

Nº13

Diciembre 2022
ISSN: 2600-5611
e-ISSN: 2600-562X

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Juan Pablo Aguilar Andrade
José Daniel Alfonso León
Gabriel Eduardo Almeida Vintimilla
Camila Andrade
Valeria Eduarda Arroyo Zúñiga
Lorena Barrazueta Bucaram
Stefanny Barona B.
Blanca Gómez de la Torre
Francisco González de Cossío

Juan Francisco Guerrero del Pozo
Ana María Larrea Argudo
Gabriela Ortega Abad
Adriana Rodas Merino
Jesús Augusto Rojas Hernández
David Toscano Andrade
Matthias Villavicencio Gomezjurado
Steven Vásquez J.
María Victoria Yépez Idrovo



Instituto Ecuatoriano
de Arbitraje

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

No. 13



Quito - Ecuador

2022

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

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.

Para más información:

- La versión digital puede ser encontrada en:
<https://iea.ec/publicaciones/revista-13/>
- La guía de autores está disponible en: http://iea.ec/pdfs/GUIA_ESTILO_REA.pdf

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Av. República del Salvador y Naciones Unidas, Edificio Mansión Blanca, piso 9.

Tel.: 02 395 9590

E-mail: coordinador@iea.ec; revista@iea.ec

El contenido intelectual, de investigación y de originalidad de esta obra es de responsabilidad exclusiva de sus autores.

Portada

Idea: Paulina German

Revisión y Corrección Ortográfica

Felipe Castro Zurita & Eugenia Silva, Ediciones Legales

Diseño editorial y Diagramación:



Impresión: Ediciones Legales

ISSN: 2600-5611

e-ISSN: 2600-562X

Edición: Quito, 2022

Tirada: 100 ejemplares

COMITÉ CIENTÍFICO Y RESPONSABLES EDITORIALES:

Estefanía Fierro Valle
(AVL Abogados – Quito)
Michelle Vasco Campoverde
(Robalino – Quito)

COMITÉ EDITORIAL:

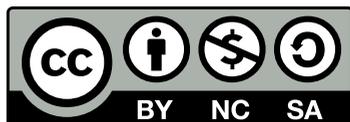
Eduardo Carmigniani Valencia
(Carmigniani Pérez - Guayaquil)
Juan Manuel Marchán Maldonado
(Pérez Bustamante & Ponce - Quito)
Rodrigo Jijón Letort
(Pérez Bustamante & Ponce - Quito)
Diego Romero Ponce
(Romero Arteta Ponce - Quito)
Armando Serrano Puig
(Falconí Puig Abogados - Quito)
Álvaro Galindo Cardona
(Carmigniani Pérez – Quito)
Mélanie Riofrío Piché
(Corte Internacional de Arbitraje, Madrid)

ASISTENTE EDITORIAL:

Felipe Castro Zurita
(Instituto Ecuatoriano de Arbitraje - 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 Ediciones Legales Editora Jurídica. 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.

Licencia Creative Commons



CONTENIDO

1. Presentación	9
2. Sección Monográfica:	
• Prescripción y Caducidad en el Arbitraje con el sector público: una mirada a un problema inexistente <i>Juan Pablo Aguilar Andrade</i>	13
• El silencio administrativo en el arbitraje nacional ecuatoriano ¿novedad o paradoja en el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación? <i>Gabriel Eduardo Almeida Vintimilla</i>	35
• El silencio como materialización del consentimiento del Estado en materia arbitral: Una mirada crítica al artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación <i>Valeria Eduarda Arroyo Zúñiga</i> <i>José Daniel Alfonzo León</i>	59
• Tutela arbitral efectiva y silencio administrativo positivo bajo el derecho comparado <i>Jesús Augusto Rojas Hernández</i>	81
• Arbitraje y Contraloría: ¿puede una institución pública excusar su incumplimiento sobre la base de una recomendación de Contraloría? <i>Matthías Villavicencio Gomezjurado</i>	103
3. Sección de Ensayos Libres	
• El Laudo Singue, ¿una evolución en la interpretación de la institución del daño moral bajo la legislación ecuatoriana? <i>Camila Andrade</i>	131

- Cláusula de sumisión al Tribunal de Arbitraje Deportivo vía apelación en los Estatutos de la FIFA ¿Derecho adquirido para las federaciones miembro ?
Stefanny Barona B...... 151
- Una revisión del sistema arbitral desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los últimos tres años
Lorena Barraqueta Bucaram..... 165
- La sección 1782 del título 28 del código de Estados Unidos y sus implicaciones dentro del Arbitraje Internacional y de Inversiones
Blanca Gómez de la Torre
Steven Vásconez Jácome..... 201
- Arbitraje y protección al consumidor:
¿Tertium non datur?
Francisco González de Cossío..... 219
- Alcance de la reparación integral en acciones extraordinarias de protección presentadas a propósito de procesos arbitrales: análisis de la sentencia No. 1573-15-EP/21
Juan Francisco Guerrero del Pozo
María Victoria Yépez Idrovo..... 251
- La regulación por los árbitros del proceso arbitral
Ana María Larrea A...... 271
- Construyendo un estándar aplicable: La prueba para mejor resolver bajo el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación
David Toscano Andrade
Gabriela Ortega Abad
Adriana Rodas Merino..... 289

1.

Presentación

Presentación

Este decimotercer número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje que presentamos, confirma la regularidad de los esfuerzos que despliega el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje para promover en el foro de nuestro país, un diálogo plural y sustentado, sobre los distintos elementos que integran el sistema arbitral.

La Revista reproduce la estructura empleada en anteriores ediciones, esto es, contiene una sección monográfica dedicada a un tema de actualidad, en este caso, “arbitraje y sector público” y, una sección de ensayos libres. La sección monográfica se inscribe en el impulso que para el instituto arbitral ha significado la expedición del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación que rige desde agosto de 2021 y que abre una prometedora perspectiva para la superación de mitos e ideas refractarias al arbitraje con partes estatales. La sección de ensayos libres respeta el criterio de sus colaboradores para plantear temas que sean de interés para el arbitraje en Ecuador e Hispano América.

Como es de conocimiento de nuestros lectores, el Reglamento se propuso cumplir tres encomiables propósitos: limitar el poder público para asegurar la autonomía y la menor ingerencia sobre los métodos alternativos de solución de controversias; aclarar los casos de duda jurídica que derivan del texto de la Ley de Arbitraje y Mediación; e incentivar al interior del Estado, la utilización del arbitraje como método idóneo para solucionar conflictos. Las bondades de la normativa reglamentaria, que acertó en el desvanecimiento de aquellos tabúes que han venido recelando de la justicia privada, no ha estado exenta de discusión; por ello, estamos seguros de que las reflexiones contenidas en esta publicación contribuirán al diálogo que el Instituto busca promover. Así, la sección monográfica se nutre de cinco artículos que subrayan la importancia temática del arbitraje cuando intervienen entes públicos: (i) la prescripción y la caducidad en arbitrajes con el sector público; (ii) dos ensayos sobre el silencio administrativo a partir de la vigencia del art. 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación; (iii) el silencio administrativo y su relación con la tutela judicial efectiva bajo una perspectiva de derecho comparado; y, (iv) un análisis sobre las decisiones de la Contraloría General del Estado y la responsabilidad en relaciones contractuales con las entidades públicas.

La sección de ensayos libres diversifica las preocupaciones doctrinales y prácticas en el desenvolvimiento del arbitraje: (v) la evolución del daño moral contractual en el Ecuador en razón del laudo en el caso arbitral SINGUE; (vi) la sumisión al Tribunal de Arbitraje Deportivo bajo el Estatuto de la FIFA; (vi) el sistema arbitral ecuatoriano desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en los últimos tres años; (vii) un análisis sobre la sección 1782 del título 28 del U.S. Code que rige en los Estados Unidos de América y sus implicaciones para arbitrajes internacionales; (viii) el arbitraje y la protección al consumidor; (ix) un estudio sobre la reparación integral en acciones extraordinarias de protección presentadas en contra de laudos arbitrales, a través del análisis de la sentencia 1573-15-EP/21. Finalmente, dos valiosos artículos que abordan temas procedimentales recurrentes en la práctica arbitral: (x) la facultad de los árbitros de regular el proceso arbitral y, (xi) un estándar aplicable para la prueba para mejor resolver bajo el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

El esfuerzo de sistematización y organización de los ensayos ha correspondido al trabajo desinteresado y riguroso de las codirectoras de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, las abogadas Estefanía Fierro Valle y Michelle Vasco Campoverde, dos distinguidas profesionales con amplia especialización en arbitraje. Sin sus acertados esfuerzos no habría sido posible esta publicación. El Instituto Ecuatoriano de Arbitraje agradece su trabajo y con igual sentimiento de gratitud reconoce a los autores que han contribuido con sus reflexiones a engrosar las páginas de esta edición, por haberlo hecho con gran dominio de los temas tratados, bibliografía escogida con criterios de pertinencia y actualidad y, especialmente, por sus análisis sustentados en todas las materias que ellos abordan.

Debemos un sentido agradecimiento a las distinguidas firmas de abogados que auspician esta publicación: AVL Abogados, Bustamante Fabara, Cabezas Wray & Albán, Carmigniani Pérez, Falconi Puig, Noboa Peña & Torres, Pérez Bustamante & Ponce, Robalino, y Rodríguez y León.

INSTITUTO ECUATORIANO DE ARBITRAJE

Edgar Neira Orellana

Presidente

Javier Jaramillo Troya

Director Ejecutivo

2. Sección

Monográfica

Prescripción y Caducidad en el Arbitraje con el sector público: una mirada a un problema inexistente

*Juan Pablo Aguilar Andrade**

*Recibido/Received: 15/11/2022
Aceptado/Accepted: 27/11/2022*

Una cosa es una cosa
y otra cosa es otra cosa

Alfredo Zitarrosa, "Chamarrita de los milicos"

SUMARIO: 1. Acerca de las páginas que siguen. 2. En el principio, la prescripción. 3. La caducidad, ese bicho raro. 4. Los legisladores se aferran a la prescripción, pero los jueces no abandonan la caducidad. 5. Cuestión de plazos ... y contratos.

RESUMEN: El texto parte del debate acerca de si los plazos para plantear acciones contencioso administrativas prescriben o caducan, y la relación que este tema tiene con el arbitraje. Analiza los conceptos de prescripción y caducidad en la legislación y en la jurisprudencia ecuatorianas, para concluir que el problema es en realidad de orden semántico, y no tiene una consecuencia práctica. El tema fundamental es el que tiene relación con la aplicabilidad de las reglas sobre plazos para plantear acciones, al arbitraje en el que intervienen instituciones del sector público y, sobre todo, los casos en que a los contratos celebrados por la Administración se les debe aplicar la regla del Código Orgánico Administrativo, y aquellos en los que la norma aplicable es el Código Civil.

* Doctor en Jurisprudencia, profesor titular del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.



PALABRAS CLAVE: Prescripción, caducidad, contencioso administrativo, contrato administrativo, arbitraje.

ABSTRACT: This paper is about whether contentious-administrative lawsuits not filed within the time limits set forth in the law should be deemed expired (caducidad) or, alternatively, time-barred (prescripción); and the relationship that this issue has with arbitration. It analyzes the institutions of prescripción and caducidad in Ecuadorian legislation and jurisprudence, to conclude that the problem is actually semantic, and does not have a practical consequence. The main issue is related to the applicability of the rules on deadlines for filing actions in arbitration involving the public sector and, above all, the cases in which the applicable law for public contracts is the Organic Administrative Code, and those in which the applicable rule is the Civil Code.

KEYWORDS: Prescription, expiration, administrative litigation, public contract, arbitration.

1. ACERCA DE LAS PÁGINAS QUE SIGUEN

La posibilidad de que las controversias derivadas de contratos celebrados por instituciones del sector público sean resueltas por la vía arbitral, ha dado origen a no pocos debates, animados por las fricciones que genera el encuentro entre dos mundos que hasta no hace mucho se ignoraban: el del arbitraje privado y el de las reglas y principios propios del derecho administrativo.

Uno de esos debates nace del encuentro con una institución del derecho público que, si bien tiene contornos claros y definidos en algunos casos, genera en otros no pocas confusiones: la caducidad.

Hay, sin duda, acuerdos en relación con este concepto en temas como la aplicación de la figura a la terminación de determinados actos y contratos, o la competencia administrativa. Pero cuando la caducidad se relaciona con los plazos para plantear acciones contencioso administrativas, el acuerdo desaparece y quien quiera entender el tema, deberá navegar en medio de una variedad de argumentos de los que no logrará extraer una idea clara y definida,

o podrá hacerlo con mucha dificultad. A eso hay que añadir, en el caso ecuatoriano, una legislación que utiliza el concepto sin lograr enfocarse en él ni establecer los límites que le separan de su equivalente en el derecho privado: la prescripción.

Hay en el tema, sin duda, la necesidad de lograr un diseño adecuado de los conceptos, respondiendo a preguntas como las siguientes: ¿Qué diferencia a la caducidad de la prescripción? ¿Son en realidad dos conceptos distintos, o las pretendidas diferencias solo configuran casos especiales de una regla general? ¿Por qué en el derecho administrativo cabe la caducidad y no la prescripción?

No pretendo, en las páginas que siguen, dar respuesta a estas preguntas, sino entrar directamente en el problema de cómo deben aplicarse, en un proceso arbitral, los plazos que el Código Orgánico General de Procesos establece como máximos para la presentación de acciones contencioso administrativas.

Pero, ¿cómo se lo puede hacer sin tener respuestas claras a los interrogantes anteriores?

Es posible, a mi juicio, precisamente porque el tema de los plazos para accionar en el juicio contencioso administrativo y en el arbitraje no tiene que ver, en realidad, con el concepto al que nos remitamos. Lo que trato de mostrar es que el pretendido problema no pasa de ser un desacuerdo terminológico, que no incide en las consecuencias derivadas del vencimiento de los plazos, pues esas consecuencias están claramente definidas por nuestra legislación.

Para llegar a esto, partiré de la prescripción de las acciones, suficientemente conocida por los abogados; me referiré luego a la forma en que nuestro ordenamiento jurídico ha regulado la caducidad y nuestra jurisprudencia ha recogido el concepto; y pasaré, finalmente, a referirme al tema de los plazos para accionar, en el juicio contencioso administrativo y en el arbitraje.

2. EN EL PRINCIPIO, LA PRESCRIPCIÓN

Al regular la prescripción, el Código Civil le da el doble carácter de modo de adquirir el dominio (usucapión), por un lado,

o de extinguir acciones o derechos ajenos, por otro¹. En ambos casos, los contornos de la institución están claramente definidos: la prescripción debe ser alegada y no cabe declararla de oficio², es renunciable³ y puede interrumpirse⁴.

Interesa, para los fines de este trabajo, la prescripción extintiva, que del Código Civil pasó a otros cuerpos legales, que utilizaron el término prescripción para referirse a la pérdida del derecho a plantear una acción judicial, por el transcurso del tiempo. Ese fue el sentido en que se refería a ella, por ejemplo, el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1869⁵, y que se mantuvo hasta el último Código de Procedimiento Civil, vigente hasta 2016⁶.

En el ordenamiento vigente, prescripción es el término que se utiliza, generalmente, para referirse a la extinción de acciones judiciales, tanto en el derecho privado como en el derecho público; para hacer referencia solo a unos pocos casos, se puede citar la Ley de Compañías⁷; el Código de la Niñez y Adolescencia⁸; el Código

1 Código Civil, Artículo 2392: "Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. "Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción."

2 Código Civil, Artículo 2393: "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio."

3 Código Civil, Artículo 2394: "La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida."

4 Código Civil, Artículo 2401: "Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil."; Artículo 2418: "La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente."

5 Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, Artículo 179(2): "Son efectos de la citación: [...] 2. Interrumpir la prescripción"; Artículo 421(2): "... Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días contados desde que verificó el pago, ó la suspendiere por el mismo término, quedará prescrita la acción y cancelada ipso jure la fianza."; Artículo 818: Artículo 818. La acción que se concede en esta sección prescribe en tres meses contados desde que tuvo lugar el retardo ó denegación de justicia.". He utilizado la edición oficial, hecha en 1871 en Nueva York, en la imprenta de Hallet y Freen, que incluye también el Código Civil y está disponible en el Repositorio Digital de la Casa de la Cultura Ecuatoriana <<https://bit.ly/3Vrri2g>>.

6 Puede verse, como ejemplo, Código de Procedimiento Civil, RO S. 58, 12/07/ 2005, Artículo 2394 97(2): "Son efectos de la citación: ... 2. Interrumpir la prescripción."; Artículo 2394 387(2): "... Si, al renovarse la demanda, el demandado opone la prescripción, se atenderá a los plazos que fija el Código Civil; entendiéndose que la demanda que se propuso, en la instancia abandonada, no ha interrumpido la prescripción salvo lo que con referencia a causas anteriores dispone el artículo 2394 381."; Artículo 2394 417: "Habrá lugar a la vía ejecutiva dentro de los cinco años que dura la acción de este nombre; pero, en los casos en que la ordinaria prescribe por ley en menor tiempo, pasado éste, no habrá lugar a dicha vía. El tiempo de la prescripción se contará desde que la obligación se hizo exigible."

7 Ley de Compañías, Artículo 216(2), RO 312, 05/11/1999.

8 Código de la Niñez y Adolescencia, Artículos 348 y 349, RO 737, 03/01/2003.

Tributario⁹; el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones¹⁰; la Ley Orgánica de Educación Intercultural¹¹; y, el Código de Comercio¹². En el derecho penal y en el administrativo sancionador, se habla de prescripción de las penas¹³ y de las acciones para perseguir delitos y contravenciones¹⁴, y el Código Orgánico General de Procesos no ha modificado, en este punto, la terminología del Código de Procedimiento Civil¹⁵.

Pero en cuerpos normativos como el Código de Comercio, o el Código Orgánico General de Procesos, aparece, asociado a la prescripción, otro término: caducidad. En el primero se establece, por ejemplo, la caducidad de las acciones de regreso inherentes a la letra de cambio (artículo 149) y la de la acción cambiaria (artículo 171 y 173) y, en el segundo, se dispone no computar para la prescripción o la caducidad, el plazo entre la citación de la demanda y una declaratoria de nulidad por incompetencia (artículo 13); se dice, además, que las providencias preventivas caducan (artículo 133) y que la caducidad es, como la prescripción, una excepción previa (artículo 153(7)).

Caducidad, sin embargo, es una palabra que no expresa un concepto definido; se incluye en los textos pero, a diferencia de la prescripción, no tiene un contenido preciso y depende de lo que cada regulación diga sobre ella, sin que se hayan establecido criterios generales ni conceptos unificadores. Si nos fijamos solo en el Código de Comercio, ahí la caducidad es, por un lado, como se ha visto, modo de extinguir las acciones, pero también, conforme el artículo 779, una forma irregular de terminación el contrato de seguro.

En la medida en que nuestro ordenamiento jurídico la ha recogido sin precisar su alcance, la caducidad acaba siendo, bien algo sin duda

9 Código Tributario, Artículos 55, 56, 146, 221 y 305, RO S. 38, 14 de junio de 2005.

10 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Artículo 120, RO S. 351, 29/12/2010.

11 Ley Orgánica de Educación Intercultural, Artículo 141, RO S. 2, 31/03/2011.

12 Código de Comercio, Artículos 163, 171, 173, 179, 180, 292, 293, 368, 696, 790, 1202, 1214, 1215 y 1237, RO S. 497, 29/05/2019.

13 Código Orgánico Integral Penal, Artículo 72(6), RO S. 180, 10/02/2014; Código Orgánico Administrativo, Artículos 246-247, RO S. 31, 07/07/2017.

14 Código Orgánico Integral Penal, Artículo 416(5), RO S. 180, 10/02/2014; Código Orgánico Administrativo, Artículo 245, RO S. 31, 07/07/2017.

15 Código Orgánico General de Procesos, Artículos 13, 64(4), 153, 304(2), 307, 316(2), 317, 322(2), 323 y 358(2), RO S. 506, 22/05/201.

distinto de la prescripción, como en el ya citado artículo 779 del Código de Comercio, bien un primo cercano, que también extingue las acciones, y con el que deben existir ciertas diferencias, que no se alcanza a precisar. Lo que tenemos es una palabra que, desde diversos e imprecisos orígenes, se cola en los textos sin la compañía de las elaboraciones teóricas que le dieron origen y que nos permitan verla, recordando a Descartes, como una idea clara y distinta.

No faltan, en el derecho privado, desarrollos doctrinarios sobre la caducidad, que permiten mayor profundidad y precisión que las que puede obtenerse, a partir del concepto de prescripción, a la hora de analizar el efecto del tiempo en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones¹⁶. Lamentablemente, estos desarrollos no han sido recibidos en el Ecuador o, al menos, no de un modo sistemático y coherente; carecemos, entonces, de un concepto compartido de caducidad, que permita distinguirla de la prescripción; a la larga, es esta última la que forma parte del aparato conceptual de los juristas y domina su sentido común, mientras que la primera se mantiene como una referencia que parece necesario hacer, aunque no llegue a entenderse del todo.

Y esto pasa, incluso, en un espacio como el del derecho público, que tiene a la caducidad como parte de su aparato conceptual, pero en el que no faltan confusiones y contradicciones.

3. LA CADUCIDAD, ESE BICHO RARO

Al menos tres sentidos tiene la caducidad en nuestro derecho público: forma de terminación irregular de contratos o actos administrativos, pérdida de competencia de los órganos administrativos y, en paralelo con la prescripción, modo de extinguir las acciones.

La caducidad, entendida como sanción que produce la terminación de un acto o un contrato, aparece temprano en nuestro derecho administrativo, en el ámbito de las explotaciones minera e

¹⁶ Pueden verse, a manera de ejemplo, L. VALENTE, *La caducidad de los derechos y acciones en el derecho civil*, Librería Editora Platense, 2009; O. LAGOS VILLARREAL, "Para una recepción crítica de la caducidad", *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 4, 2005.

hidrocarburífera. En la ley de Minería y en la del Petróleo, de 1937, se establecieron con claridad dos clases de concesiones, una que se otorgaba mediante acto administrativo y otra que se perfeccionaba en virtud de un contrato; tanto en las unas, como en las otras, se aplicaba la caducidad como sanción que imponía su terminación unilateral¹⁷; este sentido perdura en varias normas de la legislación vigente¹⁸ y autores como Efraín Pérez definen la caducidad como una forma de terminación del acto administrativo, por “incumplimiento de las obligaciones y condiciones impuestas en el acto”¹⁹.

La caducidad, como pérdida de la competencia administrativa, es también parte de nuestro ordenamiento jurídico. Hasta lo que he podido establecer tiene su origen en el Código Tributario de 1975²⁰ y en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control de 1977²¹, de la que pasó a la actual Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado²². En la actualidad, es ese el sentido que le dan varias normas del ordenamiento jurídico vigente²³.

Rodrigo Garcés unificó ambos enfoques a partir de la idea de que la pérdida de competencia es, también, una sanción, lo que le permitió llegar a un concepto único de caducidad, entendiéndola como “pérdida de algo como consecuencia de no hacer o no cumplir con determinadas obligaciones”²⁴.

Esta definición puede abarcar también el tercer sentido, que se refiere a la extinción de las acciones, si pensamos en la caducidad como una sanción por no haber planteado una acción dentro del

17 Ley General de Minería, Artículo 165, RO 447, 23/03/1937; Ley del Petróleo, Artículo 39, RO 52, 13/10/1937.

18 Ley de Hidrocarburos, Artículo 74, RO 711, 15/11/1978; Ley de Minería, Artículo 108, RO S. 517, 29/01/2009; Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, Artículo 34(4), RO S. 418, 16/01/2015; Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, Artículo 15(2), RO S. 652, 18/12/2015; Ley Orgánica para el Desarrollo de la Acuicultura y Pesca, Artículo 135, RO S.187, 21/04/2020.

19 E. PÉREZ, *Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, tomo I, p. 488.

20 Código Tributario, Artículo 94, RO S. 958, 23/12/1975.

21 Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Artículos 353 y siguientes, RO 337, 16/05/1977.

22 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Artículo 71, RO 595 S., 12/06/2002.

23 Código Tributario, Artículo 94, RO S. 38, 14/06/2005; Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, Artículo 57, RO S. 19, 21/06/2017; Código Orgánico Administrativo, Artículos 116, 132, 179, 201(5) y 208, RO S. 31, 07/07/2017.

24 R. GARCÉS MOREANO, *La Caducidad en el Sistema Tributario Ecuatoriano*, Ediciones de la Universidad Católica de Quito, 1980, p. 41.

plazo concedido para el efecto. Lo que se abre, en este caso, es el problema de la distinción entre caducidad y prescripción; ¿qué es lo que hace que la extinción de acciones de la primera se diferencie de la segunda? ¿la caducidad es una cosa distinta a la prescripción? Esta es, sin duda, una tarea pendiente, pero que excede los fines de este trabajo, que no busca profundizar en el concepto sino entender su uso en nuestro ordenamiento jurídico.

Para este fin, basta considerar que, en el derecho administrativo, se optó por hablar de caducidad de las acciones, en lugar de prescripción²⁵: “el fenómeno que se presenta en derecho administrativo -dice, por ejemplo, Sierra Jaramillo- es el de la caducidad, no así el de la prescripción, que es una figura propia del derecho civil”²⁶.

Me parece que es, precisamente, el recurso a la doctrina, lo que introdujo la caducidad en nuestro derecho, más para asumir lo que los textos decían, que por un mandato normativo o una cabal comprensión del concepto.

En efecto, para la ley que regulaba el proceso contencioso administrativo, las acciones (recursos, en la terminología original) se extinguían por prescripción. Es lo que se desprende del mandato del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁷, que se refiere a la imposibilidad de alegar prescripción, no caducidad, en el caso del llamado recurso objetivo o de anulación. También la segunda disposición transitoria contiene una regla sobre la prescripción de acciones, durante el período inmediatamente anterior a la promulgación de la ley.

25 Hay también procesalistas que, a partir de la idea de la acción como autónoma y diferente del derecho sustancia, establecen que la caducidad se relaciona con la acción y la prescripción con el derecho sustancia. Es el caso, por ejemplo de DEVIS ECHANDÍA (H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, 2004, p. 364). En el Ecuador, ALFONSO TROYA CEVALLOS, aunque no habla de caducidad, distingue la acción, como derecho subjetivo público, del derecho material, que considera facultad; la acción, dice, “es un acto de voluntad que corresponde a cuantos, sin salirse de la buena fe ..., creen adoptar una postura jurídica razonable ante la autoridad para ser oídos, así realmente no estén asistidos del derecho material que suponen tener en contra de un sujeto al que creen obligado. Pero una cosa es ejercer el derecho de acción y otra que la acción que ejercitamos reúna los requisitos indispensables para ser admitida definitivamente en sentencia” (A. TROYA CEVALLOS, *Elementos del Derecho Procesal Civil*, Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1976, tomo I, pp. 115-116).

26 F. SIERRA JARAMILLO, *Derecho Contencioso Administrativo*, Editorial Temis, 1978, p. 75.

27 RO 338, 18/03/1968.

Sin embargo, en 1974, el Tribunal Contencioso Administrativo, basándose en la doctrina colombiana²⁸, estableció que en el caso de las acciones contencioso administrativas debe hablarse de caducidad²⁹. Lo que le interesa al Tribunal, en este caso, no es tanto explicar las razones para ello, o dejar sentado un concepto de caducidad, sino resaltar las diferencias entre esta última y la prescripción.

Lo que distingue la caducidad de la prescripción es que la primera extingue, restringe o modifica el derecho de acción, mientras que la prescripción supone que el titular no ha ejercido ese derecho en cierto tiempo por causas que le son imputables. La caducidad afecta a una acción cuyo ejercicio es fundamental para el reconocimiento del derecho, mientras que la prescripción afecta a la acción de un derecho perfecto y existente³⁰.

La explicación no es lo suficientemente clara ni señala la utilidad de contar con dos conceptos diferentes; lo que le preocupa al Tribunal es asumir que el transcurso del tiempo extingue las acciones contencioso administrativas de derecho, aunque no se haya presentado la excepción correspondiente, sin que exista posibilidad de interrumpir los plazos.

[...] los plazos para accionar están prefijados en forma objetiva, es decir sin consideración a situaciones personales del interesado; si los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho de la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que se pueda alegar para revivirlo excusa alguna, ya que esos plazos no son

28 La sentencia, en la que se cita el Derecho Contencioso Administrativo Colombiano de MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

29 Ya en 1968, el Tribunal Contencioso Administrativo se había referido a la caducidad, pero a partir de circunstancias concretas derivadas de las regulaciones de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (RO 198, 06/03/1964), cuyos artículos 76 y 77 establecía una particular diferencia entre caducidad y prescripción, que puede ser interesante a la hora de profundizar en la historia y alcance de la institución, pero que no viene al caso en el tema que nos ocupa; vale la pena anotar que los dos artículos se mantienen vigentes, como artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de Servicio Público (RO S. 294, 06/10/2010). G. ESPINOSA, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1992, p. 92. La sentencia se dictó el juicio Cárdenas c. Alcalde de Ambato, 13/98/1968. Según el diccionario jurisprudencial que se cita, idéntico razonamiento consta en las sentencias pronunciadas en los juicios Boloña c. Ministerio de Agricultura y Ganadería y De la Torre, c. Ministerio de Agricultura y Ganadería, 29/10/1969 y 20/02/1970.

30 G. ESPINOSA, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1992, pp. 92-93. La sentencia se dictó el juicio Cattani c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 24/01/1974. El mismo criterio se expresó en el caso Muzzio c. Consejo Provincial del Guayas, 04/02/1982.

susceptibles de interrumpirse; y, al contrario de lo que ocurre con la prescripción, la caducidad solamente se interrumpe con la presentación de la demanda, pues en la caducidad se considera únicamente el derecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado en la norma, prescindiendo de la razón subjetiva³¹.

Como puede verse, no se plantea discusión alguna en relación con nuestro derecho positivo; este queda de lado y lo que se hace es echar mano de la doctrina para introducirla, sin beneficio de inventario, en el ordenamiento ecuatoriano.

En una sentencia del año siguiente, 1975, aparece la que, a mi juicio, es la razón fundamental para proceder de este modo. Después de una explicación poco clara, similar a la transcrita con anterioridad, el Tribunal concluyó que, “aunque no se ha deducido la correspondiente excepción, se declara inadmisibile la demanda por caducidad de orden público y debe reconocérsela de oficio”³². Lo que estaba en juego, sin duda, era la posibilidad de inadmitir demandas presentadas fuera de plazo, incluso cuando quien debía excepcionarse, no lo hiciera.

Efraín Pérez cita sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo de las que se desprende que, en la década de los ochenta, se modificó el criterio y se desechó la idea de la caducidad. Esta última, se dice, es extraña al derecho contencioso administrativo ecuatoriano y lo que opera es la prescripción, no la caducidad³³.

Lo mismo ocurrió, en un primer momento, con la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia cuando esta, sustituido el Tribunal Contencioso Administrativo Nacional por los tribunales distritales, se convirtió en instancia de casación de las sentencias de estos últimos. En una sentencia de 1994 la Sala, sin explicar los motivos, sostuvo que las acciones no caducan, sino que prescriben³⁴.

31 G. ESPINOSA, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1992, p. 93. La sentencia se dictó en el juicio Cattani c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad social, 24/01/1974.

32 G. ESPINOSA, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1992, pp. 92-93. La sentencia se dictó en el juicio Silva c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 16/09/1975.

33 E. PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, p. 150.

34 Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 15/03/1994, GJ XVI, 2, 458, considerando tercero.

Pero, desde los años finales del siglo pasado, varias sentencias de la Sala Contencioso Administrativa consideraron como correcto afirmar, no que las acciones contencioso administrativas prescribían, sino que caducaban³⁵, debiendo declararse la caducidad incluso de oficio³⁶. La jurisprudencia, sin embargo, no establece la razón de ser de la caducidad, no explica por qué esta última es necesaria en el derecho administrativo ni justifica la necesidad de contar con dos instituciones diferentes (caducidad y prescripción). Parte, sencillamente, de las diferencias, como en esta sentencia de 2004 en la que deja en claro que su criterio es vinculante para los tribunales de instancia:

la caducidad “per se” es diferente de la prescripción, pues, aquella es de carácter objetivo, no mira ni acepta situaciones personales que justifiquen la inacción dentro del lapso legal prefijado, mientras la prescripción es de índole subjetivo. Asimismo que la caducidad opera “ipso jure” y es declarable de oficio; en tanto que la prescripción debe ser alegada e invocada a su favor por quien quiere aprovecharse de ella. Así se ha pronunciado la Sala en innumerables causas y, por lo mismo, su criterio es vinculante para los Tribunales de instancia³⁷.

Las diferencias con la prescripción, y no la institución en si, son también el tema central en la exposición que del tema hace Efraín Pérez. “La importancia práctica que distingue la caducidad de la

35 Véase, por ejemplo, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 05/04/1999, RO 236, 19/07/1999, considerando quinto; 11/01/2001, RO 332, 23/05/2001, considerando cuarto.

36 Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 11/01/2001: “La excepción de caducidad es alegada por el demandado en la contestación del libelo y aún cuando no hubiere sido alegada expresamente, es obligación del Juez administrativo pronunciarse al respecto”. RO 332, 23/05/2001, considerando cuarto. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 04/02/2003: “No habiendo el actor impugnado el acto administrativo final sino tan solo el acto inicial, bien hizo el Tribunal “a quo” al considerar la fecha de la notificación del acto impugnado como la inicial para establecer el término que tenía el actor para deducir el recurso contencioso administrativo, y habiendo superado el de noventa días que consagra el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, era de su obligación declarar la caducidad y en consecuencia desechar la demanda. Por lo tanto, no hay errónea interpretación del artículo 65 de la ley de materia”. RO 78, 09/05/ 2003, considerando tercero.

37 Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 26/04/2004, GJ, XVII, 15, 5209. En 2006, una nueva sentencia afirmará que “en la caducidad no puede atenderse a razones de índole subjetivo, como negligencia del titular y aún imposibilidad, sino únicamente el hecho objetivo, falta de ejercicio de la acción en el término legal” (Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 07/12/ 2006, RO Ed. Esp. 25, 06/03/2008).

prescripción en el proceso administrativo es que la caducidad es una noción objetiva”, dice, para afirmar enseguida que la prescripción “puede depender de hechos exteriores y por tanto interrumpirse, la caducidad no”³⁸.

Cabe preguntar, sin embargo, si estas diferencias justifican la existencia de dos instituciones separadas o podrían generar, más bien, casos especiales de prescripción. Para ello habría que entrar en algo que no he encontrado ni en nuestra jurisprudencia, ni en nuestra doctrina: el análisis de la razón de ser de la caducidad de las acciones en el derecho administrativo ecuatoriano.

Un análisis como el que hace, por ejemplo, Guido Santiago Tawil, cuando afirma que la distinción entre prescripción y caducidad es el resultado de la necesidad de “asegurar la estabilidad de las decisiones administrativas y evitar una prolongada incertidumbre respecto de los efectos derivados del obrar administrativo”³⁹. Esto explica las características que se asignan a la caducidad y los plazos cortos que se establecen para la misma, lo que a juicio de Tawil solo consolida y fomenta la arbitrariedad administrativa⁴⁰.

4. LOS LEGISLADORES SE AFERRAN A LA PRESCRIPCIÓN, PERO LOS JUECES NO ABANDONAN LA CADUCIDAD

El 22 de mayo de 2015 se promulgó el Código Orgánico General de Procesos, que entraría en vigor un año después, en mayo de 2016⁴¹. Este Código modificó la clasificación que de las excepciones hacía el Código de Procedimiento Civil y, en el artículo 153(7) agregó, entre las que denomina previas, a la caducidad, que no era considerada en la anterior regulación procesal.

38 E. PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, p. 150.

39 G.S. TAWIL, *Administración y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa*, Ediciones Depalma, 1993, tomo II, p. 171. El autor cita a MAIRAL, para dejar en claro que mientras la prescripción “conduce a la inexigibilidad de un derecho, que nació perfecto, como sanción por su no ejercicio durante un plazo por lo general prolongado; la caducidad, en cambio, provoca la extinción de un derecho que ya nació temporalmente limitado, atento al interés general en su rápido ejercicio, de donde su carácter automático y la irrelevancia de las situaciones subjetivas”.

40 G.S. TAWIL, *Administración y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa*, Ediciones Depalma, 1993, tomo II, p. 181.

41 RO S. 506, 22/05/2015.

Lo único que se hizo, sin embargo, fue mencionar la institución, a la que solo se hacía referencia, adicionalmente, para fijar un término de caducidad para las providencias preventivas (artículo 133) y, otra vez juntándola con la prescripción, al disponer que en los casos de nulidad por incompetencia no se compute, para fines de caducidad, el tiempo entre la citación y la declaratoria de nulidad (artículo 13). Nada dice el Código sobre lo que entiende por caducidad y cómo se la distingue de la prescripción.

