró que las reclamaciones sobre “daños punitivos” se encuentran inmersos dentro de la jurisdicción arbitral, a pesar de que alguna norma estatal excluya estas cuestiones²⁵.

En este sentido, se ha señalado que el asunto ambiental “es sumamente propicio al sistema arbitral”²⁶, toda vez que el punto de encuentro entre “el desarrollo económico y la protección del medio natural es, en sí mismo, objeto primerísimo del arbitraje”²⁷. Es así que, desde el punto de vista desde su funcionalidad u operatividad concreta, el arbitraje ambiental:

Parte de la suscripción por las partes de un contrato de compromiso o bien de la aplicación de una cláusula compromisoria preliminar por el que se deberá otorgar su consentimiento expreso a la fórmula arbitral atribuye al árbitro la cualidad de órgano neutral, el cual habrá de seguir un procedimiento guiado por el principio contradictorio y la igualdad en la defensa de las partes, aunque tratando de evitar dilaciones indebidas impropias de sistemas flexibles como éste²⁸.

Así las cosas, la materia que nos alude se puede transigir, a pesar de que quizá se creen dudas desde el deber público de protección a la naturaleza o de la obligación del Estado de precautar su preservación, o del derecho público a gozar de ella. No obstante, esto no puede ser visto como un criterio absoluto, puesto que, desde el marco normativo, la responsabilidad sobre el daño ambiental, incluso desde el punto de vista del daño puro, ya se ha privatizado. El arbitraje en búsqueda de justicia ambiental ya se encuentra reconocido y la afectación al ambiente no siempre va a recaer únicamente en el interés público.

24 R. CAIVANO, *La cláusula arbitral Evolución histórica y comparada*, Editorial Universidad del Rosario, 2008.

25 US Supreme Court, 6/03/1995, *Mastrobuono c. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 US,52, sentencia sustraída de la obra R. CAIVANO N. 23.

26 R. MORENO, *El Arbitraje administrativo*, Madrid: McGrawHill, 1997.

27 F. JUNCEDA, *Arbitraje y Derecho del Medio Ambiente: El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho “Primera Parte”*: Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.

28 Ídem.

Como punto adicional, “la particularidad de la transacción es que esta verse sobre intereses privados de quienes celebren el contrato sin afectar los derechos o intereses de terceros”²⁹. Tomando como referencia este concepto, mientras no se afecte el interés de terceros, no habría imposibilidad de arbitrar sobre temas de reparación integral, y teniendo en cuenta el fin que se busca, es lógico pensar que no solo no habrá un detrimento, sino que de alguna manera el interés particular causará un beneficio general.

Siendo así, teniendo como antecedente un contrato con obligaciones ambientales de reparación integral, y existiendo una cláusula compromisoria, el arbitraje como medio para conseguir la reparación de los daños ambientales no solo sería posible, sino que además sería una vía adicional para la restauración de los ecosistemas que conllevaría a que quien causó el daño se encargue de repararlo.

4. EL ARBITRAJE COMO UN MÉTODO ADECUADO PARA LA REPARACIÓN INTEGRAL

Como se ha mencionado a lo largo del presente artículo, teniendo en consideración el principio *quien contamina, paga*, como base del sistema de responsabilidad civil por daños ambientales, por un lado, y por el otro, el *principio de la autonomía de la voluntad de las partes*, que les permite someter futuras controversias a arbitraje³⁰; la aplicación del arbitraje ambiental tendría incidencia directa en el cumplimiento de objetivos ambientales.

4.1. LOS BENEFICIOS DEL ARBITRAJE AMBIENTAL

El arbitraje en materia ambiental es un mecanismo que ha sido aplicable en foros internacionales para la protección del ecosistema. Este mecanismo de resolución no es algo novedoso desde la esfera internacional, toda vez que es de conocimiento público la aprobación de ciertos instrumentos internacionales para dirimir las controversias derivadas de un tratado bilateral de inversiones en materia ambiental entre los Estados, tal es el ejemplo del “Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o Medio Ambiente” (“Reglamento de la Haya”), cuya expedición se presentó como:

29 L. PARRAGUEZ y J. DARQUEA, “La arbitrabilidad del daño *moral*”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2016.

30 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 1, RO No. Suplemento 417, 14/12/2006.

Un instrumento destinado a cubrir una laguna existente en la resolución de disputas relativas a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, al que podrían acudir Estados, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, entidades privadas e incluso personas naturales³¹.

En este sentido, la Cámara de Comercio Internacional, mediante el informe *Resolución de Disputas Relacionadas con el Cambio Climático a través del Arbitraje y Métodos Alternativos de Solución de Controversias (ADR)* (CCI), ha mencionado que el Reglamento de la Haya ha sido aplicado en varios casos por actores estatales y privados, que incluye las siguientes reglas:

(i) las listas de la CPA de posibles árbitros especializados o peritos; (ii) la posibilidad de que el tribunal solicite resumen de las cuestiones técnicas o científicas de las partes; (iii) restricciones de confidencialidad a medida de la información; y (iv) posibles medidas cautelares para proteger el medio ambiente, incluyendo órdenes provisionales, cuando se considere necesario para “prevenir un daño grave al medio ambiente que se encuentre dentro del objeto de la controversia³²”.

Como se demuestra de la simple lectura de los preceptos antes citados, se puede colegir que el arbitraje en sí mismo ya viene acompañado con características particulares que, desde el punto de vista de la reparación de daños ambientales, son beneficiosos para la consecución de sus objetivos, por lo que la aplicación del arbitraje ambiental tendría incidencia directa en el cumplimiento de objetivos ambientales.

Por lo tanto, tomando como referencia estos reglamentos, Ecuador podría replicar el modelo para la aplicación del arbitraje ambiental local, extrayendo de él las ventajas que le acompañan para conseguir el efectivo acceso a la justicia ambiental. Dicho esto, de los beneficios más importantes que gozaría un arbitraje ambiental frente a un proceso de responsabilidad civil en justicia ordinaria o administrativa, podemos destacar los siguientes:

31 Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional Cámara de Comercio Internacional, *Resolución de Disputas Relacionadas con el Cambio Climático a través del Arbitraje y Métodos Alternativos de Solución de Controversias (ADR)*, <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-spanish-version.pdf> (06/10/23).

32 Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, No. 29, párrafo 5(4).

4.1.1. LISTA DE POSIBLES ÁRBITROS EXPERTOS

Dentro de los beneficios más significativos, podemos mencionar a la especialización de árbitros en la materia, ya que garantizan una mejor dirección de los temas técnicos en la controversia.

Actualmente, en las unidades judiciales existe “una clara tendencia a la especialidad judicial unida a las necesidades de resolver enorme número de litigios”³³. En nuestro sistema judicial no se cuenta con juzgados ambientales, lo que trae como resultado que exista un retraso en la sustanciación de los procesos judiciales, ya que el juez, al no tener conocimientos técnicos y cualificados, necesitaría, o bien capacitación sobre la materia o bien la intervención de un tercero experto que le asista. Otro problema que podría arrastrar la falta de especialidad del encargado de dirimir la controversia es que puede tener efectos negativos en el resultado, toda vez que, al no conocer sobre la materia, podría tomar decisiones erróneas que perjudicarían al ecosistema o que no conseguirían una adecuada reparación integral.

Además de los estándares y principios que deben cumplir los árbitros como el debido proceso, la independencia, la imparcialidad, se debe considerar que:

Los árbitros expertos se nombran por su capacidad de comprender mejor la información técnica que se les presenta, no para aplicar sus propios conocimientos para resolver la controversia, sin someter la propuesta de conocimientos a las partes para que hagan sus comentarios³⁴.

Así las cosas, la experticia es una de las razones por la cual las partes deciden someter una controversia a arbitraje, ya que al tener los árbitros la capacidad de una mejor comprensión de la información técnica se conduce a una toma de decisiones más fundamentadas y coherentes; por tanto, se obtienen resoluciones más justas y equitativas. La materia ambiental involucra una gran fracción de aspectos técnicos especiales, los que envuelven la necesidad de que las disputas relacionadas a temas de daños a los ecosistemas necesariamente sean conocidas por personas con el conocimiento y la experiencia en temas vinculados, con el fin de conseguir una adecuada reparación integral en caso de confirmarse la existencia del daño.

33 A. ALVARADO, *Sistema procesal Garantía de la libertad*, Primera Edición AC Ediciones, 2018.

34 Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional Cámara de Comercio Internacional, N. 29, párr. 5(8).

Recordemos que la responsabilidad civil, en materia ambiental, es objetiva, por lo que el árbitro deberá solo identificar el daño ocasionado al ambiente y ordenar las medidas más eficientes para su reparación a quien lo cometió.

Otra alternativa vinculada a la experticia es la posibilidad de someter la controversia a un arbitraje en equidad, el cual consiste en “el más libre de los arbitrajes, en el que el árbitro, una vez conocidos los hechos, el árbitro busca en su fuero interno la solución que en su criterio resuelva de manera justa el caso”³⁵. Asimismo, el arbitraje en equidad faculta a los árbitros ha “emitir una decisión con prescindencia de las reglas de derecho [...] no significa en modo alguno que los árbitros, so pretexto de decidir con base en sus consideraciones personales, emitan un fallo abiertamente arbitrario”³⁶. En tal virtud, en un arbitraje en equidad, el árbitro sobre la base de los hechos y los conocimientos técnicos y no sobre la rigurosidad del texto jurídico —sin que se entienda que esto se aparte de los principios del debido proceso— puede resolver en beneficio de la reparación de los ecosistemas, priorizando el cuidado al ambiente, sobre la formalidad normativa.

4.1.2. PROCESOS Y RESULTADOS MÁS EXPEDITOS

En vista de la proliferación de causas judiciales y administrativas, lo extenso de sus procesos y las dilaciones propias de los sistemas públicos, la búsqueda de una reparación efectiva a los ecosistemas por estas vías puede no ser siempre la óptima por el transcurso del tiempo.

En este sentido, para que se efectivice el acceso a la justicia ambiental de una forma eficaz, es necesario que, en los casos en que exista la posibilidad, se acuda a estos medios, que son conocidos por su atención inmediata, por sus tiempos más cortos de respuesta y por su flexibilidad en cuanto a su regulación procesal. Esto, además, permitiría, en un porcentaje, la descongestión del sistema de justicia ordinaria.

35 A. LARREA, Alcance y límites del arbitraje en equidad, *Revista Jurídica Online*, 2011. https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/04/29_21a42_alcan-cylimites.pdf (09/12/2023).

36 S. TALERO, *Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones básicas y derecho aplicable*, Editorial Temis, 2008.

4.1.3. LA POSIBILIDAD DE QUE EL TRIBUNAL SOLICITE UN RESUMEN DE ASUNTOS TÉCNICOS O CIENTÍFICOS A LAS PARTES

Otro beneficio del arbitraje ambiental es la posibilidad de contar con expertos designados por las partes a través de la inclusión de pruebas periciales, quienes aportarían más información sobre la materia que permita al árbitro formarse un criterio acertado y resolver de la manera más imponderable. Esta designación de profesionales puede ser pactadas en las cláusulas arbitrales o regulada por los árbitros al adoptar reglas internacionales relevantes en la materia, de conformidad con la flexibilidad del arbitraje, característica propia de este mecanismo³⁷.

En el campo internacional, por ejemplo, en los arbitrajes de la CCI, actualmente las partes introducen “efectivamente pruebas periciales [...] en relación con el medio ambiente, la energía y otras cuestiones técnicas”³⁸.

Otro ejemplo se manifiesta en el Reglamento de la Haya, en donde se establece expresamente la posibilidad de que un tribunal arbitral puede solicitar a las partes la introducción de información especializada para mejor comprensión. Específicamente, se contempla la posibilidad de:

que aporten un documento no técnico en el que se resuman y expliquen los antecedentes de cualquier información científica, técnica o de otra índole especializada que el tribunal arbitral considere necesaria para comprender plenamente las cuestiones objeto de la controversia³⁹.

Como se puede apreciar de la información descrita en los párrafos que anteceden, la flexibilidad procedimental, sumada con la libertad de los árbitros de búsqueda de medios para el esclarecimiento de los hechos, en una materia tan técnica y científica como la vinculada al medio ambiente, podría tener una incidencia importante en la obtención de resultados favorables en beneficio de los ecosistemas.

37 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2822-18-EP/23, 13/09/23.

38 Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional Cámara de Comercio Internacional, No. 29. párrafo 5(25).

39 La Corte Permanente de Arbitraje, *Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o Medio Ambiente*, Artículo 24, 19/06/2001.

4.2. APLICACIÓN EFECTIVA DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Una vez identificadas las ventajas procesales del arbitraje, es crucial adentrarnos en el aspecto fundamental de ejercer la acción civil de responsabilidad ambiental por este mecanismo. Sostenemos que el arbitraje ofrece la posibilidad de lograr una auténtica y oportuna remediación ambiental y, en consecuencia, una aplicación efectiva al principio de reparación integral, que es un principio ambiental establecido por nuestra normativa, que abarca la remediación⁴⁰ y la restauración⁴¹ del ecosistema. Este principio consiste en lo siguiente:

Conjunto de acciones, procesos y medidas, incluidas las de carácter provisional, que aplicados tienden fundamentalmente a revertir impactos y daños ambientales; evitar su recurrencia; y facilitar la restitución de los derechos de las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas. En realizar y aplicar acciones, procesos y medidas que reviertan los impactos y/o daños ambientales y sociales⁴².

Como podemos observar, el daño ambiental puro busca la reparación integral del ecosistema y la restitución de los derechos de quienes han sido afectados por dicho daño, yendo más allá de una simple indemnización patrimonial. Por ende, ante la necesidad de actuar de manera rápida y eficaz frente a estos sucesos, el arbitraje nace como un mecanismo para revertir estos impactos ambientales y sociales y, de esta manera, cumplir con una justicia ambiental efectiva.

Es pertinente señalar que, al sugerirse el arbitraje como un método para reparar el daño ambiental puro ocasionado por el sujeto responsable, no es excluyente a que el Estado ejerza las acciones administrativas y penales correspondientes, toda vez que el arbitraje solo es oponible entre las partes. Se resalta la importancia que tiene el legitimado activo de que se remedie lo antes posible el daño ocasionado al ambiente, de conformidad con nuestra normativa constitucional⁴³.

40 Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Medio Ambiente, Artículo 3 (84), RO Edición Especial 2, 31/03/2003.

41 Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Medio Ambiente, Artículo 3 (88), RO Edición Especial 2, 31/03/2003.

42 Código Orgánico de Ambiente, Artículo 9(9).

43 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 399, RO No. 449, 20/12/2008.

En este punto, es necesario traer a colación como un ejemplo de reparación integral a las reglas denominadas como *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*; toda vez que, si bien es cierto el referido documento tiene su aplicación a las disputas relativas al impacto de las actividades empresariales en los derechos humanos, el mismo ha sido aplicado en casos que derivan en temas ambientales, debido a su frecuente relación⁴⁴. Lo novedoso de estas reglas arbitrales es la enumeración de las posibles formas de reparación que dictaminaría el árbitro:

Un laudo puede ordenar una compensación monetaria o unas medidas no monetarias, incluyendo restitución, rehabilitación, la satisfacción, el cumplimiento específico; y la provisión de garantías de no repetición⁴⁵.

En mérito de ello, y tomando como guía las formas de reparación establecidas en las reglas precedentes, el árbitro podría resarcir el daño ocasionado al medio ambiente ya sea mediante una compensación monetaria o a través de medidas no monetarias. Adicionalmente, el árbitro con la expedición del laudo podría emitir recomendaciones acerca de posibles acciones adicionales que contribuyan a la resolución de la disputa original y a la prevención de futuros conflictos o la repetición del perjuicio, las cuales tendrán fuerza legal únicamente si son aceptadas por ambas partes⁴⁶.