Pero, a diferencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no escogía un término para referirse a la extinción de las acciones contencioso administrativas, el nuevo Código optó expresamente por la prescripción al disponer, en su artículo 307, que era responsabilidad del juez verificar que las demandas se presenten dentro del tiempo previsto para el ejercicio de la acción e inadmitirlas cuando hubiere operado “la prescripción del derecho a ejercer la acción”.

Pero si el código procesal parece optar por la prescripción, aunque la redacción del artículo 307 no es muy feliz, la jurisprudencia definió con carácter obligatorio la necesidad de hablar de caducidad. En efecto, a medio camino entre la promulgación del Código y su entrada en vigencia, la Corte Nacional de Justicia declaró, como precedente obligatorio, que las acciones contencioso administrativas caducan y que, cuando se trata de ellas, no puede hablarse de prescripción⁴².

Otra vez, el centro del problema se puso en las características de la caducidad y en la necesidad de que los jueces inadmitan a trámite, incluso sin que medie petición de parte, las demandas presentadas una vez vencido el plazo previsto para hacerlo en la vía contencioso administrativa.

Tomar esto en cuenta es importante a la hora de establecer si hay contradicción entre lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia y el mandato del artículo 307 del Código Orgánico General de Procesos. En realidad, en la medida en que el precedente jurisprudencial apunta menos a la caducidad como tal, que al efecto que pueda tener

42 Corte Nacional de Justicia, *Resolución 13-205*, RO S. 621, 05/11/2015.

el plazo para accionar, hay plena correspondencia entre el precedente y el ya citado artículo 307 que, si bien habla de prescripción y no de caducidad, dispone para la primera los mismos efectos que la resolución de la Corte Nacional asigna para la segunda.

En otras palabras, si bien cambió la terminología, el resultado final siguió siendo el mismo.

Para entender esto hay que introducirse en la cabeza de nuestros abogados. En ella entró fácilmente, desde las aulas universitarias, la idea de la prescripción, claramente definida y fácilmente entendible, mientras que este bicho raro de la caducidad no acaba de mostrarse con claridad; las explicaciones se vuelven ininteligibles y nadie sabe a ciencia cierta en qué mismo consiste, por lo que resulta preferible refugiarse en el seno familiar de la prescripción.

La caducidad acabó siendo algo que flota en la doctrina, que se sabe que existe y debe ser tomado en cuenta (es necesario mencionarla, entonces), pero que, en la medida en que no se entiende, intimida; puede ser nombrada pero, en la práctica, es preferible dejarla de lado. Ahí que esté, como dice el dicho popular.

Y, como se vio en su momento, la caducidad aparece en varios textos legislativos, muchas veces en compañía de la prescripción; se la nombra, pero no se le da sustancia ni vida propia.

El problema, a la larga, acaba siendo meramente terminológico. En efecto, el artículo 307 convierte en secundario el nombre que se utilice para referirse a la institución pues señala con claridad que el efecto del vencimiento del plazo es el mismo que nuestra jurisprudencia contencioso administrativa ha venido asignando a la caducidad: la necesidad de declararla, aún de oficio.

La regla, entonces, está claramente definida y nada en ella cambia si optamos por ser más fieles al texto de la ley, y hablar de prescripción, o preferimos apegarnos más a la terminología apreciada por el derecho administrativo, y con ella a lo resuelto por la Corte Nacional, y optamos por afirmar que esa prescripción es, en realidad, una caducidad. Por eso hay autores que incluso sostienen que, aquello de lo que habla el varias veces citado artículo 307, es

caducidad, debiendo atribuirse la referencia a la prescripción a “una falta de técnica de redacción legislativa”⁴³.

Y esto es así, incluso en el caso de que, como hace Jorge Zavala Egas, le demos un alcance diferente al artículo 307. Según el autor citado, el Código General de Procesos no afecta la caducidad de las acciones contencioso administrativas, y se refiere únicamente a las materias especiales que son competencia de los jueces contencioso administrativos, como las que se refieren a “derecho marcario, patentes, derecho de competencia, etc.”⁴⁴.

A mi juicio, aunque la deficiente redacción de la norma puede abrir la posibilidad anotada, al analizarla a fondo se ve que aceptar esta interpretación sería tanto como establecer distinciones que carecen de sentido. En efecto, qué sentido tiene decir que en unos casos, las clásicas acciones contencioso administrativas, la acción caduca, y en otros, las especiales, prescribe, si en uno y otro caso el resultado es el mismo. Sería tanto como afirmar que una cosa es una cosa y otra cosa es ... la misma cosa anterior.

El problema no tiene que ver con el concepto utilizado, porque aún optando por el de prescripción, los efectos serán los mismos que nuestra jurisprudencia ha venido asignando a la caducidad. Se trata, más bien, de dar respuesta a dos preguntas: ¿A qué casos se aplica el término para plantear la acción en controversias contractuales, establecido por el artículo 306(3) del Código Orgánico General de Procesos? ¿Cómo debe procederse en el caso de controversias sometidas a la jurisdicción arbitral?

5. CUESTIÓN DE PLAZOS ... Y CONTRATOS

Como se ha visto, la discusión acerca de si a los plazos para demandar en el caso de controversias en las que interviene la Administración Pública se aplica la prescripción o la caducidad, carece de utilidad práctica. Lo que importa es determinar cuáles son

43 M. COSTA CEVALLOS, *Las acciones contencioso administrativas en el Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, p. 171.

44 J. ZAVALA EGAS, *Código Orgánico General de Procesos COGEP. Notas de Estudio*, Murillo Editores, 2016, p. 282.

esos plazos y en qué medida se aplican cuando las controversias deben ser resueltas por la jurisdicción arbitral.

Esto último, me parece, no reviste mayor dificultad. Las normas que regulan el arbitraje no incluyen disposición alguna en relación con plazos para presentar las demandas, así que lo que corresponde es aplicar las reglas generales que rigen para cada caso. Si tomamos en cuenta que, cuando se trata de la Administración Pública, la posibilidad de arbitrar controversias se concreta a las relaciones jurídicas de carácter contractual⁴⁵, habrá que consultar los plazos para accionar cuando la controversia tenga su origen en contratos celebrados con la Administración.

La primera norma a la que debemos acudir es la del Código Orgánico General de Procesos, cuyo artículo 306, al regular los términos y plazos dentro de los cuales se deben presentar las diversas acciones contencioso administrativas, dispone en su número 3 que, en materia contractual, “se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años”.

¿Cuál es la materia contractual a la que se refiere la norma citada? Indudablemente, la que es de competencia de los jueces encargados de conocer las acciones contencioso administrativas, conforme las reglas del Código Orgánico de la Función Judicial⁴⁶.

El artículo 217(4) de este último confiere, a los jueces contencioso administrativos, competencia para conocer “y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado ... y ... todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado”. Los recursos de casación contra las sentencias que se dicten en estos casos, deberá resolverlos la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, tal como lo dispone el artículo 185(2) del mismo Código.

Esta respuesta, sin embargo, no resuelve el fondo de la pregunta. Los contratos a los que se refiere la competencia de los

45 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 4(b), RO 417, 14/12/2006.

46 RO S. 544, 09/03/2009.

jueces contencioso administrativos ¿son todos los que celebran las instituciones del Estado o solo un grupo determinado de ellos?

Personalmente, no veo que las normas del Código Orgánico de la Función Judicial hagan distinciones. Si bien la primera parte del número 4 del artículo 217 habla de contratos administrativos, al final se refiere a los contratos en general, como lo hace también el artículo 185(2) al hablar de “contratos celebrados entre el Estado o las instituciones del sector público y los particulares”.

Creo, por eso, que la competencia que se confiere a los jueces contencioso administrativos abarca la totalidad de los contratos celebrados por la Administración salvo, evidentemente, los sometidos a jueces especializados; el ejemplo más claro es el de los contratos de trabajo.

Sin embargo, no es ese el criterio que se ha definido como obligatorio. En mayo de 2015, una Resolución del pleno de la Corte Nacional de Justicia estableció que los jueces contencioso administrativos son competentes para conocer controversias contractuales “únicamente cuando el contrato sea de materia administrativa”⁴⁷. Siendo así, y aunque la terminología de la Corte no sea precisa, es claro que se refiere a los contratos administrativos, esto es, a los que pueden ser considerados como tales y no a cualquier contrato en el que una de las partes sea una institución del sector público.

¿Cuáles, de los contratos que celebra la Administración, pueden ser calificados como contratos administrativos?

Nuestra jurisprudencia ha tratado de establecer los requisitos a partir de los cuales se podría calificar a un contrato como administrativo⁴⁸, pero prefiero no detenerme en ello y pasar directamente a la definición que contiene el Código Orgánico Administrativo, que fue tomada de la que, con un ámbito de aplicación más restringido, constaba en el Estatuto del Régimen

47 Corte Nacional de Justicia, *Resolución 04-2015*, RO S. 513, 02/06/ 2015.

48 Desarrollo este tema en J.P. AGUILAR ANDRADE, “El concepto de contrato administrativo en el Ecuador”, en E. DE LA GUERRA y J. VILLACRESES VALLE (Coords.), *Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2022.

Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva⁴⁹, y que define como contrato administrativo “el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”⁵⁰.

Hay quienes sostienen que esta definición implica considerar como administrativo a todo contrato que celebren el Estado o sus instituciones. Eso, sin embargo, no puede aceptarse, pues hay contratos que de ninguna manera pueden tener esa calidad, y vuelvo al ejemplo de los contratos de trabajo.

Me parece que la única interpretación que puede darse a este artículo, y que permite excluir problemas como el anotado, es la que considera que la referencia a contratos en los que una de las partes ejerce una función administrativa, toma en cuenta que nos encontramos ante contratos que no se celebran en pie de igualdad, sino con una parte revestida de poderes propios de una autoridad administrativa.

Esto empata plenamente con la forma en que, en la actualidad, se enfoca el que se denominaba problema de la “naturaleza del contrato administrativo”⁵¹ y que parte de considerar que no hay nada que convierta al llamado contrato administrativo, en una institución radicalmente distinta del contrato de derecho privado; todo lo contrario, el contrato administrativo es fundamentalmente un contrato y sus raíces están firmemente asentadas en el piso del derecho civil. Sin embargo, en determinados casos, la ley no solo permite que la Administración contrate sino que, por motivos de orden público, lo haga revestida de poderes de autotutela; cuando esto ocurre aparecen eso que García de Enterría y Fernández llaman modulaciones de la institución contractual⁵², que afectan la igualdad de los contratantes y confieren a la Administración poderes no reconocidos a su contraparte, justificados por la necesidad de proteger el interés colectivo.

Cuando el artículo 125 del Código Orgánico Administrativo califica como contrato administrativo a aquel en el que una de las

49 RO 536, 18/03/2002.

50 RO 2. S. 31, 07/07/ 2017.

51 En realidad, los llamados contratos administrativos no tienen una “naturaleza”, sino características particulares asignadas por el ordenamiento jurídico.

52 E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, t. I, p. 681.

partes (y no distingue si esta última es una persona de derecho público o de derecho privado), “ejerce una función administrativa”, no está haciendo otra cosa que diferenciar los casos en que el contrato lo celebra una entidad administrativa en pie de igualdad con su contratante y bajo las reglas del derecho privado, de aquellos en que una persona de derecho público o de derecho privado actúa revestida de poderes administrativos, de poderes de autotutela, que puede activar en el curso de la ejecución contractual y que, en consecuencia, le colocan en una relación de superioridad frente a su cocontratante.

La norma que comento, entonces, no hace otra cosa que acoger, sin mencionarla, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, siendo la presencia de poderes de autotutela en la ejecución contractual, las cláusulas exorbitantes, el elemento que permite diferenciar a los unos de los otros.

En otras palabras, el ordenamiento jurídico ecuatoriano considera que son contratos administrativos aquellos en los que, en virtud de la presencia de las llamadas cláusulas exorbitantes, una de las partes está autorizada para ejercer, en el curso de la ejecución contractual, poderes de autotutela.

Según lo dicho, si la controversia sometida a la jurisdicción arbitral deriva de contratos administrativos, el plazo para accionar es el de cinco años al que se refiere el artículo 306(3) del Código Orgánico General de Procesos. Pero si el contrato no puede ser considerado como administrativo, las normas aplicables serán las que regulan la prescripción en el Código Civil.

En el primer caso, evidentemente, el efecto del vencimiento del plazo de cinco años será la caducidad o la prescripción, llamémosla como queramos, que los jueces están obligados a declarar, aunque no se haya alegado una u otra.

No hay, según esto, razón para embrollarse en el tema de los plazos para accionar, ya en lo contencioso administrativo, ya en la jurisdicción arbitral. Lo que sí resulta necesario es tomar por los cuernos al toro de la caducidad, definir si hay razones para conservarla como modo de extinción de las acciones y, de ser así, configurarla adecuadamente, dejando en claro por qué la prescripción es una cosa y la caducidad otra.

Pero esa es otra tarea y habrá que enfrentarla en otra oportunidad.



ABOGADOS

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

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

El silencio administrativo en el arbitraje nacional ecuatoriano ¿novedad o paradoja en el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación?

*Gabriel Eduardo Almeida Vintimilla**

Recibido/Received: 19/09/2022

Aceptado/Accepted: 27/11/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Doctrina del Silencio Administrativo. 3. El Silencio Administrativo en el Ecuador. 4. El elemento de motivación como requisito esencial para evitar el Silencio Administrativo. 5. Convenio arbitral con posterioridad a la celebración de un contrato con entidades del sector público ¿norma especial o excepcional del Silencio Administrativo? 6. Aplicabilidad y consecuencias: 3 hipótesis subyacentes. 7. Conclusiones.

RESUMEN: Una paradoja es un hecho o proposición aparentemente contrarios a la lógica; por su parte, una novedad, consiste en un cambio reciente producido sobre un objeto específico de forma abstracta o concreta. Ambos sustantivos se caracterizan por expresar atención e interés respecto a un tema en particular. En este caso, el artículo 5 del reciente Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, al regular los supuestos jurídicos para la suscripción, celebración y ejecución de convenios arbitrales con instituciones públicas con posterioridad a la controversia, causa sin duda un gran interés y atención en la esfera arbitral; principalmente, porque la

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Previo a su título de Abogado fue Secretario General de la Sociedad de Estudiantes de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y finalista del Concurso de Litigio Constitucional organizado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador en 2017. Profesionalmente se ha desempeñado en el ámbito privado en firmas reconocidas, así como en la asesoría in-house. Actualmente maestrante de la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional en la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: gabriel.almeida2695@gmail.com



configuración de dicha figura jurídica guarda elementos esenciales propios de la institución del silencio administrativo. Como se sabe, el silencio administrativo tiene sus propias características y matices, por lo que incluso le es inherente un procedimiento específico para su ejecución, sin embargo, cuando entra en comparación con el artículo del Reglamento referido, surgen al menos tres hipótesis resultantes de un análisis nacional y comparado, en el que se plasma las posibles consecuencias y situaciones que pueden llegar a tener cabida al momento de iniciar un arbitraje entre un contratista privado y una entidad pública contratante. El presente trabajo demostrará que, en función de las situaciones y supuestos que se presenten en cada caso, el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación producirá una gran paradoja jurídica, o en su defecto, una interesante novedad excepcional en el sistema jurídico ecuatoriano demostrando a su vez, las implicaciones y situaciones que podrían presentarse en cada caso.

PALABRAS CLAVE: Silencio administrativo, convenio arbitral, Reglamento Ley de Arbitraje y Mediación, arbitraje con entidades públicas, novedad, paradoja.

ABSTRACT: A paradox is a fact or proposition contrary to logic; on the other hand, an innovation consists of a recent change produced on a specific object in an abstract or concrete form. Both nouns are characterized by expressing attention and interest in a particular topic. In this case, article 5 of the recent Regulation to the Arbitration and Mediation Law, by regulating the legal assumptions for the signing and execution of arbitration agreements with public entities when the conflict has occurred, undoubtedly causes great interest and attention in the arbitration sphere, mainly because the configuration of said legal figure keeps essential elements of the institution of administrative silence. As is known, the administrative silence has its own characteristics and nuances, for which a specific procedure for its execution is inherent to it. However, when it is compared with the article of the aforementioned Regulation, at least three hypotheses arise resulting from a national and comparative analysis, which reflects the possible consequences and situations that may take place at the time of initiating an arbitration procedure between a private contractor and a public contracting entity. This

paper will demonstrate that, depending on the situations and assumptions that arise in each case, article 5 of the Regulation to the Law of Arbitration and Mediation, will produce a great legal paradox, or failing that, an interesting exceptional innovation in the Ecuadorian legal system, demonstrating in turn, the implications and situations that could arise in each case.

KEYWORDS: Administrative silence, arbitration agreement, Regulation to the Law of Arbitration and Mediation, arbitration with public entities, innovation, paradox.

1. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación se ha instituido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una figura que busca simplificar y especificar la operatividad de la suscripción, celebración y ejecución de los convenios arbitrales con las entidades públicas contratantes a efectos de resolver una controversia contractual que puede tener lugar de forma presente o futura a la celebración del contrato.

Dicha figura, materia de análisis en este trabajo, se encuentra contenida en el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, y regula de forma especial los supuestos de hecho para la suscripción, validez y ejecución de los convenios arbitrales entre contratistas privados y entidades del sector público ecuatoriano en temas contractuales de diversa índole. Sin embargo, dicha figura posee ciertos matices propios de la institución del silencio administrativo, pues la modalidad general que pretende la norma se relaciona con la presentación de un proyecto de convenio arbitral que debe aprobarse o negarse en un tiempo determinado por la entidad contratante, por lo que, en ausencia de dicha respuesta se entenderá aceptado.

La comparación de esta figura jurídica con la institución del silencio administrativo en el Ecuador permite que surjan algunas interrogantes respecto a su operatividad, pues por un lado se pretende que aquella sea automática y se caracterice por ser una excepción al paradigma del silencio administrativo, sin embargo, por otro lado, en función del principio de legalidad y el derecho a la seguridad

jurídica, no podrán obviarse los requisitos sustantivos y adjetivos del silencio administrativo como una cuestión previa para la validez del convenio y el posible proceso arbitral, bajo esta modalidad.

El presente trabajo busca demostrar la relación posible que existiese entre ambas figuras jurídicas, precisamente por la similitud de elementos sustantivos que las configuran y demostrar, asimismo, ciertas hipótesis que podrían presentarse en la práctica, junto con las complejidades al momento de fusionar dichas figuras. Todo aquello dentro del marco jurídico ecuatoriano y comparado.

Para tal efecto, el presente trabajo abordará en primer lugar el análisis, origen y características de la institución del silencio administrativo en el Derecho comparado, desde la doctrina y jurisprudencia. Posteriormente, abordará el análisis de esta institución y su desarrollo en la legislación ecuatoriana, así como en su jurisprudencia común y constitucional destacando los elementos esenciales de dicha figura jurídica y los requisitos para su operatividad. Seguidamente, se abordará el análisis de la figura jurídica instituida en el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, bajo la lupa del silencio administrativo y se presentarán las posibles hipótesis que emergiesen de cada supuesto. Finalmente, se establecerán las conclusiones pertinentes de este análisis.

2. LA DOCTRINA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con García de Enterría y Ramón Fernández, existen ciertos supuestos en los cuales ante la ausencia de una manifestación de voluntad administrativa expresa, la ley suple por sí misma dicha ausencia presumiendo que, a ciertos efectos, la manifestación de voluntad se ha producido con ciertas consecuencias jurídicas que pueden tener un contenido negativo o positivo¹.

Históricamente, el modelo del silencio administrativo nació con efectos negativos o desestimatorios y fue instaurado en Francia por primera vez en 1900, siendo replicado en países como España.

¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y R. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Decimotava Edición, Navarra, 2017, p. 645.

Mantuvo una configuración jurídica concreta, esto es, formulada una petición ante la Administración pública, si esta no notifica su resolución al interesado en un cierto período de tiempo, su autor podía denunciar la mora y, transcurrido otro período de tiempo desde la denuncia sin recibir respuesta alguna, la petición referida se consideraba desestimada².

Según la doctrina, el origen y funcionalidad del silencio administrativo negativo son muy concretos y están estrechamente ligados a la singular configuración técnica de la acción contencioso-administrativa como un proceso impugnatorio de actos previos cuyo objeto es la revisión de legalidad posterior. Así, el silencio administrativo negativo no produce un verdadero acto administrativo en sentido desestimatorio, pues ante la ausencia de la manifestación de voluntad de la Administración, no resulta posible un proceso interpretativo destinado a determinar el contenido o sentido de una voluntad que no se ha manifestado. Por lo tanto, no es concebible ligar a él ningún tipo de efecto jurídico ni tampoco cabe atribuirle adjetivos que se aplican a los actos administrativos propiamente dichos para determinar si este ha quedado en firme o ejecutoriado³.

Ahora bien, con respecto al silencio positivo, la doctrina encuentra sustanciales diferencias con su símil de efectos negativos. A modo comparativo, en España dicha figura estaba reservada, en principio, a los supuestos cuyo objeto de petición eran autorizaciones y aprobaciones que debían de resolverse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores. En otras palabras, se aplicaba a casos de control preventivo posterior de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o entidades administrativas inferiores⁴.

En tal virtud, el efecto positivo del silencio de la Administración sustituye una autorización o aprobación que estuviese llamada a otorgar. Dicho efecto se establece con base en el rigor propio del control o tutela instrumentado por la norma, pues conocida la actividad a controlar o resolver y, transcurrido un período de tiempo legalmente

2 Ídem.

3 Ídem., p. 646.

4 Ídem., p. 648.

establecido sin que se haya formulado objeción alguna por el órgano competente para ejercerla, resulta jurídicamente consecuente suponer la inexistencia del veto respecto de la petición formulada⁵.

En consecuencia, a diferencia del silencio negativo, en esta figura el silencio se considerará desde el primer momento como un verdadero acto administrativo, cuyo efecto equivale a la autorización o aprobación expresa. Asimismo, por sus propios efectos, esta figura se caracteriza esencialmente porque una vez producido el mencionado silencio, estará prohibido para la Administración pública resolver en sentido contrario al otorgamiento tácito de la autorización o aprobación solicitadas⁶.

Con base en lo anterior y de conformidad con el aspecto procedimental y la doctrina en la materia, en los casos en que la Administración emita una resolución tardía, el período de tiempo para el silencio con efectos positivos debe contarse desde el ingreso de la solicitud, proyecto o acuerdo sometidos a control o resolución, hasta la fecha de notificación de tal resolución al administrado interesado. De esta manera se consolida una especie de cautela o prevención destinada a evitar la tentación de antedatar la resolución con el fin de impedir el efecto favorable o positivo del silencio.

Sin embargo, al igual que en el caso del silencio negativo, existe un gran problema, el cual se traduce en determinar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por esta figura⁷. Para tratar dicho problema, resulta interesante atender a tres tendencias que han sido desarrolladas y adoptadas en Derecho comparado, especialmente por la jurisprudencia española.

La primera tendencia sostiene, dentro del marco de la seguridad jurídica que, una vez producido el silencio, la petición o solicitud se consideran aprobados en sus términos íntegros como si se hubiese emitido un acto expreso en dicho sentido. Por otro lado, la segunda tendencia, más apegada a la legalidad que a la seguridad jurídica considera que, al ser el efecto positivo del silencio de la Administración una creación de la ley, sería inaceptable que por

5 Ídem.

6 Ídem.

7 Ídem.

esta misma vía pudiera obtenerse o aprobarse lo que la ley misma hubiese prohibido y, en consecuencia, si bien el silencio efectivamente sustituye al acto expreso, solo tendrá efecto dentro de los límites establecidos por la misma ley⁸.

Finalmente, la tercera tendencia se caracteriza por haber encontrado un punto medio entre las dos anteriores. Se acepta la aprobación por silencio positivo de todo lo solicitado a la Administración con la única excepción de que la autorización o aprobación no adolezca de vicios esenciales, relativos o determinantes respecto de los requisitos fundamentales de validez de los actos administrativos regulares, para lo cual será imperativo tomar en estricta consideración las causales de nulidad de pleno derecho determinadas en cada legislación⁹.

Parecería ser que esta tercera postura jurisprudencial es la que ha sido adoptada por la legislación ecuatoriana en la materia, pero a diferencia del sistema español, Ecuador no maneja una dualidad entre ambos tipos de silencio administrativo. Esta tendencia se sustenta y deriva del derecho constitucional de petición, y el silencio administrativo constituye la figura jurídica mediante la cual se efectiviza dicho derecho en la práctica, salvaguardando los intereses de los administrados ante la ausencia de actividad por parte de la Administración. Conviene analizar la figura del silencio administrativo en el ámbito ecuatoriano.

3. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR

Históricamente, desde la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el año 1968, en el Ecuador al igual que en Francia y España, existía la figura del silencio administrativo negativo. De conformidad a su artículo 31¹⁰, ante cualquier reclamo o petición que no tuviese una contestación oportuna por parte de la Administración se consideraba la emisión de una decisión negativa. El efecto de dicha voluntad negativa

8 Ídem.

9 Ídem, pp. 648-649.

10 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Artículo 31, RO 338, 18/03/1968. Derogada.

de la Administración constituía entonces un camino para que el administrado que se sintiera perjudicado por el silencio, pudiera iniciar la correspondiente acción jurisdiccional, teniendo que agotar obligatoriamente la vía administrativa¹¹.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Modernización del Estado¹², en el año 1993 se instituyó el derecho de petición con el cual el silencio administrativo pasó a tener efectos positivos. Entonces, ante cualquier reclamo, solicitud o pedido presentado ante un órgano de la Administración pública, que no fuera resuelto en un término de quince días desde su presentación, se entendía que había sido resuelto a favor del administrado.

Actualmente, de conformidad con el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República¹³, mediante el derecho de petición se reconoce y garantiza a las personas una prerrogativa a dirigir quejas y peticiones individuales o colectivas a las autoridades administrativas, y esencialmente, a recibir atención o respuesta motivada, pues como se mencionó antes, mediante esta figura se consolida el efecto práctico del derecho de petición.

En concordancia con la Constitución, el artículo 207 del Código Orgánico Administrativo¹⁴ desarrolla el contenido del derecho de petición, estableciendo que los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deben ser resueltos en el término de 30 días, vencido el cual, y sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que opera con efecto positivo o estimatorio.

Puede evidenciarse entonces que la legislación ecuatoriana efectivamente adoptó la tercera tendencia jurisprudencial española, pues para que el silencio administrativo descrito en los términos referidos surta efecto, debe cumplir un requisito esencial, esto es, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por

11 J. CAMPAÑA, "Sobre el Silencio Administrativo Positivo y su Aplicación a la Contraloría General del Estado", *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 2002, p. 75 <<https://bit.ly/3VzWSuK>> (26/01/2022).

12 Ley de Modernización del Estado, Artículo 28, RO 349, 31/12/1993. Derogada.

13 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 66 (23), RO 449, 20/10/2008.

14 Código Orgánico Administrativo, Artículo 207, RO S. No. 31, 7/07/2017.

el artículo 105 del mencionado Código Orgánico Administrativo¹⁵. En adición, tanto la normativa procesal como la administrativa confieren el carácter de título de ejecución por vía judicial al silencio administrativo positivo, de acuerdo con lo establecido tanto en el artículo 370-A del Código Orgánico General de Procesos¹⁶, como en el tercer inciso del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo¹⁷.

En consecuencia, para la efectividad del silencio administrativo positivo en el Ecuador, concretamente se necesitaría una petición individual o colectiva, que esté dirigida a una autoridad o institución competente de la Administración pública y que no haya sido resuelta en el término de 30 días. Asimismo, se requiere que dicho efecto positivo resultante de la petición original no incurra en las causales de nulidad establecidas en la ley y que, ante la ausencia de respuesta o resolución motivada por parte de la autoridad competente, se configure un acto administrativo presunto con efectos positivos que debe ejecutarse en vía judicial.

Por su parte la jurisprudencia ecuatoriana ha manifestado que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando esta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo que no tiene relación alguna con sus antecedentes y que, en caso de no ser ejecutado inmediatamente por la Administración, constituye base suficiente para iniciar una acción, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso-administrativa¹⁸.

Asimismo, la jurisprudencia ecuatoriana también ha reconocido que, dicho derecho autónomo una vez que se ha configurado, no sufre menoscabo alguno por cualquier manifestación posterior en contrario por parte de la Administración¹⁹ y que, su incumplimiento en dotar de una respuesta motivada al administrado produce sin lugar a duda el efecto positivo del silencio administrativo que deberá ser entendido como aceptación táctica de lo solicitado²⁰.

15 Código Orgánico Administrativo, Artículo 105, RO S. No. 31, 7/07/2017.

16 Código Orgánico General de Procesos, Artículo 370-A, RO S. No. 506 22/05/2015.

17 Código Orgánico Administrativo, Artículo 207, RO S. No. 31, 7/07/2017.

18 Ex Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Resolución del Recurso de Casación*, 28/10/2003. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14, p. 4796.

19 Ídem.

20 Ex Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal, *Sentencia*, 28/09/2000. Gaceta Judicial Año CII. Serie XVII. No. 5, p. 1449.

En consecuencia, con base a lo que ha sido descrito hasta el momento, también es posible verificar que, según la jurisprudencia, en el proceso de ejecución de este derecho autónomo adquirido por efecto del silencio administrativo con efecto positivo, existen dos circunstancias que se deben establecer: primero si la petición originariamente dirigida al organismo demandado se ha encaminado a la autoridad competente y segundo, si lo aprobado por el silencio administrativo se halla o no afectado por una nulidad insubsanable, ambos asuntos de puro derecho²¹.

En consecuencia, para la efectividad y ejecución del silencio administrativo en el Ecuador se necesita primero una petición individual o colectiva, segundo, que la misma sea dirigida a una autoridad o institución competente de la Administración pública, tercero, que aquella no incurra en las causales de nulidad y finalmente algo que la jurisprudencia recalca y que es parte del derecho de petición constitucionalmente reconocido actualmente: la ausencia, no solo de una respuesta, sino de una respuesta motivada, dentro del término de treinta días desde su presentación, ¿pero a qué se refiere realmente recibir una respuesta motivada? Conviene analizarlo a continuación.

4. EL ELEMENTO DE MOTIVACIÓN COMO REQUISITO ESENCIAL PARA EVITAR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con el literal 1) del numeral 7) del artículo 76 de la Constitución²², las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, por lo que no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Así, la norma suprema prescribe además que, los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos y se sancionará a los servidores responsables de esta omisión.

21 Ex Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia*, 10/11/2004. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1, p. 283.

22 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76 (7.1), RO 449, 20/10/2008.

En este sentido, la motivación constituye un verdadero requisito *sine qua non* respecto de la respuesta a una petición individual o colectiva, dirigida a una autoridad competente de la Administración pública para que no opere el silencio administrativo. No resultaría ilógico pensar que, incluso en ciertos supuestos podría existir una respuesta de la Administración pero inmotivada, por lo que también operaría el silencio administrativo positivo tal como lo ha manifestado la jurisprudencia en Ecuador. Por lo mismo, se vuelve esencial analizar ahora lo que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana respecto a dicha garantía.

Es ya ampliamente conocido, el test de motivación que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador, y tal vez más aún conocido, el uso que se ha hecho de dicho test a nivel profesional y académico. Este test de motivación se encuentra conformado por tres elementos fundamentales para determinar si un acto o resolución, se encuentran debidamente motivados: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Con respecto al elemento de razonabilidad, la Corte Constitucional ha señalado que su cumplimiento se configura cuando una resolución se encuentre fundamentada en principios constitucionales, sin que de su contenido se desprenda contradicción contra cualquier principio o valor constitucional. En adición a esto, la Corte ha manifestado que, el elemento de razonabilidad implica también la observancia y aplicación de disposiciones constitucionales, legales y/o jurisprudenciales acordes con la naturaleza de la causa²³.

Por otro lado, con respecto al elemento de la lógica, la Corte ha establecido que dicho elemento establece que la decisión debe encontrarse estructurada a partir de premisas que guarden relación y coherencia entre sí y en relación con la decisión final que se adopte. Dentro de la sentencia No. 217-15-SEP-CC emitida dentro del caso No. 0011-13-EP, la Corte manifestó que dicho elemento implica:

[...] la construcción de una resolución entendida como una integralidad jurídica armónica, compuesta de premisas coherentes y concatenadas entre sí, cuyo resultado sea una conclusión que

23 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 180- 16-SEP-CC*, RO S. No. 865, 19/10/2016.

se sustente en aquella construcción, debiendo excluirse fórmulas oscuras, erráticas, incoherentes, incompletas o inconsistentes²⁴.

Por su parte, con respecto al elemento de comprensibilidad, la Corte ha manifestado que aquella se configura cuando una decisión goza de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social. Así, en la sentencia No. 207-14-SEP-CC emitida dentro del caso No. 0552-11-EP, la Corte señaló que:

[...] la claridad en el lenguaje requiere una concatenación entre las premisas que contienen un pensamiento o idea con las conclusiones que deben devenir de aquellos, de modo que las resoluciones gocen de legitimidad y por lo mismo, permitan a la sociedad conocer la forma cómo sus instituciones razonan y resuelven²⁵.

Ahora bien, en una reciente resolución, la Corte Constitucional estableció varias pautas para examinar cargos de vulneración a la garantía de motivación, esto es, directrices, por las cuales se abandona el referido test de motivación y que, en su lugar incluyen un criterio rector según el cual toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa. Lo anterior dado que uno de los errores del test de motivación es precisamente que ha sido utilizado puramente como una lista de control más que como un parámetro de análisis, lo cual para dicho organismo ha sido inadecuado por dos razones²⁶.

Primero, porque al utilizar el test de la manera antes descrita, se asume que los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad configuran una lista taxativa y exhaustiva, es decir, que fuera de ellos no existirían más parámetros que permitan evaluar si la garantía de motivación se cumple o ha sido vulnerada. Segundo, porque ningún órgano debe utilizar ninguna lista de control con la que auditar la totalidad de la motivación de un acto del poder público, más bien lo que el órgano debe examinar es si se cumple o no la garantía de motivación por razones específicamente esgrimidas²⁷.

24 Ídem.

25 Ídem.

26 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21*, 20/10/2021, <<https://bit.ly/3UbWIZE>> (26/01/2022).

27 Ídem, p. 16.

Así, en dicha resolución la Corte añade algunos tipos de deficiencia motivacional, estableciendo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación debería ser un argumento sobre la inobservancia del ya mencionado criterio rector, mismo que, para la Corte, consiste en lo siguiente:

“[...] expresa las razones por las que una argumentación jurídica no consigue tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pues cuando se incumple dicho criterio rector, la argumentación jurídica adolece de deficiencia motivacional”²⁸.

Para examinar entonces si la garantía de motivación se cumple o se vulnera, según la Corte Constitucional, actualmente debería atenderse al criterio rector antes referido y a la evaluación de los parámetros y tipos de deficiencia motivacional jurisprudencialmente establecidos. Así, la mencionada estructura mínimamente completa conlleva la obligación de enunciar las normas o principios jurídicos en que se fundamenta y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, que deben cumplir este carácter de suficiencia mínima²⁹.

Pero no es todo. La Corte Constitucional ha expuesto también, tres tipos básicos de deficiencia motivacional: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia. Con respecto a la primera, la inexistencia se configura cuando la decisión carece totalmente de fundamentación normativa y fáctica. Con respecto a la segunda, la Corte sostiene que una argumentación jurídica es insuficiente cuando la decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar antes descrito. Finalmente, según la Corte, una argumentación jurídica sería aparente cuando a primera vista, si bien puede contar con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, ocurre que alguna de ellas es en realidad inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional³⁰.

28 Ídem, p.23.

29 Ídem., p. 19.

30 Ídem., pp. 24-25.

Y en adición a lo anterior, la Corte también identificó cuatro tipos de vicios motivacionales: incoherencia, inatinencia, incongruencia e incomprensibilidad. La incoherencia ocurre cuando una argumentación jurídica, si bien puede lucir suficiente, alguna de sus partes puede estar viciada de enunciados incoherentes y por tanto la suficiencia motivacional podría ser solo aparente. En otras palabras, hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o jurídica se verifica una contradicción entre los enunciados que las componen o bien, existe una inconsistencia entre la conclusión de la argumentación y la decisión.

Por otro lado, la inatinencia ocurre cuando una argumentación jurídica si bien puede lucir suficiente, alguna de sus partes puede estar viciada por contener razones impertinentes a la decisión que se busca motivar, y, por tanto, dichas razones impertinentes no sirven para fundamentar una decisión. Por último, la incongruencia ocurre cuando una argumentación jurídica puede lucir suficiente, pero alguna de sus partes puede estar viciada por ser inconsistente con la materia y, en consecuencia, la suficiencia motivacional podría ser solo aparente, pues las respuestas incongruentes a los problemas planteados no sirven para fundamentar una decisión³¹.

En consecuencia, puede afirmarse que el derecho de petición constitucionalmente reconocido, cuando es activado por los administrados requiere recibir una respuesta por parte de la Administración en un término establecido. Sin embargo, dicha respuesta no es de cualquier índole, sino una que cumpla con el requisito de debida motivación, que tendría que considerar el criterio rector y las pautas y parámetros fijados por la Corte Constitucional, volviendo aún más sofisticada y compleja la determinación y cumplimiento de esta garantía constitucional como requisito esencial para la consideración y evaluación de la operatividad del silencio administrativo.

En ese sentido, conviene plantearse dos cuestiones jurídicas importantes con respecto al tema que nos ocupa. Primero, si el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación constituye una excepción a la institución del silencio

31 Ídem., pp. 25-31.

administrativo positivo en el Ecuador y, por lo mismo, opera automáticamente su aceptación a efectos de iniciar un arbitraje. Segundo, si lo dispuesto en dicha norma realmente constituye un caso de silencio administrativo positivo.

Al respecto, cabe analizar si se cumplen los requisitos del acto presunto observando también su motivación, para posteriormente iniciar las acciones correspondientes de ejecución del acto como requisito previo a iniciar un arbitraje, por constituir una cuestión de orden público ecuatoriano.

5. CONVENIO ARBITRAL CON POSTERIORIDAD A LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO CON ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO ¿NORMA ESPECIAL O EXCEPCIONAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO?

De conformidad con el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación³², las disputas que devengan de actos o contratos en que intervenga el Estado y las entidades del sector público establecidas en el artículo 225 de la Constitución, podrán someterse a arbitraje nacional o internacional en tres momentos: celebrando un convenio arbitral antes de la controversia, después de la misma, o cuando la ley o un tratado internacional así lo permitan.

El segundo de estos casos, y materia de este trabajo, se encuentra determinado en el artículo quinto de dicho Reglamento³³, de conformidad a lo establecido a su vez de forma general, en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación³⁴ y tiene lugar cuando en el contrato no se hubiere pactado arbitraje. Así, el contratista podrá solicitar a la entidad contratante la suscripción de un convenio arbitral para que un tribunal de arbitraje resuelva las diferencias existentes o futuras que tengan relación con el referido contrato.

Asimismo, de conformidad con el Reglamento mencionado, dicha entidad pública debe responder la solicitud del contratista en el

32 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, Artículo 4. RO S. No. 546, 26/08/2021.

33 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, Artículo 5 (1). RO S. No. 546, 26/08/2021.

34 Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, Artículo 4, RO 417, 14/12/2006.

término máximo de 30 días contados desde su presentación, período dentro del cual se contempla que las partes podrán también negociar el contenido del convenio arbitral. En caso de que la entidad no dé respuesta en el término establecido, se entenderá que ha aceptado el convenio arbitral propuesto por el contratista. Ello produciría una aceptación automática con carácter de excepcionalidad al funcionamiento del silencio administrativo positivo en el Ecuador, pues se descartaría la evaluación y consideración de los requisitos esenciales de dicha institución, incluyendo el análisis de su motivación.

Por otro lado, si el efecto del silencio administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina, es la aceptación tácita de lo solicitado, no resultaría contrario a la lógica pensar que, operaría de igual forma en lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento referido considerando además que, la petición del contratista debe cumplir los requisitos de competencia y validez determinados en la Ley de Arbitraje y Mediación, así como en el Código Orgánico Administrativo y en la Constitución. Por lo mismo, resultaría un acto administrativo presunto en virtud de la falta de atención o respuesta a la solicitud de suscripción de un convenio arbitral, que incluso podría configurarse si no cumple los parámetros de motivación establecidos, y que esencialmente constituiría un título de ejecución por la vía judicial.

Sin embargo, de la interpretación literal de la mencionada norma se desprende que, si la entidad contratante no da respuesta a la solicitud en el tiempo establecido en dicho artículo, se entenderá que la entidad del sector público contratante ha aceptado el convenio arbitral propuesto por el contratista. Esta situación genera entonces una gran pregunta, ¿esta norma opera de forma especial frente a la generalidad del silencio administrativo, o es una excepción de este, produciendo efectos de aceptación automáticos? Para dar respuesta a esta interrogante, conviene analizar al menos, tres hipótesis que podrían configurarse ante los mencionados supuestos.

6. APLICABILIDAD Y CONSECUENCIAS. TRES HIPÓTESIS SUBYACENTES

En función del análisis efectuado, emergen tres hipótesis que podrían tener cabida en lo respectivo a la operatividad de la norma

contenida en el artículo 5 del nuevo Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Primero, podría ocurrir que dicha norma, resultante de una interpretación por especialidad, produzca la aceptación automática del convenio arbitral ante la ausencia de manifestación de voluntad de la entidad contratante; segundo, podría ocurrir que, ante dicha ausencia de respuesta, se produzca un acto administrativo presunto, que en atención al principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica, tenga que ejecutarse primero por vía judicial; y tercero, podría ocurrir que, si bien exista respuesta de la entidad contratante, aquella adolezca de falta de motivación y, por lo mismo, ante la ausencia de este requisito esencial de la actividad administrativa, también deba ejecutarse por vía judicial.

Con respecto a la primera hipótesis, si entendemos que el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación constituye una norma especial que regula la materia, estaremos tratando efectivamente con una novedad jurídica, pues supondría una excepcionalidad operativa a la institución del silencio administrativo en el Ecuador y a las vías procesales pertinentes para hacerlo efectivo, toda vez que, se dejaría a un lado toda consideración jurídica atinente a dicha institución, y procedería la aceptación tácita inmediata del proyecto de convenio arbitral enviado por el contratista una vez surgida la controversia. En consecuencia, tendría el mismo resultado que lo contemplado por la primera corriente jurisprudencial española, es decir, la aceptación completa de todo lo solicitado, con la salvedad de que el Reglamento establece que sea ejecutado de manera automática sin proceso judicial.

En este sentido, la norma contenida en el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento, operaría por especialidad sin necesidad de cumplir todos los requisitos de fondo y forma respecto de la institución del silencio administrativo. Por ello, ya no se necesitaría proceder con la ejecución por vía judicial del acto presunto que derive de dicha petición, constituyendo de esta manera, una figura jurídica que, si bien tiene todos los elementos del silencio administrativo, no le son inherentes todas las consecuencias jurídicas establecidas en otras normas y activaría automáticamente la vía pertinente para iniciar un arbitraje.

Para efecto de lo anterior, únicamente se necesitaría adjuntar a la solicitud de arbitraje o a la demanda, la constancia de presentación del proyecto de convenio y el respectivo conteo del término legal

para la aceptación automática en virtud de la ausencia de respuesta de la entidad contratante. Dicha modalidad, como se mencionó anteriormente, constituiría una verdadera novedad tanto para el derecho comparado, toda vez que dicha operatividad jurídica no se encuentra en otras legislaciones, así como para la institución del silencio administrativo en el Ecuador, pues implicaría una excepcionalidad especialmente llamativa, frente a su configuración jurídica por vía ordinaria.

Ahora bien, con respecto a la segunda hipótesis, debe atenderse a lo establecido por la segunda corriente jurisprudencial española respecto al silencio administrativo positivo. Esto es, no podría considerarse aceptado absolutamente todo el contenido de la petición del administrado, pues en función de la seguridad jurídica, la ley determina de forma clara y anterior al supuesto de hecho, las condiciones sustantivas y adjetivas que deben verificarse y que son de cumplimiento obligatorio. Por lo tanto, resulta lógico pensar que, si bien la norma contenida en el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, establece que ante la ausencia de respuesta de la entidad contratante en el término de treinta días se entenderá aceptado, aquello no podría escapar de la ejecución previa del acto presunto resultante por vía judicial.

La hipótesis descrita se corresponde también con el principio de legalidad en el derecho público, pues las instituciones y los administrados no pueden hacer más que aquello que la propia ley determina. Así, la norma contenida en el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento, deja de ser una novedad y se convierte en una paradoja, pues resulta ilógico que, si una de las características del arbitraje es precisamente la rapidez y celeridad, haya que proceder primero a la ejecución del acto presunto por la vía judicial, para lo cual, la sentencia ejecutoriada que declare la ejecución del silencio administrativo debería considerarse como requisito previo al inicio de un arbitraje. Bajo esta hipótesis ni la ley ni la jurisprudencia permitirían que sea entendido de otra forma, e incluso podría ser una de las defensas o excepciones que seguramente presentaría la entidad pública para evitar el arbitraje.

Finalmente, si bien la tercera hipótesis se concatena con la segunda, tiene la característica especial de que puede existir una respuesta de la entidad contratante respecto al proyecto de

convenio arbitral enviado por el contratista, pero sin cumplir con los estándares jurisprudenciales de una debida motivación. Ante la ausencia de esta, aun puede considerarse la operatividad y posterior ejecución del silencio administrativo, toda vez que, de conformidad a la Constitución y a la jurisprudencia nacional, el derecho de petición se cumple únicamente cuando se recibe una respuesta motivada por parte de la Administración.

Estaríamos así frente a una situación en la que el contratista ha enviado su proyecto de convenio arbitral, la entidad contratante ha dado respuesta a dicha solicitud en el tiempo previsto en la norma, pero dicha respuesta adolece de una debida motivación por inobservar el criterio rector y los parámetros establecidos recientemente por la Corte Constitucional para evaluar deficiencias en dicha garantía.

Ahora bien, si para esta hipótesis atendemos a la segunda corriente jurisprudencial española, tendremos la misma operatividad que la segunda hipótesis y todo lo resultante de la petición tendría que ejecutarse por vía judicial como requisito previo al inicio de un arbitraje. Por otro lado, si atendemos a la tercera corriente jurisprudencial española, si bien podríamos estar frente a una situación en que se hayan observado los requisitos formales del acto presunto, nos quedaríamos sin una vía procesal para discutir la ausencia de motivación o sus deficiencias para configurar primero un silencio administrativo que produzca un acto presunto que deba ejecutarse posteriormente y, con la resolución judicial ejecutoriada que así lo declare, iniciar el respectivo arbitraje.

Lo anterior resultaría problemático a su vez, precisamente porque ante la falta de motivación, existen acciones jurisdiccionales específicas encaminadas principalmente a la declaratoria de nulidad del supuesto acto que contiene una voluntad administrativa, cuyo efecto es diametralmente distinto al que pretendería el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Nuevamente, estaríamos frente a una paradoja, que convierte a la celeridad característica del arbitraje en un bucle sin salida pronta.

Con base en lo expuesto, puede preverse que, ante cualquiera de estos casos, sobre todo de los dos últimos, la entidad contratante podría echar mano de las acciones judiciales contempladas en nuestro

sistema jurídico para impedir, evitar o al menos, retrasar el inicio de un arbitraje, recurriendo al incumplimiento e inobservancia de requisitos de orden público como etapa previa al inicio de dicho arbitraje.

Ante lo descrito, si bien podría argumentarse que, en virtud de la propia institución del silencio administrativo y sus características legales y jurisprudenciales, la entidad contratante no podrá manifestar voluntad posterior contraria ante el derecho autónomo adquirido a favor del contratista, aun quedaría latente el argumento de que tal vez no se hayan observado consideraciones propias del orden público del derecho de petición establecido en la Constitución previo al inicio del arbitraje, algo que, como se mencionó anteriormente, seguramente sería presentado como una excepción de competencia por la entidad contratante dentro del arbitraje que tuviere lugar.

En definitiva, con la entrada en vigencia del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, específicamente con el numeral 1 del artículo 5, nos encontramos frente a una figura jurídica que, dependiendo de los elementos que circunscriban al supuesto de hecho regulado por la norma, podría tomar la característica de ser una novedad especial del sistema arbitral ecuatoriano o, en su defecto, podría también ser una paradoja jurídica que convierta al efecto novedoso que seguramente se le pretende otorgar, en un bucle sin salida rápida, que tenga que pasar por engorrosas etapas previas para su efectividad, sobre todo a efectos de salvaguardar la validez del proceso arbitral futuro.

Lamentablemente, no existe hasta el momento, seguridad previsible del resultado que podría ocurrir, sin embargo, pueden adelantarse ciertos criterios como el que ha sido expuesto en este trabajo, para fomentar el debate en la esfera arbitral e invitar a que, como estas, sigan emergiendo mayores y más desarrolladas hipótesis y la figura jurídica que ha sido analizada se consolide hacia un mejor paradigma del sistema arbitral en Ecuador. Resta decir que, aquello pasará por varias opiniones judiciales, arbitrales y académicas, que eventualmente conducirán a un punto de armonía funcional e interpretativa que permitan su eficacia íntegra.

7. CONCLUSIONES

La estructura de la norma contenida en el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, permite diversas interpretaciones, que podrían constituir las estrategias de cada parte en la suscripción y ejecución de un convenio arbitral, entre un contratista privado y una entidad pública contratante con posterioridad al surgimiento de una disputa contractual. Aquellas diversas interpretaciones se han materializado en este trabajo, en tres hipótesis concretas a efectos de fomentar el debate en la esfera arbitral y proyectar posibles resultados a cada una.

Por un lado, si se opta por una interpretación sistemática podría argumentarse que la norma reglamentaria para el silencio administrativo, por su calidad de especial produce una excepcionalidad novedosa a la funcionalidad y ejecución general del silencio administrativo. Sin embargo, si se opta por la interpretación literal, el problema de haber incorporado las características del silencio administrativo en el arbitraje con entidades públicas evidentemente producirá una paradoja jurídica, que volvería engorroso a este tipo de arbitrajes, sin perjuicio de las posibles alegaciones y acciones de nulidad que se pudieran presentar contra el laudo emitido con dicho origen.

Asimismo, el paradigma establecido por la ley y la jurisprudencia, determinan una serie de requisitos complejos para la efectividad en la ejecución de un acto presunto resultante del silencio administrativo positivo. Si tales requisitos son incorporados o considerados al momento de la suscripción, celebración y ejecución de un convenio arbitral con una entidad pública posterior al surgimiento de la disputa, sin duda, entraría en la esfera de discusión el fantasma del orden público ecuatoriano, como una suerte de requisito previo de cumplimiento, antes de iniciar un arbitraje de este tipo. Por lo mismo, resultaría prudente que, en la etapa y período contemplado para la negociación del convenio arbitral, las partes tengan claras sus intenciones respecto a dicho convenio, considerando sobre todas las cosas, la voluntariedad que caracteriza al arbitraje.

Finalmente, resulta lamentable que la norma contenida en el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, no especifique de forma clara y expresa su operatividad. De ser así,

encontraríamos solución a los inconvenientes paradójicos que se podrían presentar. Sin embargo, dado que el derecho es siempre un fenómeno en constante evolución, dependerá mucho de las decisiones judiciales y arbitrales, así como de las contribuciones y opiniones académicas, para que dicha norma encuentre su punto de equilibrio y pueda, tal vez después de algunos tropiezos, encontrar también el camino a su efectividad íntegra. El camino que está por venir será entonces de obligatoria observación, crítica y estudio.



BUSTAMANTE FABARA, una firma orgullosamente ecuatoriana, reconocida internacionalmente.

EXPERTOS LÍDERES ESTRATEGAS INNOVADORES



**BUSTAMANTE
FABARA**

La Firma del futuro

Oficina Quito

Av. Patria E4-69 y Amazonas
Edificio COFIEC
+593 2 256 2680
info@bustamantefabara.com

Oficina Guayaquil

Av. Juan Tanca Marengo y
Joaquín Orrantía | Edificio 100
Business Plaza, Oficina 405
info@bustamantefabara.com

www.bustamantefabara.com    /BUSTAMANTEFABARA



El silencio como materialización del consentimiento del Estado en materia arbitral: Una mirada crítica al artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación

Valeria Eduarda Arroyo Zúñiga*
José Daniel Alfonzo León**

Recibido/Received: 02/11/2022
Aceptado/Accepted: 13/11/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Formas de manifestación del consentimiento para acudir a arbitraje. 3. Aspectos relevantes del artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. 3.1. Silencio administrativo ¿Una modalidad de aceptación contractual? 3.2. Silencio como materialización de la aceptación de la oferta, su naturaleza y criterios de suficiencia normativa. 4. El otro lado de la moneda: Una mirada crítica del artículo 5 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. 4.1. ¿Existe una extralimitación de la disposición reglamentaria respecto a la Ley? 4.2. Autorización de la Procuraduría General del Estado: Límite a la ejecución del convenio arbitral aceptado en virtud del silencio. 5. Conclusiones.

RESUMEN: Una de las grandes innovaciones del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación a nuestro sistema arbitral, toma punto de partida en su artículo quinto, donde se exponen los presupuestos de aceptación del convenio arbitral bajo las diferentes modalidades de contratación con el Estado. En el presente trabajo se discutirán los

* Asistente legal en la firma Moeller, Gómez-Lince & Cía. Estudiante de Derecho egresada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: varroyo@moellerlaw.com

** Abogado de la firma Pino/Elizalde. Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: josedaniel.alfonzo98@gmail.com



aspectos relevantes de esta disposición, particularmente, su utilidad práctica, deficiencias e incluso, aquellas zonas grises que podrían generar debate por la propia composición de la norma.

PALABRAS CLAVE: consentimiento, silencio, aceptación, contratación pública.

ABSTRACT: One of the greatest innovations of the Regulations to the Arbitration and Mediation Law in our arbitration system, takes its origin in its fifth article, which sets out the assumptions of acceptance of the arbitration agreement under different modalities of public procurement. This paper will discuss the relevant aspects of this provision, particularly its practical usefulness, deficiencies and even those unclear areas that could generate debate by the interpretation of the law.

KEYWORDS: consent, silence, acceptance, public procurement.

1. INTRODUCCIÓN

En contraste con otros campos del derecho, la integración del arbitraje a nuestro ordenamiento jurídico tiene un antecedente relativamente reciente, el primer vestigio importante fue la expedición de la Ley de Arbitraje Comercial publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963, sin embargo, este tenue esfuerzo del legislador *-por su fomento y aplicación-* no tuvo mayor repercusión¹ que contribuir con las bases de una próxima ley que sí cumpla su función instrumentadora, así, surgieron la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) de 1997, y, posteriormente, la codificación de 2006 vigente hasta la actualidad², concluyendo de esta manera la dispersión de las disposiciones normativas relativas a arbitraje³, e incor-porándolas en un único cuerpo legal.

A pesar de ello, la sensación de que el arbitraje en Ecuador no se encuentra suficientemente consolidado, está latente, al menos

1 A. GALINDO, “Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador”, *Iuris Dictio*, Vol. 2 (4), 2001. p. 123.

2 Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), R.O. No. 417, 14/12/2006.

3 M. JARA VÁSQUEZ. *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 1ra Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017. p. 28.

en aquellos casos dentro del marco de una determinada relación contractual en la que una parte pertenece al sector público⁴. Este distanciamiento entre el arbitraje y la contratación pública ha tenido al Estado como principal actor, quien durante los últimos quince años creó una concepción errada del arbitraje, al punto de rechazarlo por el simple hecho de ser una jurisdicción convencional remunerada, sin considerar sus verdaderas ventajas como herramienta para el descongestionamiento judicial, la celeridad en la resolución de disputas, su especialidad y la posibilidad de designar a un experto que vele por una decisión imparcial.

No obstante, hoy ese punto de inflexión parece haber retomado a su cauce natural y la mayor evidencia de ello es la expedición del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (“Reglamento LAM”)⁵. Las señales más visibles de la reconciliación entre el arbitraje y el sector público se reflejan en los artículos 3, 4, 5 y la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento LAM, que, si bien demuestran una ruptura con el viejo sistema, también conducen a nuestra puerta el reto de todo cambio normativo: el de entender cómo deben ser aplicadas e instrumentadas estas nuevas normas en la práctica arbitral.

Es dentro de ese contexto que este trabajo abordará diversos cuestionamientos principalmente en torno al artículo quinto, sin dejar de referirse *-en menor grado-* a otras disposiciones que servirán como complemento de cada explicación aquí expuesta. Comenzando por un criterio general de la aceptación del convenio arbitral, pasaremos a un enfoque detallado del novedoso artículo 5 y el efecto que otorga al silencio del Estado frente a la oferta de suscripción de convenio arbitral, después de celebrado el contrato público. También será foco de estudio la naturaleza de este silencio.

Finalmente, se efectuarán críticas desde una perspectiva netamente académica relacionadas a (i) la correspondencia normativa entre la LAM y sus normas reglamentarias; y, (ii) si el informe previo

4 Para precisar, el artículo 225 de la Constitución impone un marco referencial de cómo se encuentra conformado el sector público, encontrándose, (i) las funciones del estado; (ii) el régimen autónomo descentralizado; (iii) los entes creados por el Estado central o seccional; y (iv) las empresas públicas creadas por decreto ejecutivo.

5 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (Reglamento LAM), Decreto Ejecutivo publicado en el RO-S. No. 524, 26/08/2021.

de la Procuraduría General del Estado (“PGE”) podría afectar al silencio de la oferta de convenio, en aquellos casos en los que ya ha surgido la controversia.

2. FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA ACUDIR A ARBITRAJE

Es demás conocido que uno de los elementos esenciales, sino el más importante, sobre el que se construye el arbitraje es el *consentimiento*; este, a su vez, puede verse manifestado expresa o tácitamente bajo determinadas condiciones abordadas en esta sección. Una primera aproximación sobre el consentimiento expreso conlleva examinar algunos aspectos importantes recogidos en la legislación ecuatoriana:

1. La regla general es que consiente expresamente quien pacta arbitraje a través de un acuerdo escrito⁶, sea que un contrato incorpore una cláusula arbitral o se pacte arbitraje en un documento independiente, sin embargo, este requisito no debe entenderse limitado al uso de un documento en papel para que el consentimiento sea efectivamente prestado.
2. Bajo una interpretación integral de nuestro ordenamiento, el término escrito incluye cualquier medio documental electrónico que permita identificar que las partes han decidido optar por el arbitraje como método de resolución de controversias, sea este un intercambio de correos, así como documentos que incluyan la referencia del convenio arbitral a través de un mensaje de datos⁷.
3. Una tercera forma de consentimiento expreso se incorpora a través del arbitraje de inversión. Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional admiten consentir arbitraje por medio de una oferta unilateral, generalmente contenida en la ley en materia de inversiones del Estado anfitrión⁸. Lo propio ocurre en el artículo innumerado segundo del Código Orgánico de la

6 LAM, Art. 5, Nota 5.

7 LAM, Art. 6, Nota 5.

8 M. MBENGUE, “Consent to Arbitration through National Investment Legislation: An African Perspective”, *Young African Research Journal*, Vol. 2, 2013, pp. 104-105. <<https://bit.ly/3UyRRCP>>

Producción, Comercio e Inversiones (“COPCI”)⁹. Esta norma establece parámetros similares a los analizados en arbitrajes en los que la legislación de los Estados receptores de la inversión (i) incluía el término “deberá” como disposición reglada del Estado receptor para la resolución de disputas mediante arbitraje¹⁰; y, (ii) claramente creaba un procedimiento y otorgaban competencia a un Tribunal Arbitral (“Tribunal”) para la resolución de controversias surgidas bajo el régimen normativo de inversión¹¹. Entonces, no resulta extraño que estas normas constituyan una verdadera oferta, evidenciada a través de la mayor herramienta de manifestación de voluntad del Estado: la ley.

Pese a que Ecuador no ha tenido el mismo desarrollo en este punto a comparación de otros Estados a nivel internacional, y que no existe regulación normativa específica, resulta válido discutir si, dentro del contexto de la práctica arbitral local, es posible la aceptación tácita del convenio arbitral. La respuesta inicial es afirmativa, y se justificará en primera instancia por el criterio que mantenga el Tribunal sobre su propia competencia. En segunda instancia, se justificará en la medida en que la parte receptora de la oferta que no haya manifestado expresamente su rechazo a la oferta, y ejecute acciones que revelen su voluntad real y efectiva de haber decidido celebrar un convenio arbitral. Un ejemplo práctico es el del demandado en un proceso arbitral que, a pesar de no haber ratificado un convenio ofertado, contestó la demanda arbitral sin excepcionar la competencia del Tribunal¹², y ha participado activamente en el procedimiento, deduciendo de esta forma su conformidad con la cláusula y el arbitraje.

Por otra parte, la teoría del negocio jurídico tradicionalmente ha tratado al silencio como una tercera categoría, que, al igual que las anteriores, importa manifestación de la voluntad con determinadas

9 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, RO-S. No. 351, 29/12/2010.

10 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI. No. ARB/84/3. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egipto*. Decisión sobre jurisdicción, 14/04/1988. <<https://bit.ly/3tuGWhI>>, (22/10/2022).

11 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI. No. ARB/94/2. *Tradex Hellas S.A. c. República de Albania*. Decisión sobre jurisdicción, 24/12/1996. <<https://bit.ly/3WYbR3c>>, (22/10/2022).

12 LAM, Art. 22, Nota 8.

limitaciones¹³. Alessandri se refiere a este hecho cuando afirma que resulta “innegable que en ocasiones el silencio produce efectos jurídicos. Desde luego, cada vez que la ley dispone algo, salvo estipulación en contrario, el silencio de las partes significa aceptación de la regla legal¹⁴” tal como ocurre en el artículo 5 del Reglamento LAM.

En términos generales estos son los criterios admitidos por la legislación ecuatoriana para consentir el arbitraje, sin perjuicio de las facultades del Tribunal para incorporar otros criterios mediante la aplicación de principios y prácticas de uso común en materia arbitral¹⁵.

3. ASPECTOS RELEVANTES DEL ARTÍCULO 5 DEL REGLAMENTO A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

En definitiva, de una lectura del artículo 5 del Reglamento LAM podría afirmarse con relativa facilidad que lo más destacado es la incorporación del silencio como mecanismo de aceptación del acuerdo arbitral, sin embargo, contrario a lo que dicta la lógica, el condicionamiento real de la importancia de esta norma está en el posicionamiento de la *seguridad jurídica* como eje medular de la resolución de controversias entre privados y entidades que conforman el sector público.

Un breve recuento del artículo 4 del Reglamento LAM -*sopORTE del artículo quinto*- evidencia la consolidación de reglas claras que permiten a la parte privada que celebra un contrato con el Estado “tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas”¹⁶, blindando de esta forma la opción de ofertar un acuerdo arbitral a la entidad pública contratante luego de la suscripción de un contrato de prestación de bienes o servicios, independientemente de si la controversia ha surgido o no¹⁷. Esto zanja de una vez por todas las dudas del alcance del artículo 190 de la Constitución de la República

13 R. PINOCHET OLAVE Y J. DELGADO, “La teoría de la declaración de voluntad en el negocio jurídico: su aplicación al emplazamiento de las partes en el proceso civil”, *Revista de Derecho Coquimbo*, Vol. 28, 2021, <<https://bit.ly/3g3AR8O>>.

14 A. ALESSANDRI, *De los Contratos*. Editorial TEMIS, 2011. p. 77.

15 Reglamento LAM, Art. 10, numeral 1, Nota 8.

16 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 989-11-EP/19*, párrafo 20.

17 Reglamento LAM, Art. 4, numeral 1, literales a, b. N. 8.

("CRE") sobre los casos que requieren del dictamen previo de PGE para la celebración de un acuerdo arbitral.

Como consecuencia de lo antes mencionado, a través del artículo 5 del Reglamento LAM, el Estado pasó de realizar interpretaciones fuera del contexto de normas constitucionales y legales¹⁸ que sustentaban llanos criterios mantenidos en el tiempo (como el de la obligación de solicitar el informe previo de PGE para pactar arbitraje cuando la controversia no había surgido), a implementar un marco de actuación sistemático, reglado y ejecutable que define con certeza las consecuencias de la inacción del Estado frente a una propuesta de acuerdo arbitral. Asimismo, dota de eficacia al arbitraje porque disminuye el riesgo de excepciones a la jurisdicción frecuentemente planteadas por entidades del sector público.

3.1. SILENCIO ADMINISTRATIVO ¿UNA MODALIDAD DE ACEPTACIÓN CONTRACTUAL?

Ahora bien, a la luz del artículo 5 del Reglamento LAM surge una interrogante que merece ser analizada y que constituye uno de los pilares sobre los cuales se ha construido este artículo, esto es, determinar si el silencio administrativo *per se* podría configurarse como una modalidad de aceptación contractual en arbitrajes nacionales en materia de contratación pública.

Previo a esto, debemos partir de la concepción de que el derecho administrativo y el arbitraje no deben ser considerados antípodas uno respecto del otro, como acertadamente lo ha establecido el profesor Bullard¹⁹. El paso del tiempo y los avances en la cultura jurídica nacional han abierto un campo de participación del Estado en la economía y de esta manera han *contractualizado* al derecho administrativo.

En tal virtud, en aras de poder satisfacer una determinada necesidad inspirada en el interés público, el Estado ha buscado suscribir contratos

18 Las circulares No. 09258 de 15 de septiembre de 2009 y su alcance No. 10623 de 27 de noviembre de 2009 expedidas por la Procuraduría General del Estado, son un claro ejemplo de cómo el Estado planteó interpretaciones inconstitucionales e ilegales sobre el informe previo de PGE para pactar arbitraje.

19 A. BULLARD, "Enemigos Íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos", *Revista Peruana de Arbitraje*, Vol. 2, 2006.

aliándose, ya sea con empresas o con individuos para la contratación de bienes, construcción de obras e incluso adquisición de servicios. Para tal efecto, la LAM ha trazado el camino para que las entidades públicas puedan someterse a arbitraje previo al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, en caso de suscitarse discrepancias entre las partes.

Partiendo de lo establecido en el artículo 5 del Reglamento LAM “Si la entidad no da respuesta a la solicitud en el tiempo establecido (...) se entenderá que ha aceptado el convenio arbitral propuesto por la contratista”, cabe plantearse si el silencio de la entidad se trata de un silencio administrativo presunto. En caso de que la respuesta sea negativa y dejando por sentado que no se trata de un silencio administrativo presunto ¿A qué figura se refiere el Reglamento LAM? ¿Se aplica el Código Orgánico Administrativo (“COA”)²⁰ o la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública? estos cuestionamientos serán contestados a lo largo de este acápite.

Pese a que se ha establecido que el arbitraje y derecho administrativo son ramas del derecho que deben caminar de forma conjunta, existen figuras propias de la segunda que solo pueden y deben ser aplicadas dentro de su propio campo y no pueden ampliarse para ser incorporadas en otra materia especial. Aquello se traduce en que, mal podría el silencio administrativo ser considerado como la figura de aceptación por parte de entidad pública contenida en el Reglamento LAM, por los siguientes motivos: (i) el ámbito de aplicación material del COA donde figura el silencio administrativo presunto no es compatible con los contratos administrativos; (ii) los contratos administrativos se rigen por la ley especial de la materia; y, (iii) el silencio administrativo no opera en materia de contratación pública. Cada uno de estos aspectos será explicado en el mismo orden.

El ámbito de aplicación de una ley corresponde al marco utilizado para delimitar territorio, sujetos, tiempo o materialidad. En el caso del COA, su ámbito de aplicación está delimitado en el artículo 42 conformado por nueve elementos establecidos de forma taxativa en la norma *ibídem*. No obstante, dentro de los nueve elementos descritos no se hace mención a los contratos administrativos. Entonces, en

20 Código Orgánico Administrativo, RO No. 31. 07/07/2017.

definitiva, a pesar de que la administración sea una de las partes que figure en el contrato, la norma encargada de regular no es la administrativa, sino que, se remite a otro cuerpo legal, siendo este, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública²¹.

Lo explicado anteriormente conduce a nuestro segundo punto, los contratos administrativos *se rigen por la ley especial de la materia*. Al respecto el artículo 125 del COA indica:

Art. 125.- Contrato Administrativo.- Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa.

Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia.

La lectura del artículo permite concluir que existe armonía normativa entre el ámbito de aplicación material y la definición de contrato administrativo. El COA define sucintamente al contrato administrativo porque corresponde a un cuerpo legal que regula aspectos donde la administración es parte, por lo cual, se torna evidentemente necesario incluir este concepto. Sin embargo, el COA también es claro al determinar que estos contratos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia.

Así las cosas, el caso que nos ocupa se refiere a la posibilidad de pactar un convenio arbitral con posterioridad a la celebración de un contrato con entidades del sector público. Por tanto, las leyes especiales encargadas de regularlas son: (i) Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, (ii) Ley de Arbitraje y Mediación.

En este sentido, dentro de la ley específica que regula este tipo de contratos, ¿existe alguna disposición relativa al silencio administrativo presunto? La respuesta, una vez más, es negativa. Se justifica porque el silencio administrativo no coincide con la naturaleza de los contratos públicos donde existe una relación bilateral que se desarrolla en un plano de igualdad entre las partes²².

Por otro lado, al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en este sentido:

21 Código Orgánico Administrativo, artículo 42, RO No. 31, 07/07/2017.

22 P. SECAIRA, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, 2004.

Es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley [sic] en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida²³.

Adicionalmente, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en extractos de consultas manifestando que, cuando se trata de un contrato administrativo en el cual las relaciones se rigen por lo estipulado en el contrato, no resulta procedente considerar al contratista como administrado para tales efectos²⁴. Como resultado, esta figura se convierte en inaplicable e incompatible con el artículo 5 del Reglamento LAM. Aquello se traduce en que, su uso es posible solo dentro del ámbito de aplicación material que el COA describe y no para el caso puntual objeto de estudio.

Finalmente, se ha establecido la ley que rige a estos contratos. En tal virtud, el silencio que opera y al que se refiere el Reglamento no corresponde a un silencio administrativo sino contractual. En este sentido, poder entender e interpretar esta disposición no guarda mayor complejidad si se parte de la premisa de que no pueden operar figuras administrativas dentro de contratos que se encuentren regidos por otra materia específica.

3.2. EL SILENCIO COMO MECANISMO DE ACEPTACIÓN DE LA OFERTA, SU NATURALEZA Y SUFICIENCIA NORMATIVA

La doctrina es casi unánime en identificar tres escenarios en que el silencio importa manifestación del consentimiento, (i) cuando la ley otorga ese valor; (ii) cuando las partes así lo han previsto convencionalmente; y, (iii) cuando las circunstancias que

23 Corte Suprema de Justicia, *Consortio Torres Robalino c. Consejo Provincial del Pichincha*, Gaceta judicial 1. Serie XVIII. Quito, 4/10/2004.

24 PGE, *Extractos de Consultas Procuraduría General del Estado Subdirección de Asesoría Jurídica*, <<https://bit.ly/3EuC9Dd>> (30/10/2022).

lo acompañan permiten atribuirle ese carácter²⁵. El artículo 5 del Reglamento LAM claramente se alinea al primero de ellos. Este punto deriva a analizar si la naturaleza de este silencio se enmarca dentro de la esfera de lo contractual.

La determinación de la naturaleza del silencio en arreglo del artículo 5 del Reglamento LAM, tiene su *génesis* en la citada disposición reglamentaria pero también en el propio acuerdo arbitral, ya que de la existencia de este acto jurídico y del cumplimiento de las condiciones de la norma, dependerá su procedencia o no. Un vistazo al artículo 5 del Reglamento LAM aclara lo mencionado:

Art. 5.- Convenio arbitral con posterioridad a la celebración de un contrato con entidades del sector público.-

1. Cuando en el contrato no se hubiere pactado arbitraje, el contratista podrá solicitar a la entidad contratante la suscripción de un convenio arbitral para que un tribunal de arbitraje resuelva las diferencias existentes o futuras que tengan relación con dicho contrato. La entidad deberá responder a la solicitud en el término máximo de treinta (30) días. Dentro del mismo término, las partes podrán negociar el contenido del convenio arbitral. Si la entidad no da respuesta a la solicitud en el tiempo establecido en este artículo, se entenderá que ha aceptado el convenio arbitral propuesto por la contratista.

2. El contratista presentará su solicitud adjuntando el proyecto de convenio arbitral. De requerirse autorización de la Procuraduría General del Estado, la contratista presentará también el proyecto de solicitud de autorización.

Atendiendo al texto de la norma, para que opere el silencio deben cumplirse tres condiciones:

(i) Existencia previa de un contrato administrativo para la prestación de bienes, servicios o cualquier otra modalidad de prestación en el que no se haya pactado arbitraje;

25 Ver A. ALESSANDRI, N. 17, p. 82; M. PÉREZ ÁLVAREZ, "El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Vol. 28, 2016, p. 304; R. BARCIA LEHMANN, *Lecciones de Derecho Civil chileno: Del acto jurídico*, 1era. Ed., Tomo 1, Jurídica de Chile, 2007.

(ii) Que el contratista oferte la suscripción de un convenio arbitral, sea por escrito o cualquier medio facultado para el intercambio de comunicaciones entre las partes; y,

(iii) La inacción²⁶ de la entidad contratante durante el término de 30 días.

De lo antes dicho, se puede colegir que estas condiciones están inmersas en cada una de las etapas de la formación del contrato de arbitraje. Inicia con (i) la oferta; (ii) continúa con la probabilidad latente del *iter contractual*; y, (iii) disuelta la oportunidad de negociación -por el silencio de la entidad pública- finaliza con la concreción del convenio arbitral, reputándose este perfecto y ejecutable, conforme lo establece el literal 1 del artículo 5 del Reglamento LAM.