En virtud de lo expuesto, el arbitraje visto como un mecanismo alternativo para la reparación integral del ecosistema, y como medio para el acceso a la justicia ambiental, podría actuar de una manera más oportuna ante los daños ocasionados por el sujeto responsable.

A pesar de que la justicia ordinaria también se presenta como un recurso para buscar la reparación integral del ecosistema, considerando que la materia ambiental se dota de fuentes de suprema especialidad, las ventajas inherentes al arbitraje, en conjunto con las modalidades de reparación que un árbitro puede implementar, y sumado a la voluntad previa de las partes de someter

44 E. GARCÍA, “Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los derechos humanos”, *Themis Revista de Derecho*, 77, 2020.

45 Center of International Legal Corporation, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* (2019), Article 45.

46 Center of International Legal Corporation, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* (2019).

disputas inherente a daños ambientales a arbitraje, revela que este método constituye un eficiente mecanismo alternativo para la restauración completa de un ecosistema. Su propósito fundamental es garantizar el acceso a la justicia ambiental, actuando de manera más oportuna frente a los daños ocasionados por el sujeto responsable, lo que posibilita que las decisiones arbitrales estén más orientadas a concretar una reparación efectiva.

4.3. FACULTADES ARBITRALES: MEDIDAS CAUTELARES URGENTES ANTE LA EXISTENCIA DAÑOS GRAVES

Por otro lado, resulta imperativo resaltar que entre las facultades conferidas a los árbitros se encuentra la capacidad para dictar medidas cautelares. Estas medidas idóneas, se emplean con el propósito de “conservar el *statu quo*, evitar la pérdida o daño de algo, facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral, tomar y/o preservar pruebas, o impedir la transferencia o dilapidación de bienes”⁴⁷. Para ello, la parte, además de los requisitos básicos a presentar como el convenio arbitral, deberá acreditar en su solicitud: “(i) el *fumus boni juris*, es decir, un medio de prueba que constituya presunción grave del derecho que reclama; (ii) el *periculum in mora*, es decir, la necesidad imperiosa de que la medida sea dictada para evitar que quede ilusoria la ejecución del fallo”⁴⁸. Ahora bien, en ciertos casos excepcionales no contemplados por la ley, también deberá demostrar “el *periculum in damni*, es decir, que exista un fundado temor de que le pueden causar lesiones graves o de difícil reparación”⁴⁹.

En nuestra legislación, se le reconoce a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares, según el artículo 9 de la LAM, en concordancia con el artículo 8 de su Reglamento. Siendo entre varias las medidas que pueden disponer los árbitros, en el contexto del arbitraje en materia ambiental, esta facultad se ejercerá con el propósito de “impedir la continuación de algún daño actual, o la materialización de un daño inminente”⁵⁰; siendo, en ciertos casos, que el árbitro pueda exigir una garantía “con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida”⁵¹. Teniendo en consideración lo expuesto, en situaciones de daño grave y actual al medio ambiente, los árbitros tienen la facultad de

47 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, N. 22.

48 J. ELOY, “¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial? “en E. León (Coord.), *Revista Internacional de Arbitraje*”, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2006.

49 J. ELOY, N. 46.

50 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 8 (b), RO Suplemento No. 524, 26/08/2021.

51 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 9.

emitir medidas cautelares, sin que esta decisión se interprete como prejuicio o condicionamiento para futuras determinaciones en el laudo.

Por otro lado, es preciso mencionar que las partes, pese a que pueden solicitar las medidas cautelares o provisionales ante un árbitro de emergencia o Tribunal Arbitral, estas aún tienen la posibilidad de requerirlas ante la jurisdicción ordinaria, en cuyo caso no se lo interpretará como una renuncia al convenio arbitral⁵².

A modo de ejemplo, el Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito detalla con precisión el procedimiento para solicitar medidas provisionales. De acuerdo con dicho reglamento, si una parte identifica un daño actual y grave, tiene la facultad de presentar la solicitud correspondiente, la cual será conocida y resuelta por un árbitro de emergencia. En caso de cumplir con los requisitos y confirmarse la existencia de un daño continuo o la posibilidad inminente de que se materialice un perjuicio, el árbitro emitirá su decisión mediante una orden procesal, la cual deberá ser acatada por la parte contraria.

En el arbitraje internacional, se encuentra regulado en el Reglamento de la Haya la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares encaminadas a la protección del medio ambiente para evitar un posible daño irreversible (*periculum in damni*), a saber:

A menos que las partes lo hayan convenido de otro modo, el tribunal arbitral podrá, a petición de cualquiera de las partes y habiendo obtenido la opinión de todas ellas, tomar todas las medidas provisionales, incluyendo ordenes provisionales en relación con el asunto en litigio, que considere necesarias para la protección de los derechos de cualquiera de las partes *o para impedir, dentro del ámbito del asunto en litigio, un daño serio al medio ambiente*⁵³.

Tomando como referencia los principios ambientales de precaución y prevención, en correlación con los conceptos que anteceden, ante la existencia de un posible daño ambiental, la interposición de una medida cautelar que lo detenga, juega un rol protagónico que sobrellevará beneficios al ecosistema si se consigue por medio de las medidas que detenga la generarse dicho daño.

52 Ídem., Artículo 8.

53 Corte Permanente de Arbitraje, N. 26, Artículo 26(1).

Por su parte, la reparación integral que se busca mientras se desarrolla el proceso arbitral podría ser más efectiva, por cuanto la interposición de la medida cautelar conllevaría a que el perjuicio no se siga agravando en el tiempo de sustanciación del proceso.

5. LA PARTICIPACIÓN DE LA AUTORIDAD AMBIENTAL COMPETENTE EN EL ARBITRAJE PARA LA APROBACIÓN DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL

Bajo la aplicación de instrumentos internacionales, se ha constatado la facultad que tiene el árbitro de establecer la forma más adecuada para remediar de manera oportuna y efectiva al ambiente.

No obstante, la legislación del Ecuador le otorga la facultad de aprobar las medidas de reparación integral, en primera línea a la autoridad ambiental. Al respecto, el CODA establece:

La Autoridad Ambiental Competente deberá aprobar las medidas de reparación integral presentadas por el responsable del daño ambiental y su respectiva implementación. La aprobación de las medidas ejecutadas que no hayan reparado integralmente los daños ambientales será nula de pleno derecho⁵⁴.

A primera vista, el presente artículo es claro en determinar que la autoridad ambiental es el único ente autorizado para aprobar las medidas de reparación de los daños ocasionados por el operador, no siéndole atribuible dicha facultad al juez ni al árbitro.

Por su parte, ni la LAM y ni su Reglamento disponen alguna atribución que faculte al árbitro en dictar medidas de remediación y restauración en materia ambiental.

Sin embargo, el COGEP, que es aplicado de manera supletoria en procesos arbitrales, establece una excepción a la norma ambiental, de manera que en ciertos casos se faculta a los juzgadores de dictar referidas medidas. La norma *ibidem* dispone:

54 Código Orgánico de Ambiente, Artículo 296.

Las medidas remediadoras, restauradoras y reparadoras de los daños ambientales, así como su implementación, se someterán a la aprobación de la autoridad ambiental nacional.

En el caso de que no existan tales medidas, la o el juzgador las ordenará⁵⁵.

Es decir, si bien la regla general es que las medidas encaminadas a la reparación integral del ambiente deben ser aprobadas por una autoridad ambiental, esta admite una excepción, señalando que en los casos de que dichas medidas no existan, el juzgador —que para el caso que nos ocupa sería el árbitro o el tribunal arbitral— las ordenará, lo que, en resumen significaría que cuando la autoridad ambiental no haya actuado para conseguir la reparación integral de un daño, y ese daño ha sido puesto en conocimiento de un árbitro —para el caso que nos ocupa—, este puede ordenar dicha reparación, cumpliendo con el objetivo de protección ambiental.

Ahora bien, teniendo en consideración el principio constitucional *in dubio pro natura*⁵⁶ y la normativa procesal anteriormente citada, se puede inferir que, en caso de existir algún conflicto normativo, los árbitros quedan facultados de tomar las medidas necesarias para la reparación integral del ecosistema si esto no se ha hecho previamente. Esto sería una respuesta oportuna y efectiva para garantizar el acceso a la justicia ambiental.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Dentro de la esfera del derecho de responsabilidad civil en materia ambiental, se prevé la posibilidad de perseguir la reparación integral de la naturaleza cuando se ha identificado un daño que afecte al recurso, impulsada por parte de actores privados, que, sin sufrir un daño patrimonial por mencionada afectación, tienen un interés directo en la conservación de los ecosistemas.

La posibilidad de resolver este tipo de conflictos por medio de un procedimiento arbitral implica el cumplimiento de una serie de requisitos previo a la consumación del daño, pero que, a su vez, conlleva una serie de beneficios en el procedimiento de determinación de la existencia del daño como en la resolución de

55 Código Orgánico General de Procesos, Artículo 39.

56 Código Orgánico de Ambiente, Artículo 9(5).

reparación integral del mismo, al contar, por mencionar algunos, con árbitros especializados, celeridad en la sustanciación del procesos y medidas de reparación más oportunas y eficaces; esto sin mencionar la flexibilidad del proceso que permite introducir elementos técnicos distintos con matiz probatoria que van más allá de los determinados para el procedimiento ordinario.

Sin perjuicio de que nada impida la suscripción de un convenio arbitral con fines ambientales ni la sustanciación de un proceso arbitral de responsabilidad ambiental y de reparación de daños ambientales, no es una práctica frecuente en el derecho ecuatoriano. Quizá la falta de regulación fomenta su falta de activación o quizá no existen aún suficientes incentivos que promuevan a los actores privados a iniciar acciones civiles/arbitrales con fines ambientales.

Esto no obsta de que sea un mecanismo eficaz que debe ser desarrollado e impulsado para alcanzar uno de los fines más importantes del derecho ambiental que es la reparación integral.

Lo recomendable sería que, tomando como referencia normativa internacional ampliamente desarrollada como *el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o Medio Ambiente*, el arbitraje ambiental tenga, dentro del marco normativo del arbitraje general, en concordancia con la normativa especial ambiental, su regulación que permita expresamente la interposición de demandas arbitrales para la reparación del daño puro, así como el desarrollo de la posibilidad de solicitar y dictar medidas cautelares, en virtud del principio de prevención y precaución ambiental.

Adicionalmente, se debe incentivar a los Centros de Arbitraje nacionales, a dictar dentro de sus Reglamento disposiciones tendientes a la consecución de la justicia ambiental tomando como base las disposiciones y en cumplimiento del Acuerdo Regional Sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y El Caribe, de las Naciones Unidas.

Finalmente, sería apropiado promover la participación de árbitros con especialización en asuntos ambientales, además de identificar peritos o expertos en diversas áreas relacionadas con esta materia. De esta manera, se facilitarían de manera más efectiva el esclarecimiento de los hechos ante la posible existencia de un daño inminente, y que estos colaborarían en la selección de medidas de reparación más oportunas en aras de conseguir la restauración y remediación del ecosistema afectado.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y El Caribe.” RO No. 67 20/05/2020.
- Alarcón, I. Estándares *de Reporting ESG ¿En qué consisten y cuál debería elegir?* <https://esgeo.eu/es/estandares-de-reporting-esg-en-que-consisten-y-cual-deberia-elegir/> (08/12/2023)
- Alvarado, A. “*Sistema procesal Garantía de la libertad*”, Primera Edición AC Ediciones (2018).
- Araque Arellano, M. *Gestión Ambiental de la empresa mediante la Norma ISO 14001-2015*,
- Caivano, R. *La cláusula arbitral Evolución histórica y comparada*, Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Center of International Legal Corporation, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* (2019).
- Código Orgánico de Ambiente, RO No. Suplemento 983, 12/04/2017.
- Código Orgánico General de Proceso, RO No. Suplemento 506, 22/05/2015.
- Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, Resolución de Disputas Relacionadas con el Cambio Climático a través del Arbitraje y Métodos Alternativos de Solución de Controversias (ADR).
- Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/12/2008.
- Corral Talciani, H. *Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente*, Revista Chilena de Derecho, No. 23 1996.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2822-18-EP/23, 13/09/23.
- Eloy, J. “¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial?” en E. León (Coor.), *Revista Internacional de Arbitraje*, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2006.
- Gapel, G., Ruiz, H. *Reinterpretando la responsabilidad ambiental por daños a las personas derivados de actividades riesgosas: el caso de los contratos agroindustriales*, Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 30 No. 2, 2017.
- García, E. “Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los derechos humanos”, *Themis Revista de Derecho* 77, 2020.
- González de Cossío, F. *Arbitraje*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, 2008.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Módulo de Información Económica Ambiental de las Empresas*.

- Jucenda, F. Arbitraje y Derecho del Medio Ambiente: El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho “Primera Parte”: Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.
- Corte Permanente de Arbitraje, Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o Medio Ambiente, 19/06/2001.
- Larrea, A. *Alcance y límites del arbitraje en equidad*, Revista Jurídica Online, 2011.
- Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 1, RO No. Suplemento 417, 14/12/2006.
- Lorduy, C. “Herramientas o instrumentos constitucionales y legales para la defensa de los recursos naturales y el medio ambiente”, *Justicia Ambiental Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente*, Primera Edición, 2001.
- Moreno, R. *El Arbitraje administrativo*, Madrid: McGrawHill, 1997.
- Parra, A. et al., “Derecho Procesal Ambiental: Paradigma entre el daño y el delito ambiental” 1era. Ed., Leyer Editores, 2019.
- Parraguez, L., Darquea, J. “La arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2016.
- Penagos, H. “La Liquidación del Perjuicio Ambiental”, *Justicia Ambiental Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente*, Primera Edición, 2001.
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 8 (b), RO Suplemento No. 524, 26/08/2021.
- Talero, S. *Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones básicas y derecho aplicable*, Editorial Temis, 2008.
- Tamayo, J. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo No. 1, Ed. Legis, 2007.
- Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Medio Ambiente, RO Edición Especial 2, 31/03/2003.
- Vidal, R. “El Arbitraje Ambiental y sus Implicancias”, *Advocatus*, No. 28, 2013.

La producción documental en el arbitraje: un mecanismo destacado en la práctica internacional

DOCUMENT PRODUCTION IN INTERNATIONAL ARBITRATION
AND ITS APPLICABILITY IN DOMESTIC ARBITRATION.