La primera conclusión no es sorprendente, la naturaleza del silencio por parte de las entidades del sector público se encuadra indudablemente dentro de un marco contractual. Más aún cuando el Reglamento LAM reduce significativamente -en este caso puntual- las facultades exorbitantes de las entidades del sector público, ya no hay decisiones unilaterales, sino discutidas, ubicando al contratista en una posición de verdadera igualdad.

El efecto del silencio, por su parte, es una medida correctiva impuesta por el Reglamento LAM que tiene como primera consecuencia velar por una respuesta oportuna para el contratista que solicita la suscripción de un acuerdo arbitral, sea que la entidad estatal decida o no participar en su negociación, la segunda consecuencia deviene del silencio en sí mismo y no es más que la aceptación del acuerdo arbitral, que, por expresa disposición reglamentaria interpreta la inacción como manifestación del consentimiento.

Si bien el artículo 5 del Reglamento LAM aplica únicamente a relaciones surgidas entre privados y entidades del sector público, al tratarse de una norma esencialmente de carácter contractual, sujeta a negociación, renuncia y libre disposición, mantiene un régimen menos riguroso que el aplicable ordinariamente a las relaciones *particular-*

²⁶ Alessandri lo describe como “la completa inacción o pasividad del sujeto en términos de que es imposible conocer su pensamiento en favor o en contra del contrato que se le propone”. A. ALESSANDRI. N. 17. p. 76; Es esta la conducta que debe demostrar la entidad pública, traducida en la completa abstención de negociar o revisar las estipulaciones del acuerdo arbitral.

Estado. Sobre ello, aunque la doctrina tradicional infiere en que la ley es el vehículo por excelencia donde deben estar contemplados los efectos del silencio, siempre que conlleve manifestación de la voluntad²⁷, también es cierto que no hay *reserva de ley* que descarte la probabilidad de que el efecto sea recogido en un reglamento.

Insistimos, esta norma es netamente de carácter contractual, de libre disposición *-con sus excepciones-* en cuanto a las herramientas negociales que proporciona a las partes, por tanto, la ausencia de una prohibición para la adecuación normativa del silencio *-en la ley o en el reglamento-* la convierte en una norma materialmente aplicable. Uno de los pocos riesgos de ser una disposición reglamentaria es la relativa facilidad con la que esta puede ser reformada, a diferencia de la ley que requiere discusión legislativa para su modificación.

4. EL OTRO LADO DE LA MONEDA: UNA MIRADA CRÍTICA DEL ARTÍCULO 5 DEL REGLAMENTO

Dentro del presente trabajo se han expresado varias ideas puntuales que surgen con ocasión del artículo 5 del Reglamento LAM. El propósito que inspiró la redacción de esta disposición fue incorporar un marco jurídico práctico con una consecuencia instantánea frente a la falta de respuesta de los diversos entes del sector público, frente a la oferta de suscripción de un acuerdo arbitral, evitando así, excepciones relativas al consentimiento.

Sin embargo, pese a ser un artículo que trae beneficios para la sustanciación de arbitrajes en contrataciones entre el Estado y particulares, nuevos y adicionales cuestionamientos jurídicos aparecen conforme se intenta cubrir con el debido sustento, cada aspecto de la disposición legal objeto de estudio. En tal virtud, la segunda parte de esta investigación abordará la extralimitación del Reglamento sobre la Ley; y, por último, el problema normativo que acarrea la aprobación previa de la PGE para pactar arbitraje en contratación pública.

27 Ver A. ALESSANDRI, N. 17, p. 82; M. PÉREZ ÁLVAREZ, N. 22, p. 304; R. BARCIA LEHMANN, N. 22.

4.1. ¿SE EXTRALIMITA LA DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA RESPECTO A LA LEY?

Los reglamentos son cuerpos legales creados con la finalidad de trazar una línea de aplicación sobre la base de una disposición legal determinada. Dicho de otra manera, la ley tiene el deber de crear las bases directivas o esenciales, para que, por medio del reglamento se regulen aspectos secundarios, sin que ello implique la posibilidad de modificar la ley.

Su reconocimiento constitucional se encuentra delimitado en el artículo 147 de la CRE, que establece lo siguiente:

Art. 147 CRE. -Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, **sin contravenirlas ni alterarlas**, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. (*énfasis añadido*).

Por consiguiente, el artículo descrito claramente demuestra que existe una *primacía instrumental de la ley sobre el reglamento*, este último es creado al amparo de la ley, de tal forma que (i) todas las normas deben someterse a lo prescrito por aquella sin contradecirla; y, (ii) está prohibido exceder o ampliar sus disposiciones. En consecuencia, si un reglamento falla al cumplimiento de los dos presupuestos mencionados, este perdería su fundamento de validez. Para tal efecto, también existen mecanismos efectivos²⁸ que buscan evitar la vulneración al bloque de legalidad.

Estos escenarios no resultan ser *sui generis* sino que ocurren con normalidad al momento de dictar reglamentos de leyes específicas. Desde la expedición del nuevo Reglamento LAM, se han planteado varias acciones de inconstitucionalidad²⁹ en contra de varias de sus disposiciones. Ahora bien, ¿podría establecerse que el artículo 5 también merece ser objeto de una acción de inconstitucionalidad?

28 E. CORDERO, "Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional", *Ius et Praxis*, Vol 1, 2019.

29 Corte Constitucional del Ecuador, *Auto No. 74-21-IN*, 15 de octubre de 2021; y, Corte Constitucional del Ecuador, *Auto No. 72-21-IN*, 19 de noviembre de 2021.

¿Realmente se extralimita respecto a la LAM? O en su defecto, estamos ante un reglamento que ha utilizado de forma correcta las bases asentadas en ley. Consideramos que puede existir una dicotomía en las respuestas o posturas adoptadas.

Tomando como pauta preliminar que la LAM es anterior al nuevo reglamento, de una revisión del artículo 6 de la LAM, se establecen las formas de someterse a arbitraje, esto es: (i) por medio de documento escrito y firmado por las partes, (ii) cuando resulte de un intercambio de cartas; y, (iii) mediante cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Luego, el Reglamento LAM implementa una aceptación distinta para someterse a arbitraje con posterioridad a la celebración de un contrato administrativo, manifestado a través de la falta de respuesta del contratante hacia el contratista. De esta forma, se configura la voluntad sin necesidad de que exista una constancia escrita por parte de la entidad pública, lo cual conduce a determinar si el silencio en realidad se encuentra establecido en la ley de la materia, para que pueda ser objeto de reglamentación.

De una comparación crítica entre la LAM y su reglamento, se colige que el silencio *–pese a ser una figura plenamente válida–* no encuentra asidero jurídico o sustento en la norma base, que admita la falta de respuesta como forma de aceptación de un ente público para someterse a arbitraje. Visto desde una óptica *legalista o positivista* resulta lógico señalar que se trata realmente de una modificación legal por medio del Reglamento.

Consecuentemente, para la primera postura, existiría una extralimitación. Por tanto, la acción de inconstitucionalidad constituye la herramienta de solución a esta contravención o alteración de la ley, por tratarse de una garantía jurisdiccional cuya finalidad es remover del ordenamiento jurídico cualquier norma que, por cuestiones de forma o fondo, sea contraria al bloque de constitucionalidad³⁰. La acción puede ser ejercida por cualquier

30 H. PÉREZ y V. HERNÁNDEZ, *Acción de inconstitucionalidad 2019-2020*, <<https://bit.ly/3huxQyw>> (29/10/2022).

persona y le corresponde resolver con *carácter privativo*³¹ a la Corte Constitucional.

En contraste de lo anterior, es válido mencionar que podría formarse otro criterio respecto a la interpretación del artículo 5 del Reglamento LAM. Aquello significa determinar si en efecto, la disposición *no ha contravenido ni tampoco ha ampliado las bases sentadas en la ley*, sino que, guarda plena armonía normativa, permitiendo a entidades públicas someterse a arbitraje por medio de su silencio.

De este modo, la *exégesis* aplicada es distinta. La posición opuesta, parte de la base de que, una declaración de inconstitucionalidad es de *última ratio* en caso de existir dudas respecto a la validez de la disposición. Siguiendo esta línea, el profesor Cordero explica que de acuerdo con el *principio de conservación*, la solución final no es desaparecer a la norma, al contrario, deben adoptarse medidas que permitan subsanar vicios de los que pueda adolecer un reglamento, incluyendo su convalidación³², antes de declararlo inconstitucional.

Otro criterio importante en aras de preservar disposiciones reglamentarias, es el *principio de proporcionalidad*. La finalidad de su aplicación es recordar al administrador de justicia que no todo vicio debe tener como sanción la nulidad, ya que en ocasiones podrían causar un daño mayor, con relación a los beneficios que podría contener una determinada disposición.

La jurisprudencia extranjera brinda un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad, en este caso puntual se cuestionaba la extralimitación de una norma reglamentaria, sin embargo, la Corte de Apelaciones argumentó lo siguiente:

La validez del reglamento impugnado tenía su justificación en el principio de proporcionalidad, no obstante existir efectivamente una infracción legal, toda vez que la anulación que los requirentes solicitaban suponía perjuicios 'desproporcionados' en relación con los beneficios que implicaba la misma sanción³³.

31 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 98, RO No. 52, 22/10/2009.

32 E. CORDERO, "Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional", *Ius et Praxis*, Vol 1, 2019.

33 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile N° 4580-03, de 15 de diciembre de 2004.

El extracto de la sentencia en mención determina que no necesariamente cuando un vicio afecte un reglamento estará destinado a ser declarado inconstitucional, en virtud de que, se considera necesario utilizar otras alternativas de subsanación o trascendencia del vicio objeto de impugnación.

Como último punto, esta postura podría ampararse en el principio de *flexibilidad* del que goza el arbitraje, permitiendo que el silencio pueda ser considerado como una forma de aceptación *-extensiva-* toda vez que, en la actualidad en materia arbitral es común que la manifestación de voluntad no sea realizada por escrito. Muestra de lo anterior es el arbitraje sin convenio (*arbitration without privity*)³⁴ ampliamente desarrollado por la doctrina extranjera.

En este orden de ideas se desprende lo siguiente: (i) La CRE no permite que los reglamentos contravengan a la ley o en su defecto, la alteren, y su sanción es la declaración de inconstitucionalidad; (ii) la postura *legalista - positivista* determina que hay una extralimitación por parte del Reglamento, ya que, el silencio como manifestación de la voluntad no está regulado en la LAM; mientras que, la postura contraria se construye sobre la base de que (iii) la acción de inconstitucionalidad es de última ratio, atendiendo a los principios de *proporcionalidad y conservación*; y, por último (iv) la flexibilidad del arbitraje podría *-por extensión-* acoger al silencio como forma de aceptación.

Finalmente, se estima que el Reglamento LAM tuvo como una de sus finalidades introducir una corriente vanguardista en sus disposiciones incluyendo nuevas figuras (p. ej. arbitraje de emergencia, el silencio como manifestación del consentimiento, extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, etc.) que simplifiquen la sustanciación de arbitrajes nacionales e internacionales.

Sin perjuicio de las dos corrientes de interpretación que podrían girar en torno al artículo 5 del Reglamento LAM, consideramos que tanto la disposición aislada, como el cuerpo legal completo, constituye una herramienta verdaderamente útil, que seguramente con el paso del tiempo, irá consolidándose en el Ecuador.

34 M. WAIBEL, "Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility", *Legal Studies Research Paper Series University of Cambridge*, 2014.

4.2. APROBACIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO: LÍMITE A LA EJECUCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL ACEPTADO EN VIRTUD DEL SILENCIO

A lo largo del tiempo se han mantenido amplios y diversos criterios sobre la aprobación previa de la PGE como acto habilitante para pactar arbitraje en contratación pública, un grave punto de inflexión entre el arbitraje y el sector público tomó partida a través de los oficios circulares de la PGE No. 09258 de 15 de septiembre de 2009 y su alcance No. 10623 de 27 de noviembre de 2009, en un intento de atentado a la institucionalización del arbitraje como método alternativo de solución de controversias, en esta materia.

Estas circulares, en una suerte de interpretación extensiva del artículo 190 de la CRE planteaban (i) la necesidad del informe previo de la PGE para la suscripción de todo convenio arbitral sea que la controversia haya, o no iniciado; y, (ii) requirió a las entidades del Estado que hubieran pactado convenios arbitrales sin autorización, a solicitarla en el plazo de tres meses desde la fecha de emisión de la circular³⁵. Esta fue la vía empleada por el Estado para debilitar paulatinamente al arbitraje y sustituirlo con engorrosos procesos sustanciados ante Jueces de lo Contencioso Administrativo.

Para beneficio de la práctica arbitral, el Reglamento LAM se encargó de suplir este criterio y además absolvió otros cuestionamientos entorno a la contratación pública:

1. El artículo 3 define la forma en que debe pactarse arbitraje internacional cuando sea convenido por una entidad del sector público, también establece cuál es el ámbito de revisión de la PGE para la aprobación del acuerdo.
2. El artículo 4 aclara por demás, cuándo las entidades del sector público podrán celebrar un acuerdo arbitral, y bajo qué condiciones debe solicitarse la aprobación de la PGE. También incluye parámetros sobre la arbitrabilidad objetiva en contratación con el Estado.

35 E. NEIRA ORELLANA, "La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 3, 2014, pp. 33-62.

3. El artículo 5, objeto de estudio en este trabajo, establece reglas de negociación y aceptación del acuerdo arbitral cuando es ofertado por el contratista, luego de haberse suscrito el contrato administrativo.
4. Finalmente, la disposición transitoria cuarta ordenó al Servicio Nacional de Contratación Pública (“SNCP”) la incorporación de convenios arbitrales en todos los pliegos contractuales, a excepción de los procedimientos de ínfima cuantía, permitiendo la instrumentación paulatina de las nociones antes indicadas en las entidades del sector público.

Inicialmente el artículo 5 del Reglamento LAM es de fácil comprensión, la regla base es que no se haya pactado cláusula arbitral en el contrato administrativo y exista intención de las partes o al menos del contratista de celebrar un convenio arbitral con posterioridad a la suscripción de este contrato. Aquí debemos separar dos escenarios, el primero de ellos es cuando no ha surgido la controversia, en cuyo caso, será necesario notificar a la entidad contratante únicamente con el proyecto de convenio arbitral. El segundo, se refiere a los casos en que la controversia ya ha surgido, en esta situación, no solo se necesitará el proyecto de convenio arbitral sino también el proyecto de solicitud de autorización de la PGE. En ambos casos, si la entidad contratante no responde a la solicitud dentro del término de 30 días contados desde que la oferta es enviada, el proyecto de convenio arbitral se entenderá aceptado.

Hasta aquí todo claro, sin embargo, un enfoque práctico del segundo escenario refleja posibles contingencias en la ejecución del convenio arbitral que explicaremos en detalle, entendiéndose por *ejecución* el inicio del arbitraje. El sentido de urgencia que envuelve al segundo escenario es que la controversia está en marcha, y, dependiendo de la gravedad o especialidad que demande el asunto, lo lógico será resolver la controversia mediante arbitraje. Si la entidad pública no contesta en el término de 30 días, implica *prima facie* que no tiene voluntad de negociar ni aceptar el convenio, no obstante, el Reglamento LAM soluciona este inconveniente interpretando el silencio como aceptación de la oferta.

En un mundo ideal gobernado por la buena fe contractual, ante el silencio de la entidad contratante, bastaría que el contratista le

solicite a esta el envío de la aprobación del convenio arbitral a la PGE, para su posterior ejecución, pero esto puede suceder, como no. Ahora bien, considerando que nuestro ordenamiento jurídico no impone ningún grado de sanción al funcionario o entidad que se abstiene de remitir la solicitud de aprobación del convenio a la PGE, cabe plantearse ¿Podría el contratista frente a esta renuencia de la entidad contratante iniciar el arbitraje?

Nuestro criterio sobre esta interrogante es que el inicio de un arbitraje bajo las condiciones descritas en líneas anteriores generaría un severo defecto sobre la jurisdicción del Tribunal, en una primera medida por los criterios de validez del convenio, y en una segunda por la sanción de nulidad contenida en el artículo 4 de la LAM ante la falta del dictamen previo de la PGE, aplicable cuando la controversia ha surgido. Otro aspecto a notar, son los principios de *trascendencia* y *taxatividad* que rigen en las causas de nulidad, que sumado a todo lo expuesto envuelven al convenio de ineficacia para su ejecución.

5. CONCLUSIONES

El arbitraje en el Ecuador ha tenido un lento y gradual avance con el paso del tiempo. Sin dejar de destacar lo positivo de ello, hoy en día es notorio que la corriente en favor de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos va ganando terreno con fuerza en nuestro país. Muestra de ello es el Reglamento LAM que, aunque cuestionable en la medida de su alcance, llegó no solo con el objetivo de aclarar dudas sustantivas y procesales mantenidas durante un periodo más o menos prolongado en nuestro sistema, sino también para mejorar la práctica arbitral con la incorporación de herramientas de utilidad superior a las vistas durante los últimos años.

En cierta medida el artículo 5 del Reglamento LAM es un punto de presión para las entidades del sector público, ya que incita a resolver las disputas que surjan con ocasión de un contrato administrativo, mediante arbitraje. Bajo las condiciones de esta norma, el contratista que oferta el convenio arbitral tiene dos opciones; la primera es que la entidad contratante inicie un proceso de negociación sobre el contenido del convenio; la segunda es que no reciba respuesta sobre la oferta, hecho que inicialmente no

es de preocupar, porque dependiendo de las circunstancias, no se restará eficacia a la oferta realizada. En todo caso, el artículo 5 del Reglamento LAM se constituye en una norma de seguridad jurídica para el contratista.

El Reglamento LAM crea efectividad para arbitraje, particularmente cuando se oferta la suscripción de un acuerdo y no ha surgido controversia, el artículo quinto reducirá, en este supuesto, cualquier excepción a la jurisdicción del Tribunal, ratificando que se trata de un convenio arbitral plenamente ejecutable. No es tanto así, cuando la controversia ha iniciado su curso, pues, la falta de coacción normativa para los entes que deben notificar a la PGE puede alentar la pasividad de las instituciones que conforman el sector público en estas situaciones e impedir el inicio del arbitraje. Frente a esto, instaurar una disposición que obligue a las entidades que conforman el sector público a enviar las solicitudes a la PGE cuando haya operado el silencio para la celebración de un convenio arbitral, evitará un inconveniente práctico mayor.

Probablemente con el devenir de la aplicación del Reglamento surgirán nuevos cuestionamientos que encontrarán respuesta en la práctica arbitral, la academia y las normas aclaratorias que para tal efecto se expidan.

Tutela arbitral efectiva y silencio administrativo positivo bajo el derecho comparado

*Jesús Augusto Rojas Hernández**

Recibido/Received: 15/10/2022
Aceptado/Accepted: 07/11/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tutela judicial efectiva. 3. Tutela arbitral efectiva. 4. Cláusula arbitral. 5. Silencio administrativo. 6. Silencio administrativo como consentimiento de la Administración para someter sus controversias a arbitraje. 7. Conclusiones.

RESUMEN: La consagratoria del silencio positivo en aquellos casos donde los administrados presentan acuerdos de arbitraje a la Administración para someter las disputas derivadas de las relaciones entre estas a arbitraje, ha traído debate para la comunidad arbitral, debido a que todavía existen ráfagas de los paradigmas de la justicia en el Derecho público, donde se considera que es un riesgo para la Administración someterse a un procedimiento arbitral. En el presente trabajo pretendemos desmitificar esos principios de otrora del Derecho público y mostrar como la institución del silencio administrativo positivo pretende que la Administración y los particulares puedan someterse a procedimientos arbitrales con pleno respeto a sus garantías procesales.

PALABRAS CLAVE: derecho, tutela, arbitraje, silencio.

* Abogado del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Egresado en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), con diplomatura en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública organizado por el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) y el Centro de Estudios Políticos y de Gobierno de la Universidad Católica Andrés Bello.



ABSTRACT: The enshrinement of positive silence in those cases in which the parties submit arbitration agreements to the Administration in order to submit disputes arising from the relations between them to arbitration, has brought debate to the arbitration community, because there are still some gusts of the paradigms of justice in public law, where it is considered a risk for the Administration to submit to an arbitration proceeding. In this paper we intend to demystify these former principles of public law and show how the institution of positive administrative silence intends that the Administration and individuals can submit to arbitration proceedings with full respect for their procedural guarantees.

KEYWORDS: right, protection, arbitration, silence.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho humano a la tutela judicial efectiva ha sido comprendido por la ciencia jurídica, como uno de los principios fundamentales que integran el catálogo de derechos individuales, que se suma a los tradicionalmente conocidos a raíz de los procesos históricos importantes que han influenciado al mundo occidental, como lo es el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad. En ese marco, este derecho permite y ahonda en una protección de esos derechos que inspiraron las revoluciones contra el absolutismo y contra los gobiernos de base autoritaria.

Particularmente el arbitraje, desde sus orígenes, ha significado un descongestionamiento de los órganos de administración de justicia tradicionales. No obstante, debemos enfatizar que el arbitraje tiene valor por sí mismo, en el sentido de que no solamente su existencia se explica para el descongestionamiento de la jurisdicción ordinaria, sino que también tiene objetivos y propósitos importantes como lo es brindar un procedimiento jurisdiccional caracterizado por ser expedito, técnico y confidencial, que permita resolver las controversias de forma adecuada.

Es por ello, que el derecho al arbitraje forma parte de uno de los componentes trinitarios de la tutela judicial efectiva, como lo es el acceso a la justicia. Constituciones como la venezolana determinan

que el acceso a esta no implica solamente la entrada al sistema judicial, sino en general a todos los órganos de administración de justicia dentro de los que se encuentran los medios alternos de resolución de conflictos.

2. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La tutela judicial efectiva constituye uno de los corolarios esenciales de todo Estado democrático, de derecho y justicia. Este principio es de carácter bicéfalo, debido a que se considera garantía y derecho al mismo tiempo, ya que la materialización de su protección se traduce en un adecuado análisis de un derecho sustantivo específico y porque su desarrollo histórico ha llevado a que se considere de carácter autónomo y suficiente. Así, se han desarrollado garantías específicas que se encargan de resguardar el derecho a la tutela efectiva de los derechos ciudadanos.

Tal es su importancia que diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos lo han consagrado, a modo de ejemplo destacan:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1945, que en su artículo 10 establece que:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal¹.

2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos del 4 de enero de 1950, actualizado en 1998, consagra en su artículo 6, bajo la categoría genérica de Derecho, a un proceso equitativo en el que:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de

1 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Artículo 10.

carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella; ii) Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada; iii) disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. En fin, un catálogo de derechos que haga viable el derecho a la tutela judicial efectiva y su acceso mediante el ejercicio de acciones y recursos².

3. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000, en su Título VI concerniente a la Justicia reafirma los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, el derecho a la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción³.
4. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 que en su Artículo XVIII señala que:

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente⁴.

5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ de San José de Costa Rica de noviembre de 1969, en la cual se instituye en su artículo 8 Garantías judiciales,

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su

2 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (1998), Artículo 6.

3 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), Título VI.

4 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Artículo XVIII.

5 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Artículo 8.

culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

En el mismo sentido, en su artículo 25⁶, sostiene:

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Parte se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Estos instrumentos integran lo que se conoce como el bloque de la constitucionalidad, el cual permite “reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución Nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución”⁷. Esta incorporación de principios de derecho fundamental al bloque de la constitucionalidad hace desprender tres efectos básicos⁸:

- 1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna;
- 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad de la última; y
- 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados

7 M. GÓNGORA, “La difusión del bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* Latinoamericano”, en A. VON BOGDANDY, H. FIX-FIERRO Y M. MORALES ANTONIAZZI (coords), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

8 M. GÓNGORA, N. 7.

de derechos humanos pueden ser invocados a través de acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales.

Incluso este reconocimiento puede conllevar a lo que ha sido desarrollado por García de Enterría, quien señala⁹:

Estos valores no son simple retórica, no son –de nuevo hemos de impugnar esta falaz doctrina, de tanta fuerza inercial entre nosotros- simples principios “programáticos”, sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a este su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto su interpretación y aplicación.

(Omissis)

El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho Bachof y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles “normas constitucionales inconstitucionales” (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (constitucional, como hemos visto: art. 168) que suponen la reforma constitucional.

Lo que el reconocido doctrinario español afirma es de vital importancia y una advertencia para los gobiernos de base autoritaria, quienes históricamente han usado las constituciones como fachadas para perpetuarse en el poder y violentar derechos fundamentales, situación que con el avance del constitucionalismo moderno ya no es posible porque:

una norma constitucional muy restrictiva de un derecho fundamental es inconstitucional cuando la norma que enuncia tal derecho queda gravemente privada en sentido y contenido; es decir, cuando se torna prácticamente papel mojado o queda con eficacia marginal ese derecho¹⁰.

9 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, CIVITAS, 1985.

10 J. GARCÍA AMADO, ¿Puede haber normas constitucionales inconstitucionales? <<https://bit.ly/3hHOScR>> (3/8/2022).

Por tanto, el derecho a una efectiva tutela, según el reconocido tributarista venezolano Leonardo Palacios, “deja de ser así un tema local, preocupación focalizada en su solo país, dejando atrás los pruritos de un respeto a su soberanía, convirtiéndose en un tema universal anclado en el respeto a la dignidad humana y a la libertad”¹¹.

3. TUTELA ARBITRAL EFECTIVA

Señalado lo anterior debemos destacar que a final del siglo pasado la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela en Sala Político Administrativa había señalado: “La tutela jurisdiccional, no es un derecho absoluto del Estado; la misma ha sido establecida fundamentalmente para la protección y el respeto de los derechos de los individuos”¹². En ese sentido y con la constitucionalización de los medios alternos de solución de controversias en Venezuela, se pudo concluir, según Juan Korody, que

i) el fin último de la justicia no es el medio a través del cual se imparte, sino la libertad plena de los derechos de los ciudadanos y ii) el poder originario de resolver sus controversias, reside precisamente en los ciudadanos, a través de los medios que la Ley desarrolle pero dentro de los principios constitucionales esenciales¹³.

Afirmación que se encuentra compatible con el criterio del Magistrado Guillermo Sánchez Luque, quien señaló en un voto salvado de una sentencia reciente del Consejo de Estado de Colombia que:

El arbitraje como vía extrajudicial de resolución de conflictos es garantizado por el artículo 116 CN. Su previsión en la Carta de 1991 buscó justamente descartar cualquier discusión constitucional – ¡cómo nos gusta volver todo una «cuestión constitucional»!– El arbitraje no surge de la Constitución (soberanía estatal), sino de la voluntad de las partes (soberanía contractual). Su fuente no es el

11 L. PALACIOS, *Tutela Judicial Efectiva en Materia Tributaria*, Relatoría General en edición del Tema II, XXXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, 2022.

12 J. VICENTE HARO, “La justicia arbitral y la justicia judicial”, en Allan Brewer-Carías (Coor), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.

13 J. KORODY, “Aspectos tributarios implícitos en los tratados de promoción y protección de inversiones ¿controversias tributarias en arbitraje de inversión?”, *Revista de Derecho Tributario*, No. 155, 2017.

consentimiento democrático –el poder que emana de la soberanía (art. 3 CN)– sino el consentimiento de las partes –la facultad que emana de la autonomía de voluntad (art. 333 CN) –: ¡la libertad es la base de todo!¹⁴

En consecuencia, la doctrina ecuatoriana más calificada ha defendido la vigencia de la tutela judicial efectiva en el foro arbitral, postura que encuentra sustento en

el carácter de cosa juzgada de las decisiones arbitrales, la fuerza vinculante del laudo arbitral, y de algunas decisiones previas, como es el caso de medidas cautelares, todas ellas derivadas del reconocimiento que el Estado hace del carácter jurisdiccional del arbitraje, así como en la vigencia de un conjunto de garantías para los justiciables que los árbitros deben respetar. En esta línea de razonamiento, “cuando se escoge la vía arbitral no se está abdicando al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se está sustituyendo, voluntariamente, el sujeto con el deber de prestarla”¹⁵.

Por tanto, el jurista Paolo Longo ha sostenido que:

no puede ser ya utilizada aquella clásica afirmación monopólica que supuestamente reservaba al Estado toda posibilidad de solucionar conflictos jurídicos, y es que los conflictos naturalmente, requieren de la tutela del derecho, de la protección de los intereses involucrados, pero tal aspiración de tutela salvo los casos de restricción expresa del derecho, no repudian, y al contrario estimulan, mecanismos no jurisdiccionales que permitan alcanzar la justicia material y concreta¹⁶.

De igual forma, el miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Román Duque Corredor¹⁷, ha destacado importantes decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, donde se señala que:

14 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, *Administradora Colombiana de Pensiones vs Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá*, asunto 11001-03-15-000-2022-00772-01, del 2 de septiembre de 2022.

15 M. JARA VÁSQUEZ, *Tutela Arbitral efectiva en Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones y Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.

16 P. LONGO, *Arbitraje y sistema constitucional de justicia*, Editorial Frónesis, 2004.

17 R. DUQUE CORREDOR, *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Legis, 2008.

los medios alternativos para la solución de conflictos forman parte de la jurisdicción, siempre que se cumplan mediante un proceso legalmente contemplado o permitido, y que son parte de la actividad jurisdiccional (Ss. No. 1393 de 07.08.2001, Caso “Fermín Toro Jiménez y otros”, 1139 de 05.10.2000, Caso Héctor Luis Quintero Toledo y 827 de 23.05.2001, Caso “Grupo Inmensa y Coeresmalt”).

(Omissis)

Son medios alternativos jurisdiccionales, porque por el acuerdo arbitral se renuncia a la jurisdicción; se basan en el consenso o autonomía de la voluntad de las partes y que los órganos dirimientes carecen de la potestad de ejecutar sus decisiones. Pero, por su constitucionalización, los medios alternativos pueden referirse a la constitución de tribunales arbitrales, no solo para que decidan conflictos, sino incluso reciban pruebas anticipadas e incorporarlas después del procedimiento arbitral (SC S. No. 1571 de 22.08.2001, Caso “Asodeviprilara”).

Las diferencias principales entre ambas tutelas, *stricto sensu* y arbitral, consisten en la forma de llevarse a cabo, más no en su finalidad, que no es otra que la defensa de los derechos subjetivos de los particulares. En ese sentido, el árbitro internacional Adolfo Hobaica¹⁸ ha señalado como diferencias:

1. En el arbitraje se ventilan situaciones jurídicas sobre derechos disponibles, es decir, sobre aquellos asuntos, en los cuales las partes que deciden someterse a él, pueden celebrar transacciones u otros medios de autocomposición.
2. En la jurisdicción ordinaria está previsto por Ley, el recurso de apelación que persigue el control de la decisión del juez de inferior jerarquía por uno superior conforme a las reglas ordinarias de competencia.

(Omissis)

3. En la jurisdicción arbitral los recursos son más restringidos, por cuanto todos los incidentes que se presentan en el proceso son resueltos exclusivamente por los árbitros: salvo pacto en

18 A. HOBAICA, “La ficción de la infracción de la tutela judicial efectiva en el arbitraje” *Anavi*, No. 1, 2020.

contrario el Laudo no tiene apelación, contra el solo procede el Recurso de Nulidad.

4. Cuando las partes acuden al arbitraje buscan autonomía y celeridad.

De esta manera podemos concluir que en el marco de la tutela judicial efectiva se encuentran dos categorías plenamente diferenciables, como lo son la tutela judicial efectiva *stricto sensu* y la tutela arbitral efectiva ya que, si en un caso el arbitraje es el medio seleccionado por las partes para resolver una determinada controversia, nos encontraríamos en presencia de la tutela jurisdiccional (arbitral) eficaz en lugar de la tutela judicial efectiva, por ser ajeno al Poder Judicial¹⁹.

4. CLÁUSULA ARBITRAL

Ahora bien, el origen de todo arbitraje se encuentra en la cláusula arbitral o contrato de arbitraje, el cual ha sido definido como la “fuente ordinaria del arbitraje”²⁰, a través del cual las partes “confían la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente por ellas mismas”²¹.

Por tanto, la doctrina comparada ha señalado que “el arbitraje proviene de un contrato celebrado entre las partes de un litigio por medio del cual estas deciden que toda controversia actual o que pueda surgir de un contrato o con relación al mismo debe ser sometida al conocimiento de un tercero llamado tribunal arbitral”²². De esta concepción se desprenden dos efectos de la cláusula arbitral, a saber, el efecto jurisdiccional, ya que un tercero independiente e imparcial a las partes dotado de potestades jurisdiccionales por ley resolverá de forma definitiva las controversias planteadas; y el efecto contractual, debido a que las partes generan recíprocas obligaciones

19 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, *Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia, Juan José Delgado y Ramón Escovar Alvarado*, dictada el 28 de febrero de 2008.

20 F. GORDÓN, *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Aranzadi, 1995.

21 A. CALVO Y L. FERNÁNDEZ, *El arbitraje comercial internacional*, Editorial Tecnos, 1989.

22 E. SILVA ROMERO, *et al.*, “Noción de Contrato de arbitraje y fuentes del derecho arbitral” en *Contrato de Arbitraje*, Legis, 2008.

de hacer y no hacer, porque se deben abstener de someter a la jurisdicción ordinaria las controversias y porque en caso de conflicto deben someter su conocimiento a arbitraje, cumpliendo de esta forma con los principios contractuales de la buena fe y el *pacta sunt servanda*.

En ese sentido, como todo contrato se encuentra sujeto a los requisitos que consagran los códigos civiles, los cuales generalmente se encuentran divididos en dos grandes categorías, a saber: “a) Requisitos de existencia, entre los cuales se enumera el consentimiento, un objeto idóneo y una causa lícita; y b) Requisitos de validez, que serían la capacidad de los contratantes y la ausencia de vicios en el consentimiento”²³, la cláusula arbitral deberá cumplir con las exigencias del ordenamiento jurídico aplicable a este contrato autónomo para que pueda existir y ser válido.

En el caso venezolano por disposición del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial²⁴, la doctrina ha clasificado al convenio arbitral como un contrato formal “pues su perfeccionamiento no ocurre *solo consensu*, requiriéndose, además, la forma escrita”²⁵. Por tanto, el simple acuerdo de voluntades de someterse a arbitraje no basta entonces para que surjan obligaciones entre las partes, “se trataría de un pacto sin valor obligatorio”²⁶.

No obstante, la mencionada formalidad escrita ha sido relativizada en su cumplimiento, por ejemplo, es frecuente que esa solemnidad se considere cumplida:

cuando la cláusula compromisoria se haya pactado en un contrato relacionado de alguna manera con otros contratos en los cuales no se haya pactado expresamente, o con contratos en los cuales estén presentes circunstancias vinculantes como los llamados grupos de empresas o contratos dirigidos a un mismo fin económico o subcontratos²⁷.

23 J. MÉLICH-ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2017.

24 Ley de Arbitraje Comercial Venezuela, Artículo 6, Gaceta Oficial No. 36.430, 7/4/1998.

25 L. ARAQUE, *et al.*, “El acuerdo de arbitraje,” en L. ARAQUE, M. BETANCOURT, D. DROULERS Y C. LEPERVANCE (Coors), *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo a los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español del Arbitraje, 2013.

26 L. ARAQUE, *et al.*, N. 25.

27 L. ARAQUE, *et al.*, N. 25.

En ese marco, en cuanto al consentimiento, la mayoría de las legislaciones arbitrales han reconocido que debe referirse a la voluntad inequívoca de las partes, lo cual puede llevar a los operadores de jurídicos a considerar que el consentimiento que se requiere para la conformación de un acuerdo arbitral es el expreso, apreciación que sería errónea, toda vez que de un consentimiento tácito también se puede desprender una voluntad inequívoca de una parte, a través de lo que ha denominado la doctrina “actos concluyentes *facta concludentia*”²⁸.

Importante sobre este caso es lo que la doctrina de David Arias Lozano, ha denominado cláusulas arbitrales semiescritas, las cuales se presentan cuando “una parte establece unilateralmente el recurso al arbitraje sin recibir contestación de la otra al respecto”²⁹. Cláusulas que incluso han sido reconocidas en doctrina de tribunales importantes, tal es el caso, de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el caso *Marc Rich & Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*, donde una cláusula arbitral incluida en un télex como respuesta a una oferta de adquisición de petróleo y sobre la cual no hubo contestación posterior, fue considerada válida³⁰.

En consecuencia, el mencionado autor considera que estas cláusulas semiescritas se perfeccionan, a modo de ejemplo, “cuando la parte en cuestión ejecutó, siquiera de forma parcial, alguna de las obligaciones contenidas en el mismo contrato” o “cuando ese silencio pueda constituir la forma habitual de prestar consentimiento en un sector determinado”³¹.

Sin embargo, no descartamos que existan posturas que consideren que el silencio es una muestra de desinterés o ignorancia; no obstante, “la doctrina y la jurisprudencia extranjera son favorables al silencio como forma de consentimiento en cuanto constituye una forma de aceptación tácita”³². Sobre este particular también se han pronunciado órganos jurisdiccionales nacionales, por ejemplo, *La*

28 F. GORDON, N. 20.

29 D. ARIAS, *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Editorial Aranzadi, 2005.

30 Tribunal de Justicia Europeo, *Marc Rich & Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*, Asunto C-190/89, 25 de julio de 1991.

31 D. ARIAS, N. 27.

32 L. MARTÍNEZ, *La Cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Editorial Civitas, 1984.

Cour de Cassation, arret de 17 de octubre de 1964, que señala “la no impugnación de una cláusula contenida en el acto confirmativo de un contrato comercial y la ejecución del contrato equivalen a una aceptación tácita”³³.

Afirmar lo contrario a lo señalado anteriormente sería adverso a los avances que sobre el particular han existido en el Derecho arbitral, los cuales han llegado incluso a permitir la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, a través de la teoría del grupo de sociedades y el *stoppel*, que integran la doctrina del *joinder*, la cual ha contribuido a la profundización de una tutela arbitral efectiva y eficaz.

5. SILENCIO ADMINISTRATIVO

En el marco de los principios máximo ordenadores de los procedimientos administrativos, específicamente en lo concerniente a la decisión, la doctrina del reconocido jurista Allan Brewer-Carías ha señalado el principio de la obligación de decidir por parte de la Administración, que consiste, según el destacado jurista, en que “iniciado un procedimiento administrativo, particularmente a instancia de parte o cuando en él tenga interés los administrados, la Administración está obligada a decidir, en otras palabras, la Administración no es libre de decidir”³⁴. Esta obligación se encuentra íntimamente vinculada al derecho de los ciudadanos a la buena administración, corolario de derecho fundamental que ha sido entendido como:

un principio, derecho y deber jurídico, mediante el cual se establecen una serie de requisitos mínimos para la actuación de las Administraciones Públicas, cuyo servicio, debe estar subordinado al cumplimiento de la Ley y orientado al servicio de los ciudadanos. En atención a esos requisitos mínimos, de conformidad con el artículo 25 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, la buena Administración “consiste en

33 L. MARTÍNEZ, N. 32.

34 A. BREWER-CARIÁS, Principios del procedimiento administrativo Estudios de Derecho Comparado, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2016.

que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”³⁵.

Es por ello que, en reconocimiento al incumplimiento por parte de la Administración Pública a esta obligación, y por ende a la lesión de un derecho fundamental de los ciudadanos, se configuró la institución que se conoce como silencio administrativo, lo cual se desprende de lo expuesto por Karlos Navarro Medal, quien explica:

Inicialmente, la administración eludía su obligación de resolver, con solo permanecer inactiva; de esta manera el administrado quedaba indefenso y privado de toda garantía judicial. Por ello, el 17 de julio de 1900, Francia instauró una ley, en la que pasado cierto plazo sin que la administración resolviera, se presumía que la pretensión del administrado resolviera, se presumía que la pretensión del administrado había sido denegado, permitiéndole así, promover contra dicha denegación los recursos correspondientes³⁶.

Esta situación descrita por el mencionado jurista es consecuencia del paradigma tradicional del proceso contencioso administrativo, el cual desde sus orígenes había sido concebido como un proceso al acto y no como un proceso que tuviera por objeto la pretensión procesal administrativa del particular, situación que se evidencia de lo afirmado por el tratadista José Araujo-Juárez, quien señala:

Hemos dicho que el silencio administrativo inicialmente fue creado con el único objeto de posibilitar la revisión de sus actos; es, pues una figura ideada para evitar que la inercia o inactividad procedimental de la Administración Pública, al escamotear el acto previo, pudiera obstaculizar el control ulterior de su actividad³⁷.

Ahora bien, concretamente el silencio administrativo ha sido definido como “la consecuencia jurídica inmediata- creada como

35 M. ENRIQUE, El Derecho a la buena administración y al buen gobierno, <<https://bit.ly/3TzR4An>>. (12/10/2022).

36 K. NAVARRO, “La protección de los derechos humanos en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa en Nicaragua”, en A. BREWER-CARÍAS, L. PAREJO ALFONSO Y L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Coors), La protección de los derechos frente al poder de la administración, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

37 J. ARAUJO JUÁREZ, *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell hermanos, 1996.

ficción- que opera ante la ausencia de decisión administrativa oportuna, establecida en la ley para permitir el ulterior de derecho a la defensa”³⁸. En ese sentido, la doctrina general del silencio administrativo ha creado dos tipologías de silencio administrativo, por un lado el silencio negativo “el cual abre la posibilidad del administrado para acudir a la jurisdicción administrativa”³⁹, y por el otro, el silencio positivo, que se presenta cuando el administrado exterioriza ciertas peticiones, sobre las cuales la Administración no se pronuncia y genera una admisión implícita de las mismas.

En cuanto al silencio administrativo positivo debemos destacar una decisión reciente del Consejo de Estado de Colombia, la cual rarificó la condición necesaria para que el silencio administrativo pueda producir los efectos señalados anteriormente, al señalar “el silencio positivo es la excepción, y se configura solo para cuando la ley lo establezca de manera expresa, para casos especiales”⁴⁰.

No obstante, lo señalado por el Consejo de Estado colombiano no puede constituirse como excusa para que el legislador no quiera contemplar a nivel legislativo normas que consagren el silencio administrativo positivo, ya que la doctrina ha identificado aspectos positivos de este mecanismo para que pueda ser considerado, tal es el caso de lo sostenido por Héctor Turuhpial, quien concluye:

el silencio positivo constituye una voluntad administrativa directamente, vinculándose a la norma que habilita al órgano para producir el acto. En consecuencia el silencio administrativo positivo, una vez cumplida la condición de tiempo que el legislador ha establecido como presupuesto para su operatividad, configura de manera inmediata e instantánea, sin que medie requisito adjetivo ninguno, la subrogación de la voluntad legal en la voluntad administrativa respecto al derecho en suspenso en la concreta norma cuya aplicación se haya pedido a la autoridad⁴¹.

38 D. UROSSA, *Propuestas para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: replanteamiento de las normas reguladoras del llamado silencio administrativo*, <<https://bit.ly/3g0a39i>> (19/9/2022).

39 J. ARAUJO JUÁREZ, N. 34.

40 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, *Transatlántico s.a. c. Transmetro s.a.*, 08001-23-31-000-2011-01314-01 (52636), 31/05/2022.

41 H. TURUHPIAL, *La procedencia del silencio administrativo positivo en materia urbanística*, <<https://bit.ly/3toL4jc>> (15/9/2022).

Y aunque bien es cierto que el silencio en su esfera positiva y negativa emergió para que al administrado se le facilitare ejercer su derecho a la defensa, hay determinados supuestos donde la verdadera garantía del administrado es el silencio administrativo positivo, tal como lo señala Brewer-Carías:

Sobre todo en el caso de silencio administrativo negativo en los casos de solicitudes o peticiones, particularmente en materia de procedimientos autorizatorios, es evidente que en la práctica los administrados no obtienen ninguna garantía a sus derechos con que se considere que el silencio de la Administración produce tácitamente rechazo. Al solicitante de un permiso o autorización para realizar una actividad, lo que le interesa obtener es el permiso y nada gana con presumir que se le niega⁴².

Por tanto, se puede desprender de dicha cita que, ante solicitudes de permisos o autorizaciones del administrado, la verdadera garantía la constituye el silencio positivo, tal sería el caso de solicitudes para someter a arbitramento las diferencias entre la Administración y los administrados.

6. SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO CONSENTIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PARA SOMETER SUS CONTROVERSIAS A ARBITRAJE

Un hito en cuanto al silencio administrativo, es lo ocurrido en la legislación peruana, donde la Ley de Expropiaciones del Estado en el Caso de Obras de Infraestructura Pública, dispuso en su articulado que:

Artículo 35. En caso el sujeto pasivo decida ejercer su derecho en vía arbitral son de aplicación las reglas del arbitraje en el presente título, siendo de aplicación supletoria el Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. El sujeto activo puede oponerse a acudir a arbitraje dentro del plazo máximo de diez días hábiles de recibida la comunicación del sujeto pasivo. En caso de no manifestarse expresamente su negativa, dentro del plazo señalado, se entiende que el sujeto activo ha aceptado someterse al arbitraje. Los árbitros, Tribunal Arbitral y/o los

42 A. BREWER-CARIÁS, N.32.

peritos que designe o contrate, se sujetarán a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo y normas complementarias. El sujeto activo y el sujeto pasivo pueden acordar someterse al arbitraje siempre que el sujeto pasivo efectúe la entrega anticipada del inmueble⁴³.

Esta disposición faculta al propietario y/o poseedor del bien sujeto a expropiación a “Ejercer su derecho cuestionando el justiprecio ofrecido por el estado en carta de intención de adquisición y propuesta de tasación”⁴⁴. Esta previsión legislativa no ha sido aceptada de forma unánime, debido a que Carlos Enrique Álvarez Solís, árbitro y jefe de contrataciones del despacho presidencial, considera que a través del silencio administrativo positivo no puede someterse la Administración a un procedimiento arbitral, ya que considera en primer lugar

que no se puede someter a silencio administrativo positivo aquellas peticiones que puedan afectar a los intereses generales de los administrados, en consecuencia al evaluarse temas de índole económico por parte del estado, al ser sometidas al arbitraje existe un nivel de riesgo en poder estimarse o no las pretensiones del solicitante, hecho que debe ser evaluado necesariamente bajo el sistema de costo beneficio por parte de la entidad para tomar la decisión de sometimiento de la controversia a arbitraje. Pretender conminar a la entidad del Estado a necesariamente someter a arbitraje la controversia a raíz de un silencio negativo podría afectar la protección de intereses comunes de los demás administrados privilegiando el derecho de un grupo reducido de los administrados⁴⁵.

Afirmación con la que estamos en total desacuerdo, porque vuelve a traer a la discusión paradigmas de la justicia en el Derecho público que han ido superándose con su evolución, tal como es el criterio del dictamen del Consejo de Estado francés en el caso “Eurodisneyland”, donde dicho órgano señaló “el Estado no puede someter sus procesos a arbitraje”⁴⁶. De igual forma, el mencionado

43 Ley de Expropiaciones del Estado en el Caso de Obras de Infraestructura Pública del Perú, Artículo 35, Decreto Legislativo No. 1192.

44 C. ÁLVAREZ, *El curioso caso del Decreto Legislativo No. 1192 y el Decreto Ley No. 25593 ¿Puede el Estado someterse un arbitraje en virtud del silencio?* <<https://bit.ly/3X2o5YT>>, (11/10/2022).

45 C. ÁLVAREZ, N. 42.

46 A. BLANCO-URIBE, “La conciliación, el arbitraje y la transacción como métodos de resolución

autor en la cita lo que pretende defender es la idea según la cual los intereses de la Administración y de la colectividad se encuentran mejor protegidos en manos del juez, cuando la verdad es que estos intereses se pueden encontrar eficazmente tutelados en sede arbitral, ya que⁴⁷:

los árbitros no solamente están obligados, en principio, a estatuir en derecho, en derecho comparado, sino en cualquier caso, tratándose incluso de árbitros arbitradores o amigables compondores (por supuesto en materia de derecho privado), siempre deben respetar los principios procesales y las reglas de fondo, todo ello sin olvidar que la sentencia o laudo arbitral puede ser objeto de un control posterior, vía recurso de anulación ante el juez.

Por otro lado, también es falso que el juez tenga un mayor respeto por los dineros públicos que el que podría asumir el árbitro, pues el árbitro, al igual que el juez, sujeto a derecho como está, al administrar justicia, determina las responsabilidades y condena a quien corresponda, sea a pagar las sumas debidas, sea a reparar adecuadamente los daños y perjuicios.

En segundo lugar, la doctrina del prenombrado autor denuncia que con dicha disposición “existiría una crisis de los elementos constitutivos del convenio arbitral, es decir sería bastante complicado determinar los elementos volitivos y objetivos que conforman o componen el convenio para someter las controversias a arbitraje”⁴⁸.

Dicha circunstancia no es del todo cierta, ya que el elemento objetivo lo determina la soberanía democrática, a través del Poder Legislativo; y porque existen otras formas de constituir el elemento volitivo del convenio arbitral. Esto no es solo posible a través de la única forma que reconoce el autor que es “la expresa voluntad de las partes”⁴⁹, sino también a través de formas tácitas del consentimiento, lo cual se estaría presentando en este caso donde el legislador a través de una norma de carácter general y abstracto hace del

de conflictos administrativos”, *El arbitraje en la práctica II*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 1998.

47 A. BLANCO URIBE, N. 44.

48 C. ÁLVAREZ, N. 42.

49 C. ÁLVAREZ, N. 42.

conocimiento de los ciudadanos, que una las de formas naturales de la Administración es prestar su consentimiento en esta materia a través del silencio, lo cual si bien es cierto no es lo ideal, debido a que los particulares tienen derecho a una oportuna respuesta, ahonda en permitir el acceso de los ciudadanos al arbitraje, elemento que integra la tutela arbitral efectiva como derecho fundamental.

7. CONCLUSIONES

Con los argumentos esbozados en el presente trabajo, podemos concluir que el legislador, al otorgar carácter positivo a la actitud silente de la Administración en aquellos supuestos donde los particulares presenten propuestas de acuerdos de arbitraje para someter las controversias derivadas de sus relaciones jurídicas a arbitraje, configura el elemento seminal de todo arbitraje como lo es la voluntad inequívoca de las partes. La formación de la voluntad en este caso se estaría produciendo con la subrogación de la voluntad de la Administración bajo la voluntad y dictamen del legislador, lo cual consideramos que, al existir diversas teorías del consentimiento en el arbitraje, no solamente admitiendo el consentimiento expreso, sino también el tácito, contribuye a facilitar que tanto la Administración como los ciudadanos puedan acceder a un procedimiento arbitral que tenga como principio rector el respeto a la igualdad procesal de las partes.

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

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



CW&A

Av. de los Shyrís 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 Contraloría: ¿puede una institución pública excusar su incumplimiento sobre la base de una recomendación de Contraloría?

*Matthías Villavicencio Gomezjurado**

*Recibido/Received: 19/11/2022
Aceptado/Accepted: 05/12/2022*

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema. 2. Principios jurídicos involucrados en la discusión. 2.1. Derecho a la defensa frente a las recomendaciones de Contraloría. 2.2. Las recomendaciones de Contraloría como alteraciones al principio de seguridad jurídica. 2.3. Las recomendaciones como un supuesto de fuerza mayor y la unidad estatal de las instituciones públicas. 3. ¿Puede una recomendación de Contraloría alterar un contrato? 4. Precedentes jurisprudenciales y arbitrales que reflejan la práctica ecuatoriana sobre el tema. 4.1. Práctica heterogénea de la justicia ordinaria sobre las recomendaciones de Contraloría como eximentes de responsabilidad. 4.2. Precedentes arbitrales sobre las recomendaciones de Contraloría en temas de jurisdicción y méritos. 5. Conclusiones.

RESUMEN: En el marco de los contratos administrativos ecuatorianos, las instituciones públicas han visto a las recomendaciones de la Contraloría General del Estado como un eximente frente al incumplimiento. Los consideran como órdenes de carácter vinculante que, en el supuesto de configurarse como alteraciones a derechos contractuales, su obligatoriedad les libera de cualquier responsabilidad contractual. La situación se torna más gravosa para la entidad contratista en el sentido que legislación ecuatoriana no tiene un mecanismo como tal para que la contratista pueda hacer

* Abogado Asociado del área de arbitraje y litigios de la firma Robalino Abogados. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito.



frente a las recomendaciones de Contraloría. De ahí se ha dado origen a un sinnúmero de controversias en materia de contratación pública, las cuales son objeto de este ensayo.

PALABRAS CLAVE: Contraloría, recomendaciones de Contraloría, eximentes de responsabilidad.

ABSTRACT: Regarding the Ecuadorian regime for administrative contracts, public institutions have seen the recommendations of the Comptroller Office as an excuse for non-compliance. They consider them as binding orders that, in the event of being configured as breach of contract, their nature releases them from any contractual liability. The situation becomes more burdensome for the contracting entity in the sense that Ecuadorian legislation does not have a mechanism as such for the contractor to deal with the recommendations of the Comptroller. This has given rise to countless controversies in public procurement, which are the subject of this essay.

KEYWORDS: Comptroller's Office, recommendations of Comptroller's Office, liability exceptions.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Contraloría General del Estado (Contraloría) es una institución de derecho público que, a breves rasgos, tiene como objetivo controlar el uso de recursos públicos¹. Se trata de una entidad propia del continente americano, existente, además de en Ecuador, en Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Panamá, Paraguay, Perú, entre otros. Al ser el ente controlador del erario —de ahí su nombre— la Contraloría desenvuelve sus funciones en todo ámbito en el que se desembolsen dineros del estado. Hablamos de los presupuestos de entidades públicas, salarios de funcionarios, inversiones estatales, y, por supuesto, la contratación con privados.

Para efectos del presente ensayo, nos enfocaremos en esto último, es decir, la contratación pública. La Contraloría se desenvuelve en el marco de contratos administrativos a través de auditorías, las cuales

¹ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 211, RO No. 449, 20/10/2008.

examinan la negociación, celebración y ejecución de los contratos administrativos². Las auditorías concluyen con un informe general, en el cual se detalla el resultado de la auditoría y las conclusiones del grupo auditor.

Ahora bien, auditar el desarrollo de un contrato es solo la mitad del trabajo. En caso de concluir una irregularidad en el *iter* contractual, la Contraloría no solo identifica el problema, sino que también identifica su solución. Esto lo realiza a través de dos figuras: las recomendaciones y la predeterminación de responsabilidad. La predeterminación de responsabilidad es todo un nuevo proceso administrativo liderado, no por un equipo auditor, sino por la dirección de predeterminación de responsabilidades. En este proceso, las partes involucradas tienen la oportunidad de presentar sus descargos y ejercitar su derecho a la defensa frente a las acusaciones de la Contraloría. En última instancia, incluso podrían demandar la resolución de la Contraloría frente a los jueces contencioso-administrativos. En definitiva, la predeterminación no difiere de cualquier otro procedimiento administrativo.

La institución de la recomendación es otra historia. Su naturaleza *sui generis* no se enmarca en un proceso administrativo ordinario como la predeterminación de responsabilidad, pues no tiene como objetivo imputar de responsabilidad civil o administrativa a las partes contractuales. En principio, la recomendación tiene el fin de que el ente público subsane su conducta a través de medidas concretas sin —supuestamente— alterar derechos. Sin perjuicio de esto, a diferencia de lo que su nombre sugiere, las recomendaciones son obligatorias y de aplicación inmediata³.

Con estos antecedentes planteo el problema jurídico de este ensayo. Las entidades públicas, en seguimiento de las recomendaciones de Contraloría, tienden a ejecutar actuaciones en el marco de los contratos que podrían configurarse como incumplimientos contractuales. En ejercicio de sus facultades exorbitantes, las contratantes tienden a retener pagos, aplicar compensaciones, imponer multas, etc. Cuando

2 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Artículo 18, RO No. 595, 20/06/2002.

3 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Artículo 92. "Las recomendaciones de auditoría [...] deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada".

la contratista reclama tales actuaciones, las entidades esquivan toda alegación de incumplimiento contractual en tanto en cuanto las recomendaciones son de obligatorio cumplimiento, y por lo mismo, su observancia no puede enmarcarse en un supuesto de incumplimiento.

Es así como las recomendaciones de Contraloría son una fuente muy común de controversias en Ecuador. Solo basta recordar los procesos de auditorías que realizó la Contraloría a mediados de 2005 sobre los contratos petroleros, en los que el ente “concluyó que el aumento de los precios del petróleo estaba generando ganancias extraordinarias para las empresas petroleras y que los contratos de participación tenían que ser renegociados”⁴. De ahí que las recomendaciones de Contraloría hayan generado directa o indirectamente el éxodo de la mayoría de las petroleras que operaban en el país, lo que, a su vez, trajo consigo los arbitrajes más icónicos, como Perenco, Burlington, Petrobras, entre otros.

Evidentemente existen argumentos de parte y parte, lo que en consecuencia ha llevado a que los jueces ordinarios no logren unanimidad en sus precedentes. La situación no hace sino agravarse en caso de existir una cláusula arbitral. Si la controversia fuera resuelta en justicia ordinaria, es común que se inicie un juicio paralelo frente a la Contraloría en jurisdicción ordinaria⁵. Sin embargo, si el foro escogido es la sede arbitral, comúnmente la entidad pública se opondrá a que el tribunal resuelva temas relativos a la Contraloría por un tema de jurisdicción. Pues, en efecto, la Contraloría no es parte del contrato, y por ende, de su cláusula arbitral.

Este ensayo investiga los principios de derecho a la defensa frente a las recomendaciones, la seguridad jurídica frente a la alteración de derechos contractuales y la fuerza mayor como causal de extensión de responsabilidad, para finalmente, observar la práctica jurisprudencial y arbitral que se ha desarrollado frente al tema. Finalmente, el ensayo determinará si un tribunal arbitral puede entrar a conocer y resolver las actuaciones provenientes de las recomendaciones de Contraloría, y si tales deberían ser consideradas como eximentes de responsabilidad.

4 Perenco c. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad, párr. 84.

5 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, *SKEC c. Refinería del Pacífico*, Causa No. 17811-2017-00517.

2. PRINCIPIOS JURÍDICOS INVOLUCRADOS EN LA DISCUSIÓN

Las recomendaciones de Contraloría son un acto bastante *sui generis*, distinto a cualquier procedimiento administrativo. De tal manera, cuando las recomendaciones intervienen en relaciones contractuales, se podría configurar la afectación de una serie de principios jurídicos elementales en nuestro sistema. Este capítulo estudia la afectación a derechos contractuales derivada de recomendaciones de Contraloría desde la perspectiva del derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la unidad del estado, así como su capacidad liberadora al ser un hecho de fuerza mayor.

2.1. DERECHO A LA DEFENSA FRENTE A LAS RECOMENDACIONES DE CONTRALORÍA

El derecho a la defensa es la garantía que asiste a todo demandado, imputado o acusado, para articular “la prueba, los alegatos y las impugnaciones necesarias hasta obtener justicia”⁶. Se encuentra reconocido inclusive a nivel constitucional⁷. Generalmente pensamos en el derecho a la defensa en el marco de un juicio, aunque la doctrina amplió este concepto dentro de cualquier trámite que pueda afectar derechos⁸, por lo que tal derecho es aplicable tanto en sede administrativa como judicial⁹. De tal forma, siempre que una parte se le atribuyan responsabilidades, el imputado tiene derecho a presentar sus descargos frente a la autoridad que corresponda.

Dicho esto, no existe un mecanismo de defensa como tal frente a las recomendaciones de Contraloría. La arquitectura legal ecuatoriana está diseñada para que el contratista no tenga ninguna alternativa frente a una recomendación de Contraloría y no existe ningún recurso administrativo ni jurisdiccional que permita al privado ejercer descargos. Vamos a detenernos en el artículo 69 de la

6 L. CUEVA CARRIÓN, *El Debido Proceso*, 2da. Ed., Quito, Editorial Cueva Carrión, 2014; J. PARRA BENÍTEZ, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Temis, 2021, p. 15.

7 Constitución, Artículo 76(7)(a).

8 L. CUEVA CARRIÓN, N. 6.

9 J. PALMA FARFÁN, “Derecho a la defensa en el procedimiento administrativo”, *Revista Científica, Cultura, Comunicación y Desarrollo*, 2021, p. 115.

Ley de la Contraloría General del Estado (Ley de Contraloría): “[n]o podrán, en consecuencia, impugnarse los informes de auditoría, de exámenes especiales, los que consistan en dictámenes o informes que le corresponda emitir de acuerdo con la ley”.

De ahí que las recomendaciones de Contraloría no son susceptibles de impugnación judicial, en tanto se encuentran contenidas en informes de auditoría o exámenes especiales. Seguramente en este punto el lector creará que el sistema de control ecuatoriano es descabellado. Lo cierto es que la lógica para sostener esta prohibición es que, finalmente, quien aplica las recomendaciones de Contraloría son las entidades públicas, y por lo mismo, son estas últimas quienes afectarían los derechos del contratista. Así, en principio, los informes de Contraloría no afectan los derechos de las partes auditadas —o al menos no deberían.

Nada más alejado de la realidad. Las recomendaciones de Contraloría tienen un impacto incuestionable en ejecución contractual en contratos administrativos, pues alteran sustancialmente las relaciones contractuales entre los entes públicos y sus contrapartes. A modo de ejemplo, en el marco de un contrato con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, la Contraloría recomendó:

Al Director General del IESS: dispondrá una vez realizado el cálculo de multas correspondiente, en concordancia con lo establecido en los contratos de emergencia, dispondrá [que] implementen las acciones administrativas y legales respectivas para proceder al cobro de multas a los Contratistas que incurrieron en retrasos injustificados en el caso de las empresas que suscribieron las actas de entrega recepción definitiva y mantengan haberes pendientes; y, en el caso de las empresas que aún tienen facturas pendientes de cobro, se realizará el descuento correspondiente¹⁰.

¿Estamos hablando de una modificación de los derechos del contratista? Evidentemente sí, pues el contratista se vería privado de sus ingresos provenientes de las facturas pendientes de cobro, producto del descuento ordenado por la Contraloría.

¹⁰ Contraloría General del Estado, Informe DADSySS-0064-2016, Recomendación 11.

La jurisprudencia local, aunque no es unánime respecto de las recomendaciones como eximentes de responsabilidad, ha reconocido este injusto con enfoques en el derecho a la defensa. En el caso Técnica General de Construcciones c. Contraloría, el tribunal contencioso administrativo resolvió:

al haberse formulado esa recomendación, se ha impedido que **el actor ejerza su derecho de defensa**, de ser escuchada oportuna y adecuadamente y de presentar los descargos respectivos sobre las apreciaciones del equipo auditor y se le ha establecido una presunta responsabilidad sin observar el trámite propio del referido procedimiento. La orden de descontar valores a la accionante presupone un juzgamiento *a priori*, inmotivado y sin el procedimiento correspondiente al caso, estableciendo una obligación irresistible de orden civil que además por tratarse de un informe vinculante y una recomendación de acatamiento obligatorio para la administración destinataria de dicha disposición y de aplicación inmediata, conforme así lo ordena el Art. 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. En el presente caso, conforme se ha analizado, la recomendación formulada en el examen especial, establece indebidamente una responsabilidad civil en contra del actor, vulnerando el ordenamiento legal citado en párrafos anteriores y viciando de fondo la legalidad de tal decisión administrativa¹¹ (énfasis añadido).

El tribunal del caso *en comentario* expone que, en la práctica, es común —aunque no siempre— que la entidad ejecute directamente las recomendaciones sin análisis alguno. La entidad afectará los derechos contractuales de la contratista, y se limitará a justificar sus actuaciones en las recomendaciones de la Contraloría. Aquello infiere que, una alteración a los derechos de la contratista no se encuentra debidamente sostenidos en fundamentos legales y fácticos, sino simplemente en que existe una recomendación de Contraloría; sin importar si esta, a su vez, se encuentra debidamente fundamentada. Si este fuese el caso, ¿en qué momento podría la contratista rebatir los fundamentos de la Contraloría que motivaron sus recomendaciones?

11 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, *Técnica General de Construcciones c. Contraloría*, Causa 17811-2013-14603, párr. 9.

La única situación en la cual la entidad podría hacer valer sus derechos es en caso de que la Contraloría proceda con la predeterminación de responsabilidad o la resolución. Tales actuaciones sí serían impugnables en sede judicial¹². Sin embargo, como se verá de los casos expuestos, la Contraloría no siempre procede a establecer una predeterminación de responsabilidad. Aun cuando esto podría ser visto como una prueba infalible de que no existe responsabilidad en contra de la contratista — pues caso contrario la Contraloría habría proseguido a iniciar un proceso de predeterminación de responsabilidad— agrava aún más su situación, pues no tiene medios de impugnación, a la vez que blinda a la entidad pública con una carta blanca para desconocer sus obligaciones contractuales.

En conclusión, en caso de que la Contraloría se limite a emitir recomendaciones desfavorables al contratista, esta última queda entre la espada y la pared. Por un lado, no puede defenderse en sede arbitral por cuestiones de jurisdicción, y por otro, no puede impugnar en sede judicial por prohibición de ley. Este no puede ser el alcance que deba darse a las recomendaciones de Contraloría, pues de así serlo, se configura una vulneración al derecho a la defensa al no tener oportunidad para realizar el ejercicio a la defensa.

2.2. LAS RECOMENDACIONES DE CONTRALORÍA COMO ALTERACIONES AL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica se refiere al derecho generado “por la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos [...] en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos”¹³. Aquel constituye un derecho fundamental reconocido a nivel legal e incluso a nivel constitucional¹⁴, y prevén que “[l]as administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad”¹⁵. Así, las instituciones públicas

12 Ley de la Contraloría General del Estado, Artículo 69.

13 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia 045-15*, p. 8.

14 Constitución, Artículo 82.

15 Código Orgánico Administrativo, Artículo 22 (“La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado”).

tienen un deber de observar un estándar de coherencia en su actuar, de tal modo que el estado comprometa cierto nivel de estabilidad.

Dicho esto, las recomendaciones de Contraloría son herramientas indispensables para corregir el actuar futuro de las instituciones públicas y mitigar riesgos futuros. Sin embargo, si las recomendaciones se refieren a hechos pasados, podrían afectar situaciones que han generado derechos sobre los contratistas. De tal forma, la lógica en este argumento radica en que se modifican situaciones que han razonablemente generado una moción de estabilidad, cuya afectación ulterior podría traducirse en una contravención a la seguridad jurídica.

Vamos a ilustrar lo anterior con un ejemplo. En el caso *Gente Oil c. Ecuador*, las partes celebraron un contrato cuya tarifa para la contratista fue de USD 33,50 por barril. De ahí que el pasar del tiempo haya generado una razonable expectativa de que el contrato tendría plena vigencia y que recibiría una tarifa de USD 33,50 por barril por todo el periodo de vigencia del contrato. Si posteriormente la Contraloría determinó que la tarifa estuvo mal negociada y que esta no podría superar el valor de USD 32,45 por barril¹⁶, genera la impresión que las disposiciones contractuales no son seguras ni estables, y que, por más que exista un contrato instrumentado, en cualquier momento puede intervenir la Contraloría y alterar derechos tan esenciales como lo es el precio.

En el caso anterior, ¿está la Contraloría vulnerando el derecho a la seguridad jurídica? Personalmente creo que la respuesta no tiene una respuesta clara ni categórica. Por un lado, no cabe duda de que está alterando el derecho a la tarifa, y por lo mismo, al precio del contrato. Por otro lado, si efectivamente existieron fundamentos plenos de materia para concluir que la tarifa fue mal fijada, se configura un supuesto de erogación de recursos públicos. Si ese fuera el caso, mal podríamos decir que la corrección de una tarifa ilegalmente negociada es contraria a la seguridad jurídica, considerando además que es esta es justamente la atribución constitucional otorgada a la Contraloría.

Por supuesto, la conclusión anterior parte del supuesto de que los criterios de la Contraloría son correctos. En tal sentido, si

¹⁶ Contraloría General del Estado, Informe General DASE-0045-2017, p. 40.

se vulnera o no la seguridad jurídica no depende enteramente de si existe una recomendación encaminada hacia el pasado, sino de que si tal recomendación obedece a criterios de lógica y legalidad. Lo que realmente importa es que exista una instancia donde se pueda poner en cuestión la certeza de las recomendaciones de la Contraloría. Permitir que un foro conozca las recomendaciones es un equilibrio perfecto. Por un lado, se impediría que la Contraloría arbitrariamente reestablezca el alcance de derechos contractuales. Por otro lado, resguardaría las funciones de la Contraloría, pues en ningún contratante puede existir una expectativa de un derecho si fue adquirido con tintes de ilegalidad.

2.3. LAS RECOMENDACIONES COMO UN SUPUESTO DE FUERZA MAYOR Y LA UNIDAD ESTATAL DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

En el sistema civil, existen los eximentes de responsabilidad contractual¹⁷. La fuerza mayor es uno de estos supuestos, en tanto se encuentra recogida en nuestro Código Civil¹⁸. La doctrina los refiere como sucesos que requieren la concurrencia de tres elementos: son imprevistos, son irresistibles y no son atribuibles al deudor¹⁹. Configurados los elementos, la fuerza mayor exime de responsabilidad contractual en favor de la parte que lo alega, de conformidad con el artículo 1574 del Código Civil: “[l]a mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”.

No es posible mencionar todos los supuestos de fuerza mayor en nuestra legislación, pues, justamente, de eso se trata el elemento de imprevisibilidad. Aun así, el Código Civil contiene, de forma ejemplificativa, lo siguiente: “[s]e llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, **los actos de autoridad** ejercidos por un funcionario público, etc.” (énfasis añadido).

17 H. PATIÑO, “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual”, *Revista de Derecho Privado*, 2011, p. 380.

18 Código Civil, RO No. 46, 24/06/2005, Artículo 30.

19 G. ALPA, *La Responsabilidad Civil*, Legales Ediciones, 2016, p. 431.

Los actos de autoridad son tanto un supuesto de fuerza mayor que incluso se encuentran ejemplificados. Naturalmente, esto no pasan por alto a las instituciones públicas, quienes han invocado este supuesto aplicado a las recomendaciones de la Contraloría. En un arbitraje internacional confidencial que siguió una compañía interventora en contra de una municipalidad ecuatoriana, la municipalidad alegó:

el [Municipio] no puede ser responsable contractualmente por el ejercicio por la Contraloría (un tercero) de sus competencias constitucionales. De conformidad con el Derecho ecuatoriano, el [Municipio] se encuentra obligado a cumplir las órdenes de este órgano del Estado ecuatoriano. Tales órdenes pueden resultar – como en el presente caso – en la imposibilidad absoluta y sobreviniente de cumplir una obligación bajo el Contrato, lo que, bajo el Derecho ecuatoriano, constituye fuerza mayor²⁰.

Sin temor a equivocarse, por defecto la orden de una autoridad es un caso de fuerza mayor en las relaciones civiles. Sin embargo, lo anterior puede cuestionarse en el caso específico en que la parte que lo alega se trata de una institución de derecho público. En definitiva, hablamos de dos entidades que pertenecen a la función ejecutiva. Si bien, por principio legal las instituciones públicas se miran con independencia las unas de las otras²¹, no dejan de ser parte del aparato estatal y conformar al ejecutivo.

La aplicación por analogía de la teoría del hecho del príncipe ahonda aún más en el sentido antes indicado. La jurisprudencia colombiana da luces a la teoría del hecho del príncipe en los siguientes términos:

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho [] que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado²².

20 Caso CCI confidencial, Memorial de Contestación.

21 Código Orgánico Administrativo, RO No. 31, 07/07/2017, Artículo 46 (“La administración pública central, las personas jurídicas de derecho público creados por la Constitución y la ley y las empresas públicas, tienen personalidad jurídica en sus actos, contratos y demás relaciones sujetas al derecho interno”).

22 Consejo de Estado de Colombia, *Sentencia No. 6353*, sec. 3.

La subsunción al caso de estudio no es perfecta. Pues, la teoría del hecho del príncipe requiere que las medidas del estado sean de carácter general, mientras que las recomendaciones de Contraloría están dirigidas a un contrato en particular. No obstante, la filosofía que fundamenta la teoría del hecho del príncipe es que la contratista es responsable por un desequilibrio financiero del contrato, si tal desequilibrio proviene “de cualquier órgano del estado”. Lo anterior puede servir como herramienta para desvirtuar las recomendaciones como supuesto de fuerza mayor. Si bien la orden de autoridad proviene de un tercero (Contraloría), tanto la contratante como la Contraloría son órganos del estado, y si tales órdenes generaron un perjuicio patrimonial, la contratante adquiere la obligación de reequilibrar la economía del contrato.

Si sostenemos una completa independencia entre los entes que conforman el estado, se llega al absurdo que cualquier entidad tercera que intervenga indirectamente en el contrato podría ser también visto como eximente de responsabilidad. Un ejemplo burdo sería exonerar de responsabilidad a una contratante por falta de pago, sobre la base que el Ministerio de Economía y Finanzas no ha gestionado a tiempo el trámite para los pagos. Es una gran problemática, pues en muchas ocasiones intervienen varias instituciones del estado en la ejecución de un solo contrato, y si la deficiencia de una sola institución es suficiente eximente, los contratos administrativos verían entorpecida su eficacia.