*Carlos Elías Correa García**

Recibido/Received: 20/12/23

Aceptado/Accepted: 08/01/24

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Fundamentos teóricos de la producción documental en el arbitraje internacional. 2.1. ¿En qué consiste la producción de documentos? 2.1.1. ¿Qué ocurre en los sistemas procesales de civil law? 2.1.2. ¿Qué ocurre en los sistemas procesales de common law? 2.1.3. ¿Qué ocurre en arbitraje internacional? 2.2. Facultad de los tribunales arbitrales para ordenar la producción documental en el arbitraje internacional. 2.2.2. Regulación procesal en el arbitraje internacional. 2.2.2.1. Lex arbitri y regulación por defecto. 2.2.2.2. Acuerdo entre las partes. 3. Facultad del tribunal para modular las reglas procesales. 3.1. Reglamentos internacionales de arbitraje que reconocen expresamente la facultad para ordenar la producción de documentos. 3.2. Efectividad de la producción documental en el arbitraje internacional. 3.2.1. El uso de “inferencias adversas”. 3.2.2. Colaboración entre los tribunales arbitrales internacionales y la justicia ordinaria para la obtención de pruebas. 3.3. Alcance y requisitos de la solicitudes de producción de documentos. 3.3.1. Uso de normas de soft law. 3.3.2. Requisitos para la solicitud de producción documental bajo las reglas de la IBA y las reglas de praga. 3.3.3. Identificación adecuada del documentos o “categoría de documentos”. 4. Relevancia y

* Estudiante de pregrado de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad Espíritu Santo (UEES). Correo electrónico: carloscorrea@uees.edu.ec. El autor desea expresar su profundo agradecimiento al equipo de Coronel & Pérez, cuya motivación, aliento y apoyo fueron fundamentales para llevar a cabo este trabajo académico. Sin su invaluable colaboración, esta investigación no habría sido posible.

materialidad del documentos solicitado. 5. Poder, custodia y control del documento solicitado. 6. Documento solicitado no caiga bajo el ámbito de “privilegios”. 6.1. Redfern schedules. 7. Aplicabilidad de la producción documental en el arbitraje doméstico. 7.1. Libertad configurativa de la regulación sobre la prueba en el arbitraje doméstico y posibilidad de emplear la producción documental. 7.2. Límites a la configuración de las reglas sobre la prueba a la luz de la sentencia 2822-18-ep/23. 7.3. Implementación de la producción de documentos en el contexto ecuatoriano. 8. Conclusiones.

RESUMEN: Este trabajo académico se centra en el análisis de la “producción documental” (*document production*) como una práctica extendida en el ámbito del arbitraje internacional. En primer lugar, se examinan los fundamentos teóricos, los antecedentes y la definición de este mecanismo procesal, así como la autoridad conferida a los tribunales arbitrales para emitir órdenes al respecto. A continuación, se aborda la situación actual de la producción de documentos en los foros internacionales de arbitraje, considerando el marco normativo vigente y los requisitos vinculados a las solicitudes de producción de pruebas documentales, de acuerdo con instrumentos de *soft law* como las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga. Por último, se explora la viabilidad de aplicar este mecanismo en el contexto del arbitraje doméstico, en consonancia con la legislación ecuatoriana vigente.

PALABRAS CLAVE: producción documental, *Redfern schedules*, arbitraje internacional, arbitraje doméstico

ABSTRACT: This academic paper focuses on the analysis of document production as a common practice in international arbitration. First, it examines the theoretical foundations, background, and definition of this procedural mechanism, as well as the authority of arbitral tribunals to order it. Furthermore, it addresses the current state of document production in the field of international arbitration, considering the existing regulatory framework and the requirements for requests to produce documents under soft law instruments such as the IBA Rules and the Prague Rules. Finally, it explores the applicability of the document production mechanism in domestic arbitration, in accordance with current Ecuadorian law.

KEYWORDS: document production, *Redfern schedules*, international arbitration, domestic arbitration

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje se caracteriza por su flexibilidad, impulsada por el principio de autonomía de la voluntad que emana de su origen contractual. Bajo esta premisa, las partes gozan de una notable libertad para diseñar las reglas procesales que mejor se adapten a sus necesidades, siempre en consonancia con los límites establecidos por el orden público y el debido proceso. Esta flexibilidad se manifiesta de manera importante en el ámbito probatorio, donde tanto las partes como los árbitros tienen la amplitud necesaria para establecer las reglas que regirán la presentación, validación y actuación de pruebas. Este aspecto es uno de los factores que convierten al arbitraje en un mecanismo tan atractivo a nivel mundial.

En Ecuador, con la emisión de la Sentencia 2822-18-EP/23 del 13 de septiembre de 2023, la Corte Constitucional ha respaldado significativamente la flexibilidad de adaptación de las reglas de procedimiento en el arbitraje nacional. Esta Sentencia reafirma la amplia libertad de las partes para configurar y modificar las reglas procesales, incluyendo aquellas relacionadas con la prueba, lo que, a su vez, abre la posibilidad para explorar diversas instituciones jurídicas comunes en el arbitraje internacional y considerar su aplicación en el arbitraje doméstico.

En este contexto, una de las figuras jurídico-procesales más empleadas en los foros internacionales de arbitraje es la “producción documental”, denominada en inglés como *document production*. Este mecanismo procesal desempeña un papel crucial en la recopilación y presentación de pruebas en procedimientos arbitrales, ya que permite a las partes acceder a documentos relevantes y contribuye a la transparencia y economía procesal.

En esencia, la producción de documentos requiere que una de las partes del arbitraje, a solicitud de su contraparte o del tribunal arbitral, presente o exhiba documentos bajo su control que puedan resultar determinantes para la resolución del caso¹. Este mecanismo encuentra respaldo en las regulaciones de diversas

1 A. REDFERN Y M. HUNTER, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta. Ed., Editorial La Ley, 2007.

instituciones arbitrales a nivel mundial y en instrumentos de *soft law*² utilizados tanto en el arbitraje comercial internacional como en el de inversión.

A partir de las consideraciones expuestas, el presente trabajo académico tiene como objetivo revisar los fundamentos teóricos y la aplicación práctica de la producción documental en la esfera del arbitraje internacional. Para cumplir este propósito, se seguirá la siguiente estructura:

En la *Sección 2* se examinarán algunos aspectos generales de la producción de documentos en el arbitraje internacional.

- En la *Subsección 2.1.* se revisarán los principios que rigen la presentación de pruebas en los sistemas procesales del *civil law*, el *common law* y el arbitraje internacional, con miras a comprender en qué consiste la producción documental y cuáles son sus antecedentes.
- En la *Subsección 2.2.* y la *Subsección 2.3.* se analizará el estado actual de la producción de documentos en el arbitraje internacional, considerando el marco regulatorio vigente, junto con los requisitos y alcances de las solicitudes de producción documental bajo instrumentos de *soft law* como las Reglas de la IBA³ y las Reglas de Praga⁴.
- En la *Subsección 2.4.* se abordará la utilización de tablas de producción de documentos (conocidas como *Redfern Schedules*) en la resolución de objeciones a las solicitudes documentales.

En la *Sección 3* se explorará la aplicabilidad de la producción documental en el arbitraje doméstico, a la luz de la legislación nacional y de la Sentencia 2822-18-EP/23, teniendo en cuenta los posibles límites constitucionales que puedan surgir en este ámbito.

2 Según la definición de Pastor, el término “*soft law*” engloba una diversidad de actos que varían en su origen y naturaleza, y aunque inicialmente carecen de efectos jurídicos vinculantes, adquieren relevancia de diversas maneras. En el ámbito internacional, esto incluye normas convencionales, acuerdos no vinculantes, resoluciones, recomendaciones y declaraciones de principios emitidas por organizaciones o conferencias internacionales, las cuales tienen un carácter meramente exhortatorio y no obligatorio, y sirven como guía u orientación en términos programáticos. Sin embargo, en el contexto que estamos tratando, estas normas pueden adquirir el carácter de reglas adjetivas aplicables al procedimiento arbitral, ya sea por acuerdo entre las partes o por disposición del tribunal arbitral. B. PASTORE, “Soft Law y la Teoría de las Fuentes del Derecho.” *Journal of The Saudi Pharmaceutical Society* 1 (2014).

3 Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 2020).

4 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (*Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*, 2018).

Finalmente, en la *Sección 4*, presentaremos algunas conclusiones generales que resumen los hallazgos y puntos clave discutidos en el presente trabajo académico.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Antes de entrar a analizar el mecanismo procesal objeto de estudio en este trabajo académico, es crucial abordar una cuestión preliminar: el término “producción de documentos” (*document production*) puede llevar a confusiones, dado que, en el sistema procesal ecuatoriano, se utiliza la palabra “producción” como sinónimo de “práctica” de la prueba.

En este sentido, debemos destacar que el concepto de “práctica de la prueba” en el derecho nacional se refiere a la actividad de utilización o actuación de los medios probatorios, previamente anunciados y admitidos, que se lleva a cabo dentro de un proceso judicial para demostrar ante el juzgador los hechos que han sido ofrecidos en los actos de proposición⁵. En cambio, la “producción de documentos” en el arbitraje internacional se relaciona con la presentación de medios probatorios documentales, a solicitud de la contraparte o del tribunal arbitral, para su posterior validación a través de un análisis de admisibilidad que lleva a cabo el propio tribunal.

Para evitar confusiones, una traducción más adecuada de la figura *document production* podría ser “exhibición de documentos”. No obstante, para los fines de este trabajo académico, se ha preferido mantener el término “producción documental” por ser ampliamente utilizado por la doctrina a nivel internacional.

Después de haber efectuado esta advertencia inicial, en la presente Sección nos adentraremos en el estudio de este mecanismo procesal en el contexto del arbitraje internacional. Esto incluirá la exploración de la institución del *discovery* angloamericano, el antecedente cercano de la producción documental, su definición, y la facultad que poseen los tribunales arbitrales para emitir órdenes relacionadas con la producción de documentos.

5 J. L. MAZÓN, *Ensayos críticos sobre el COGEP*, Tomo I, 2da. Ed., Legal Group Ediciones, 2020.

2.1. ¿EN QUÉ CONSISTE LA PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS?

Primero, debemos tener en cuenta que el arbitraje internacional se presenta como un espacio de convergencia de diversas tradiciones jurídicas, siendo frecuente que los abogados de una parte estén familiarizados con sistemas procesales derivados del derecho continental-europeo (*civil law*), mientras que aquellos de la otra parte provengan de jurisdicciones arraigadas en el derecho angloamericano (*common law*). Esta disparidad de sistemas se vuelve evidente en el ámbito probatorio, donde emergen notables diferencias, particularmente en lo que respecta a la presentación de pruebas.

Según Taruffo, en general, se puede distinguir entre sistemas “centrados en las partes”, donde la presentación de pruebas depende en gran medida de la actividad de las partes, y sistemas “centrados en el tribunal”, en los cuales el juzgador desempeña un papel mucho más activo en la etapa de aportación probatoria⁶. En esta línea, es importante conocer que el desarrollo y los principios que rigen la presentación de pruebas difieren entre los sistemas procesales del *civil law*, el *common law* y el arbitraje internacional.

2.1.1. ¿QUÉ OCURRE EN LOS SISTEMAS PROCESALES DE *CIVIL LAW*?

En los sistemas del derecho continental-europeo, basados en el principio general conocido como “*affirmanti incumbit probatio*” (la carga de la prueba recae en quien hace una afirmación), la actividad probatoria se enfoca principalmente en la demostración de los hechos en disputa⁷. Como resultado, la presentación de prueba documental se limita a este propósito específico, lo

6 M. TARUFFO, *La prueba*, Marcial Pons, 2008.

7 Es importante destacar que, aunque la aplicación de la regla general del *onus probandi* prevalece, existen excepciones establecidas por el legislador por razones de orden público, que invierten la carga de la prueba. Por ejemplo, en el sistema procesal civil ecuatoriano, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) establece en el inciso primero de su artículo 169 la regla general de la carga de la prueba, pero en los incisos 4 y 5 de dicho artículo, se disponen dos excepciones que invierten la carga de la prueba en asuntos de familia y medio ambiente. El COGEP detalla:

Art. 169 COGEP.- Carga de la prueba.- Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. [...] En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima. En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado [...].

que implica que, en principio, las partes solo están obligadas a presentar aquellos documentos que contribuyan a demostrar la veracidad de sus afirmaciones con respecto a un hecho controvertido en particular⁸.

Bajo este contexto, es importante hacer algunas precisiones. A pesar de que la regla general en los sistemas de derecho continental-europeo establece que todas las pruebas deben ser anunciadas y adjuntadas en los actos de proposición con el fin de respaldar las afirmaciones de una parte con respecto a los hechos que alega⁹, cabe destacar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de esta tradición contemplan remedios procesales que permiten obtener pruebas documentales o periciales en posesión de terceros, en situaciones en las que una de las partes no puede acceder a dichas pruebas por sus propios medios¹⁰.

En el derecho ecuatoriano, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) contempla la figura del “auxilio judicial” que faculta al juez a ordenar a la otra parte (o incluso a terceros no involucrados en el litigio) que proporcione todo documento o información que esté en su poder y que fuese solicitada mediante auxilio¹¹. No obstante, debe señalarse que el alcance de esta figura suele ser bastante restringido y se limita a elementos probatorios de “imposible” acceso. Además, se requiere que dicha solicitud se presente en los actos de proposición, ofreciendo indicaciones precisas sobre el contenido, el lugar en que se encuentra y la absoluta imposibilidad de obtener el medio de prueba

8 Al respecto, COUTURE señala: “El principio general de la carga de la prueba puede caber en dos preceptos: a) *En materia de obligaciones*, el actor prueba los hechos que suponen existencia de la obligación, y el reo los hechos que suponen la extinción de ella. b) *En materia de hechos y actos jurídicos*, tanto el actor como el reo prueban sus respectivas proposiciones. Por virtud del primer principio, el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no la produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada: el demandado triunfa con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él la carga de la prueba. El mismo principio, desde el punto de vista del demandado, es el siguiente: si el demandado no quiere sucumbir como consecuencia de la prueba dada por el actor, entonces él, a su vez, debe producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación; y si no lo hace, pierde”. E. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, (Buenos Aires: 1973), p. 243.

9 N.8.

10 J. L. MAZÓN, N. 5 (2020).

11 Art. 159 COGEP.- Oportunidad.- La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario. La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código. Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código. [...].

solicitado¹². En consecuencia, debe notarse que este remedio procesal tiene una naturaleza distinta y un alcance mucho más limitado en comparación con lo que se observa en los sistemas de *common law* o en el arbitraje internacional, tal como se expondrá a continuación.

2.1.2. ¿QUÉ OCURRE EN LOS SISTEMAS PROCESALES DE *COMMON LAW*?

A diferencia de lo que sucede en el modelo continental-europeo, en los sistemas de derecho angloamericano se fomenta una actividad probatoria más amplia con dos objetivos principales: en primer lugar, se busca descubrir la verdad en su totalidad, sin limitarse únicamente a demostrar la veracidad de hechos controvertidos específicos; en segundo lugar, pretende prevenir sorpresas procesales durante el juicio. Este enfoque sobre la actividad probatoria se materializa a través de una fase preliminar previa al juicio denominada *discovery* o *disclosure*, en la cual las partes están obligadas a revelar todos los documentos que puedan utilizar para respaldar sus reclamaciones o defensas.

El *discovery*, como institución procesal, encuentra sus raíces en el caso inglés *Compagnie Financiere du Pacifique v Peruvian Guano Co.* de 1882, donde el juez ponente, Lord Justice Sir William Brett del *Queen's Bench*¹³, estableció la regla de que una parte está obligada a revelar a la otra “todos los documentos en su posesión o bajo su control relacionados con cualquier asunto disputado en la reclamación”¹⁴. En otras palabras, en este sistema procesal, las partes están obligadas a presentar todas las pruebas documentales en su poder, incluso aquellas que pudieran ser perjudiciales, y además tienen la facultad de solicitar a su adversario la presentación de documentos específicos.

12 Art. 142 COGEP.- Contenido de la demanda.- La demanda se presentará por escrito y contendrá: [...] 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica. 8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.

13 *Queen's Bench* era la antigua Corte de Apelaciones Inglesa, actualmente denominada *Court of Appeal for England and Wales*.

14 *Compagnie Financiere du Pacifique v Peruvian Guano Co* (1882) 11 QBD 55: “*The party swearing the affidavit is bound to set out all documents in his possession or under his control relating to any matters in question in the action.*”

En los Estados Unidos, las *Federal Rules of Civil Procedure*, en su reforma más reciente de 2022, reconocen el *pre-trial discovery* en la fase preliminar del juicio, que incluye la divulgación de documentos (*discovery of documents*)¹⁵. Según estas Reglas, tan pronto como sea posible, las partes deben llevar a cabo una conferencia preliminar para discutir varios aspectos procesales y presentar propuestas y acuerdos para un plan de *discovery*¹⁶.