A mayor abundamiento, pongo en duda que realmente se trate de una situación imposible de resistir. Adelantando el criterio que se expondrá a continuación, las instituciones públicas no han entendido las implicaciones de las recomendaciones de Contraloría. Las instituciones auditadas tienen una obligación sí, pero de dar seguimiento a las recomendaciones. En tal sentido, si existe una recomendación, la entidad auditada debe iniciar una investigación interna sobre la base de las conclusiones en el informe de Contraloría. Una vez cumplido este paso, la entidad podría, ya sea concluir que en efecto las conclusiones de la Contraloría eran acertadas; o también podría concluir que tales conclusiones eran incorrectas. En ambos casos es obligación de la entidad dar seguimiento a las recomendaciones, mas en este último supuesto, la entidad se debe limitar únicamente a

informar a la Contraloría que, después de dar seguimiento, concluye que las conclusiones eran erradas. Por ende, si adoptamos esta postura, la aplicación de las recomendaciones no son un tema necesariamente irresistible, sino que dependen del seguimiento y conclusiones a las que lleguen la propia entidad auditada.

En conclusión, los actos de autoridad como supuesto de fuerza mayor son cuestionablemente aplicables en el marco de un contrato administrativo. Si el principio dictamina que la contratante es responsable por las actuaciones de otras carteras de estado, consecuentemente, el acto de autoridad no exime de responsabilidad contractual.

3. ¿PUEDE UNA RECOMENDACIÓN DE CONTRALORÍA ALTERAR UN CONTRATO?

Existe un punto que quedó bastante claro de los tres principios antes examinados: la Contraloría afecta principios fundamentales al alterar contratos administrativos. Al momento que el ente de control mete mano en las relaciones contractuales a través de recomendaciones, se ven vulnerados los derechos antes estudiados, principalmente la seguridad jurídica y el derecho a la defensa. Este capítulo estudia el alcance que la ley otorga a las recomendaciones de Contraloría como medida de corrección, así como la factibilidad legal para alterar los contratos.

No existe, al menos en la ley, una clara definición de las recomendaciones de Contraloría. Una normativa que identifique claramente el concepto, alcance, fines y límites de las recomendaciones brilla por su ausencia. De tal forma, en aras de brindar sosiego sobre este punto, es menester reconstruir su contexto con varios fragmentos que se encuentran esparcidos en la legislación.

Primero, el artículo 18 de la Ley de Contraloría hace referencia a las auditorías, que naturalmente devienen en recomendaciones. En su tercer párrafo, está contenido un límite:

La auditoría gubernamental, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio

de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando estas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares.

El alcance de la norma *ejusdem* no es del todo clara, pero es posible inferir dos términos de su texto: (i) no es posible la modificación de actuaciones ya consumadas, y (ii) una vez que se ha definido una situación determinada al particular, no pueden ser alteradas por una auditoría ulterior. La norma, si bien se refiere a las auditorías, es plenamente aplicable a las recomendaciones, en tanto en cuanto son estas últimas la única sección de las auditorías que tiene efecto obligatorio.

Segundo, el artículo 28 del Reglamento de la Ley de Contraloría General del Estado (Reglamento de la Ley de Contraloría) determina que las instituciones deben dar seguimiento a las recomendaciones, lo que contará, a su vez, con la supervisión de la Contraloría²³. En este sentido, el seguimiento de recomendaciones no compromete a la entidad auditada a directamente aplicar las recomendaciones, sino que implica un ejercicio de investigación, acompañado por la Contraloría, en aras de determinar la existencia de erogaciones indicadas por los indicios contenidos en los informes de Contraloría. Una vez cumplido este paso, la entidad podría, ya sea concluir que en efecto las conclusiones de la Contraloría eran acertadas; o también podría concluir que tales conclusiones eran incorrectas. En ambos casos es obligación de la entidad dar seguimiento a las recomendaciones, más en este último supuesto la entidad se debe limitar únicamente a informar a la Contraloría que, después de dar seguimiento, concluye que las conclusiones eran erradas.

Tercero, el artículo 53 del Reglamento de la Ley de Contraloría establece que, si bien la Contraloría —valga la redundancia— tiene como principal atribución el control, también tiene como finalidad la asesoría de los entes públicos. La norma le otorga la prerrogativa para “[l]a capacitación en las áreas de competencia de la Contraloría General; la asesoría para la aplicación de las recomendaciones que constan en los informes de auditoría [] el apoyo y la asistencia técnica

²³ Reglamento de la Ley de Contraloría General del Estado, RO No. 119, 07/07/2003, Artículo 28.

para las entidades y organismos que controla”²⁴. El hecho que los informes de auditoría tengan como parte de sus finalidades la asesoría a los entes controlados es sintomático de que las recomendaciones no son una determinación plena y exacta de una erogación, sino la existencia de un indicio sobre lo anterior, que podría ser o no ser cierto; y que como finalidad de recomendación es asesorar a la entidad para enmendar y hacer más eficiente el funcionamiento de instituciones públicas a futuro.

Finalmente, no existe ninguna disposición que faculte a las recomendaciones a alterar situaciones contractuales o afectar los derechos de la contratista. En ninguno de los 38 supuestos del artículo 31 de la Ley de Contraloría —que enlista las funciones y atribuciones de la Contraloría— consta la modificación de derechos y obligaciones contractuales. Lo que sí está contemplado en la ley en demasía es el proceso de predeterminación de responsabilidades²⁵. Si realmente existiese un supuesto de erogación de recursos públicos, aquella sería la única forma de hacer responsable a una contratista y modificar sus derechos.

Adelantando el análisis que se verá posteriormente, estas inferencias son armónicas con los precedentes arbitrales y jurisprudenciales. Según tales, “el ámbito de atribuciones del ente de control no comprende la potestad de resolver conflictos contractuales sino la de fiscalizar y controlar recursos y bienes públicos”²⁶, y también “[n]o está previsto ni facultado que a través de las recomendaciones se genere una expresión de voluntad con efectos jurídicos y materiales, directos e in-mediatos en los administrados”²⁷. Independientemente de la práctica que ha dado la Contraloría a sus recomendaciones, parece existir un fuerte fundamento que limite la capacidad modificadora de las recomendaciones de Contraloría.

En conclusión, existe una diferencia entre el ser y el deber ser, dentro de la práctica ecuatoriana. Existen varios indicios en fragmentos legales que parecen indicar que la Contraloría no debería alterar

24 Ídem., Artículo 53.

25 Ley de Contraloría General del Estado, Artículo 31(6).

26 *Consortio Hidrojubones c. Celec*, Caso CCPA 04-2019, Laudo, párr. 178.

27 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, *Técnica General de Construcciones c. Contraloría*, Causa 17811-2013-14603, párr. 5.

situaciones contractuales. Ciertamente es que, en ejercicio de su prerrogativa como controlador, parte de los deberes de la Contraloría es verificar el uso de dineros públicos en el marco de un contrato, y de encontrar una erogación injustificada, proponer una alternativa a futuro. ¿Qué sucede, entonces, si la única forma de corregir la erogación es a través de la alteración de derechos contractuales? La Contraloría siempre tendrá disponible la vía de la predeterminación de responsabilidad.

4. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y ARBITRALES QUE REFLEJAN LA PRÁCTICA ECUATORIANA SOBRE EL TEMA

Hasta este punto, el análisis del tema en controversia ha estado enfocado en la ley y los principios generales del derecho. En este punto del ensayo tornaremos un enfoque menos doctrinal, y nos basaremos en los diversos precedentes que existen en la materia. Este es un análisis aún más importante, pues existen ciertas interrogantes que la doctrina dejó pendiente, principalmente en temas de jurisdicción arbitral, competencia de los tribunales arbitrales y las recomendaciones como méritos de una excepción. El estudio anterior se divide en jurisprudencia de la justicia ordinaria y precedentes arbitrales.

4.1. LA PRÁCTICA HETEROGÉNEA DE LA JUSTICIA ORDINARIA SOBRE LAS RECOMENDACIONES DE CONTRALORÍA COMO EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

La práctica jurisprudencial ecuatoriana no es consistente en cuanto a las recomendaciones de Contraloría como eximentes de responsabilidad. Si bien, generalmente la justicia ordinaria tiende a favorecer los intereses de la institución pública, existen también casos en los cuales las recomendaciones no justificaron un incumplimiento contractual. En este capítulo observaremos esta contradicción de posturas a través del análisis de dos precedentes judiciales.

Por un lado, nos remitimos a los precedentes en los cuales la aplicación obligatoria de las recomendaciones de Contraloría compromete el actuar del ente público, liberándolo de las futuras implicaciones de sus actuaciones. En el caso SKEC c. Refinería del Pacífico, el Tribunal Contencioso Administrativo resolvió:

La Refinería del Pacífico Eloy Alfaro RDP, comunicó al Contralor General del Estado, dado que existían planillas pendientes de pago a SKEC Consultores Ecuador S.A., la disposición de que se descuenta la totalidad [] establecidas por el Ente de Control que alcanzan a USD 29.521.956.00; hecho que a no dudarlo, tenía que efectuarse, tanto por lo dispuesto en el artículo 92 de la LOCGE que exige de las instituciones y sus servidores la aplicación inmediata y obligatoria de sus recomendaciones²⁸.

El caso estudiado refleja plenamente esta primera postura e incluso un paso más allá. Como puede observarse, los juzgadores nunca entraron a conocer los méritos que hayan justificado las conclusiones de la Contraloría. De tal forma, es común que baste la existencia de una recomendación de Contraloría para derrumbar la teoría del caso del contratista, independiente del raciocinio que fundamenta la recomendación.

Por otro lado, nos remitiremos a precedentes en los cuales ha sucedido lo contrario: jueces que no han tolerado el incumplimiento de la institución pública, incluso ante la existencia de una recomendación. Hablamos de la sentencia referida en párrafos anteriores, correspondiente al caso Técnica General de Construcciones c. Contraloría. En un pasaje de la sentencia, el tribunal entendió:

“Ahora bien, si el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que las recomendaciones que se realizan y que constan de los informes finales de resultados del control público son de acatamiento obligatorio e inmediato para la administración; y tienen fuerza jurídica vinculante para esta. No está previsto ni facultado que a través de las recomendaciones se genere una expresión de voluntad con efectos jurídicos y materiales, directos e inmediatos en los administrados, pues las recomendaciones no pueden emitirse para estos, ya que están destinados a las instituciones del Estado y a sus servidores”²⁹.

El criterio del tribunal contiene una clara limitación a las recomendaciones de la Contraloría, en el sentido que se deben

28 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, *SKEC c. Refinería del Pacífico*, Causa No. 17811-2017-00517, párr. 8.

29 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, *Técnica General de Construcciones c. Contraloría*, Causa 17811-2013-14603, párr. 6.

limitar únicamente a las entidades públicas. La conclusión de este precedente es armónica con lo concluido en líneas anteriores. En el capítulo 3, quedó claro que las recomendaciones no pueden afectar directamente los derechos de contratistas. El deber ser consiste en que las recomendaciones no pueden ordenar alterar los derechos contractuales de un tercero.

En efecto, la práctica superficialmente sigue esta regla, pues las recomendaciones siempre están direccionadas a los entes públicos. Sin embargo, el contenido de estas está redactado de tal manera que alteren derechos contractuales, y por lo mismo, se destinan a los contratistas.

Vamos a ilustrar lo anterior con el contrato celebrado con el IESS, la Contraloría recomendó al Director General del IESS imponer una multa y descontar pagos a la contratista³⁰. Sobre la base de la obligatoriedad de las conclusiones de Contraloría, el IESS está en la obligación de atenderlas. Este supuesto es bastante problemático, ya que la recomendación no está dirigida hacia el futuro ni requiere una enmienda en la conducta interna del IESS. Por el contrario, la recomendación es extremadamente clara, en la medida que requiere una acción en concreto: multar y descontar los pagos debidos de contratistas. Sin ningún temor a equivocarse, si bien la recomendación está dirigida al IESS, incuestionablemente involucra una afectación directa a los derechos de la contratista.

Si este proceso hubiese sido ventilado por el tribunal de SKEC, indiscutiblemente el IESS habría sido liberado de toda responsabilidad. Por otro lado, si el proceso hubiese sido puesto en conocimiento del tribunal de Técnica General de Construcciones, se habría concluido que las recomendaciones de Contraloría son ilegales, pues implican una directa afectación a derechos contractuales.

En conclusión, la práctica jurisprudencial no es unánime. Puntualmente, los dos casos investigados difieren el uno del otro

³⁰ Contraloría General del Estado, Informe DADSySS-0064-2016, Recomendación 11. “Dispondrá una vez realizado el cálculo de multas correspondiente, en concordancia con lo establecido en los contratos de emergencia, dispondrá [que] implementen las acciones administrativas y legales respectivas para proceder al cobro de multas a los Contratistas que incurrieron en retrasos injustificados en el caso de las empresas que suscribieron las actas de entrega recepción definitiva y mantengan haberes pendientes; y, en el caso de las empresas que aún tienen facturas pendientes de cobro, se realizará el descuento correspondiente”.

de forma sustancial. Por un lado, en el caso SKEC, el tribunal no dio atención a los méritos de la recomendación. Bastó que exista una recomendación para eximir de responsabilidad a Refinería del Pacífico. Por el otro lado, en el caso de Técnica General de Construcciones, el tribunal estableció que las recomendaciones no podrían afectar los derechos de terceros y declaró ilegal la recomendación de la Contraloría.

4.2. LOS PRECEDENTES ARBITRALES SOBRE LAS RECOMENDACIONES DE CONTRALORÍA EN TEMAS DE JURISDICCIÓN Y MÉRITOS

Del acápite anterior quedó claro que la jurisprudencia se encuentra polarizada en el tema de estudio. De tal forma, el desempate dependerá de la práctica arbitral ecuatoriana. Existen varios precedentes arbitrales, tanto nacionales como internacionales, que se topan con el inconveniente de las recomendaciones. Justamente, en todos los casos que se expondrán a continuación tienen dos factores en común: un contratista que demanda un incumplimiento contractual y una institución pública que se excepciona sobre la base de una recomendación. Sin embargo, los árbitros han tomado una óptica distinta a sus pares judiciales. A continuación, consta un análisis sobre (i) la jurisdicción de los tribunales arbitrales para conocer recomendaciones de Contraloría (ii) la capacidad de los árbitros de entrar y resolver los méritos de las tales recomendaciones y su entendimiento como eximentes de responsabilidad.

JURISDICCIÓN: ¿TIENE UN TRIBUNAL ARBITRAL JURISDICCIÓN PARA CONOCER UNA RECOMENDACIÓN DE CONTRALORÍA?

Independientemente de que se puedan someter a jurisdicción las actuaciones de la Contraloría, aplicar lo anterior por analogía al arbitraje es otro tema. No existe mucho desarrollo de la arbitrabilidad de las recomendaciones de Contraloría como un tema meramente de jurisdicción. Ciertamente la Contraloría no puede ser parte de un arbitraje, pues no es parte contractual. En el arbitraje confidencial 2007-021-CAM, la demandante presentó como pretensión que ordene a la Contraloría retirarla del registro de contratistas incum-

plidos. En su declaratoria de competencia parcial, “el Tribunal se declaró incompetente para conocer de esta pretensión por no ser la Contraloría parte de este arbitraje”³¹.

Ante la ausencia de precedentes en el tema, la respuesta a la interrogante del caso podría ser resuelto con una visión más general: la arbitrabilidad de los actos administrativos. En el Ecuador era materia de debate si los actos administrativos contractuales, tales como las multas, caducidad o terminación, son materia arbitrable. Finalmente, la publicación en 2021 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación puso fin a esta contienda, ratificando la posibilidad de arbitrar actos administrativos independientemente de qué institución los haya emitido³².

Aunque la discusión esté zanjada, es posible abordar la vieja disyuntiva sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos para buscar un símil con las recomendaciones de Contraloría. Tiene sentido, pues, en efecto, la jurisprudencia considera a las recomendaciones como un genuino acto administrativo³³.

En el Ecuador, el profesor Juan Pablo Aguilar realizó una investigación al respecto. De su análisis se desprende que existían tres tesis que abordan el tema de diferente forma: (i) prohibición total de arbitrar actos administrativos, (ii) posibilidad de arbitrar únicamente los actos administrativos contractuales, y (iii) posibilidad de arbitrar los efectos patrimoniales de un acto administrativo. Nos enfocaremos en esta última. Según el autor, “la imposibilidad de cuestionar la validez de los actos administrativos en sede arbitral, no implica que no sean arbitrables ‘los efectos dañosos’ que esos actos producen a los particulares”³⁴. En la misma línea, Bullard sostiene:

31 Arbitraje confidencial, Caso AMCHAM 2007-021-CAM, Laudo, p. 34, <<https://bit.ly/3uswqb2>>

32 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 524, 26/08/2021, Artículo 4(3). “Si el Estado o una entidad del sector público hubiese pactado arbitraje, los árbitros tendrán competencia exclusiva para resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica sometida a su conocimiento, incluyendo los actos de terminación, caducidad, o sancionadores expedidos en el marco de la relación jurídico contractual, indistintamente del órgano administrativo que los emita”.

33 *Consorcio Hidrojubones c. Celce*, Caso CCPA 04-2019, Laudo, párr. 178. “Las decisiones de Contraloría que afecten derechos subjetivos de las personas no son firmes en sí mismas ni constituyen sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, porque el ámbito de atribuciones del ente de control no comprende la potestad de resolver conflictos contractuales sino la de fiscalizar y controlar recursos y bienes públicos, mediante actos administrativos ex post”.

34 J.P. AGUILAR, “Arbitrabilidad de los Actos Administrativos”, *Repositorio de la USFQ*, p. 46.

En realidad no se arbitra la validez o eficacia de la decisión regulatoria en sí misma. No es que el arbitraje reemplaza la posibilidad de iniciar un procedimiento contencioso administrativo. Lo que se arbitra son las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) del acto administrativo. Los árbitros van a decidir si el contrato o el tratado fue o no vulnerado por el acto, quebrantando un compromiso del Estado, y cuáles serían las consecuencias de dicha vulneración³⁵.

Esta es la solución híbrida que nos brinda Bullard y Aguilar, que no existe ningún motivo que impida realizar un ejercicio de analogía con el tema *en comento*. Consiste en que, por un lado, un tribunal arbitral no puede resolver sobre la validez, eficacia o legalidad de las recomendaciones de Contraloría; pero por otro, es posible arbitral las consecuencias patrimoniales que han generado tales recomendaciones.

Esto, además, es armónico con el caso *Gente Oil c. Ecuador*. El tribunal, no en resolución de temas jurisdiccionales sino de méritos, entendió que

la Contraloría, la Fiscalía y la Procuraduría no son partes del Contrato. Por eso, sus actos u omisiones solamente pueden ser relevantes para este Arbitraje si, y en la medida en que, hubieran sido consecuencia de actos u omisiones de la parte pública en el Contrato que engendren responsabilidad³⁶.

El tribunal del caso revisado arribó, sobre las actuaciones de la Contraloría, a una conclusión muy similar a la de Bullard. Ambos contienen una clara diferenciación entre temas de jurisdicción y méritos. En temas de jurisdicción, sin temor a equivocarse no se puede pronunciar sobre las actuaciones de la Contraloría, pues esta no es parte del arbitraje. Lo que sí es posible, para efecto de los méritos de la controversia, conocer tales actuaciones si estas originaron directa o indirectamente responsabilidad contractual por parte del ente público.

35 A. BULLARD, citado en C. ZUMÁRRAGA, "Arbitraje sobre potestades públicas en el Derecho Minero ecuatoriano". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 4, 2012, p. 35.

36 *Gente Oil c. Ecuador*, Caso CPA No. 2018-12, Laudo, párr. 1010.

En conclusión, todos los precedentes arbitrales que hemos abordado parecen seguir la misma filosofía. Asimismo, el hecho que la legislación ecuatoriana haya manifiestamente avanzado en una dirección abierta para la arbitrabilidad de los actos administrativos ahonda aún más en el sentido antes mencionado. Es así que las recomendaciones de Contraloría no son un tema que atañe temas relacionados con jurisdicción o competencia del tribunal arbitral. Simplemente no la tiene. Por ende, la capacidad exonerativa de las recomendaciones es un tema que no debe estudiarse en jurisdicción, sino en méritos. De tal forma, el tribunal arbitral está dotado de total capacidad para conocer las consecuencias de las recomendaciones de Contraloría, a efectos de determinar responsabilidades al ente público.

MÉRITOS: ¿HAN ENTENDIDO LOS TRIBUNALES ARBITRALES A LAS RECOMENDACIONES DE CONTRALORÍA COMO EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD?

En el subtítulo anterior quedó claro que las recomendaciones de Contraloría no son un tema de competencia, sino de méritos. Ahora que se concluyó sobre la capacidad del tribunal arbitral para conocer los efectos dañosos de las recomendaciones, queda pendiente la interrogante si tales pueden ser vistas como eximentes de responsabilidad. De manera general, los árbitros no conciben *per se* que, por únicamente existir una recomendación de Contraloría, no se pueda revisar el comportamiento del contratante. En el marco del arbitraje CHJ c. CELEC, el tribunal arbitral entendió que:

ni el Art. 211 de la Constitución, ni los Arts. 2, 5, 31 o 92 de la Ley Orgánica [] atribuyen a la Contraloría General del Estado potestades supranormativas o de carácter legislativo [] Más aún, las decisiones administrativas de la Contraloría General del Estado son susceptibles de impugnación y *están sujetas a un control jurisdiccional de legalidad*³⁷ (énfasis añadido).

En otras palabras, este tribunal reconoce un principio fundamental: una decisión de carácter administrativo nunca puede sobreponerse a una de carácter jurisdiccional. En tal sentido, toda resolu-

³⁷ *Consorcio Hidrojubones c. Celec*, Caso CCPA 04-2019, Laudo, párr. 175.

ción administrativa, incluyendo las actuaciones de la Contraloría, están sujetas al control jurisdiccional, independientemente si se trata de justicia ordinaria o arbitral.

Entrando de lleno en tema de méritos, parecería que la mera existencia de una recomendación de Contraloría no justifica en si misma un incumplimiento; sino que, por el contrario, merece la atención del tribunal en el fondo de tales recomendaciones. En el arbitraje *Gente Oil c. Ecuador* analizado anteriormente, el tribunal resolvió:

Por supuesto que si la Demandada, con motivo de la Recomendación o no, hubiera impuesto a la Demandante una reducción de la Tarifa con base en las conclusiones que constan en el Informe General, el Tribunal debería haber concluido que eso había constituido una violación del Contrato, pues los fundamentos de tal Recomendación son inexistentes, erradamente analizados y contrarios al equilibrio económico del Contrato³⁸.

En el caso *Hydrochina c. Celec*, el tribunal realizó un análisis distinto a CHJ, pero que, a la postre, arribaría a la misma conclusión. El tribunal abordó la problemática desde otra perspectiva y se planteó si una recomendación de Contraloría puede ser obligatoria para un juzgador. En su parte pertinente, el tribunal entendió “[e]n el Informe de Examen Especial de la Contraloría General del Estado [] se hace un señalamiento a este respecto y, aunque los pronunciamientos de la Contraloría del Estado no son vinculantes para un juzgador[...].”³⁹. La conclusión, aunque algo diferente, contiene la misma esencia. Las recomendaciones de Contraloría no pueden comprometer ni el comportamiento ni las decisiones que adopte posteriormente un tribunal arbitral.

Volvemos con el caso CHJ c. CELEC, cuyo raciocinio es similar. El tribunal arbitral sí resolvió respecto de las recomendaciones arribadas por la Contraloría. Si bien nunca emitió un pronunciamiento sobre la legalidad o validez de las recomendaciones de la Contraloría, sí resolvió sobre los fundamentos que sirvieron como base para sus recomendaciones. El tribunal entendió que CELEC estaba aplicando

38 *Gente Oil c. Ecuador*, Caso CPA No. 2018-12, Laudo, párr. 1017.

39 *Hydrochina c. Celec*, Caso CCPA No. 099-2019, Laudo, p. 22.

de forma errónea las recomendaciones de Contraloría, lo que en consecuencia desembocó en la determinación de incumplimiento contractual por parte de CELEC identificado por el tribunal.

Finalmente, en el arbitraje Hydrochina c. CELEC, nuevamente el tribunal resolvió sobre los méritos de las recomendaciones de Contraloría.

La apreciación del órgano de control, sin embargo, resulta superficial e inexacta porque si bien es verdad que todo contrato EPC bajo un precio convenido incluye (i) diseño, (ii) equipamiento y suministros necesarios y (iii) construcción de obras civiles también es verdad que bajo este esquema se conviene que la contraprestación sea por un precio fijo preacordado o al menos predeterminable; y es precisamente este último elemento, el del precio fijo o inalterable el que resulta contradicho por previsiones expresas del Contrato materia del conflicto, ratificándose su naturaleza *sui generis*⁴⁰.

Existe un factor común entre todos los precedentes analizados: los tribunales de los cuatro arbitrajes estudiados, en efecto, resolvieron sobre los méritos que fundamentaron la recomendación. De la misma forma, concluyeron que las recomendaciones de Contraloría eran erradas o inaplicables, lo que posteriormente sería identificado como un incumplimiento contractual. Sin temor a equivocarse, la existencia de una recomendación de Contraloría no ha sido entendida como un eximente de responsabilidad por la práctica arbitral.

5. CONCLUSIONES

Las recomendaciones de la Contraloría como eximente de responsabilidad son, por decir lo menos, un tema bastante intrigante. Por un lado, existe poco sosiego sobre su alcance, pero aun así, ha sido la inspiración de icónicos juicios y arbitrajes. Si bien existe tan solo un precedente que entiende la existencia de una recomendación como un eximente, existen al menos seis otros precedentes que declinan esta posición. Los autores también se comprometen con

⁴⁰ Ídem.

esta última opción, por ser esta la que mejor refleja los principios fundamentales del derecho, así como la práctica jurisprudencial y arbitral. Ahondando aún más en el fondo de la presente investigación, llegamos a la conclusión sobre los siguientes puntos:

(i) Las recomendaciones de Contraloría no pueden alterar situaciones ni derechos contractuales. Tanto los fragmentos de la ley como los precedentes son unánimes en que cuando las recomendaciones obligan la modificación de derechos contractuales, se vulneran los derechos de la defensa y seguridad jurídica de la contratista. La forma en la que debería actuar la Contraloría frente a una erogación de recursos públicos es a través de la predeterminación de responsabilidad.

(ii) Los árbitros sí tienen competencia para conocer actuaciones originadas en recomendaciones de Contraloría. Si bien la Contraloría no puede ser parte del arbitraje, un tribunal arbitral no va a resolver sobre la legalidad, validez o eficacia de las recomendaciones. Lo único que va a resolver es sobre los efectos dañosos que tuvieron tales recomendaciones. Por ende, las recomendaciones no son un tema de jurisdicción, sino de méritos.

(iii) Las recomendaciones de Contraloría no sirven como un eximente de responsabilidad per se. De la mano de la conclusión anterior, al momento de resolver sobre los efectos dañosos de una recomendación, su mera existencia no libera de responsabilidad al ente público. Por el contrario, el tribunal arbitral tiene completa discreción para entrar y analizar la motivación de las recomendaciones. De considerar que tales carecían de mérito, el tribunal arbitral está facultado —y lo ha hecho— para declarar la responsabilidad contractual de la entidad contratante.

3.

Ensayos libres

El Laudo Singue, ¿una evolución en la interpretación de la institución del daño moral bajo la legislación ecuatoriana?

*Camila Andrade**

*Recibido/Received: 07/11/2022
Aceptado/Accepted: 05/12/2022*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El daño moral y su tratamiento en la legislación ecuatoriana 3. El daño moral contractual según decisiones tomadas bajo legislación ecuatoriana. 4. El daño moral contractual en la jurisprudencia comparada 4.1. El caso de Reino Unido. 4.2. El caso de Francia. 5. El laudo Singue. 6. Conclusiones.

RESUMEN: La casuística reciente trae a discusión un tema relevante como el daño moral contractual. Este ensayo está orientado a revisar su procedencia bajo la ley ecuatoriana y los pronunciamientos que al respecto se han dictado tanto por la justicia ordinaria como por tribunales arbitrales.

PALABRAS CLAVE: Laudo Singue, daño moral, daño moral contractual, responsabilidad, contrato.

ABSTRACT: Recent casuistry brings into discussion a relevant issue such as contractual non-material damage. This essay aims to review its origin under Ecuadorian law and the decisions that have been issued in this regard by both ordinary justice and arbitral tribunals.

KEYWORDS: Singue case award, non-material damage, non-material contractual damage, liability, contract.

* Abogada asociada de la firma ECIJA GPA, abogada por la Universidad de los Hemisferios, Máster en Análisis Económico del Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Arbitraje Internacional por la Universidad de la Rioja. Centra su práctica profesional en el área de litigios y resolución de disputas y de manera especial en arbitraje. Secretaria de los tribunales arbitrales en el Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Quito.



1. INTRODUCCIÓN

El pasado 24 de mayo de 2022, el tribunal de arbitraje internacional constituido bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976, dentro del Caso CPA No. 2018-12, dictó el laudo que resuelve la disputa entre GENTE OIL ECUADOR PTE. LTD (en adelante “GENTE OIL”) y la República del Ecuador. El tribunal arbitral concluyó que el Estado ecuatoriano incumplió el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos en el Bloque Singue de la región amazónica ecuatoriana, y que, como consecuencia de ello, GENTE OIL tiene derecho a una indemnización por daños patrimoniales y morales.

A pesar de que son varios los tópicos que aborda el laudo, hay un tema que es digno de revisión porque confirma la inclinación hacia una interpretación más moderna del derecho ecuatoriano relacionada con el instituto del daño moral. Lo anterior, porque establece como causa eficiente del daño moral el incumplimiento de obligaciones contractuales y no lo limita a los supuestos de responsabilidad extracontractual bajo el cometimiento de hechos ilícitos (delitos y cuasidelitos civiles).

2. EL DAÑO MORAL Y SU TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

A efectos de configurar la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, es indispensable que ocurra un daño, (además de los presupuestos de responsabilidad que no son objeto de análisis en este artículo) el que puede adoptar distintas modalidades:

si la lesión afecta un derecho o un interés susceptible de evaluarse en dinero, el perjuicio es patrimonial (puesto que menoscaba el activo del patrimonio al desvalorizar uno de los intereses y derechos que lo integran). Si la lesión afecta un derecho o un interés que no es susceptible de evaluarse en dinero, el perjuicio es extrapatrimonial (puesto que no se menoscaba el patrimonio de la víctima)¹.

1 P. RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad contractual*, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2012, p. 225. Citado

El denominado daño moral, entonces, es aquel perjuicio no patrimonial que afecta a derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos, y que, a pesar de ser indemnizables por su naturaleza, “no son propiamente reparables, pues la indemnización no permite a la víctima volver al estado de cosas anterior [al hecho que ocasionó el daño]”².

El artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano define a los daños morales como “sufrimientos físicos o síquicos”, y brinda ejemplos de ambos. Adicionalmente, la ex Corte Suprema de Justicia, también se ha hecho cargo de definirlos. Por ejemplo, citando a Alessandri, ha indicado que:

el daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria al patrimonio de la víctima que queda intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine *pretium doloris*³.

Ahora bien, a efectos de referirse sobre lo que interesa a este artículo, esto es, sobre su aplicabilidad en la responsabilidad contractual, existen quienes⁴ consideran que este se origina exclusivamente de los delitos y cuasidelitos y ello, debido a la ubicación de las normas que lo regulan en el Código Civil. Y es que las normas que lo regulan se encuentran precisamente en el capítulo que prevé los hechos ilícitos civiles, y no en aquel que regula los contratos. Es por este argumento que varios se han mostrado renuentes a aceptar la posibilidad de reparación de daños morales bajo la responsabilidad contractual⁵.

en J. C. DARQUEA SUÁREZ, “Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano: análisis del artículo 1572 del código civil”, diciembre 2014. <<https://bit.ly/3F1xqbb>> (20/11/2022).

2 E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 302. Citado en J. C. DARQUEA SUÁREZ, “Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano: análisis del artículo 1572 del código civil”, diciembre 2014. <<https://bit.ly/3F1xqbb>> (20/11/2022).

3 Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia. Gloria Seminario Medina de Loedel c. Filanbanco S.A. Tercera Instancia. *Sentencia de 2 de mayo de 1988*. Gaceta Judicial Año LXXXVIII. Serie XV. No. 2, p. 397. Citado en J. C. DARQUEA SUÁREZ, “Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano: análisis del artículo 1572 del código civil”, diciembre 2014. <<https://bit.ly/3F1xqbb>> (20/11/2022).

4 J. LARREA HOLGUÍN, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo XV, Obligaciones extracontractuales, p. 217.

5 Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia en Gaceta Judicial No. 11 Serie XVII: “La indemnización

Pero, además, porque el último inciso del artículo 1572⁶ del Código Civil, excluiría de forma expresa la indemnización por daño moral para aquellas situaciones que “provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

Por el contrario, hay quienes interpretan de forma distinta este artículo y con ello defienden que no cabe limitación en la reparación de daños morales (también denominados daños extrapatrimoniales) cuando de incumplimientos contractuales se trate:

Consecuentemente, el uso de la palabra exceptúanse busca enfatizar la independencia que existe entre los perjuicios patrimoniales y los no patrimoniales, mas no busca que estos últimos no sean reparados en sede contractual, pues esto iría en contra del principio de reparación integral del daño, principio que, como se ha visto, rige todo el sistema de responsabilidad civil⁷.

Esta última interpretación es la que ahora tiene más acogida y el laudo Singue lo confirma.

reparatoria del daño moral, como en todos los casos de culpa aquiliana, tiene como fundamento un delito o cuasidelito (...) Nuestro Código Civil, en el artículo 2241 establece la regla general de que “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasi delito” En el primer artículo innominado incorporado a continuación del 2241 por la Ley No. 171, Título XXXIII del Libro Cuarto, de los Delitos y Cuasidelitos, insistentemente el Legislador señala que el deber de reparar el daño moral nace de la comisión de un acto ilícito: en el primer inciso dice ‘tal indeterminación se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta’. En el segundo inciso señala ‘dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito y cuasidelito...’ en el tercer inciso agrega ‘la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado”.

6 Código Civil ecuatoriano “Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código”.

7 J. C. DARQUEA SUÁREZ, “Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano: análisis del artículo 1572 del código civil”, diciembre 2014. <<https://bit.ly/3F1xqbb>> (20/11/2022).

3. EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL SEGÚN DECISIONES TOMADAS BAJO LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Recordemos que nuestro Código Civil es una adaptación del código civil chileno, que si bien no contiene regulación expresa del daño moral, con el pasar de los años, la jurisprudencia se encargó de definir su alcance y con ello se confirmó la posibilidad de su condena con independencia de la fuente que lo origina. Lo anterior, en mi opinión, responde no solo a la carencia de regulación de esta figura que permite a la jurisprudencia hacerse cargo de ello, sino también a la inclinación hacia la postura generalizada que acepta su aplicabilidad. La casuística ecuatoriana parecía ser la excepción al no existir uniformidad en sus pronunciamientos.

Miremos por ejemplo la decisión emitida por un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, dentro del proceso iniciado por el Tribunal Supremo Electoral contra Probank S.A. y Via Telecom S.A. – Consorcio E-VOTE46. La demanda solicitaba, entre otras, la condena por daño moral como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Consorcio bajo el contrato y en particular, por el retraso en la entrega de los resultados electorales en el 2006.

El Tribunal Supremo Electoral alegó que dicho incumplimiento generó daños morales a la institución y a su personal. Frente a esta pretensión, el tribunal arbitral decidió declararse incompetente y concluyó que dicha solicitud cabe únicamente en el evento de obligaciones extracontractuales, lo cual quedaría fuera de su alcance en virtud de acuerdo de las partes contenido en el convenio arbitral.

Corresponde entonces establecer si en Ecuador la reparación de daño moral procede en todos los casos, es decir sin distinguir su origen contractual o extracontractual, o si el legislador ha querido establecer esta obligación únicamente para el caso de los delitos y cuasidelitos. Al respecto, lo primero que se observa es que cuando los incisos 1 y 2 del artículo 2232 hacen referencia a “lo no previsto en las disposiciones precedentes” o “en otros casos de los señalados en el artículo anterior”, se refieren a los delitos y cuasidelitos descritos por este cuerpo legal. **Resulta jurídicamente antitécnico pretender encontrar en estos textos**

citados, una intención del legislador de dar un alcance más amplio al que naturalmente le corresponde, dado el contexto al que pertenecen tales expresiones. La ubicación de las disposiciones legales en referencia (artículos 2232, 2233 y 2234), en el Título XXXIII: DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS, del Libro IV del Código Civil, permiten concluir de manera clara que estas normas reguladoras del daño moral se refieren únicamente a los delitos y cuasidelitos. [...]

Que, del estudio de la jurisprudencia vertida sobre la materia, emanada de la máxima autoridad jurisdiccional como es la Corte Suprema de Justicia, **se concluye que existe un claro pronunciamiento acerca del origen exclusivamente extracontractual del daño moral**, en virtud de lo cual mal podría este Tribunal Arbitral desatender los lineamientos que tal jurisprudencia determina⁸ (el resaltado me corresponde).