En el caso estadounidense, el proceso de *discovery* experimentó un desarrollo gradual que culminó con la introducción, en 1970, de un sistema de divulgación de pruebas amplio y generalizado, lo que en muchas ocasiones provoca costos considerablemente altos¹⁷. A menudo, las partes se involucran en lo que se denomina como *fishing expeditions*, donde solicitan grandes cantidades de información documental basándose exclusivamente en conjeturas. Debido a esto, las *Federal Rules of Civil Procedure* establecen restricciones al *discovery* en las siguientes circunstancias: (i) con base en la “relevancia” de la información solicitada; (ii) cuando se utiliza este proceso para perturbar o incomodar a la parte contraria; y (iii) cuando la información solicitada cae bajo el ámbito de “privilegios” (sobre este punto, véase la *Subsección 2.3.2.*)¹⁸.

En cambio, en el Reino Unido, con la introducción de las *Civil Procedure Rules* en 1999, se restringió el alcance y la naturaleza del *discovery* tradicional, que pasó a llamarse *disclosure and inspection of documents*. Actualmente, las *Civil Procedure Rules* imponen a ambas partes la obligación de proporcionar “listas de documentos” en su posesión. Estas listas deben incluir tanto aquellos documentos que respalden los argumentos de la parte, como aquellos que puedan tener un impacto adverso en su propio caso o en el de su adversario¹⁹. En esta línea, el estándar aplicable a la elaboración de las listas de documentos es el de búsqueda razonable de la información (*reasonable search*)²⁰.

15 *Federal Rules of Civil Procedure* (2022), Regla 26 (a)(3).

16 La Regla 26 (f) de las *Federal Rules of Civil Procedure* determina: “*Except in a proceeding exempted from initial disclosure under Rule 26(a)(1)(B) or when the court orders otherwise, the parties must confer as soon as practicable—and in any event at least 21 days before a scheduling conference is to be held or a scheduling order is due under Rule 16(b).*” *Federal Rules of Civil Procedure* (2022), Regla 26 (f).

17 M. TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Editorial Temis, 2008.

18 *Federal Rules of Civil Procedure* (2022), Regla 26 (b).

19 *Civil Procedure Rules* (2023), Regla 31.10 (2), (3) y (4).

20 La Regla 31.7 (1) de las *Civil Procedure Rules* establece: “*When giving standard disclosure, a party is required to make a reasonable search for documents falling within rule 31.6(b) or (c).*”

2.1.3. ¿QUÉ OCURRE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL?

Dentro de los procedimientos arbitrales, se aplican los principios fundamentales de buena fe, transparencia y equidad procesal, con el objetivo de garantizar que ninguna de las partes se encuentre en desventaja en lo que respecta al acceso a información relevante para sustentar su caso²¹. Por lo tanto, en la práctica arbitral internacional, la presentación de prueba documental busca enmarcarse en un contexto de equilibrio entre los sistemas procesales del *civil law* y el *common law*, a pesar de las marcadas disparidades entre ambos²².

A partir de lo expuesto, el principio de “buena fe procesal” en el arbitraje implica, en términos generales, que las partes en litigio deben presentar pruebas que respalden adecuadamente sus argumentos y, al mismo tiempo, otorga a cada parte el derecho de acceder a las pruebas que respaldan las alegaciones de su contraparte²³. Sin embargo, para abordar cualquier vacío probatorio o falta de evidencia en relación con las alegaciones previamente presentadas, se inicia una etapa específica en la que se solicita la “producción” o “exhibición” de documentos que se encuentren en posesión de la parte contraria, incluso si estos documentos fueran desfavorables para la parte requerida.

Según Urdaneta, la producción documental en el ámbito del arbitraje internacional se define como un mecanismo mediante el cual una de las partes involucradas en el procedimiento se ve compelida, a solicitud de la otra parte, a presentar documentos específicos o una categoría determinada de documentos que se hallen bajo su posesión, control o custodia²⁴. A diferencia de lo que ocurre en el sistema probatorio del *common law*, en el arbitraje, la producción de documentos no es automática; en su lugar, requiere una resolución emitida por el tribunal arbitral que la ordene. De esta forma, a través de una evaluación previa de la solicitud en términos de su razonabilidad, se busca mitigar los posibles

21 En esta línea, el artículo 18 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece el siguiente principio procesal: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”

22 Como destacan Várady, Barceló y Von Mehren, para los abogados formados en la tradición del *common law*, particularmente para aquellos entrenados bajo el sistema estadounidense, puede ser un desafío adaptarse a los principios que rigen la actividad probatoria en el contexto del arbitraje internacional, debido al alcance limitado del *discovery*. T. VÁRADY, J.J. BARCELÓ Y A.T. VON MEHREN, *International Commercial Arbitration: A transnational perspective*, 2da. Ed., Thomson West (2003).

23 E.J. URDANETA, “La producción de documentos en el arbitraje internacional”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 2 (2021).

24 N. 23.

costos que la parte requerida podría enfrentar, en contraste con el proceso de *discovery* estadounidense, que tiende a ser más amplio y menos selectivo.

Por último, es importante destacar que en el arbitraje internacional se adopta una definición amplia del término “documento” que engloba cualquier tipo de registro que contenga información relevante, independientemente de si se encuentra en formato físico o electrónico. Las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, en su versión más reciente de 2020, establecen que un documento significa cualquier “escrito, comunicación, foto, diseño, programa o datos de cualquier tipo, ya consten en papel, soporte electrónico, audio, visual o en cualquier otro medio”²⁵. Asimismo, las Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (conocidas como “Reglas de Praga”) de 2018, aunque no proporcionan una definición específica de “documentos”, establecen que los elementos de prueba documental pueden ser presentados en copias o en formato electrónico, respaldando así la noción de que, para estos efectos, se considera “documento” a cualquier contenido escrito o audiovisual que se encuentre en soporte físico o electrónico²⁶.

2.2. FACULTAD DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES PARA ORDENAR LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Después de explicar en qué consiste la producción documental, nos corresponde abordar la facultad de los tribunales internacionales para ordenar este mecanismo de exhibición de elementos probatorios en procedimientos de arbitraje. Para comprender esta potestad, es esencial destacar que la producción de documentos es una cuestión de derecho adjetivo que se rige principalmente por el acuerdo de las partes, aunque está sujeta a ciertas limitaciones que pueden derivar de normas de orden público y de derechos fundamentales como el debido proceso.

En los siguientes párrafos, analizaremos algunos puntos clave relacionados con la regulación procesal que determina la facultad de los tribunales internacionales de arbitraje para ordenar la producción de documentos. Sin embargo, debe advertirse que, aunque el arbitraje se rige principalmente por el principio de autonomía de la voluntad, para efectos didácticos, abordaremos en primer

25 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Definiciones.

26 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.7.

lugar la regla por defecto que se aplica en ausencia de un pacto expreso. Luego, examinaremos la importancia de los acuerdos de las partes en materia de regulación procesal, y, finalmente, la facultad supletoria del tribunal arbitral para determinar y modular sus actuaciones procesales.

2.2.4. REGULACIÓN PROCESAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

2.2.4.1. *LEX ARBITRI* Y REGULACIÓN POR DEFECTO.

En el arbitraje internacional, la regulación procesal está intrínsecamente vinculada a la *lex arbitri*, que determina las reglas de procedimiento que se aplicarán. La ley del lugar o sede del arbitraje generalmente define la *lex arbitri* y, en ausencia de un acuerdo explícito entre las partes, esta ley regirá por defecto los asuntos de índole procedimental. Como señala Petrochilo, tanto la jurisdicción del tribunal arbitral como otros aspectos procesales relevantes, incluyendo aquellos relacionados con la práctica de pruebas, están subordinados a esta ley particular²⁷. Por lo tanto, identificar la *lex arbitri* resulta fundamental para determinar la regulación procesal sobre la práctica de pruebas que se aplicará por defecto, en ausencia de un acuerdo expreso entre las partes.

En este contexto, como se mencionó, el principal criterio para determinar la *lex arbitri* aplicable a un procedimiento arbitral es la ley del lugar o sede del arbitraje. Un ejemplo ilustrativo de la utilización de este criterio se encuentra en el Laudo Interino del Caso No. 5029 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En este caso, dos empresas francesas y dos empresas egipcias acordaron someter sus controversias a arbitraje bajo el Reglamento de la CCI, sin especificar una sede. Cuando las empresas francesas presentaron una demanda ante la CCI en virtud del convenio arbitral, la CCI determinó que los Países Bajos serían la sede del arbitraje. Frente a esta situación, el tribunal arbitral consideró que, al no existir una designación específica sobre la ley que regiría el arbitraje, la ley arbitral neerlandesa se convertía en la *lex arbitri* aplicable. Además, el tribunal enfatizó que la *lex arbitri* no corresponde a la ley general que rige los procedimientos en la jurisdicción ordinaria, sino a la ley especial —en materia arbitral— del Estado donde se lleva a cabo el arbitraje²⁸.

27 G. PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University, 2004.

28 Interim Award in ICC Case No. 5029 XII Y.B. Comm. Arb. 113 (1987), en G. BORN, *International Arbitration: Cases and Materials*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

2.2.4.1. ACUERDO ENTRE LAS PARTES

La regulación procesal en el arbitraje depende de los acuerdos y configuraciones establecidos por las partes. Este principio se ha incorporado en diversos instrumentos internacionales, como la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada por la mayoría de los Estados promotores del arbitraje. El Artículo 19 numeral 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI reconoce la libertad de configuración del procedimiento acordado por las partes como la regla general, y, en situaciones en las que no exista un acuerdo, el tribunal arbitral tiene la facultad discrecional de determinar las reglas procesales más apropiadas según las circunstancias del caso, como se establece en el numeral 2 del mismo Artículo²⁹.

3. FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA MODULAR LAS REGLAS PROCESALES

Como se ha indicado, debido a la flexibilidad inherente al arbitraje, y en ausencia de un acuerdo entre las partes (ya sea de manera directa o mediante la referencia al reglamento de un centro de arbitraje), el tribunal posee la facultad supletoria para determinar y ajustar las reglas procesales que regirán sus actuaciones.

Además de estar contemplada en las legislaciones nacionales de los Estados que favorecen el arbitraje, esta facultad discrecional de modular el proceso goza de amplio reconocimiento en la mayoría de los reglamentos de arbitraje a nivel internacional. Por ejemplo, el Artículo 19 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) concede expresamente esta potestad al tribunal arbitral³⁰.

29 Art. 19 Ley Modelo de la CNUDMI.- Determinación del procedimiento.- 1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas

30 Art. 19 Reglamento de Arbitraje de la CCI.- Normas aplicables al procedimiento.- El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determine ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional a ser aplicado en el arbitraje.

Asimismo, el Artículo 44 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (comúnmente conocido como el “Convenio CIADI”) establece que, salvo pacto en contrario, los procedimientos arbitrales sustanciados ante el CIADI se llevarán a cabo de acuerdo con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes otorgaron su consentimiento para el arbitraje, y dispone también que “[c]ualquier cuestión de procedimiento no prevista en [la Sección 3 del Capítulo IV del Convenio CIADI], en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”³¹.

3.1. REGLAMENTOS INTERNACIONALES DE ARBITRAJE QUE RECONOCEN EXPRESAMENTE LA FACULTAD PARA ORDENAR LA PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS

Siguiendo con los reglamentos de instituciones arbitrales internacionales, debemos señalar que estos generalmente confieren al tribunal arbitral la facultad específica de ordenar la producción de documentos. En el ámbito del arbitraje comercial, el Artículo 25 numeral 4 del Reglamento de la CCI establece que “[e]n todo momento durante el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes que aporte pruebas adicionales”³². Además, en su Apéndice IV, titulado “Técnicas para la conducción del caso”, el reglamento de la CCI señala que se pueden utilizar tablas de producción de documentos (también conocidas como *Redfern Schedules*) para facilitar la resolución de objeciones a las solicitudes de producción documental³³.

Por otra parte, el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA, por sus siglas en inglés) dispone en su Artículo 22.1 que el tribunal arbitral tiene la autoridad, ya sea a solicitud de una de las partes o de oficio, para requerir a cualquier parte que presente documentos o copias de documentos bajo su custodia, cuando el tribunal considere que dichos elementos de prueba son relevantes³⁴.

En el contexto del arbitraje de inversión, el Artículo 43 (a) del Convenio CIADI junto con la Regla 36 (3) de su Reglamento de Arbitraje, reconocen

31 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Artículo 44.

32 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021), Artículo 25 (4).

33 Sobre este punto, véase la *Subsección 2.4*.

34 Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (2020), Artículo 22.1 (v).

la capacidad del tribunal arbitral para solicitar a cualquiera de las partes que aporte documentos u otros medios de prueba en cualquier fase del proceso, siempre que sea considerado necesario para la resolución del caso³⁵. Por su parte, la Regla 37, que trata las diferencias relacionadas con las solicitudes de producción de documentos, proporciona un conjunto de criterios para guiar al tribunal arbitral en su toma de decisiones³⁶.

En concordancia, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en su versión de 2021, también prevé la posibilidad de que el tribunal ordene la producción de documentos. De manera análoga al Reglamento del CIADI, el Artículo 27 numeral 3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que el tribunal arbitral tiene la facultad para requerir a las partes la presentación de documentos u otras pruebas en cualquier etapa del procedimiento³⁷.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo que resume las reglas de las instituciones arbitrales mencionadas anteriormente, las cuales otorgan al tribunal arbitral la facultad de ordenar la producción de prueba documental.

	Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021)	Reglamento de Arbitraje de LCIA (2020)	Reglamento de Arbitraje del CIADI (2022)	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021)
Disposición	Artículo 25 (4)	Artículo 22.1 (v)	Regla 36 (3)	Artículo 27 (3)
Contenido	“ Art. 25.- [...] (4) En todo momento durante el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales.”	“ Art. 22.1.- El Tribunal Arbitral tendrá el poder [...] (v) para ordenar a cualquier parte que presente al Tribunal Arbitral y a las demás partes documentos o copias de documentos en su posesión, custodia o control que el Tribunal Arbitral considere relevantes.”	“ Regla 36.- [...] (3) El Tribunal podrá requerir a una parte que presente documentos o cualquier otro medio de prueba si lo considera necesario en cualquier momento del procedimiento.”	“ Art. 27.- [...] (3) En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.”

35 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Artículo 43 (a), y Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Regla 36 (3).

36 Ídem, Regla 37.

37 Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Artículo 27 (3).

3.2. EFECTIVIDAD DE LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Para concluir esta Sección, es de suma importancia resaltar que, dado que los tribunales de arbitraje internacional carecen de poder coactivo y requieren la intervención de los jueces ordinarios para la ejecución de sus decisiones, resulta esencial evaluar la eficacia del mecanismo de producción documental cuando las partes no manifiestan su disposición para cooperar en la presentación de documentos. Además, nos corresponde analizar la colaboración entre los tribunales arbitrales internacionales y los tribunales de justicia ordinaria para obtener elementos de prueba a los cuales las partes involucradas en el proceso arbitral no pueden acceder por sus propios medios.

3.2.1. EL USO DE “INFERENCIAS ADVERSAS”

Como señala González de Cossío, la efectividad del mecanismo de producción documental en el arbitraje depende en gran medida de la voluntad cooperativa de las partes. En situaciones en las que las partes no manifiestan su disposición para cooperar con la exhibición de documentos, resulta difícil que el tribunal arbitral aplique medidas coercitivas desde una perspectiva puramente jurídico-positiva³⁸.