Apartándose de este criterio, el tribunal arbitral, en el caso CIAC No. 50 181 T 00413 06, concluyó, en su párrafo 393, lo siguiente:

Ahora bien, a juicio del Tribunal la reparación de dicho daño en el derecho (sic) Ecuatoriano queda cobijada por las normas que regulan la responsabilidad civil contractual. En efecto, los argumentos que la doctrina invoca a este efecto en otros países con sistemas semejantes al (sic) Ecuatoriano, claramente son igualmente aplicables al Código Civil Ecuatoriano. De una parte, al regular la indemnización de perjuicios en materia contractual, el Código Civil previó que se debían indemnizar los daños causados, sin excluir el daño moral, y al definir el daño emergente señaló (artículo 1614) que por él se entiende “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento;” El concepto de perjuicio o pérdida claramente puede incluir el daño moral. En efecto, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua perjuicio es el efecto de perjudicar y esta es “Ocasionar daño o menoscabo material o moral.” Igualmente la pérdida es “Daño o menoscabo que se recibe en algo.” Además, no existe razón alguna para no indemnizar el daño moral en material contractual y si [sic] hacerlo en materia extracontractual. Si precisamente se ha celebrado un contrato y

⁸ Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. *Caso No. 003-07 / 004-07.*

se han asumido contraprestaciones, es claro que ese contratante tiene derecho a que le reparen todos los perjuicios que le causaron por el incumplimiento. No hay razón para dar un tratamiento más favorable a la víctima cuando no hay contrato que cuando sí lo hay. Lo anterior se confirma si se observa que un mismo hecho (por ejemplo, un accidente de tránsito) puede dar lugar a responsabilidad frente a dos personas, en relación con una bajo las reglas de la responsabilidad contractual (el transportador en el vehículo) y en relación con la otra con las reglas de la responsabilidad extracontractual (el peatón o el pasajero de otro vehículo). No es posible hacer una diferencia en ese aspecto para sostener que cuando está en juego un contrato no se repara el daño moral. Es por esa razón que la jurisprudencia francesa y de otros países con sistemas semejantes al (sic) Ecuatoriano reconocen la posibilidad de obtener una indemnización del daño moral en caso de un incumplimiento en materia contractual.

Asimismo, dentro del juicio ordinario por concepto de daños y perjuicios, planteado por las compañías Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A, en contra de Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada, el juez de primera instancia condenó a las demandadas al pago de USD \$ 400.000 por concepto de daño moral contractual.

A pesar de que esta decisión fue reformada por la entonces Corte Superior de Justicia al considerar que no hubo prueba suficiente que soporte el alegado daño, la Corte Nacional de Justicia finalmente casó la sentencia y decidió que por la naturaleza del daño invocado no es posible exigir mayor prueba que la que fue aportada al proceso⁹.

⁹ Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Expediente 508, 2010. “Con respecto a la indemnización por daño moral, la Sala observa que el incumplimiento del contrato objeto de la controversia ha originado un innegable daño moral, porque al abandono de la operación hotelera por parte de Londohotel S.A., se suma el incumplimiento con terceras personas de determinadas prestaciones pecuniarias, lo que ha originado el reclamo de acreedores como la Empresa Estatal de Telecomunicaciones (fojas 271-274), la Empresa Provincial de Agua Potable (fojas 270), el Ministerio de Finanzas (fojas 288-303), la Empresa Eléctrica de Guayaquil (fojas 268-269), y con una cantidad bastante numerosa de proveedores, ya antes mencionados; deudas que no fueron cumplidas por las demandadas como les correspondía según el contrato de administración hotelera que se analiza, lo cual obviamente repercutió en la imagen y buen crédito de las empresas actoras frente a dichos terceros. El impacto negativo del incumplimiento del contrato y el consecuente abandono del hotel y de sus huéspedes provocó en los clientes del Hotel Casino Boulevard y en la opinión ciudadana en general un grave deterioro de su prestigio. Es inevitable que una situación de esta naturaleza afecte al buen nombre y al crédito del Hotel Casino Boulevard, tanto más si es un local de hospedaje de reconocido prestigio en el medio, cultivado desde el año 1978 en que el Hotel fue instituido”.

Pero, además, citando a Alessandri Rodríguez, la Corte señala la posibilidad de las personas jurídicas de obtener la reparación de daños morales en la medida en que fueren irrogadas con dolo o culpa, siempre que afecten a su nombre o reputación.

Las personas jurídicas legalmente constituidas pueden demandar la reparación de los daños materiales y morales que se les irroguen con dolo o culpa; pero tratándose de estos últimos solo cuando provengan de atentados a su nombre o reputación, mas no a sentimientos de afección [...] De tal manera que es acertada la tutela de los derechos extrapatrimoniales inherentes al crédito y buena fama comerciales, porque conducen a su vez a la creación de la confianza en acreedores, relaciones comerciales, proveedores, bancos y público en general, así que no es razón suficiente que estos entes no sean capaces de sufrir dolor, sufrimiento, para suponer que el Derecho no puede proteger los intereses subjetivos o morales de las personas jurídicas [...] De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil.

En definitiva, esta sentencia no hace un análisis del artículo 1572 del Código Civil y ello da cuenta de que la Corte no lo consideró como un limitante para ordenar la reparación de daños morales derivados de incumplimientos contractuales. Por el contrario, establece como único requisito para la procedencia de la reparación de los daños morales que estos sean el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, y es precisamente esta decisión, aunque criticada por muchos, la que respalda desde hace varios años la posibilidad de su reparación.

Más aún, reconoce la posibilidad de condena por daños morales contractuales para personas jurídicas, así como el respecto del crédito y buen nombre como bienes jurídicos objeto de protección. Y es que el respeto del crédito y buen nombre se encuentran implícitos en el marco de cualquier relación contractual, de tal manera que el ejercicio de acciones que vulneren tales derechos constituye un

incumplimiento a las obligaciones contractuales, con lo cual, los daños ocasionados por tal incumplimiento merecen reparación.

4. EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

Las decisiones judiciales que han sido emitidas respecto a la indemnización del daño moral que deriva del incumplimiento contractual permiten constatar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos admiten, bajo determinadas circunstancias, su aplicabilidad. Sin perjuicio de ello, es posible diferenciar dentro de este grupo de ordenamientos a aquellos que adoptan una posición restrictiva al permitir la indemnización por concepto de daño moral contractual en circunstancias excepcionales previstas en el propio sistema, como es el caso de Estados Unidos, Reino Unido, Alemania y Austria, así como a aquellos ordenamientos que son flexibles y que, con ello, admiten como regla general la indemnización del daño moral por incumplimiento del contrato, como es el caso de Bélgica, Francia y España¹⁰.

4.1. EL CASO DE REINO UNIDO

Reino Unido es uno de los sistemas calificados como restrictivos, cuya regla general se encuentra en la clásica sentencia, *Addis c. Gramophon Co. Ltd.*, a través de la que la *House of Lords* reconoció únicamente el derecho a la indemnización por la pérdida de salario a un trabajador que fue desvinculado de su trabajo, pero negó la indemnización por concepto de daño moral al haber sido despedido, según su criterio, de forma “cruel y humillante”. A juicio de la corte inglesa “aplicar en su totalidad los principios de valoración del daño propios de la responsabilidad extracontractual a los casos de daños derivados de un incumplimiento contractual produciría confusión e incertidumbre en el ámbito de las relaciones comerciales”¹¹.

10 J. SOLÉ FELIU, “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”, *Revista para el análisis del Derecho* 1/2009, <<https://bit.ly/3P7iYDc>> (7/11/2022).

11 Ídem., p. 10.

Y es que para la *House of Lords*, “quien incumple un contrato, por regla general no es responsable por la aflicción, la frustración, la angustia, el disgusto, la vejación, la tensión o irritación que su incumplimiento contractual pueda causar al acreedor”¹², porque el sufrimiento psicológico es considerado como parte del riesgo empresarial que asumen los contratantes en sus relaciones comerciales.

Ahora bien, han sido los propios tribunales ingleses los que se han encargado de dar un giro hacia criterios de mayor flexibilidad, en la medida en que se traten de determinadas circunstancias que constituyen excepciones a la regla general. La primera, se refiere a “molestias físicas reales”, en donde no cabe indemnización por el simple disgusto o frustración que ocasione el incumplimiento del contrato. Ejemplo de ello es la sentencia dictada en el caso *Farley c. Skinner*, en donde el demandante compró una casa de campo ubicada cerca de un aeropuerto pero que, previo a la conclusión del acuerdo, contrató los servicios de un perito para que determine sobre las molestias que el ruido les provocaría. La conclusión del perito fue que la situación del ruido mal podría constituir un problema real. Una vez concretada la compraventa e invertido en varias adecuaciones, el propietario verificó los inconvenientes causados por los aviones que volaban sobre su vivienda. El tribunal finalmente condenó al perito a indemnizar al propietario por las “molestias físicas” causadas por el ruido.

La segunda excepción se refiere a aquellos contratos cuyo objeto consiste en “proporcionar al acreedor bienestar, descanso, placer, o en evitarle determinadas molestias” y que, dadas las circunstancias del incumplimiento, provoque “decepción, aflicción, disgusto y frustración”¹³. La sentencia en el caso *Diesen c. Samson* condenó por los daños morales ocasionados a una pareja que se quedó sin el reportaje fotográfico del día de su boda debido a la inasistencia del fotógrafo.

Finalmente, en cuanto a la tercera excepción, tanto la doctrina como la jurisprudencia inglesa han determinado que “cuando un mismo comportamiento constituye, a la vez, una infracción contractual y un ilícito determinante de responsabilidad extracontractual

12 Ídem.

13 Ídem., p. 12.

(...), el demandante puede reclamar la indemnización de aquellos daños morales que no podría obtener por aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual”¹⁴.

4.2. EL CASO DE FRANCIA

Contrario al caso del Reino Unido, el sistema francés no prevé restricción alguna para la indemnización del daño moral contractual. La disposición legal que contempla su aplicabilidad está prevista en el artículo 1147 del *Code Civil*, en base al cual “el deudor debe indemnizar los daños y perjuicios ya sea por el incumplimiento de la obligación, ya sea por el retraso en el incumplimiento, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de una causa extraña que no puede imputársele, aunque no exista mala fe por su parte”¹⁵.

Es criterio de la doctrina y jurisprudencia francesa que los daños a los que se refieren el citado artículo no están limitados al daño emergente y lucro cesante, sino también al daño moral. Para ello, “se requiere que el daño sea cierto, previsible en el momento de la perfección del contrato (...), y que sea consecuencia “directa e inmediata” del incumplimiento (...)”¹⁶.

Ahora bien, también es necesario mencionar que los pronunciamientos de los tribunales franceses llegan a ser tan generosos que incluso afirman que existe daño moral con la simple falta de cumplimiento de un contrato. De hecho, varios autores franceses han calificado a la figura del daño moral como “una auténtica “caja de Pandora del Derecho de la responsabilidad civil”¹⁷, han criticado a varios tribunales y establecido la necesidad de establecer límites a una interpretación demasiado expansiva.

En definitiva, se puede hablar de una aceptación generalizada por parte de los ordenamientos jurídicos respecto de la figura de la indemnización del daño moral contractual. Hay ordenamientos

14 Ídem., p. 14.

15 Ídem., p. 17.

16 Ídem.

17 Ídem., p. 18.

que lo prevén directamente y que, por tanto, no plantearía mayor dificultad que la de matizar razonablemente su aplicación como lo proponen ciertos sectores, mientras que existen otros que, sin perjuicio de que su legislación no contempla la figura, ya se han percatado de la necesidad de establecer criterios que permitan a tribunales indemnizar el daño moral derivado de relaciones contractuales.

5. EL LAUDO SINGUE

El laudo dictado en el Caso CPA No. 2018-12 analiza el daño moral contractual bajo la legislación ecuatoriana. A continuación, una síntesis de los argumentos de las partes, así como las principales conclusiones del tribunal al respecto.

Los hechos que sustentan la demanda arbitral que pretendió la resolución e indemnización a favor de GENTE OIL se resumen en los siguientes:

- (1) los obstáculos a la recepción del crudo;
- (2) los procesos ante los tribunales ecuatorianos; y
- (3) la fijación de una nueva tarifa para el transporte de crudo por el SOTE¹⁸.

A decir de GENTE OIL, para ser plena, la indemnización debía alcanzar “todo el perjuicio real y efectivamente sufrido”, lo cual incluye el daño moral, de conformidad con lo establecido en el artículo 2232 del Código Civil. Agrega, además, que una persona jurídica puede ser víctima de daño moral y que las infundadas acusaciones vertidas por Ecuador contra GENTE OIL y su representante legal, tanto en el informe general, el informe penal, como en sede penal, constituyen una forma de difamación que afectó su reputación. Es interesante la argumentación que hace el demandante porque aclara que no solicita ser indemnizada por los daños morales sufridos por su representante legal, sino por las acusaciones difamatorias que el Estado hizo en contra de la compañía, así como por las repercusiones que las acusaciones contra de su administradora tuvieron en la reputación de GENTE OIL¹⁹.

¹⁸ Corte Permanente de Arbitraje, *Caso CPA No. 2018-12*, Laudo No. 2018-12, párr. 162.

¹⁹ Corte Permanente de Arbitraje, N. 18, párr. 777.

GENTE OIL alegó que la condena por daño moral se justificaba en la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 2232 del Código Civil, esto es:

- (i) la existencia de daños que son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado; y
- (ii) que la indemnización se justifica por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

GENTE OIL sostuvo que luego de las acusaciones vertidas por el Estado ecuatoriano en su contra, ocurrieron una serie de eventos que confirmarían repercusiones negativas, como por ejemplo “que el auditor internacional renunció a su rol y otras tres firmas se excusaron de prestar sus servicios, que el Sr. Sholy ha perdido oportunidades de negocio “debido a la investigación de la Contraloría y la incertidumbre que ahora ahoga al Contrato” o que el Banco Pichincha notificó formalmente a GOE en septiembre de 2019 que iba a cerrar sus cuentas bancarias”²⁰.

Por su parte, el Estado ecuatoriano argumentó principalmente que:

- (i) el tribunal no tenía competencia para resolver reclamos relativos a la representante legal de la compañía;
- (ii) que cualquier daño moral que pudiere otorgar el tribunal a favor de GENTE OIL debe evidenciar los daños morales sufridos exclusivamente por la compañía²¹;
- (iii) que quien pretende ser indemnizado por daño moral debe probar el hecho ilícito y en el caso de personas jurídicas, probar el efectivo menoscabo a su reputación o buen nombre²²; y,
- (iv) que la actora “(i) no ha identificado un incumplimiento contractual del Estado Ecuatoriano que habría generado un daño moral; y (ii) no ha logrado demostrar que ha sufrido un daño moral y que dicho daño sea cierto, atribuible al Estado”²³.

20 Corte Permanente de Arbitraje, N. 18, párr 778.

21 Sobre este punto el Tribunal es cuidadoso al disgregar las imputaciones hechas a la representante legal de la compañía y los posibles daños sufridos por esta, sin embargo, explica que estas son relevantes en la medida en que esta persona ocupó cargos de responsabilidad en GENTE OIL y que en tal sentido, estas imputaciones provocaron daños a la compañía actora en el Contrato.

22 Corte Permanente de Arbitraje, N. 18, párr. 781.

23 Corte Permanente de Arbitraje, N. 18, párr. 782.

Como se puede ver, la defensa del Estado ecuatoriano no descansa en la alegación de que la institución del daño moral se origina exclusivamente en el cometimiento de delitos y cuasidelitos. El análisis que realizó el tribunal en su laudo, que cabe recalcar fue bajo la legislación ecuatoriana, tampoco cuestionó que el origen del daño moral alegado sea contractual.

En efecto, el tribunal dio por sentada la posibilidad de condenar este tipo de daños como consecuencia de un incumplimiento al contrato, al afirmar que las únicas acciones relevantes a la hora de determinar la reparación de daño moral son aquellas que han sido hechas por o con responsabilidad de una parte en el contrato. Lo anterior, porque a criterio del tribunal, la obligación de reparar un incumplimiento surge cuando el cometimiento de infracción a una obligación de dar, hacer o no hacer, da lugar a un daño²⁴.

En cuanto a la participación de la Secretaría de Hidrocarburos²⁵, el tribunal concluye que esta entidad no violó ningún deber de conducta y que tampoco cooperó en las acciones que a decir de GENTE OIL le dan derecho a exigir reparación por daño moral. Ello, porque la Secretaría, frente a distintos cuestionamientos, realizó puntualizaciones²⁶ que, de haber sido respetadas por el Ministerio, “hubiera evitado los alegados daños, o al menos reducido la probabilidad de que la Contraloría y la Fiscalía persistiesen en sus acciones”²⁷.

El tribunal afirmó que cuando la administración pública central pasó a ser parte del contrato, desconoció injustificadamente la

24 Corte Permanente de Arbitraje, N. 18, párr. 1248 y 1249.

25 La Secretaría de Hidrocarburos fue parte en el Contrato hasta su absorción en el 2018. El tribunal distingue sus actuaciones de aquellas realizadas por el Ministerio luego de que la Secretaría fuera absorbida por esta última.

26 Corte Permanente de Arbitraje, N. 18, párr. 1255. “En efecto, cuando el MEF se pronunció sobre la Solución Integral, la Secretaría, por comunicación del 11 de febrero de 2015, se dirigió a él para hacer puntualizaciones sobre los aspectos tratados por el Ministerio en lo que se refiere, entre otros, a que (i) “[l]as reservas probadas, por definición, son estimaciones”, (ii) “[e]l incremento de producción [...] es un resultado deseado para el Estado y propiciado por la Ley [...]”, (iii) “[hasta] diciembre de 2014, la contratista invirtió [el] 243% del monto comprometido”, (iv) “[l]a evacuación del petróleo crudo del Bloque Singue hasta los terminales de exportación es responsabilidad del Estado”, y que (v) “[e]l contrato suscrito [...] fue resultado de una licitación internacional”. Además, con base en ello reiteró la solicitud de recursos para la construcción del oleoducto”.

27 Corte Permanente de Arbitraje, N. 18, párr. 1257.

posición que mantuvo la Secretaría, pero, además, no hizo nada para limitar o evitar los daños morales ocasionados a GENTE OIL. Más aún, realizó una serie de afirmaciones que distorsionaron los términos del contrato y revelaban un supuesto perjuicio sufrido por el Estado²⁸. A criterio del tribunal, es precisamente la distorsión a los términos del contrato el incumplimiento contractual del que el Estado ecuatoriano es responsable por daño moral.

Así, luego de identificar el incumplimiento contractual, el tribunal se concentró en verificar el cumplimiento de los requisitos del 2232 del Código Civil, independientemente de si este se trata de un incumplimiento contractual o de un delito o cuasidelito. Pero, además, concluyó que al amparo de los artículos 29 y 1574 del Código Civil, puede condenarse al pago de daños morales cuando se prueba que existió dolo de la parte que los haya causado, o al menos culpa grave, que en materia civil es equivalente al dolo²⁹.

Bajo este análisis el tribunal concluyó que el comportamiento del demandado debe ser considerado doloso porque debía prever el riesgo de prolongar e incluso agravar los daños morales de GENTE OIL³⁰ y en tal sentido, afectar aún más su buen nombre y reputación³¹.

No obstante que el tribunal se refirió a uno de los supuestos previstos en el artículo 1574 del Código Civil, es importante recordar que este prevé dos regímenes para la valoración del daño:

uno general, aplicable a todo deudor no doloso y otro especial, agravado, destinado a quienes incumplen de mala fe. A los primeros, se les hace responder únicamente de aquellos perjuicios que eran previstos o previsibles al momento de constituirse la obligación. A los segundos, esto es a los dolosos, se les obliga indemnizar todos los daños -previstos o no previstos-, que sean consecuencia inmediata y directa de su incumplimiento³².

28 El Tribunal Arbitral para su análisis parte de la conclusión de que el Contrato solo impuso obligaciones a la Secretaría, no al Estado ecuatoriano como un todo, y que, tras la absorción de la Secretaría por el Ministerio Sectorial en 2018, la Parte pública en el Contrato pasó a ser la Administración Pública Central. A partir de ese momento, afirma el Tribunal, el Contrato impuso obligaciones a la Administración Pública Central.

29 Corte Permanente de Arbitraje, N. 18, párr. 1276.

30 El valor solicitado por GENTE OIL por este concepto fue de USD \$2.000.000,00, sin embargo, el tribunal consideró adecuada una compensación por USD \$400.000, tomando en cuenta que los daños morales que pretende resarcir son ocasionados a partir del 2018, una vez que la Administración Pública Central se convirtió en parte del contrato.

31 Corte Permanente de Arbitraje, N. 18, párr. 1277.

32 R. FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, Madrid: Wolters Kluwer España, La Ley,

6. CONCLUSIONES

El laudo Singue ratifica el alcance que dio la decisión de la Corte Nacional del 2010 a la institución del daño moral. Ambas decisiones conciben al daño moral como una institución del derecho de daños en general, y en tal medida, aplicable también para relaciones contractuales. Por ello, este laudo parece inclinar aún más la balanza y con ello marcar una tendencia hacia una interpretación más moderna del Derecho Civil en el Ecuador, que además se corresponde con el principio de reparación integral en él previsto.

Ni la sentencia del 2010, ni aun el laudo Singue se encargan de analizar de forma directa el alcance del último inciso del artículo 1572 del Código Civil. Tampoco se refieren a la ubicación de las normas que regulan el daño moral dentro de este código. Lo anterior, si bien podría suponer una resistencia en considerar a estas decisiones como precedentes que confirmen la aplicabilidad del daño moral contractual, evidencia que a criterio del juzgador no constituyen argumentos suficientes para limitar la condena por daño moral contractual.

El propósito del último inciso del artículo 1572 es indicar que no basta con verificar el incumplimiento de una de las partes para afirmar la posibilidad de condena por daños morales; ello será suficiente cuando la solicitud pretenda únicamente la indemnización de daños y perjuicios. En otras palabras, para efectos de solicitar la condena por daños morales, cuando de vínculos contractuales se trate, aparte de probar el incumplimiento, habrá que demostrar la concurrencia de los requisitos del artículo 2232 del Código Civil, esto es, que los daños hayan sido el resultado próximo del acto ilícito, pero, además, según lo previsto en el artículo 1574, previsibles al momento de constituirse la obligación.

En el caso CPA No. 2018-12³³, el tribunal se refirió a los requisitos del artículo 2232 del Código Civil, así como a uno de los supuestos previstos en el artículo 1574 del mismo código, esto es, que se trate

2009, p. 58. Citado en J. C. DARQUEA SUÁREZ, "Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano: análisis del artículo 1572 del código civil", diciembre 2014. <<https://bit.ly/3F1xqbb>> (20/11/2022).

33 Corte Permanente de Arbitraje, N. 18, párr. 1270.

de una conducta dolosa. Hay que tomar en cuenta que el artículo 1574 prevé dos regímenes diferentes para la valoración del daño:

(i) aquellos resarcibles en la medida en que fueren previsibles al momento de la celebración del contrato, con lo cual resultan relevante los intereses de las partes en dicho momento; y (ii) aquellos derivados de conductas dolosas, en cuyo caso siempre deberán ser resarcidos.

Conforme el criterio de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador en el expediente 508, 2010, el respeto del crédito y buen nombre se encuentran implícitos en el marco de cualquier relación contractual en virtud del deber de los contratantes de actuar de buena fe, de tal manera que el ejercicio de acciones que vulneren tales derechos constituye un incumplimiento a las obligaciones contractuales, con lo cual, los daños morales ocasionados por tal incumplimiento merecen reparación.

Lo único cierto es que en el Ecuador hay decisiones que reconocen al daño moral contractual y hay decisiones que no. Para algunos, a efectos de considerar su aplicación todavía es necesario que ello se defina, sea a través de la adopción de un criterio obligatorio, sea a través de una reforma al Código Civil. Para otros, y en una visión amplia de nuestro Código Civil, resulta suficiente la interpretación de la norma que hace el juzgador quien tiene labores creadoras del derecho, tal y como lo afirma el Dr. Luis Recaséns Siches³⁴.

34 L. RECASÉNS SICHES, *Interpretación del Derecho*, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVI INSA-IUSN. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, Argentina "Otro tremendo desenfoco y equivocado tratamiento de este problema lo constituía el suponer que el Derecho se halla preconstituido en la constitución, los Códigos, las leyes y los reglamentos; y que, entonces, la interpretación consistiría en proyectar a los casos concretos lo que se hallaba establecido ya en abstracto y en términos generales en las normas jurídicas positivas. Pero todo eso dista muchísimo de ser un cuadro correcto: por el contrario, constituye una visión desfigurada, que produce fatales consecuencias. **Es muy afinada la advertencia hecha por Max Ascoli de que en el proceso de creación del Derecho hay mucho de interpretación, diría yo de interpretación no solamente de otras normas vigentes de rango formal superior o de rango formal parejo, sino también, y sobre todo, de interpretación de los hechos**, de los problemas que plantea una cierta situación social en una determinada realidad histórica. Y considero yo que se puede además advertir que toda labor creadora de Derecho, incluyendo por tanto y en primer término la legislación, tiene como motivo el estímulo proveniente de determinadas urgencias sentidas en un cierto momento y en un cierto lugar por la sociedad; y una vez que la norma jurídica ha sido ya elaborada, esta es un instrumento para producir en la realidad social unos determinados efectos, los efectos cuya realización se supone constituye lo adecuado y lo justo para satisfacer aquellas urgencias."



CARMIGNIANI PÉREZ

ABOGADOS

ENFOCADOS

En conflictos complejos

PRÁCTICA INTERNACIONAL

Disputas en múltiples jurisdicciones
bajo diversas reglas arbitrales

ESPECIALISTAS

En diferentes tipos
de controversias

Arbitraje

Eduardo Carmigniani

ecarmi@cplaw.ec

Av. 9 de Octubre 100

Edif. La Previsora, oficina 2202 - Guayaquil

+ 593 4 230 0600

Hugo García Larriva

hgarcia@cplaw.ec

Av. Naciones Unidas E 20-30 y Nuñez de Vela

Edif. Metropolitano, oficina 1107 - Quito

+ 593 2 395 9590

Cláusula de sumisión al Tribunal de Arbitraje Deportivo vía apelación en los Estatutos de la FIFA ¿Derecho adquirido para las federaciones miembro?

Stefanny Barona B.*

Recibido/Received: 31/10/2022
Aceptado/Accepted: 05/12/2022

SUMARIO: 1. Acceso al Tribunal de Arbitraje Deportivo vía apelación tras las decisiones de un órgano deportivo: el caso de la FIFA. 2. La interrogante: ¿faculta la cláusula de sumisión al TAS contenida en los Estatutos de la FIFA, el acceso a las federaciones miembro? 2.1. Sobre los Estatutos de la FIFA y el análisis de la incorporación por referencia. 2.2. Casos a favor y en contra de la interrogante. 2.3. Conclusiones de la interrogante. 3. Comentario final.

RESUMEN: El presente artículo expone los argumentos a favor y en contra respecto de la aplicación de la cláusula de sumisión al Tribunal de Arbitraje Deportivo contenido en los Estatutos de la FIFA, al estatuto o reglamento de las federaciones y sus miembros, y las decisiones que ha tomado el tribunal al respecto.

PALABRAS CLAVE: Tribunal de Arbitraje Deportivo, Estatutos de la FIFA, cláusula arbitral.

SUMMARY: This article sets out the arguments for and against the application of the clause of submission to the Court of Arbitration

* 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.
Según las definiciones establecidas en los Estatutos de la FIFA, debe entenderse por miembros, a los siguientes: Confederación, federación, liga, federaciones británicas, federación miembro, club, jugador. En tal sentido, a lo largo de este trabajo, a fin de incluir a todos los miembros, se hará referencia a federaciones miembro.

for Sport contained in the FIFA Statutes, the statutes or regulations of the federations and their members, and the decisions made by the court in this regard.

KEYWORDS: Court of Arbitration for Sport, FIFA Statutes, arbitration clause.

1. ACCESO AL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO VÍA APELACIÓN

Las normas relativas al procedimiento de arbitraje de apelación ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) se encuentran contenidas en el Código de Arbitraje Deportivo¹ a partir del artículo R47 en el cual se establecen tres requisitos para poder acceder: (i) que debe existir una decisión por parte de un órgano deportivo; (ii) que en el estatuto o reglamento del órgano deportivo se establezca la posibilidad de apelar sus decisiones ante el TAS -punto que lo trataremos en el siguiente apartado-, o que las partes hayan pactado una cláusula arbitral; y (iii) haber agotado los recursos legales.

Respecto del primer requisito, el término *decisión* no se encuentra definido en los Estatutos de la FIFA ni en otro cuerpo legal. Sin embargo, la jurisprudencia del TAS ha establecido cuatro parámetros para determinar la existencia de una decisión.

El primer parámetro precisa que el hecho de que la comunicación por parte de un organismo se la efectúe en forma de carta, no descarta que pueda ser una decisión apelable ante el TAS². Segundo, se debe prever el contenido de un pronunciamiento mediante el cual se afecte la situación jurídica de quienes sean destinatarias de la decisión o de otras partes³. Tercero, una decisión es un acto unilateral enviado

1 Código de Arbitraje Deportivo, Edición 2021.

2 Ver los casos: *FC Schalke 04 c. Confederação Brasileira de Futebol*, Caso CAS 2008/A/1633, Laudo de 16 de diciembre de 2008, párr. 31; *Aris FC c. FIFA*, Caso CAS 2007/A/1251, Laudo de 27 de julio de 2007, párr. 30; CAS 2005/A/899 párr. 63; *Russian Olympic Committee y Viatcheslav Ekimov c. International Olympic Committee, United States Olympic Committee y Tyler Hamilton*, Caso, CAS 2004/A/748, Laudo de 27 de junio de 2006, párr. 90.

3 Ídem.

a destinatarios determinados que produce efectos jurídicos⁴. Por último, una decisión es normalmente una comunicación dirigida a una parte y que se basa en el *animus decidendi*, por lo que, aquello que no contenga un dictamen, no puede llamarse decisión⁵.

2. LA INTERROGANTE: ¿FACULTA LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN AL TAS CONTENIDA EN LOS ESTATUTOS DE LA FIFA EL ACCESO A LAS FEDERACIONES MIEMBRO?

La respuesta a la interrogante no es un trabajo fácil. Las decisiones del TAS no han sido del todo uniformes a la hora de determinar si la cláusula de arbitraje, contenida en los Estatutos de la FIFA, otorga el derecho a sus federaciones miembro de acudir a la justicia arbitral. Empero, la doctrina arbitral sobre la incorporación por referencia puede ayudar a resolver la interrogante. Es por ello que conviene realizar su análisis de manera conjunta con las disposiciones contenidas en los Estatutos de la FIFA (2.1). De igual manera, se expondrán los casos a favor y en contra, a fin de conocer los argumentos utilizados por el TAS sobre la interrogante planteada (2.2). Por último, se indicarán las conclusiones a las que llegaremos de la interrogante (2.3).

2.1. SOBRE LOS ESTATUTOS DE LA FIFA Y EL ANÁLISIS DE LA INCORPORACIÓN POR REFERENCIA

Las disposiciones relativas a la materia arbitral se encuentran contenidas en los artículos 56 y 57 de los Estatutos de la FIFA, las cuales se transcriben a continuación⁶:

4 Vease los siguientes casos: *FC Schalke 04 c. Confederação Brasileira de Futebol*, Caso CAS 2008/A/1633, Laudo de 16 de diciembre de 2008, párr. 31; *Russian Olympic Committee y Viatcheslav Ekimov c. International Olympic Committee, United States Olympic Committee y Tyler Hamilton*, Caso, CAS 2004/A/748, Laudo de 27 de junio de 2006, párr. 89; *Galatasaray SK c. Fédération Internationale de Football Association y Club Regatas Vasco da Gama y F. J.*, Caso CAS 2004/A/659, Laudo de 17 de marzo de 2005, párr. 36.

5 Véase caso *FC Schalke 04 c. Confederação Brasileira de Futebol*, Caso CAS 2008/A/1633, Laudo de 16 de diciembre de 2008, párr. 32.

6 Estatutos de la FIFA, Artículos 56 numeral 1 y 57 numerales 1 y 2, edición de mayo de 2022.

56.

1. La FIFA reconocerá al Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) con sede en Lausana (Suiza) a la hora de resolver disputas entre la FIFA y las federaciones miembro, las confederaciones, las ligas, los clubes, los jugadores, los oficiales, los agentes de fútbol y los agentes organizadores de partidos.

57.

1. Los recursos contra los fallos adoptados en última instancia por la FIFA, especialmente por sus órganos judiciales, así como contra las decisiones adoptadas por las confederaciones, las federaciones miembro o las ligas, deberán interponerse ante el TAS en un plazo de 21 días tras la recepción de la decisión.
2. Únicamente se podrá presentar recurso de apelación ante el TAS cuando se hayan agotado el resto de vías judiciales internas.
3. El TAS no se ocupará de recursos relacionados con:
 - a) violaciones de las Reglas de Juego;
 - b) suspensiones de hasta cuatro partidos o de hasta tres meses (con la excepción de decisiones sobre dopaje);
 - c) fallos contra los que quepa interponer un recurso de apelación ante un tribunal de arbitraje independiente y debidamente constituido, reconocido por la normativa de una federación o de una confederación.

Dicha cláusula reconoce: (i) al TAS como el ente competente, (ii) a las personas a quienes les cobija, (iii) el tiempo y forma para acceder al TAS, y (iv) el alcance *ratione materiae*. Desde la perspectiva de quiénes están aparados por la cláusula, se puede concluir que esta alcanza a sus federaciones miembro a través de la doctrina de incorporación por referencia, que si bien ha sido estudiada como una de la teoría de los terceros no signatarios⁷, su análisis no se aleja del presente razonamiento.

⁷ Algunos de sus exponentes: A. BULLARD, “¿Y quiénes están Invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14º de la Ley de Arbitraje Peruana”, *Anuario latinoamericano de arbitraje* No. 2. W. PARK, “Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma”, <<https://bit.ly/3Wjehu>> (10/10/2022). R. CAIVANO, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Lima Arbitration: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, No. 1, 2006.

Esta doctrina se fundamenta en que “frente a la presencia de contratos coligados, uno que incluye un convenio arbitral, y otro que, careciendo de acuerdo de arbitraje, hace referencia al contrato que si lo tiene”⁸, de esta manera hace que “la interdependencia de los contratos sea de tal manera que estos constituyan una unidad económica indisoluble”⁹. En tal sentido, “una parte queda vinculada a un convenio arbitral, así no lo haya suscrito”¹⁰. Asimismo, esta doctrina “enriquece la relación jurídica entre partes contratantes mediante la alusión a otro contrato cuyo único requisito es que la referencia implique el acuerdo arbitral”¹¹, y para ello, “la vinculación debe estar en la naturaleza, en el propósito global que a través de ellos se pretende conseguir”¹².

En el caso del derecho deportivo, este es integrante¹³ y, por ende, se debe tomar en cuenta lo que es usual en este campo, siendo esto la sumisión al TAS como órgano de solución de conflictos propia de este sistema. Entonces, de aceptar que el arbitraje ante el TAS es, y se ha convertido la norma usual en el deporte futbolístico, en consecuencia “una referencia global bastaría para establecer el consentimiento de las partes y el acuerdo de arbitraje sería válido”¹⁴.

Además, existe una interdependencia que cubre a los Estatutos de la FIFA y el estatuto de cada federación miembro. En tal sentido, si una federación miembro mira y cumple con las normas y reglamentos que expide la FIFA, entonces debe cumplir con las disposiciones relativas a aceptar la jurisdicción del TAS e incluir aquello en sus estatutos.

8 H. GARCÍA LARRIVA, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Revista ecuatoriana de arbitraje* No. 3, 2011, p. 97.

9 Ídem., p. 181.

10 A. BULLARD, N. 8, p. 33.

11 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO Y E. GONZÁLEZ DE CASTILLA, Acuerdo arbitral contenido en un contrato con cláusula de estipulación a favor de un tercero, <<https://bit.ly/3fmAA0k>> (15/10/2022)

12 L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Editorial Tecnos, 1979, p. 243.

13 Véase caso CAS/2008/A/1625 en donde el tribunal consideró que, si bien en los estatutos no se refería al TAS como instancia de apelación, las sanciones que se imponen por *doping* eran integrantes, y en tal sentido se declararon competentes. Citado en: M. ECHEVERRÍA BERMÚDEZ, “La Corte Arbitral de Deportes (TASCAS) como mecanismo moderno para la resolución de disputas en el fútbol profesional”, *Revista Foro Jurídico*, p. 94.

14 K. STRANTZALI, “Arbitration clauses incorporated by reference in corporate bylaws”, *Hors Serie Volume XXV*, 2019.

Ahora bien, siguiendo con el razonamiento de la incorporación por referencia, González de Cossío señala que: “el único requisito es que la referencia “implique” el acuerdo arbitral. Ello quiere decir que la alusión al contrato que contiene una cláusula arbitral abarque la misma”¹⁵. En tal sentido, el solo hecho de que en el estatuto de las federaciones miembro se refieran a que cumplirán con las disposiciones contenidas en los Estatutos de la FIFA, ya existe una referencia a la cláusula de sumisión al TAS contenida en este último.