Sin embargo, incluso en tales circunstancias, los tribunales internacionales de arbitraje recurren a una sanción *de facto* conocida como “inferencias adversas” o “conclusiones desfavorables”. Estas inferencias se aplican cuando una parte a la cual se le ha solicitado la presentación de un documento opta por no hacerlo. Como consecuencia, el tribunal arbitral, en un sentido más práctico que estrictamente jurídico, presume el contenido de la prueba no presentada en detrimento de la parte requerida que omitió la exhibición³⁹.

En esta línea, el Artículo 10 de las Reglas de Praga establece que “[s]i una parte incumple las órdenes o las instrucciones del tribunal arbitral, sin justificación, el tribunal arbitral, cuando corresponda, podrá derivar conclusiones desfavorables para esa parte sobre ese aspecto o sobre su asunto”⁴⁰. Del mismo modo, el Artículo 9 numeral 6 de las Reglas de la IBA determina que si una de las

38 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, 5ta. Ed., Editorial Porrúa, 2018.

39 N. 37.

40 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 10.

partes, sin una explicación satisfactoria, se niega a presentar un documento en una solicitud de producción documental a la que no se haya opuesto en el plazo correspondiente, o no presenta un documento ordenado por el tribunal arbitral, el tribunal puede inferir que dicho documento sería adverso a los intereses de esa parte⁴¹.

Por otro lado, en términos generales, la producción de documentos se limita a las partes involucradas en el arbitraje debido a su naturaleza contractual. No obstante, algunas disposiciones, como el Artículo 3 numeral 9 de las Reglas de la IBA⁴² y el Artículo 4.5 de las Reglas de Praga⁴³ contemplan la posibilidad de que el tribunal arbitral tome las acciones necesarias para requerir a un tercero (quien no sea parte en el arbitraje) la producción de un documento. Esto, al tratarse de asunto de índole procesal, dependerá de las limitaciones establecidas por la *lex arbitri* aplicable al caso.

3.2.2. COLABORACIÓN ENTRE LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES Y LA JUSTICIA ORDINARIA PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS

Finalmente, la cooperación entre los tribunales de arbitraje internacional y la jurisdicción ordinaria para obtener elementos de prueba inaccesibles para una de las partes en litigio, es un tema ampliamente debatido y regido por la legislación del lugar donde se busca obtener dicho elemento probatorio. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Sección 1782 del U.S.C. (*United States Code*) otorga a las Cortes de Distrito (que son los tribunales de primera instancia del poder judicial federal de los Estados Unidos) la facultad para ordenar de pruebas en posesión de individuos o entidades sujetas a la jurisdicción de

41 El numeral 6 del Artículo 9 del Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, contempla lo siguiente: “[...] 6. *If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.*”

42 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 3 (9).

43 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.5.

este país, con el propósito de utilizarlas en procedimientos ante “tribunales extranjeros o internacionales” (*foreign or international tribunals*)⁴⁴.

En los últimos años, las Cortes de Circuito de los Estados Unidos (que, en cambio, son los tribunales de segunda instancia en el sistema federal norteamericano) han sostenido opiniones diversas en cuanto a si el término “tribunal extranjero o internacional” incluye a los tribunales de arbitraje privado a nivel internacional. En ese contexto, la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre este asunto en una Sentencia emitida el 13 de junio de 2022, mediante la cual resolvió dos casos consolidados: *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd. y AlixPartners, LLP v. Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States*.

En dicha Sentencia, la Corte Suprema interpretó que la Sección 1782 del U.S.C. permite exclusivamente la obtención de pruebas relacionadas con procedimientos que involucran a “cuerpos adjudicativos gubernamentales o intergubernamentales”. Esto abarca a jueces estatales ordinarios y entidades investidas de autoridad gubernamental, así como a tribunales internacionales que poseen autoridad intergubernamental otorgada por más de un Estado; sin embargo, excluye específicamente organismos que sean estrictamente privados⁴⁵.

A partir de lo mencionado anteriormente, al menos en el contexto del arbitraje comercial internacional, la Corte Suprema considera que la regla de la Sección 1782 con respecto al *discovery* no es aplicable⁴⁶. Esto significa que las Cortes de Distrito se verían limitadas en su capacidad para ordenar a una parte en un arbitraje privado internacional a presentar pruebas documentales bajo su custodia, restringiendo así la asistencia de los tribunales federales de Estados Unidos en el proceso de producción de pruebas.

44 A este respecto, la Sección 1782 del U.S.C. preveía: “[...] (a) *The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. [...] (b) This chapter does not preclude a person within the United States from voluntarily giving his testimony or statement, or producing a document or other thing, for use in a proceeding in a foreign or international tribunal before any person and in any manner acceptable to him.*” 28 U.S. Code § 1782.

45 En su parte dispositiva, la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló lo siguiente: “*In sum, we hold that §1782 requires a “foreign or international tribunal” to be governmental or intergovernmental. Thus, a “foreign tribunal” is one that exercises governmental authority conferred by a single nation, and an “international tribunal” is one that exercises governmental authority conferred by two or more nations. Private adjudicatory bodies do not fall within §1782.*” 596 U. S. *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd. y AlixPartners, LLP v. Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States* (2022).

46 B. GÓMEZ DE LA TORRE Y S. VÁSQUEZ JÁCOME, “La sección 1782 del título 28 del código de Estados Unidos y sus implicaciones dentro del Arbitraje Internacional y de Inversiones”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 13, (2022).

Sin embargo, en relación con el arbitraje de inversión, surge la duda sobre la posible aplicabilidad de la Sección 1782, especialmente en los casos de disputas bajo el Convenio CIADI, donde las partes involucradas incluyen necesariamente a un Estado. Aunque esta cuestión no está completamente resuelta, parece que las cortes federales estadounidenses tienden a interpretar que un tribunal CIADI carecería de autoridad “intergubernamental”⁴⁷. En todo caso, la doctrina ha considerado que la limitación de la Sección 1782, tras el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, no tendría una afectación determinante en los procesos arbitrales internacionales, ya que estos cuentan con sus propios métodos de producción de pruebas, y, en la práctica, esta Sección se utilizaba solo en una pequeña porción de todos los arbitrajes a nivel mundial⁴⁸.

3.3. ALCANCE Y REQUISITOS DE LAS SOLICITUDES DE PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS

Una vez que hemos establecido con claridad que los tribunales internacionales de arbitraje tienen la facultad de ordenar la producción documental, nos corresponde analizar los aspectos prácticos de las solicitudes de producción de documentos presentadas por las partes. Como mencionamos en la Subsección anterior, los reglamentos de instituciones arbitrales internacionales generalmente otorgan al tribunal la facultad de ordenar la producción de prueba documental, en términos generales. Sin embargo, en raras ocasiones, estos reglamentos establecen límites específicos o requisitos detallados para dicha producción.

Algunas excepciones notables incluyen el Reglamento de LCIA, que establece ciertos parámetros como la “relevancia” y la “custodia o control” del documento solicitado, y la Regla 37 (b) del Reglamento del CIADI que toma en cuenta la “relevancia e importancia” de los documentos solicitados para resolver cualquier diferencia que surja de una objeción de una parte a la solicitud de producción documental de la otra parte.

47 N. 45.

48 Al respecto Gómez De La Torre y Vásquez Jácome señalan lo siguiente: “Consideramos que no existe una afectación como tal a los procesos arbitrales, dado que estos tienen su propio mecanismo y procedimiento para la producción de prueba como es el caso son (*sic*) las reglas IBA sobre la producción de prueba o incluso aquellas que sean aplicables por el propio acuerdo de las partes haciendo uso de la manifestación de su voluntad. Si bien es cierto que el 28 U.S.C §1782 daba un acceso amplio a la prueba, incluso a la protegida por preceptos legales, se utiliza esta herramienta una pequeña parte de todos los arbitrajes realizados a nivel mundial”.

Frente a esta situación, como analizaremos en los próximos párrafos, es común que en el arbitraje internacional se recurra a normas de *soft law* para determinar los requisitos de las solicitudes de producción documental y su alcance.

3.3.1. USO DE NORMAS DE *SOFT LAW*

En situaciones donde no existe una regulación clara sobre los requisitos o el alcance de la producción de documentos, tanto los tribunales arbitrales como las partes a menudo recurren a parámetros establecidos en normas de *soft law*, como las Reglas de la IBA o las Reglas de Praga mencionadas anteriormente. Estas Reglas establecen principios generales en torno a la presentación de pruebas en el arbitraje internacional, incluyendo el de que cada parte debe asumir la carga de la prueba de los hechos en los que basa sus acciones o defensas. Además, estas Reglas desarrollan estándares para la presentación de solicitudes de producción de documentos y los requisitos para que estas solicitudes sean válidas, así como las objeciones a la producción de prueba documental y sus consecuencias.

En este punto, es importante destacar algunas diferencias relevantes entre las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga en lo que respecta a los principios que rigen los asuntos probatorios y, en particular, la producción de documentos. Las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga reconocen el principio *affirmanti incumbit probatio* como estándar probatorio principal, lo que significa que cada parte en litigio debe presentar las pruebas que respalden sus argumentos⁴⁹. No obstante, en cuanto a la posibilidad de solicitar la producción de documentos, las Reglas de Praga, construidas desde una perspectiva más cercana a la tradición del derecho continental-europeo, otorgan a este mecanismo un carácter excepcional, mientras que las Reglas de la IBA, más afines a la tradición del derecho angloamericano, establecen la producción documental como regla general⁵⁰. Por ejemplo, el Artículo 4.2 de las Reglas de Praga dispone que “[c]omo regla general, se invita al tribunal arbitral y a las partes a evitar cualquier método de exhibición documental, incluido el discovery electrónico”⁵¹.

49 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 3 (1); y Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 3.1.

50 B. GÓMEZ DE LA TORRE Y C. ANDRADE MORENO, “Las normas sobre la práctica de la prueba: Reglas IBA, Reglas de Praga o la autonomía de la voluntad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, (2020), p. 74-75

51 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.2.

En cuanto al procedimiento de exhibición o producción documental, este suele ser flexible y adaptable según las necesidades del caso. En una reunión preliminar (o conferencia procesal), que se lleva a cabo tan pronto como el tribunal arbitral recibe el expediente del caso, se suele establecer un calendario de intercambio de documentos que puede incluir la presentación simultánea de solicitudes y un período designado para la producción documental, junto con la oportunidad de presentar objeciones. Por ejemplo, el Artículo 2 numeral 2 de las Reglas de la IBA establece que, en una reunión preliminar realizada lo antes posible, el tribunal arbitral consultará a las partes sobre el alcance, momento y forma del trámite probatorio, incluyendo “[...] c) los requisitos, procedimiento y formato aplicable a la producción de documentos”⁵².

Por otra parte, la práctica común en el arbitraje internacional implica abrir una etapa especial después del intercambio de la primera ronda de escritos para permitir que las partes conozcan los alegatos y pruebas de la contraparte y, en consecuencia, puedan solicitar documentos adicionales si es necesario. A pesar de que tanto las Reglas de la IBA como las Reglas de Praga prevén la posibilidad de requerir medios de prueba adicionales en cualquier punto del arbitraje en caso de que lo consideren necesario (siempre que sea anterior a la expedición del laudo), la fase de producción documental debe ceñirse a lo establecido previamente en el calendario procesal. En este sentido, las Reglas de Praga, en su Artículo 3.3, establecen de forma tajante que “[e]l tribunal arbitral podrá establecer un plazo perentorio para la remisión de la prueba a las actuaciones y rechazar la admisión de nueva prueba que se presente tras el vencimiento de dicho plazo, salvo que concurren circunstancias excepcionales”⁵³.

3.3.2. REQUISITOS PARA LA SOLICITUD DE PRODUCCIÓN DOCUMENTAL BAJO LAS REGLAS DE LA IBA Y LAS REGLAS DE PRAGA

En cuanto al alcance de la producción de documentos, ante el silencio de la mayoría de las legislaciones nacionales y de reglamentos de instituciones arbitrales, se espera que los árbitros encuentren un equilibrio entre la celeridad procesal y el derecho de contradicción. En este sentido, las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga establecen una serie de estándares similares los cuales deben ser tenidos en cuenta por parte del tribunal arbitral, siempre con la

52 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 2 (2).

53 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 3.3.

consideración de que estas Reglas sirven como guía para las actuaciones del tribunal y no tienen un carácter vinculante en sí mismas.

En general, los documentos cuya exhibición se solicita deben ser específicos, relevantes y materiales para el caso, y estar bajo el control de la parte requerida. En esta misma línea, debe tenerse en consideración que, sin perjuicio de que las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga contemplan estos tres estándares, existen algunas diferencias significativas. La primera radica en que bajo las Reglas de la IBA no solo se pueden requerir documentos concretos, sino también “categorías de documentos” (siempre y cuando estén determinadas con suficiente especificidad), mientras que las Reglas de Praga parecen limitar la producción a documentos específicos. Además, las Reglas de Praga añaden el requisito de que el documento solicitado no sea de dominio público, mientras que las Reglas IBA requieren que no estén protegidos por “impedimentos legales” ni “privilegios” (*legal impediments or privileges*).

A continuación, proporcionamos un cuadro comparativo que expone las principales diferencias entre las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga en lo que respecta a normas relacionadas con la producción documental.

	Premisa sobre la producción documental	Etapas para la producción documental	Requisitos para la solicitud de producción documental
Reglas de la IBA (2020)	La regla general es la producción de documentos. (Art. 3)	Cualquier parte puede presentar una solicitud de producción de documentos dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral. (Art. 3 numeral 2)	a) Que se identifique adecuadamente el documento solicitado o una categoría de documentos; b) Que se justifique su relevancia y materialidad para el caso; c) Que esté en poder, custodia o control de la otra parte; y d) Que no esté protegido por impedimentos legales ni privilegios.
Reglas de Praga (2018)	La producción de documentos es la excepción. (Art. 4.2)	La etapa de producción documental solo se abrirá si las partes convencen al tribunal arbitral acerca de su necesidad. (Art. 4.4)	a) Que el documento (específico) sea relevante y material para la resolución del caso; b) Que no sea de dominio público; y c) Que esté en posesión o bajo control de la parte contraria.

3.3.3. IDENTIFICACIÓN ADECUADA DEL DOCUMENTO O “CATEGORÍA DE DOCUMENTOS”

El primer requisito que deben cumplir las solicitudes de producción documental, ya sea de acuerdo con las Reglas de la IBA o las Reglas de Praga, se relaciona con la necesidad de proporcionar una adecuada identificación de los documentos requeridos. Las Reglas IBA, según su Artículo 3 numeral 3 literal (a), disponen que la solicitud debe incluir: (i) una descripción de cada documento cuya exhibición se solicita, la cual debe ser suficiente para identificarlo; y (ii) en el caso de que se solicite una “categoría específica de documentos” (*a narrow and specific category of documents*), se debe incluir una descripción detallada suficiente, así como la justificación de la creencia razonable de su existencia⁵⁴. El nivel de detalle requerido en estas solicitudes generalmente implica la inclusión de información como los posibles autores y destinatarios del documento, las fechas o períodos en los que se crearon y el contenido presunto del documento⁵⁵.

En este contexto, existe un debate sobre si la parte solicitante puede requerir “grupos” o “categorías” de documentos (por ejemplo, todos los contratos, registros financieros o información contable generada en un determinado ejercicio económico), en lugar limitarse a solicitar “documentos específicos”. Como se mencionó, según el Artículo 3 numeral 3 literal (a) (ii) de las Reglas IBA, se permite la solicitud de “categorías de documentos” siempre que la descripción sea lo suficientemente detallada, incluyendo la materia a la que se refieren los documentos solicitados.

En contraste, las Reglas de Praga restringen las solicitudes de producción únicamente a documentos específicos y concretos. Conforme al Artículo 4.3 de las Reglas de Praga, a pesar de la regla general contenida en el Artículo 4.2 (según la cual, el tribunal debe evitar cualquier método de exhibición de documentos), si una parte considera necesario, puede solicitar a la parte contraria solo la presentación de “documentos concretos”, explicando por qué, en su opinión y en el contexto particular, es necesaria la exhibición documental. Específicamente, el Artículo 4.3 establece que una parte puede “[...] solicitar al tribunal arbitral que requiera a la parte contraria la aportación de un

54 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 3 (3) (a).

55 E.J. URDANETA, N. 23 (2021).

*documento concreto*⁵⁶. Es decir, estas Reglas imponen limitaciones a las solicitudes de producción, permitiendo únicamente la exhibición de documentos específicos y concretos.

4. RELEVANCIA Y MATERIALIDAD DEL DOCUMENTO SOLICITADO

Según el literal (b) del Artículo 3 numeral 3 de las Reglas de la IBA, así como el literal a del Artículo 4.3 de las Reglas de Praga, uno de los criterios fundamentales para admitir la producción de un documento es su “relevancia y materialidad”. Las Reglas de la IBA emplean la formulación “relevante para el caso y material para su resolución” (*relevant to the case and material to its outcome*), mientras que las Reglas de Praga se refieren de manera similar a que el documento solicitado “[sea] relevante y material para la resolución del caso” (*relevant and material to the outcome of the case*)⁵⁷. Demostrar la relevancia y materialidad de un documento es, por consiguiente, una condición esencial para que un tribunal de arbitraje acepte una solicitud de producción documental.

El concepto de “relevancia” de un medio probatorio es crucial como criterio de selección de pruebas admisibles en casi todos los ordenamientos jurídicos. Taruffo explica que la relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual solo se deben admitir y considerar los medios de prueba que mantienen una conexión lógica con los hechos del litigio⁵⁸. Siendo “ α ” un enunciado acerca de la existencia de un hecho controvertido y “ β ” un enunciado que expresa el resultado positivo esperado de un determinado medio de prueba (es decir, cuál será la consecuencia de practicar ese elemento probatorio), la conexión entre ambos puede adoptar tres formas:

- (i) α y β no tienen ninguna conexión lógica, ya que se refieren a hechos distintos sin relación entre ellos. En este caso, β sería inútil para demostrar α , y, por lo tanto, el medio de prueba no es relevante y debe ser excluido.
- (ii) α y β se refieren al mismo hecho y tienen la misma referencia empírica, lo que significa que β proporciona información relevante para

56 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.3.

57 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 3 (3) (b); y Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.3 (a).

58 M. TARUFFO, N. 6 (2008).

establecer la verdad de α . Este escenario se conoce en el *common law* como “*real evidence*” o “*material evidence*”. Por ende, la “materialidad” de una prueba vendría a ser un caso específico de relevancia en el que α y β tienen una conexión lógica directa.

- (iii) α y β no se refieren al mismo hecho, pero están relacionados indirectamente, ya que β se refiere a un hecho a partir del cual se puede inferir la veracidad de α . En el derecho angloamericano se denomina al elemento de prueba que recae en este supuesto como “*circumstantial evidence*”. En este caso, el medio de prueba es relevante, aunque no es material, y su admisibilidad puede variar según el sistema procesal⁵⁹.

La relevancia lógica, como criterio de selección probatoria, permite determinar qué elementos de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso. No obstante, la aplicación del principio de relevancia varía según el sistema procesal y las normas que regulan la selección preliminar de medios de prueba presentados. En los ordenamientos de derecho continental-europeo, este principio sirve como un fundamento genérico para excluir elementos de prueba cuya incorporación al caso sería inútil o innecesaria⁶⁰. Por el contrario, en los sistemas de *common law*, la relevancia de la prueba es el único criterio de admisibilidad, lo que evidencia una versión más fuerte de este principio.

En cualquier caso, en el arbitraje internacional, según el literal (a) del numeral 2 del Artículo 9 de las Reglas de la IBA, el tribunal arbitral tiene la facultad de rechazar total o parcialmente la producción de un documento o categoría de documentos, ya sea por iniciativa propia o a petición de la parte requerida, si la solicitud de producción documental carece de suficiente relevancia para el caso o no es material para su resolución. En este contexto, la doctrina coincide en que un documento es relevante si es adecuado para respaldar una afirmación de hecho realizada por la parte solicitante relacionada con el caso en cuestión, o para refutar las afirmaciones de la otra parte⁶¹. Es decir, el documento solicitado será relevante si está relacionado con el hecho litigioso, ya sea porque corresponde a una afirmación de la propia parte solicitante objetada por su contraparte, o a una hecha por la parte requerida que sea cuestionada por la solicitante.

59 N. 57.

60 Por ejemplo, en el sistema de procedimiento civil ecuatoriano, el artículo 160 del COGEP establece tres requisitos que debe cumplir la prueba para ser admitida: *pertinencia, concurrencia y utilidad*. Bajo este contexto, el principio de relevancia vendría a ser un valor subyacente en cada uno de estos criterios.

61 C. CATELLI Y R. BRUEGGEMANN, “Evidentiary Objections”, *Global Arbitration Review*, 2021, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/evidentiary-objections> (25/10/2023).

Sin embargo, de acuerdo con los estándares establecidos en las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga, el solicitante de un documento debe justificar no solo su relevancia, sino también su materialidad. Catelli y Brueggemann señalan que, en el contexto del arbitraje internacional, el requisito de materialidad implica que el documento solicitado sea necesario para decidir un aspecto fáctico en disputa que permita la resolución del caso, y que ese hecho litigioso no hubiese sido probado de otra manera⁶². Por lo tanto, este estándar implicaría, en principio, demostrar una conexión lógica directa e inmediata entre el enunciado que expresa el resultado esperado del elemento de prueba y el enunciado acerca de la existencia del hecho controvertido. En virtud de ello, se debate si el requisito de materialidad implica un estándar más riguroso para la admisión de una solicitud de producción de documentos en arbitraje, en comparación con otros sistemas probatorios en materia civil⁶³.

Por último, también se ha discutido si la parte solicitante tiene la carga de probar las alegaciones de hecho a las que dice que se relaciona el documento solicitado, especialmente porque este requisito no se menciona explícitamente en las Reglas IBA. Aunque algunos autores defienden la aplicación de este requisito por razones de eficiencia, otros se oponen a esta opinión, argumentando, entre otras cosas, que tal enfoque podría comprometer los estándares de materialidad y relevancia, así como llevar a un trato desigual de las partes⁶⁴.

5. PODER, CUSTODIA Y CONTROL DEL DOCUMENTO SOLICITADO

Las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga convergen en la premisa de que el documento solicitado debe encontrarse en posesión, custodia o bajo el control de la parte requerida, en vez de la parte solicitante. En consecuencia, si una

62 N. 60.

63 Bajo el sistema probatorio ecuatoriano, por ejemplo, el inciso segundo del artículo 161 del COGEP establece como parámetro que la prueba debe hacer referencia “directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”, sin requerir necesariamente la materialidad de la misma para su admisión.

64 Oepangat y Janet sugieren que la parte solicitante tiene la carga de probar la relevancia del documento cuya producción se busca. También señalan que, su turno, el tribunal arbitral debe analizar si el solicitante ha presentado un argumento que *prima facie* justifique que el documento solicitado sea relevante para su caso. Sin embargo, estos autores consideran que, incluso en ese supuesto, el tribunal puede determinar que la solicitud de producción de un documento es necesaria para establecer una alegación de hecho de la parte solicitante (es decir, que es relevante), pero aun así negar su producción si no considera que influirá o impactará en el laudo final (esto es, que su resultado será material). D. OEPANGAT Y JANET, “Document Production and Disclosure in Investor-State Arbitration”, *Juris Gentium Law Review*, (2017).

parte ya tiene acceso a ciertos documentos, no se le permite solicitar su producción. Esto se refleja, por ejemplo, en el Artículo 4.5 de las Reglas de Praga, que establece que una parte puede solicitar al tribunal arbitral la presentación de un documento específico “[...] b. que no sea de dominio público⁶⁵; y c. que esté en posesión o bajo el control de la parte contraria”⁶⁶.

El Artículo 3 numeral 3 literal (c) de las Reglas de la IBA establece que una solicitud de producción de documentos en un procedimiento arbitral debe contener una declaración que indique que los mismos no están en posesión, custodia o control de la parte solicitante o, en su defecto, debe proporcionar razones para demostrar por qué sería excesivamente gravoso (*unreasonably burdensome*) para la parte solicitante producir dichos documentos⁶⁷. Esto implica que existen circunstancias excepcionales en las que, aunque el solicitante tenga acceso a los documentos, puede pedir su producción si demuestra que obtenerlos le supondría una carga excesivamente gravosa.

6. DOCUMENTO SOLICITADO NO CAIGA BAJO EL ÁMBITO DE “PRIVILEGIOS”

Los privilegios probatorios (conocidos como en el derecho angloamericano como *privileges*), consisten en mecanismos procesales que otorgan a individuos específicos la libertad de no presentar ciertos medios de prueba, no revelar información en su posesión, e incluso el derecho de excluir la obtención de cierto tipo de información, en relación con un proceso en curso⁶⁸. Es decir, este mecanismo opera anulando la obligación de una persona de revelar o permitir que otros tengan acceso a información, datos o materiales que se encuentren en su posesión, concediéndole al titular de dicha información el derecho de invocar la existencia de “documentación privilegiada” para evitar su divulgación (*discovery*). En términos generales, las justificaciones subyacentes a los “privilegios” a menudo están relacionadas con la protección de la

65 Un ejemplo de esta regla se evidencia en el caso *ADF Group Inc. v. Estados Unidos de América*, donde el tribunal arbitral sostuvo que, si los documentos cuya producción se solicita son de dominio público y están disponibles en las mismas condiciones para ambas partes, no es necesario exigir a la otra parte que los presente para su revisión. *ADF Group Inc. v. Estados Unidos de América*, CIADI, (Caso No. ARB. (AF)/00/1), Laudo del 09 de enero de 2003, p. 210, citado en E.J. URDANETA, N. 23 (2021).

66 Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018), Artículo 4.5. (b) y (c).

67 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 3 (3) (c).

68 M. TARUFFO. N. 6 (2008).

privacidad de los individuos, o la confidencialidad de información profesional, comercial o gubernamental⁶⁹.

En la mayoría de los sistemas de *civil law*, la protección de información que recaiga en el ámbito de un privilegio es bastante limitada. Por el contrario, en los sistemas de derecho angloamericano, los privilegios probatorios son más prevalentes y se han desarrollado más extensamente

En el arbitraje, los tribunales suelen respaldar el derecho de las partes a invocar la confidencialidad y el secreto profesional como medio para excluir la presentación de pruebas. En este contexto, el Artículo 9 de las Reglas de la IBA ofrece directrices para preservar la confidencialidad de documentos y las expectativas de las partes con respecto a la admisibilidad de comunicaciones potencialmente “privilegiadas”. Concretamente, el Artículo 9, numeral 2, literal (b) permite al tribunal arbitral excluir la producción de pruebas documentales que estén sujetas a un “impedimento legal” o “privilegio” (*legal impediment or privilege*) de acuerdo a la ley que el propio tribunal determine como aplicable⁷⁰.

Por otra parte, según el Artículo 9 numeral 4 de las Reglas de la IBA, al evaluar objeciones de impedimento legal o privilegio, el tribunal arbitral puede tomar en cuenta varios aspectos, que abarcan la necesidad de preservar la confidencialidad de toda información generada con el propósito de brindar o recibir asesoramiento legal (*attorney-client privilege*) y la confidencialidad de documentos o comunicaciones relacionadas con negociaciones mantenidas para llegar a un acuerdo (*settlement negotiations privilege*)⁷¹. Asimismo, el Artículo 9 dispone que el tribunal debe considerar las expectativas de las partes y sus asesores en el momento en que se originó el impedimento legal o el privilegio, cualquier renuncia potencial a estos derechos (*waiver of any applicable legal impediment or privilege*), así como la importancia de mantener la equidad y la igualdad entre las partes, especialmente cuando estas están sujetas a diversas normativas legales o éticas⁷².

En esa misma línea, un tribunal arbitral que dirige la etapa de producción documental bajo las Reglas de la IBA puede rechazar la exhibición de un documento por otras razones que van más allá de los “privilegios”. Estas razones pueden incluir la carga excesivamente gravosa de la solicitud, la pérdida o

69 N. 67.

70 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 9 (2) (b).

71 N. 69, Artículo 9 (4) (a) y (b).

72 N. 69, Artículo 9 (4) (c), (d) y (e).

destrucción del documento solicitado, la protección de secretos comerciales (*commercial or technical confidentiality*) o secretos de Estado (*special political or institutional sensitivity*)⁷³, así como consideraciones relacionadas con la justicia, la economía procesal, la proporcionalidad y la igualdad⁷⁴.

A pesar de que las Reglas de la IBA ofrecen la posibilidad de objetar solicitudes de producción de documentos por razones de confidencialidad y privilegios, no proporcionan una orientación precisa sobre qué ley debe aplicarse al evaluar estas objeciones. Esto puede generar dificultades, especialmente en casos que involucran múltiples jurisdicciones con estándares de confidencialidad divergentes. En cualquier caso, la doctrina internacional sugiere que el principal criterio para determinar la normativa que rige los privilegios en el arbitraje internacional es el *closest connection test*, según el cual la legislación más estrechamente relacionada con el documento solicitado se convierte en la ley aplicable⁷⁵.

73 En el contexto del arbitraje de inversión, OEPANGAT Y JANET abordan la aplicación del Artículo 9 (2) (f) de las Reglas de la IBA, que permite a los Estados oponerse a la producción de documentos basándose en la “sensibilidad política o institucional” (*special political or institutional sensitivity*). Estos autores plantean la preocupación de que los Estados puedan abusar de este privilegio para clasificar todo documento gubernamental bajo la etiqueta de “secreto de Estado”, lo que podría obstaculizar la transparencia del procedimiento arbitral. En esta línea, destacan que, a menudo, en virtud del principio *equal treatment and fairness*, las leyes nacionales otorgan amplia discreción a los Estados para declarar información gubernamental como “secreta” o “privilegiada”. No obstante, el precedente arbitral en esta materia sugiere que la amplia discreción en la clasificación de documentos como “secretos” suele ser rechazada por los paneles de arbitraje de inversión. Por ejemplo, en el caso *Biwater Gauff v. Tanzania*, un tribunal del CIADI rechazó el uso de una ley nacional para evitar la producción de documentos, afirmando que la única razón válida para negarse a la producción de una documentación gubernamental es la protección de información “políticamente sensible” por razones de seguridad e interés público, tal como se establece en el Artículo 9.2(f) de las Reglas de la IBA. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. República Unida de Tanzania*, CIADI, (Caso No. ARB. /05/22), Laudo del 24 de julio de 2008, citado en OEPANGAT Y JANET, N. 63 (2017).

74 En su redacción original, el Artículo 9 numeral 2 de las Reglas de la IBA dispone lo siguiente: “[...] 2. *The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of the following reasons: (a) lack of sufficient relevance to the case or materiality to its outcome; (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable (see Article 9.4 below); (c) unreasonable burden to produce the requested evidence; (d) loss or destruction of the Document that has been shown with reasonable likelihood to have occurred; (e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or (g) considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling.*” Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 9 (2) (a), (b), (c), (d), (e), (f) y (g).

75 S. STOUTEN Y D. JANSEN, “Legal privilege issues: at the mercy of the arbitral tribunal”, *International Bar Association*, 2021, <<https://www.ibanet.org/legal-privilege-arbitral-tribunal> (30/10/2023).

6.1. REDFERN SCHEDULES

Para concluir nuestra revisión del estado actual de la producción de documentos en el arbitraje internacional, corresponde analizar la utilidad de las tablas de producción de documentos en la resolución de objeciones a las solicitudes documentales. En la práctica arbitral internacional, cuando se considera una solicitud de producción de documentos y surgen objeciones, es común recurrir a un instrumento colaborativo conocido como *Redfern Schedule*, originalmente concebido por el árbitro británico Alan Redfern. Su finalidad principal es facilitar la creación de un registro de fácil acceso (tanto para las partes como para el tribunal arbitral) que refleje de manera concisa los argumentos relacionados con las solicitudes de producción documental.

Un *Redfern Schedule* comúnmente consta de cinco columnas en las que se registran las solicitudes de documentos o clases de documentos en disputa, las justificaciones para la solicitud, las objeciones a la solicitud, la contestación a las objeciones y la decisión final del tribunal arbitral sobre la exhibición del documento solicitado. De esta forma, las partes y el tribunal contribuyen en diferentes momentos para completar las distintas columnas de la tabla de producción documental.

Como se mencionó anteriormente, el creador de esta herramienta probatoria es el destacado jurista inglés Alan Redfern⁷⁶. Además de una exitosa carrera como litigante, Redfern ha llevado a cabo más de 200 arbitrajes comerciales internacionales en una variedad de disputas y áreas. En el año 2000, como miembro de un tribunal arbitral presidido por otro prominente jurista británico, William Hugh Griffiths, Redfern ideó una tabla de múltiples entradas para abordar las solicitudes de producción de documentos. El árbitro ponente propuso el nombre “*Redfern Schedule*” para este instrumento, y a raíz de esta sugerencia, se adoptó esta denominación para referirse a las tablas de producción documental en procedimientos arbitrales a nivel mundial⁷⁷.

Los *Redfern Schedules* proporcionan una estructura eficiente que simplifica el proceso de producción de documentos. Al condensar las posiciones de las partes en un formato conciso, se elimina la necesidad de extensos debates orales entre los abogados involucrados. Esto, en comparación con los procedimientos judiciales

76 Redfern también es reconocido en la esfera académica por ser el coautor de uno de los tratados más importantes de arbitraje internacional comercial de las últimas décadas, titulado “*Redfern and Hunter on International Arbitration*”.

77 ONE ESSEX COURT, *Alan Redfern retires from practice*, 2008, <https://www.oeclaw.co.uk/news/view/alan-redfern-retires-from-practice> (31/10/2023).

ordinarios, confiere al proceso probatorio en el arbitraje internacional un carácter menos formal y más controlado por las partes⁷⁸. Además, esta herramienta permite a los árbitros tomar decisiones fundamentadas, garantizando que su decisión sobre la producción de un documento (o categoría de documentos) se base en los criterios propios a la práctica arbitral, como la relevancia, materialidad, proporcionalidad y eficiencia procesal, que previamente fueron objeto de análisis.

Finalmente, el uso de tablas de producción documental contribuye a prevenir solicitudes de exhibición excesivamente amplias y costosas, en contraste con el sistema de *discovery* angloamericano, lo que resulta beneficioso tanto para las partes involucradas en el arbitraje como para la eficiencia de la práctica arbitral en general.

En este contexto, el Artículo 22 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que contiene disposiciones sobre la conducción de los procedimientos, permite al tribunal arbitral, previa consulta con las partes, adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que no vayan en contra de ningún pacto expreso. Estas medidas pueden incluir una o varias de las técnicas para la conducción del proceso descritas en el Apéndice IV del Reglamento de la CCI. En esta línea, el literal “d” de dicho Apéndice IV determina que el tribunal arbitral, con el objetivo de controlar el tiempo y los costos, puede emplear “[...] una tabla de producción de documentos para facilitar la resolución de cuestiones relacionadas con la producción de documentos”⁷⁹.

A continuación, se presenta un modelo de tabla de producción de prueba documental que ejemplifica un *Redfern Schedule* común.

No.	Documento o categoría de documentos	Relevancia y materialidad del documento según la parte solicitante		Objeciones al documento solicitado	Contestación a las objeciones del documento solicitado	Decisión del tribunal arbitral
		Referencias en favor de la solicitud	Comentarios a la solicitud			
1	-	-	-	-	-	-
2	-	-	-	-	-	-
3	-	-	-	-	-	-
...

78 A. REDFERN Y M. HUNTER, N. 1 (2007).

79 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021), Apéndice IV.

7. APLICABILIDAD DE LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO

Después de haber definido la producción documental como un mecanismo para exhibir documentos requeridos por la contraparte o por el propio tribunal de arbitraje durante la fase probatoria de un procedimiento arbitral, y considerando su amplio uso en los arbitrajes internacionales, en esta Sección nos centraremos en explorar la viabilidad de aplicar este mecanismo procesal en el ámbito del arbitraje doméstico, teniendo en cuenta la normativa vigente en Ecuador.

En primer lugar, examinaremos algunas disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) y su Reglamento (“Reglamento de la LAM”), que abordan cuestiones procesales relacionadas con la libertad de las partes para configurar el procedimiento. Al mismo tiempo, evaluaremos la regulación de los aspectos procesales relacionados con la prueba a la luz de la Sentencia 2822-18-EP/23, en la que la Corte Constitucional reafirmó la amplia facultad de las partes para adaptar y modificar las reglas procesales en el arbitraje. Por último, consideraremos los posibles límites constitucionales a la configuración de las reglas sobre la prueba.

7.1. LIBERTAD CONFIGURATIVA DE LA REGULACIÓN SOBRE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO Y POSIBILIDAD DE EMPLEAR LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL

A partir de la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje y Mediación, promulgada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997, se estableció el principio de que las partes tienen una amplia libertad para diseñar las reglas de trámite aplicables a su procedimiento. Como se explicó en la Sección anterior, esto significa que las partes pueden adaptar el proceso según sus necesidades y preferencias, lo que contribuye a la agilidad y flexibilidad características del arbitraje.

El Artículo 38 de la LAM, que no ha sido reformado desde su entrada en vigor, en donde dispone que el procedimiento arbitral se sujetará al trámite determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, además de las normas procesales indicadas en la misma LAM, sin perjuicio de las “normas supletorias” aplicables⁸⁰. En cuanto a la utilización de dichas normas

80 **Art. 38.-** El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.

supletorias, el Artículo 37 de la LAM dispone que “[e]n todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil [actualmente el COGEP] o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate de arbitraje en derecho”⁸¹. En otras palabras, esta disposición parecía establecer la regla de que, ante un vacío normativo o en ausencia de regulaciones específicas de las partes en el convenio arbitral, los árbitros debían recurrir a las reglas procesales utilizadas en los procedimientos judiciales ordinarios.

No obstante, con la publicación del Reglamento de la LAM en el Registro Oficial Suplemento No. 524 del 26 de agosto de 2021, su Artículo 10, que transcribe de manera casi textual lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI, se reconoció más claramente la primacía de la voluntad de las partes en la regulación de las actuaciones procesales⁸². De esta manera, el Reglamento de la LAM estableció que las partes pueden pactar y determinar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones, ya sea directamente o haciendo referencia a un reglamento arbitral, y, en ausencia de acuerdo o en caso de falta de una disposición aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y pudiendo recurrir a los principios y prácticas comunes en materia arbitral. Solo de manera supletoria, y si el tribunal lo estimase necesario, se podrían aplicar las disposiciones contenidas en el COGEP⁸³.

Esta interpretación del Artículo 38 de la LAM, resulta coherente con los numerales 3 y 4 del Artículo 1 del Reglamento de la LAM. A su vez, estas disposiciones establecían que, en la interpretación y aplicación de las normas de la LAM y su Reglamento, así como en cuestiones no expresamente previstas, el tribunal arbitral debe considerar siempre la naturaleza negociable y flexible del

81 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 37.

82 Art. 10.- Libertad de regulación de las actuaciones.- 1. Las partes podrán pactar y determinar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones, sea directamente o por referencia a un reglamento arbitral. A falta de acuerdo o en ausencia de una disposición aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso pudiendo para esto recurrir a los principios y prácticas de uso común en materia arbitral. 2. Supletoriamente, cuando no contravenga los principios del arbitraje y si el tribunal estimare oportuno, se podrán aplicar las disposiciones contenidas en el Código Orgánico General de Procesos.

83 N. 81.

arbitraje, y especialmente sus principios, usos y prácticas⁸⁴.

A pesar de que la doctrina nacional siempre sostuvo que en el arbitraje las partes tienen la libertad de acordar las reglas de trámite (incluyendo las relacionadas con la prueba)⁸⁵, existía cierta resistencia por parte de algunos tribunales arbitrales a permitir una amplia configuración en lo que respecta a las reglas relativas a las actuaciones del tribunal arbitral. En lugar de ello, preferían recurrir al COGEP en caso de lagunas o vacíos normativos.

En este contexto, la Sentencia 2822-18-EP/23 de la Corte Constitucional, emitida el 13 de septiembre de 2023, confirmó la aplicación supletoria de las reglas procesales propias de los procedimientos judiciales ordinarios. La Sentencia resaltó la naturaleza ágil y flexible del arbitraje, destacando que, particularmente en el ámbito probatorio, el proceso arbitral difiere de un proceso judicial tradicional, ya que no está sujeto al “formalismo judicial”⁸⁶. En este sentido, la Corte Constitucional enfatizó que, aunque la LAM permite la aplicación supletoria de ciertas normas, dicha supletoriedad debe estar en línea con la naturaleza convencional del arbitraje⁸⁷.

En consecuencia, según lo establecido en la Sentencia 2822-18-EP/23, las reglas de prueba acordadas por las partes tienen prioridad sobre las reglas de prueba establecidas en la legislación adjetiva. Esto implica que es factible aplicar diversas instituciones jurídicas comunes en la práctica del arbitraje internacional en el ámbito del arbitraje doméstico, como es el caso de la producción documental, que ha sido el enfoque de este trabajo académico.

Adicionalmente, en el párrafo 30 de la Sentencia 2822-18-EP/23, la Corte Constitucional subrayó que, basándose en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, se debe dar preferencia a las regulaciones de procedimiento acordadas por las propias partes, ya sea de manera autónoma en el convenio

84 Art. 1.- En los arbitrajes regulados por la Ley de Arbitraje y Mediación se aplicarán los siguientes principios.- [...] 3. En la interpretación y aplicación de las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación y de este Reglamento, se tomará en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, así como sus principios, usos y prácticas. 4. Asimismo, las cuestiones que no estén expresamente previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación o en este Reglamento, serán resueltas por el tribunal arbitral tomando en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, así como sus principios, usos y prácticas.

85 Al respecto, véase: E. SALCEDO, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, Editorial Jurídica Miguel Mosquera, 2001.

86 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2822-18-EP/23 del 13 de septiembre de 2023.

87 N. 85 párr. 33.

arbitral o mediante referencia a un reglamento de un centro de arbitraje. En un segundo lugar, se dará preferencia a las regulaciones adoptadas por el tribunal arbitral “[...] lo que pudiese incluir las normas de *soft law* comunes a los procedimientos arbitrales (v.g. Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba, Reglas de Praga para la Tramitación Eficiente de los Procedimientos, entre otros)”⁸⁸. Esto implica que los estándares generales en torno a la presentación de pruebas y las solicitudes de producción de documentos en el arbitraje internacional, serían también aplicables a los arbitrajes domésticos a discreción del tribunal arbitral.

7.1. LÍMITES A LA CONFIGURACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE LA PRUEBA A LA LUZ DE LA SENTENCIA 2822-18-EP/23

Otro aspecto relevante resaltado por la Sentencia 2822-18-EP/23 es que, a pesar de la flexibilidad que el arbitraje otorga a las partes para determinar la presentación de pruebas según sus necesidades y preferencias, existe un límite claro: la configuración adoptada por las partes no debe menoscabar los derechos fundamentales de quienes participan en el procedimiento arbitral, especialmente el derecho al debido proceso.

En este sentido, la Corte Constitucional señaló que el tribunal arbitral asume la responsabilidad de preservar tres etapas cruciales en el proceso de pruebas: en primer lugar, evaluar la relevancia de los medios de prueba; en segundo lugar, organizar y llevar a cabo las pruebas cuando sea necesario; y, en tercer lugar, valorar la evidencia al emitir el laudo⁸⁹. Por lo tanto, en el párrafo 35 de la Sentencia 2822-18-EP/23, la Corte señala que la existencia de estas tres fases en las regulaciones sobre la prueba, ya sean acordadas por las partes o por el tribunal arbitral, tiene como finalidad proteger dos garantías específicas del debido proceso: (i) el Artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República, que establece que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley carecerán de validez y eficacia probatoria, y (ii) el Artículo 76 numeral 7 literal “h”, que garantiza el derecho de las personas a

88 N. 85 párr. 30.

89 N. 85 párr. 35.

presentar pruebas y a contradecir las que se presenten en su contra⁹⁰. En otras palabras, la adaptabilidad en las reglas de prueba tiene sus límites en la protección de los derechos fundamentales de las partes.

Además, la Corte enfatizó que, de acuerdo con la LAM, los árbitros tienen la competencia para evaluar la admisibilidad de los medios probatorios solicitados por las partes. Por lo tanto, en casos de acciones de nulidad de laudos, los presidentes de la Corte Provincial no tienen la autoridad para revisar las decisiones del tribunal arbitral en lo que respecta a la admisión de pruebas⁹¹. La Corte subrayó la importancia de mantener el “principio de mínima intervención” de los órganos de la justicia ordinaria en el arbitraje, considerándolo uno de los pilares esenciales para proteger la independencia del arbitraje⁹².

Finalmente, la Sentencia 2822-18-EP/23 destacó que, cuando un juez ordinario se enfrenta a la tarea de resolver un caso en el que se solicita la nulidad de una decisión adoptada en un arbitraje debido a la falta de “práctica de pruebas” (entendiendo por esto, la falta de actuación o utilización de pruebas), según el artículo 31 literal “c” de la LAM, debe seguir un proceso específico. Esto implica: (i) la definición de reglas procesales basadas en lo acordado por las partes durante el arbitraje, (ii) la verificación de la admisibilidad de las pruebas aceptadas por el tribunal arbitral y (iii) la confirmación de que dichas pruebas no fueron excluidas sin justificación⁹³.

90 A este respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente: “[...] las regulaciones sobre la prueba que puedan acordar las partes o un tribunal arbitral, 28 deberán tener al menos, tres momentos: (i) un análisis de pertinencia por parte del Tribunal (admisión); 29 (ii) la orden y práctica de dichos medios de prueba (cuando por su naturaleza sea necesario practicarlas —como la testimonial y pericial—); y, (iii) la valoración de los medios de prueba plasmada en el laudo. 30 Con la finalidad de tutelar las garantías del debido proceso reconocidas en los artículos 76.4 y 76.7.h de la CRE, esto es, la exclusión de “obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”, y el respeto del derecho de las personas a “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”. [...]”.

91 N. 89 párr. 61.

92 N. 89 párr. 70.

93 En el párrafo 43 de la Sentencia 2822-18-EP/23, la Corte Constitucional señaló que “[...] para que prospere esta causal (artículo 31, literal c) LAM – tercera hipótesis), los presidentes de las Cortes Provinciales que conocen este tipo de acciones de nulidad estarán obligados a verificar los siguientes elementos: i. Determinar cuáles son las reglas de trámite aplicables al ámbito probatorio del procedimiento arbitral en concreto, a efectos de comprobar si las partes han pactado reglas convencionales específicas o si el tribunal arbitral o los reglamentos de los centros de arbitraje han dispuesto una regulación particular sobre la esfera probatoria; 41 ii. Que existan medios de prueba admitidos por el tribunal arbitral; y, iii. Que dichos medios de pruebas no hayan sido practicados (cuando se requiera su práctica), 42 o en su defecto, que la falta de práctica del medio de prueba no se encuentre debidamente justificada. [...]”.

Implementación de la producción de documentos en el contexto ecuatoriano

Para garantizar la implementación de la producción documental en los arbitrajes domésticos, es fundamental contar con el consentimiento de las partes a este mecanismo para la conducción de la actividad probatoria. Lograr este propósito implica establecer dicho acuerdo directamente en el convenio arbitral o haciendo referencia al reglamento de algún Centro de Arbitraje y Mediación nacional, tal como se discutió previamente en la sección correspondiente.

En línea con lo anterior, una manera concreta de alcanzar la implementación de la producción de documentos en el foro nacional sería incluir expresamente en los convenios arbitrales la aplicabilidad de normas internacionales de *soft law*, como las Reglas de la IBA o las Reglas de Praga. Estas disposiciones complementarían y actuarían como reglas supletorias a la *lex arbitri*, que en el caso de un arbitraje doméstico sería la ley arbitral ecuatoriana, específicamente la LAM y su Reglamento. Esta inclusión constituiría una clara manifestación de que las partes han dado su consentimiento para que la actividad probatoria en su procedimiento arbitral se rija por estándares internacionales analizados anteriormente, los cuales permiten y facilitan la producción de documentos, otorgando amplios poderes al tribunal arbitral para llevar a cabo este proceso de manera efectiva y eficiente.

A continuación, con fines ilustrativos y didácticos, se propone un modelo de cláusula arbitral escalonada y amplia (*broad clause*), que establece la remisión a los instrumentos de *soft law* en materia probatoria.

“Cualquier disputa o diferencia que surja de este instrumento o esté relacionada al mismo, se resolverá con la asistencia de un mediador del Centro de Arbitraje y Mediación [*insertar nombre del Centro*]. Si la disputa o diferencia no pudiera resolverse en el procedimiento de mediación, las Partes, renunciando jurisdicción y domicilio, acuerdan someter sus controversias a la resolución de un Tribunal Arbitral que estará sujeto a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación [*insertar nombre del Centro*] y las siguientes reglas:

1. La ley aplicable al arbitraje será la ley ecuatoriana, y en lo referente a la actividad probatoria, se recurrirá a las disposiciones de [*insertar Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional o las Reglas sobre la Tramitación Eficiente*]

de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional], siempre que estas no contradigan normas legales imperativas; [...]”.

Por otro lado, resultaría crucial que los reglamentos de los centros de arbitraje del país, donde se llevan a cabo los arbitrajes domésticos, incluyan también disposiciones que faculten a los árbitros para requerir la exhibición de documentos. Actualmente, algunos reglamentos, como el del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, reconocen la posibilidad de que los árbitros colaboren con las partes para establecer normas procesales aplicables a la fase de prueba⁹⁴. Así, por ejemplo, en relación con las reglas de prueba en arbitrajes internacionales gestionados por el Centro de la Cámara de Comercio de Quito, el Artículo 155 de su Reglamento contempla expresamente que “[e]l Tribunal Arbitral de oficio o en consenso con las partes, establecerán las normas y reglas aplicables a las pruebas. Así también, acordarán la manera de evacuarse y practicarse las mismas”⁹⁵.

Aunque en el Título VIII, que regula el procedimiento de arbitrajes nacionales, no se encuentra una disposición similar a la citada en el párrafo precedente, el Artículo 104 numeral 6 indica que, durante la Audiencia de Sustanciación, los árbitros deben resolver “sobre las pruebas solicitadas por las partes”, lo cual quedará registrado en el Acta correspondiente⁹⁶. Esto implica que un proceso arbitral local, llevado a cabo bajo dicho reglamento, se podría hacer uso de las solicitudes de producción de documentos. Sin embargo, no todos los centros de arbitraje nacionales han adoptado disposiciones similares en sus reglamentos, mostrando preferencia por el modelo probatorio estándar en el derecho continental-europeo.

En la opinión del autor, la incorporación efectiva del mecanismo de producción documental en los reglamentos de arbitraje locales implicaría la inclusión

94 Artículo 99.- Normas de procedimiento aplicables.- Las normas de procedimiento que rijan el arbitraje ante este Centro serán las aquí establecidas, las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación y su Reglamento, las acordadas por las partes en el convenio arbitral y las que acuerden o acepten en la Audiencia de sustanciación y demás normas aplicables. El Tribunal Arbitral en conjunto con las partes podrán adoptar medidas procesales que consideren apropiadas para la tramitación del proceso, siempre que éstas no vulneren las garantías constitucionales. Por acuerdo entre las partes, el proceso del arbitraje podrá ser llevado paralelamente en castellano y en el idioma señalado para el efecto, en cuyo caso los costos de la traducción deberán ser asumidos por las partes o la parte interesada. En caso de discrepancia entre las versiones, prevalecerá la versión en castellano.

95 Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Artículo 155.

96 N. 94. Artículo 99 (6).

de al menos cuatro tipos de disposiciones normativas: (i) un reconocimiento explícito de esta facultad para los árbitros; (ii) la posibilidad de una conferencia o reunión preliminar, destinada a establecer el calendario y abordar temas probatorios como el formato y el cronograma para solicitudes de producción de documentos; (iii) la promoción del uso de tablas para la producción documental; y (iv) el reconocimiento de la posibilidad de aplicar “inferencias adversas” si una parte no presenta pruebas.

Tomando como referencia las normas de centros de arbitraje internacionales como los de la CCI y LCIA, así como las Reglas de la IBA y de Praga, a continuación, se ofrecen ejemplos de disposiciones que podrían integrarse en los reglamentos de los centros de arbitraje nacionales, con el objetivo de asegurar una implementación efectiva del proceso de producción documental.

Art. [...].- En todo momento durante del procedimiento arbitral, el Tribunal estará facultado para requerir a cualquiera de las partes el aporte de pruebas adicionales y la presentación de documentos relevantes bajo su custodia, posesión o control.

Art. [...].- Después de recibir el expediente del caso, el Tribunal Arbitral celebrará una reunión preliminar, sin demora injustificada.

Durante la reunión preliminar, el Tribunal invitará a las Partes a consultarse entre sí, con miras a acordar un proceso eficiente, económico y justo para la obtención de pruebas. Una vez oídas las partes, el Tribunal establecerá el calendario procesal.

La consulta sobre cuestiones probatorias abordará los siguientes aspectos: [...]

- Los plazos para la presentación de prueba documental;
- Los requisitos, procedimientos y formato aplicables a la producción de documentos;
- El alcance de las solicitudes de producción de documentos; [...]

Art. [...].- Para la conducción del procedimiento arbitral, el Tribunal, tras consultar a las partes, podrá tomar todas las medidas procesales necesarias. En particular, para resolución

de disputas vinculadas a las solicitudes de producción de documentos, el Tribunal podrá ordenar la utilización de tablas de producción documental cuando sea pertinente para optimizar el tiempo y los costos del arbitraje.

Art. [...].- Si una Parte, sin una explicación satisfactoria, no presenta un documento requerido en una solicitud de producción documental, sobre la que no se haya opuesto a tiempo, o no proporciona un documento ordenado por el Tribunal Arbitral, este último podrá inferir que dicho documento es adverso a los intereses de la Parte infractora.

A pesar de las observaciones y sugerencias mencionadas previamente, debido a la complejidad del tema, la implementación concreta de la producción de documentos en los procedimientos de arbitraje doméstico abarca numerosos aspectos y matices que requieren un análisis más exhaustivo y deberán ser objeto de un estudio posterior.

8. CONCLUSIONES

La producción documental en el contexto del arbitraje internacional se refiere a un mecanismo procesal mediante el cual una de las partes involucradas en un procedimiento arbitral se ve obligada, a solicitud de la otra parte o del propio tribunal arbitral, a presentar documentos específicos o una categoría determinada de documentos que estén bajo su posesión, custodia o control. Estos documentos pueden incluir cualquier tipo de registro que contenga información relevante, ya sea en formato físico o electrónico. A diferencia de lo que ocurre con el *discovery* en los sistemas procesales de *common law*, la producción de documentos en el arbitraje no es automática y requiere una orden del tribunal arbitral.

En segundo lugar, la facultad de los tribunales arbitrales para ordenar la producción de pruebas documentales en el arbitraje internacional se basa primordialmente en los acuerdos de las partes, y, supletoriamente, en las disposiciones de la *lex arbitri* aplicable al caso. La *lex arbitri*, generalmente definida por la sede del arbitraje, regula por defecto los aspectos procesales, sin perjuicio de que lo pactado por las partes prevalece en la configuración del procedimiento. En ausencia de un acuerdo expreso, el tribunal arbitral tiene la capacidad de determinar las reglas procesales más adecuadas según las circunstancias del caso.

En tercer lugar, la efectividad de la producción de documentos depende en gran medida de la cooperación de las partes. En caso de falta de colaboración, el tribunal arbitral puede aplicar sanciones *de facto* denominadas “inferencias adversas” o “conclusiones desfavorables”, en virtud de las cuales el tribunal presume el contenido del medio de prueba documental no presentado, en detrimento de la parte requerida que omitió su producción.

En cuarto lugar, las solicitudes de producción de documentos se rigen por normas *soft law*, cuando los reglamentos de instituciones arbitrales no establecen parámetros específicos. Las partes y los tribunales arbitrales a menudo recurren a estándares internacionales como las Reglas de la IBA o las Reglas de Praga para guiar la fase de producción documental. Estas Reglas (de la IBA y de Praga) destacan algunos criterios aplicables a las solicitudes de producción de documentos, que incluyen: a) la identificación adecuada de los documentos solicitados, b) su relevancia y materialidad para el caso, y c) la condición de que los documentos estén bajo el control de la parte requerida. Además, las Reglas de la IBA consideran el requisito adicional de que los documentos solicitados no caigan bajo el ámbito de “privilegios” probatorios.

En quinto lugar, la esfera del arbitraje internacional, la utilización de tablas de producción de documentos (como el conocido *Redfern Schedule* concebido por el destacado jurista británico Alan Redfern), desempeña un papel fundamental en la resolución de objeciones a las solicitudes documentales. Estas tablas, generalmente compuestas por cinco columnas, permiten un registro claro y accesible tanto para las partes como para el tribunal arbitral, en el cual se detallan las solicitudes de documentos en disputa, sus justificaciones, las objeciones presentadas, las respuestas a estas objeciones y, finalmente, la decisión del tribunal arbitral sobre la producción del documento solicitado.

En sexto lugar, la aplicabilidad del mecanismo de producción documental en el arbitraje doméstico en Ecuador, se ve respaldada tanto por la Ley de Arbitraje y Mediación como su Reglamento, los cuales otorgan a las partes la capacidad de configurar libremente las reglas de trámite. En esta misma línea, la Sentencia 2822-18-EP/23 de la Corte Constitucional fortalece el principio de autonomía de las partes para modular las reglas procesales en el arbitraje (incluyendo aquellas relacionadas con la actividad probatoria), otorgándoles prioridad sobre las normas procesales supletorias (como aquellas establecidas por el COGEP). No obstante, es importante destacar que esta Sentencia también fija límites a la libertad de configuración del procedimiento destinados a preservar los derechos fundamentales de las partes, especialmente el derecho al

debido proceso. En consecuencia, el tribunal arbitral tiene la responsabilidad de proteger las distintas etapas de la fase probatoria y garantizar el respeto de los derechos de las partes, con un enfoque particular en el derecho de contradicción de la prueba.

Por último, para alcanzar el propósito de implementar el mecanismo de producción de documentos en los arbitrajes nacionales, se propone incluir una referencia a normas internacionales de *soft law* en los convenios arbitrales, como complemento a la ley ecuatoriana. Además, se sugiere que los reglamentos de los centros de arbitraje nacionales reconozcan expresamente a los árbitros la facultad para requerir documentos.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Redfern, A. y Hunter, M. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ta. Ed., Editorial La Ley, 2007.
- Gómez de la Torre, B. y Andrade Moreno, C. “Las normas sobre la práctica de la prueba: reglas iba, reglas de praga o la autonomía de la voluntad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 11, (2020).
- Gómez de la Torre, B. y Vásconez Jácome, S. “la sección 1782 del título 28 del código de Estados Unidos y sus implicaciones dentro del Arbitraje Internacional y de inversiones”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 13, (2022).
- Pastore, B. “Soft Law y la Teoría de las Fuentes del Derecho.” *Journal of The Saudi Pharmaceutical Society* 1 (2014).
- Catelli, C. y Brueggemann, R. “Evidentiary Objections”, *Global Arbitration Review*, 2021.
- Código Orgánico General De Procesos (2015).
- Compagnie Financiere Du Pacifique c. Peruvian Guano Co* (1882) 11 Qbd 55.
- Convenio Sobre Arreglo De Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965).
- Corte Constitucional Del Ecuador, Sentencia 2822-18-Ep/23 Del 13 de septiembre de 2023.
- Oepangat, D. y Janet, “Document Production And Disclosure In Investor-State Arbitration”, *Juris Gentium Law Review*, (2017).
- Couture, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, 1973.
- Urdaneta, E. J. “La producción de documentos en el arbitraje internacional”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, no. 2 (2021).
- Salcedo, E. *El arbitraje: La Justicia Alternativa*, Editorial Jurídica Miguel Mosquera, 2001.
- González de Cossío, F. *Arbitraje*, 5ta. Ed., Editorial Porrúa, 2018.
- Federal Rules Of Civil Procedure* (2022).
- Petrochilos, G. *Procedural Law In International Arbitration*, Oxford University Press, 2004.
- Born, G. *International arbitration: cases and materials*, wolters kluwer law & business, 2011.
- Mazón, J. L. *Ensayos Críticos Sobre El Cogep*, Tomo I, 2da. Ed., Legal Group Ediciones, 2020.

- Ley De Arbitraje y Mediación (1997).
- Taruffo, M. La Prueba, Marcial Pons, 2008.
- Taruffo, M. El Proceso civil adversarial en la experiencia americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva, Editorial Temis, 2008.
- One Essex Court, Alan Redfern retires from practice, 2008, <https://www.oeclaw.co.uk/news/view/alan-redfern-retires-from-practice> (31/10/2023).
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021).
- Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para el Arreglo De Diferencias Relativas a Inversiones (2022).
- Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (2020).
- Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2021).
- Reglamento de Funcionamiento del Centro De Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (2023).
- Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020).
- Reglamento a la Ley De Arbitraje y Mediación (2021).
- Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (2018).
- Stouten, S., Jansen, D. “Legal Privilege Issues: At The Mercy Of The Arbitral Tribunal”, International Bar Association, 2021, <https://www.ibanet.org/Legal-Privilege-Arbitral-Tribunal> (30/10/2023).
- Váradý, T., Barceló, J.J. y Von Mehren, A.T. International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective, 2da. Ed., Thomson West (2003).

Con el auspicio de:



CABEZAS WRAY & ALBÁN
ABOGADOS



PBP Pérez
Bustamante
& Ponce



SBL | SANTOS
BURBANO
DE LARA

R&Co.
RODRÍGUEZ AND COMPANY

EXPERTISE
abogados & consultores