Avancemos en el argumento. La obligatoriedad que impone la FIFA a sus miembros de someterse a la jurisdicción arbitral recae en la figura del arbitraje estatutario, la cual, “excede del límite del efecto relativo del contrato y, por ende, sus efectos van a ser obligatorios para todos los socios que se incorporen con posterioridad”¹⁶. Aquello, explica de manera adecuada como a la cláusula de sumisión al TAS contenida en los Estatutos de la FIFA, excede cualquier disposición contraria que pretenda buscar las federaciones miembro de la FIFA dado que, esta impone la obligación de que sus miembros reconozcan y se sometan a la jurisdicción del TAS.

Los artículos 14 y 15 de los Estatutos de la FIFA establecen las siguientes obligaciones:

14. Obligaciones de las federaciones miembro

Las federaciones miembro estarán obligadas a:

a) observar en todo momento los Estatutos, los reglamentos, las disposiciones y las decisiones de los órganos de la FIFA, así como las decisiones del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) adoptadas en recurso conforme al art. 56, apdo. 1 de los Estatutos de la FIFA;

(...)

d) velar por que sus propios miembros respeten los Estatutos, reglamentos, disposiciones y decisiones de los órganos de la FIFA.

15 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “El que toma el botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros”, <<https://bit.ly/3zvyfXC>> (28/10/2022).

16 F. BÉJAR PINEDO, “La eficacia subjetiva del convenio arbitral estatutario en la sociedad anónima”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 2014, p. 164.

15. Estatutos de las federaciones miembro

Los estatutos de las federaciones miembro deberán cumplir con los principios de gobernanza y, en particular, deberán incluir como mínimo determinadas disposiciones relativas a las materias siguientes:

(...)

- f) reconocimiento de la jurisdicción y autoridad del TAS por parte de los grupos de interés y concesión de prioridad a la mediación como vía de resolución de disputas;

De igual manera, en el artículo 58, numerales 1 y 3 se establece:

1. Las confederaciones, las federaciones miembro y las ligas se comprometerán a reconocer al TAS como autoridad judicial independiente. Deberán garantizar que sus miembros, jugadores afiliados y oficiales acaten las sentencias del TAS. Esta obligación será igualmente de aplicación en el caso de los agentes de fútbol y los agentes organizadores de partidos con licencia de la FIFA.

3. Las federaciones tendrán la obligación de incorporar a sus estatutos o su normativa una cláusula que, en el caso de litigios internos de la federación o de litigios con ligas, miembros de una liga, clubes, miembros de un club, jugadores, oficiales o cualquier otra persona adscrita a la federación, prohíba ampararse en los tribunales ordinarios, a no ser que la reglamentación de la FIFA o las disposiciones vinculantes de la ley prevean o prescriban expresamente el sometimiento a tribunales ordinarios. En lugar de los tribunales ordinarios, se deberán prever procedimientos arbitrales. Los litigios mencionados se someterán a un tribunal de arbitraje independiente, debidamente constituido y reconocido por la reglamentación de la federación o de la confederación, o al TAS.

Asimismo, las federaciones se comprometerán a garantizar que esta disposición se cumpla cabalmente en su seno y, siempre que sea necesario, imponiendo una obligación vinculante a sus miembros. En caso de incumplimiento de esta obligación, las federaciones impondrán a quien corresponda las sanciones pertinentes; además, los recursos de apelación contra dichas sanciones se someterán estrictamente y de igual modo a la jurisdicción arbitral y no a los tribunales ordinarios.

Los artículos en donde se reconoce al TAS y la obligatoriedad de que sus federaciones miembro reconozcan también su legitimidad y obliguen a sus miembros a acoger aquello, “no desvirtúa su naturaleza de acuerdo arbitral”¹⁷, la cual “afecta a todos sus miembros asociados, directos e indirectos”¹⁸. Así, la federación nacional está subordinada a la federación internacional a la que representa, argumento que es habitual dentro del orden jurídico deportivo internacional¹⁹. Es por eso que, “el mundo federativo está organizado como en una pirámide kelseniana que se manifiesta en una escala ascendente de compromisos y una descendente de obligaciones y derechos”²⁰.

2.2. CASOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA INTERROGANTE

Cinco son los casos más relevantes que se exponen en este apartado y que contribuyen a la respuesta de la interrogante planteada. Veamos a continuación.

El primer caso a favor de la interrogante es *Claudio Pizarro c. FPF*²¹. Veamos un poco de los hechos: la Comisión de Justicia de la Federación Peruana de Fútbol sancionó al jugador Claudio Pizarro, sanción que fue confirmada por la Sala de Apelación de la Federación Peruana de Fútbol. A ello, el jugador interpuso un recurso de amparo ante la justicia ordinaria peruana, mismo que fue declarado improcedente, por lo que el jugador apeló dicha decisión. Conocido por la FIFA que el jugador se encontraba en la jurisdicción ordinaria, esta le solicitó al jugador que se sometiera a la justicia deportiva, retirando los recursos ordinarios. Así las cosas, el jugador apeló ante el TAS la decisión de la Sala de Apelación de la Federación Peruana de Fútbol, fundamentando la competencia del TAS en los artículos de los Estatutos de la FIFA.

17 A. ROJAS CHAN, *Algunas consideraciones sobre el arbitraje estatutario como mecanismo alterno para la solución de conflictos societarios, Derecho Societario, Concursal y del Consumo*, Tomo III, Ed. Jurídica Continental, 2017, p. 3.

18 M. ECHEVERRÍA BERMÚDEZ, N. 14, p. 93.

19 *Claudio Pizarro c. Federación Peruana de Fútbol*, CAS 2008/A/1617, Laudo de 15 de abril de 2009, páRr. 103.

20 Ídem.

21 *Claudio Pizarro vs. Federación Peruana de Fútbol*, CAS 2008/A/1617, Laudo de 15 de abril de 2009.

Ya en el TAS, el tribunal destacó que la Federación Peruana de Fútbol no contempló en sus estatutos una cláusula de apelación al TAS e indicó que si este cumplía rigurosamente las disposiciones contenidas en otros reglamentos que emitía la FIFA, también debía cumplir con la obligación de incorporar en sus estatutos una cláusula de sumisión al TAS dado que, a ningún partícipe del mundo del fútbol se le puede excluir o limitar el derecho a recurrir ante TAS²². De esta manera, el tribunal, a pesar de que no existía cláusula arbitral en los estatutos de la Federación Peruana de Fútbol se declaró competente para conocer al caso, indicando que la cláusula arbitral contenida en los Estatutos de la FIFA le cobija a la Federación Peruana de Fútbol y por ende también al jugador.

La respuesta favorable a la interrogante se encuentra en el caso citado. Nos permite indicar que el deporte futbolístico era el factor que interconectaba a los Estatutos de la FIFA y a los estatutos de la Federación Peruana de Fútbol. Los derechos y obligaciones contenidas en los Estatutos de la FIFA claramente le cobijaban a la Federación Peruana de Fútbol y a sus miembros, siendo estos subordinados a la FIFA. En tal sentido, existe una relación directa entre ambos estatutos.

Este argumento, no solo cobija respecto a los estatutos de la Federación Peruana de Fútbol, sino que se traslada a los estatutos de todas las federaciones miembro de la FIFA. El estatuto de cada una de las federaciones miembro, vienen a ser una consecuencia jurídica directa de los Estatutos de la FIFA, dado que, para ser admitida a la FIFA, las federaciones deben ajustar su estatuto a las disposiciones que emita la FIFA.

Avancemos al segundo caso favorable a la interrogante: *SAFF c. FIFA*²³. En dicho caso, se cuestionaba la competencia del tribunal para conocer la apelación presentada por la Federación de Fútbol de Arabia Saudí, dado que en el artículo 3 del Reglamento de la Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018, se establecía que las decisiones de la FIFA eran inapelables. Al respecto, el tribunal decidió declararse

22 Ídem, párr. 104-113.

23 *Saudi Arabian Football Federation (SAFF) c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, CAS 2016/A/4654, Laudo de 16 de enero de 2017.

competente y señaló que: (i) en los Estatutos de la FIFA existe un derecho a presentar un recurso ante el TAS contra las decisiones que emita la FIFA²⁴, (ii) dicho derecho no es ilimitado²⁵, y (iii) la restricción contenida en el artículo 3 del Reglamento de la Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018 es nula dado que restringe el derecho a apelar²⁶.

Pasemos al tercer caso, el cual resulta en contra de la interrogante, y que toma relevancia dado que se dio un año después del caso antes expuesto. En *South African Football Association c. FIFA*²⁷, el cual, cabe recalcar, versaba sobre el mismo argumento que en el caso *SAFF c. FIFA* -artículo 3 del Reglamento de la Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018-, el tribunal tomó una decisión contraria y se declaró no competente, indicando que dicho artículo establece que una decisión es definitiva, vinculante e inapelable y sobre la base de ello no es posible recurrir ante el TAS. Llama la atención el argumento utilizado por el tribunal, que a continuación se cita:

There is not one method of interpretation that prevails over the others, when statutes of a private legal entity are at stake. An objective or a subjective approach is acceptable depending on the specificities of the situation.

In the Panel's view, when called upon to interpret articles of associations, it should adopt a pragmatic approach and follow a plurality of methods, without assigning any priority to the various means of interpretation. The situation must be assessed on a case-by-case basis and the interests at stake have to be balanced in respect of the principle of proportionality²⁸.

Veamos dos casos más en contra de la interrogante. El primero es *Clube de Regatas do Flamengo y otros c. CONMEBOL*²⁹. En dicho caso el tribunal decidió que el derecho de apelar las decisiones de la FIFA ante el TAS, contenida en los Estatutos de la FIFA, está condicionado

24 Ídem, párr. 72.

25 Ídem.

26 Ídem, párr. 81.

27 *South African Football Association c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), Fédération Burkinabé de Football, Fédération Sénégalaise de Football & Federação Caboverdiana de Futebol*, CAS 2017/A/5356, Laudo de 31 de octubre de 2018.

28 Ídem, párr. 87-89.

29 *Clube de Regatas do Flamengo, Sao Paulo FC, Fluminense FC, Santos FC & Cruzeiro Esporte Clube c. CONMEBOL*, CAS 2008/A/1503, Laudo de 7 de abril de 2008, párr. 3.

a la inclusión de manera expresa de una cláusula de sumisión al TAS en el estatuto o reglamento de la federación miembro. Dado que en los estatutos de la CONMEBOL no se encontraba alguna disposición relativo a apelar las decisiones ante el TAS, el tribunal se declaró no competente. A pesar de haber tomado dicha decisión, cabe resaltar que el tribunal indicó que CONMEBOL no había adaptado sus estatutos conforme lo determinaba la FIFA:

In fact the Panel has realised that the referred Statutes are dated February 2000, that is to say, are prior to the recognition of CAS as appeal body by the FIFA Statutes and have not been adapted to this new situation despite article 62.1 of the FIFA Statutes stipulates that “the Confederations [...] shall agree to recognise CAS as an independent judicial authority and to ensure that their members, affiliated Players and Officials comply with the decisions passed by CAS [...]”. In addition it is pointed out that it has not been produced either to the file any other document or regulation from which such a reference to an eventual appeal before the CAS is made³⁰.

Por último, en *Ashley Cole c. FAPL*³¹, el tribunal determinó la obligatoriedad de que los estatutos de cada federación contemplen una inclusión expresa de la cláusula arbitral, dado que no es suficiente la referencia contenida en los Estatutos de la FIFA. Así, el tribunal se declaró no competente y añadió:

(...) if the FIFA Statutes did compel the national federation or the league to provide for a right of appeal from its decisions, no right of appeal to the CAS would exist until the national federation or the league had made provision for this right in its statutes or regulations. In any event, the possible adoption of an arbitration clause that confers jurisdiction on the CAS is not solely dependent upon the will of the national federation or the league, as it is also subject to the law of the country where the body in question has its seat³².

30 Ídem párr. 6.

31 *Ashley Cole c. Football Association Premier League (FAPL)*, CAS 2005/A/952, Laudo de 24 de enero de 2006, párr. 10.

32 Ídem párr. 10.

2.3. CONCLUSIONES DE LA INTERROGANTE

Los casos antes presentados nos permiten ver que, sobre un mismo punto, se produjeron opiniones distintas. Llama la atención que en los casos *Claudio Pizarro c. FPF* y *Clube de Regatas do Flamengo c. CONMEBOL*, el tribunal en ambos estuvo conformado por José Juan Pinto y Francisco González de Cossío. En el último caso, José Juan Pinto presidió el tribunal. A pesar de tener conformado un mismo tribunal, las decisiones fueron opuestas, a pesar de que versaban sobre un mismo punto.

Aun cuando vemos casos en contra de la interrogante, los casos a favor nos permiten entender que el fútbol tiene ya una organización establecida. La FIFA es el órgano rector del fútbol, elabora sus reglas, emite las normas y reglas de conducta, organiza competiciones, entre otros³³. Sus asociaciones miembro cumplen estas disposiciones para ejecutar sus actos. La FIFA es quien adhiere a entidades que busquen participar en el mundo del fútbol y las condiciones para ellos es clara: si buscan adherirse a la FIFA, deben entonces reconocer y sujetarse a la jurisdicción del TAS en caso de apelación; cláusula que está incorporada en el *pacto social macro*, esto es, en los Estatutos de la FIFA, siendo sus miembros los llamados a respetar el pacto social.

Todo estatuto o reglamento de las federaciones nacionales y de sus miembros deben entonces ser consistentes entre sí en virtud de la obligatoriedad que establece la FIFA. Incluso, de encontrarse con casos en donde el estatuto o reglamento de una federación o liga nacional presente inconsistencias respecto de los Estatutos de la FIFA, este último siempre prevalece³⁴.

Incluso, toma mayor fuerza este argumento tomando en cuenta que la FIFA prohíbe que sus federaciones y sus miembros, acudan a la justicia ordinaria, y su incumplimiento genera sanciones. Vemos ahí como el carácter forzoso toma presencia en el arbitraje deportivo.

33 Estatutos de la FIFA, Artículo 2, edición de mayo de 2022.

34 *FIFA c. Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol (STJD) & Confederação Brasileira de Futebol (CBF) & Mr Ricardo Lucas Dodô*, CAS 2007/A/1370, y *WADA c. Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol (STJD) & Confederação Brasileira de Futebol (CBF) & Mr Ricardo Lucas Dodô*, CAS 2007/A/1376, Laudo de 11 de septiembre de 2008.

Por último, se debe tomar en cuenta el carácter forzoso del arbitraje deportivo, el cual, hace ver “que no existe realmente un consentimiento voluntario, sino que son elementos forzosos para ser parte de los órganos internacionales de fútbol”³⁵. En tal sentido, cualquier deportista que busque participar o adherirse a un equipo o cualquier federación que busque estar adscrita a la FIFA, sabe que no tiene una capacidad de negociar ante que instancia arbitral o litigiosa puede ir, dado que, el TAS es la instancia reconocida por la FIFA, entidad a quien responden las federaciones y sus miembros. Es así como, el derecho deportivo, está supeditado al reconocimiento del TAS, argumento que, -podría decirse-, es conocido por quienes practican el deporte futbolístico³⁶ y mal podría alegarse desconocimiento.

3. COMENTARIO FINAL

En sede arbitral, las decisiones emitidas no son vinculantes. Así, cada tribunal decide su caso con base en los hechos presentados, las pruebas aportadas, la ley de la materia, doctrina general; sin que ello, quite que se puedan remitir a decisiones dictadas por tribunales en casos similares. Aquello, podría presentarse como una ventaja o desventaja desde el ángulo que se lo vea.

Empero, la posición frente a la interrogante es que los tribunales del TAS procuren tomar una respuesta positiva. Esta posición toma como base el hecho de que, (i) si la FIFA impone la prohibición de acudir a otro organismo, tribunal o corte local, que no sea reconocido por el TAS para solventar sus disputas en vez de la jurisdicción arbitral del TAS, y (ii) si el TAS toma la decisión de que el derecho de apelar está supeditado o condicionado a la incorporación de una cláusula arbitral en el estatuto de cada miembro de la FIFA, en consecuencia, (iii) vemos como “se violarían los principios esenciales del *due process*, lo que resulta jurídicamente inadmisibles en un estado de derecho”³⁷.

35 G. VELA RUBIO, “El fútbol profesional en Ecuador y la obligatoriedad de sometimiento al Tribunal Arbitral del Deporte”, *USFQ Law Review*, Vol 8, No 1, 2021, p. 300.

36 X. FAVRE-BULLE, *Perchstein c. Court of Arbitration for Sport: How can we break the ice?* en *New Developments in International Commercial Arbitration* 2015, p. 332.

37 Claudio Pizarro c. *Federación Peruana de Fútbol*, CAS 2008/A/1617, Laudo de 15 de abril de 2009, párr. 95.

Entonces, el que un tribunal decida declararse no competente para conocer un caso en virtud de que en el estatuto o reglamento de una federación nacional no se estipula un convenio arbitral, inhabilita el acceso a la justicia arbitral y ordinaria. Esta problemática que debe ser observada por los tribunales del TAS, procurando lograr superar la interrogante planteada y adoptar la tendencia que se genera en el deporte futbolístico, que es optar por el arbitraje como mecanismo para resolver disputas.

Este aspecto, debe tomarse en cuenta con el principio de no interferencia que rige en el derecho deportivo, el cual implica que “un tribunal estatal carece de competencia para conocer de las controversias amparadas por un acuerdo arbitral TAS, por lo que no debe interferir en el mismo”³⁸.

De igual manera, y a fin de superar las cuestiones negativas a la interrogante, una solución es la redacción del convenio arbitral que se incluye en los estatutos o reglamentos de las federaciones miembro. Para ello, la FIFA recoge un modelo de estatuto para sus miembros en donde se establece la cláusula de sumisión al TAS³⁹.

Por último, no olvidemos que el acceso al TAS para la solución de conflictos deportivos en vez de los tribunales ordinarios tiene mayores beneficios, tales como la rapidez, la confidencialidad, e incluso árbitros especializados⁴⁰.

38 F. GONZÁLEZ DE COSSIO, “Arbitraje deportivo”, <<https://bit.ly/3gULZ7W>> (15/10/2022).

39 FIFA Legal Handbook, Edición septiembre 2022, Estatutos modelo edición 2005.

40 M. ECHEVERRÍA BERMÚDEZ, No. 14, p. 93.

Una revisión del sistema arbitral desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los últimos tres años

*Lorena Barraqueta Bucaram**

*Recibido/Received: 31/10/2022
Aceptado/Accepted: 06/11/2022*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cuestiones de debido proceso del arbitraje local. 2.1. Estándares de citación por prensa en el arbitraje. 2.2. La competencia de los árbitros. 2.3. Audiencia de estrados. 2.4. Motivación de laudos en derecho. 3. El agotamiento de la acción de nulidad antes de presentar la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales. 3.1. El estado de las cosas antes de la Corte de 2019. 3.2. El requisito de agotamiento previo de la acción de nulidad del laudo según la Corte de 2019. 4. Las particularidades del control judicial del arbitraje. 5. Las particularidades del control constitucional del arbitraje. 6. El principio kompetenz-kompetenz desde la jurisprudencia constitucional. 7. Conclusiones.

RESUMEN: Este artículo contiene una sistematización de los pronunciamientos más relevantes que ha emitido la Corte Constitucional en materia de arbitraje doméstico desde febrero de 2019 hasta septiembre de 2022.

PALABRAS CLAVE: Control constitucional del arbitraje, control judicial del arbitraje, debido proceso arbitral, jurisprudencia constitucional.

* Candidata al LL.M. de la Universidad de Cambridge, becaria Chevening y del Cambridge Commonwealth, European and International Trust. Profesora de Sistemas de Control Constitucional en la maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Estatal Península de Santa Elena (UPSE). Abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar.



ABSTRACT: This article contains a systematization of the most relevant pronouncements issued by the Constitutional Court about domestic arbitration from February 2019 to September 2022.

KEYWORDS: Constitutional review of arbitration, judicial review of arbitration, due process of arbitration, constitutional jurisprudence.

1. INTRODUCCIÓN

Tras la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, la jurisprudencia constitucional dejó tempranamente zanjado que los laudos arbitrales son objeto de acción extraordinaria de protección como *resoluciones con fuerza de sentencia*, dado que el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación les otorga el efecto de sentencia ejecutoriada y el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales¹.

En doctrina, los opositores al control constitucional del arbitraje criticaron que la Corte Constitucional haya ampliado el espectro de la garantía jurisdiccional sin tomar en cuenta el principio de alternatividad del arbitraje. Además, argumentaron que el constituyente no incluyó expresamente a los laudos como objeto de impugnación de la acción para excluirlos del control de la Corte Constitucional².

No obstante, se han emitido múltiples pronunciamientos que ratifican la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales³. De esta manera, dicha garantía jurisdiccional se ha convertido en la vía principal mediante la que la Corte Constitucional ha establecido estándares procesales relacionados al arbitraje local.

En los últimos tres años, las decisiones de la Corte Constitucional relacionadas con el sistema arbitral doméstico se concentran en

1 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 169-12-SEP-CC*, Caso No. 1568-10-EP, 26 de abril de 2012, p. 12.

2 E. NEIRA ORELLANA, "La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 3* (2011): 33-62.

3 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 123-13-SEP-CC*, Caso No. 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013, p. 8; Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 113-15-SEP-CC*, Caso No. 543-14-EP, 8 de abril de 2015, p. 7.

cuatro aspectos principales: (i) cuestiones de debido proceso en los arbitrajes locales; (ii) el agotamiento previo de la acción de nulidad para presentar la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales; (iii) las particularidades del control judicial y del control constitucional del arbitraje; y, (iv) el principio *kompetenz-kompetenz* con especial énfasis en su dimensión negativa. De esta manera, el presente artículo sistematizará las decisiones emitidas por la Corte Constitucional entre febrero de 2019 hasta septiembre de 2022.

2. CUESTIONES DE DEBIDO PROCESO DEL ARBITRAJE LOCAL

Antes de detallar los aportes principales de la Corte Constitucional en materia de arbitraje, es necesario explicar brevemente a qué se refiere el *debido proceso arbitral*.

El arbitraje se funda en el principio de autonomía de la voluntad, pues son las partes quienes acuerdan someter sus controversias a la decisión de los árbitros, sustrayéndolas de la justicia estatal. Debido a su origen contractual, las partes tienen la libertad de configurar el procedimiento del arbitraje.

Entonces, el debido proceso arbitral es aquel que hayan diseñado las partes en el convenio arbitral por su propia confección, por referencia a un reglamento o, incluso, por delegación a los árbitros para que estos suplan cuestiones procesales no regladas por las partes. Además, entra en juego la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) y, supletoriamente, otras normas procesales como, por ejemplo, el Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”)⁴.

La realidad es que no existe un solo diseño del proceso arbitral, a diferencia de lo que sucede en la justicia ordinaria donde los juicios tienen una configuración legislativa, sin que las partes tengan la posibilidad de modificarla. Hay un *debido proceso arbitral para cada caso*, según la confección particular que hayan hecho las partes, dada la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes y el carácter negocial y flexible del arbitraje. Tal situación hace que no sea preciso hablar del *debido proceso arbitral*, como si fuera uno solo.

4 Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 38.

Sin embargo, existen *estándares mínimos* de debido proceso que deben observarse en todo arbitraje, a pesar de que las reglas de cada proceso puedan variar. En este apartado, nos ocuparemos de dichos estándares que según la Corte Constitucional deben observarse en el arbitraje y que, de desatenderse, podrían constituir violaciones a derechos constitucionales. A continuación, esto será revisado desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional emitida entre los años 2019 y 2022.

2.1. ESTÁNDARES DE CITACIÓN POR PRENSA EN EL ARBITRAJE

La citación por prensa en arbitrajes está regulada en el artículo 11 de la LAM. En su parte pertinente, establece:

Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Si el demandado no compareciere en el término de diez (10) días después de la última publicación, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La imposibilidad de determinación del domicilio del demandado deberá justificarse con arreglo a las normas del Código Orgánico General de Procesos (antes Código de Procedimiento Civil).

La disposición remite a la norma supletoria, el COGEP, en lo que concierne a la justificación sobre *“la imposibilidad de determinación del domicilio”* del demandado. Esta aplicación de la norma supletoria haría pensar que, en arbitraje, para la citación por prensa deberían aplicarse a raja tabla los mismos estándares que en la justicia ordinaria. Sin embargo, la aplicación del COGEP en relación con este modo de citación en arbitraje tiene algunos matices.

La Corte Constitucional ha señalado que la citación por prensa en sede judicial es un mecanismo excepcional que procede solo después de que el actor demuestra que realizó todas las gestiones necesarias para determinar el domicilio del demandado. Es decir, no basta con que el actor así lo declare de forma juramentada, sino que debe ofrecer elementos que sustenten el agotamiento de todos los mecanismos posibles para lograr ubicar el domicilio real

del demandado. Si el juez dispone la citación por prensa sin haber verificado esto, entonces esa omisión constituye una violación del derecho a la defensa del demandado⁵. Este estándar no es aplicable en su totalidad a la citación por prensa en arbitrajes, cuando el demandado ha señalado un domicilio contractual. Así lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia No. 2573-17-EP/21⁶. En el caso bajo examen, un funcionario del centro de arbitraje sentó la imposibilidad de citar al demandado en el lugar que este había determinado contractualmente en evento de controversias. En concreto, la razón del citador señalaba que dicho lugar no coincidía con el domicilio real del demandado.

Luego de ello, la dirección del centro de arbitraje dispuso la citación por prensa, a petición de la parte actora, quien declaró bajo juramento que no le era posible determinar el domicilio de su contraparte. El arbitraje se resolvió sin la comparecencia de la parte demandada y los árbitros tampoco advirtieron una violación del derecho a la defensa, pues declararon la validez del proceso una vez que tomaron conocimiento del caso.

El asunto llegó a la Corte Constitucional a través de una acción extraordinaria de protección presentada contra el laudo por la parte demandada del arbitraje. En lo principal, alegó la violación de su derecho a la defensa porque no se había exigido al actor que agote todas las gestiones necesarias para determinar su domicilio real y que, entonces, se había procedido a la citación por prensa sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para el efecto.

En la sentencia, la Corte Constitucional consideró que “en el arbitraje no aplican con la misma rigurosidad las normas procesales que rigen en los procesos judiciales”⁷ dada la alternatividad de este método de solución de controversias. Entonces, en relación con la citación por prensa, la parte actora cumple con realizar todas las gestiones necesarias al intentar citar al demandado en el domicilio contractual. En este sentido, la Corte estableció:

5 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 609-13-EP/20*, 22 de enero de 2020; *Sentencia No. 1688-14-EP/20*, 22 de enero de 2020; y, *Sentencia No. 593-16-EP/21*, 12 de mayo de 2021.

6 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 2573-17-EP/21*, 25 de agosto de 2021.

7 Ídem., párr. 59.

Así, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, si las partes han fijado de común acuerdo un domicilio, corresponde que en él se practiquen las citaciones y notificaciones correspondientes. En el ámbito arbitral, al ser este mecanismo de origen voluntario, es claro que la voluntad define, asimismo, las reglas a aplicar. Caso contrario, el arbitraje perdería su esencia y naturaleza propia como mecanismo alternativo a la justicia ordinaria (...). Si las partes han convenido un domicilio en el contrato, mal podría exigirse el agotamiento de todo mecanismo para determinar el lugar de citación⁸.

Bajo la lógica de la Corte Constitucional, el domicilio contractual es una herramienta que evita imponer sobre el demandante la carga de determinar cuál es la dirección en la que debe citarse al demandado. Por lo cual, no tendría sentido acordar previamente un domicilio si, llegado el momento de practicar la citación, el actor tuviera que agotar todo mecanismo para encontrar la dirección del demandado. Si así fuera, se atentaría a la voluntad de las partes quienes acordaron un domicilio contractual, en atención al carácter convencional y flexible del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos⁹.

En consecuencia, la Corte concluyó que no existió una violación al derecho a la defensa de la parte demandada del arbitraje porque se observaron los estándares de citación por prensa que regulaban ese proceso específico.

En síntesis, el estándar fijado por la Corte es que, si se ha fijado un domicilio contractual, primero se intente la citación por boleta en ese domicilio del demandado y, con ello, está satisfecho el requisito de efectuar todas las gestiones necesarias por parte del actor, antes de proceder a la citación por prensa en el arbitraje.

2.2. LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS

En la sentencia No. 31-14-EP/19, la Corte Constitucional determinó que la falta de competencia de los árbitros es una violación del derecho al debido proceso en la garantía al juez

⁸ Ídem., párr. 66.

⁹ Ídem., párr. 75

competente, establecida en el literal k), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución¹⁰. También, señaló que este tipo de vulneraciones al debido proceso solo pueden ser solventadas a través de una acción extraordinaria de protección y no mediante la acción de nulidad del laudo, contenida en el artículo 31 de la LAM¹¹. Por último, la Corte aclaró que una transgresión a la garantía del juez competente no debe ser imputada al laudo porque si el “laudo impugnado no contiene la decisión sobre la competencia de los árbitros, mal podría vulnerar el derecho de la accionante al debido proceso en la garantía del juez competente”¹².

A partir de este pronunciamiento de la Corte Constitucional, quedaron dudas sobre cuál es la decisión a la que debe atribuirse la transgresión de la garantía del juez competente en el ámbito del arbitraje: ¿si no es el laudo, entonces es la decisión de competencia?

Para contestar la duda, es necesario puntualizar que la Sala de Admisión de la Corte ha inadmitido las acciones extraordinarias de protección presentadas contra la decisión positiva de competencia de los árbitros (declaratoria de competencia en la audiencia de sustanciación)¹³, así como contra la decisión negativa de competencia (declaratoria de incompetencia en la audiencia de sustanciación); y, esto último también ha sido ratificado por el Pleno del organismo en la sentencia 638-17-EP/21¹⁴. Entonces, la respuesta acertada no es intentar interponer la garantía jurisdiccional contra la decisión de competencia de los árbitros porque esta no satisface el carácter de definitividad que exige el artículo 94 de la Constitución y 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Según las sentencias No. 154-12-EP/19 y 1502-14-EP/19, un auto *definitivo* es aquel que “pone fin al proceso”, lo que se verifica cuando ocurre uno de dos supuestos: (i) “el auto resuelve sobre el fondo de las pretensiones con autoridad de cosa juzgada material”; o (ii) “el auto no resuelve sobre el fondo de las pretensiones, pero

10 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 31-14-EP/19*, 19 de noviembre de 2019, párr. 50.

11 Ídem.

12 Ídem., párr. 61.

13 Corte Constitucional del Ecuador, *auto de inadmisión No. 330-19-EP*, 7 de agosto de 2019, párr. 6; *auto de inadmisión No. 772-19-EP*, 5 de septiembre de 2019, párr. 7.

14 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 638-17-EP/21*, 20 de octubre de 2021.

impide, tanto la continuación del juicio, como el inicio de uno nuevo ligado a tales pretensiones”.

La decisión positiva significa que los árbitros continúan sustanciando el arbitraje, por lo cual, no da por terminado el proceso; y la negativa, implica que el caso se tiene que llevar ante la justicia ordinaria, por lo que no impide que las pretensiones sean discutidas en un nuevo proceso en otra sede. Entonces, ambas decisiones incumplen los parámetros de definitividad establecidos en las sentencias No. 154-12-EP/19 y 1502-14-EP/19. Por ende, ninguna puede ser desafiada a través de la garantía jurisdiccional en cuestión.

En cuanto a los laudos, es necesario considerar que, solo en eventos reducidos, los árbitros tienen la posibilidad de reservar la decisión de su competencia para el laudo¹⁵. En esos casos, la competencia de los árbitros sí sería materia de la decisión final del arbitraje. Por lo cual, solo ahí podría atribuirse la transgresión de la garantía del juez competente a esta última decisión, obedeciendo la lógica de la sentencia No. 31-14-EP/19.

En el resto de casos, los laudos que no contienen la decisión de competencia no son *causa* de la vulneración del derecho a contar con un juzgador competente, porque el pronunciamiento de competencia habría ocurrido en un momento procesal distinto, durante la audiencia de sustanciación, donde los árbitros –por regla general– se pronuncian sobre su propia competencia de conformidad con el artículo 22 de la LAM.

Para la Corte Constitucional, el laudo no es el acto violatorio de la garantía al juez competente por lo que no debe alegarse como una transgresión sujeta a ser revisada mediante acción extraordinaria de

15 Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil establece que “[...] cuando el Tribunal [en audiencia de sustanciación] considere que la decisión sobre la competencia está estrechamente ligada con el fondo de la controversia, podrá resolver que el pronunciamiento sobre la competencia sea efectuado al expedir el laudo”. También, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo señala que tribunal arbitral podrá decidir en el laudo acerca de las objeciones relativas a su competencia. Al respecto, véase: Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Artículo 20 (4); y, Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Artículo 41 (4).

protección. Sin embargo, esta posición no analiza que que dichos laudos son *el resultado* de una violación ocurrida durante el proceso (audiencia de sustanciación)¹⁶. En este sentido, el artículo 61.6 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”) revela que la falta de competencia de los árbitros debe alegarse como una violación de derechos ocurrida “*durante el proceso*”; y, el laudo únicamente constituye el objeto impugnabile para cumplir el requisito del artículo 58 de la LOGJCC, al ser la decisión definitiva que pone fin al arbitraje.

La falta de competencia de los árbitros, como una transgresión sucedida durante el proceso arbitral, requiere que el accionante de la garantía jurisdiccional haya cumplido, antes, con alegar la violación frente a los árbitros, conforme al artículo 61.6 de LOGJCC. Este requisito busca preservar el carácter excepcional y residual de la acción extraordinaria de protección, de tal manera que la justicia constitucional actúe solo en el evento de que los operadores de justicia hayan fallado en solventar la violación de derechos cuando tuvieron la oportunidad de hacerlo, a petición de la parte interesada¹⁷.

Para satisfacer dicha condición, el accionante tiene que oponer la excepción de incompetencia al momento de contestar la demanda arbitral. En este sentido, la Corte Constitucional ha indicado:

[...] la Corte considera necesario destacar que la alegación sobre presuntas vulneraciones a la garantía constitucional a ser juzgado por juez competente, vía acción extraordinaria de protección, requiere que el accionante haya agotado todos los mecanismos procesales contemplados por el marco legal adjetivo previstos para la subsanación del vicio. En efecto, resulta improcedente que, por ejemplo, sin activar la excepción de incompetencia en el juicio ordinario, se alegue la falta de competencia en la acción extraordinaria de protección [énfasis añadido]¹⁸.

En consecuencia, cuando en la demanda de acción extraordinaria de protección se alegue una transgresión a la garantía del juez

16 J. BAQUERO Y L. BARRAZUETA, “La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 12 (2020), p. 276.

17 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1944-12-EP/19*, 5 de noviembre de 2019, párr. 34.

18 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 838-12-EP/19*, 4 de septiembre de 2019, párr. 30; y, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1598-13-EP/19*, 4 de diciembre de 2019, párr. 20.

competente por la falta de competencia de los árbitros, es necesario (i) que se impugne el laudo para cumplir con el objeto de la garantía, sin imputarle directamente la transgresión (sentencia No. 31-14-EP/19), sino que hay que indicar que es el resultado de dicha violación; y, (ii) que previamente se haya opuesto la excepción de incompetencia en el arbitraje¹⁹.

2.3. AUDIENCIA DE ESTRADOS

El artículo 24 de la LAM establece que “[u]na vez practicadas las diligencias probatorias el tribunal [arbitral] señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos en audiencia en estrados si es que lo solicitan”. En la sentencia No. 177-15-EP/20, la Corte Constitucional analizó si la falta de convocatoria a audiencia de estrados en el arbitraje constituye, o no, una violación al derecho a la defensa de la parte peticionaria de la audiencia.

En el caso, la parte accionante de la garantía jurisdiccional señaló que el tribunal arbitral había impedido que presente sus alegaciones de manera oral porque rechazó su petición de diferir la audiencia de estrados y, al contrario, decidió no llevarla a cabo en absoluto.

Al respecto, la Corte Constitucional determinó que la audiencia de estrados “tiene como único fin que las partes presenten sus alegatos finales de forma oral”²⁰ y no constituye un momento procesal rígido y sustancial para garantizar el debido proceso arbitral “pues depende de cada caso, de la solicitud de las partes procesales y del Tribunal Arbitral que tiene la facultad de dirección del proceso”²¹.

En esta línea, la Corte recalcó que la propia LAM admite que la controversia sea resuelta sin audiencia de estrados y que el derecho a la defensa se garantiza a través de “la audiencia de sustanciación y las diligencias probatorias que el tribunal arbitral señale para la práctica y contradicción de pruebas, como fases orales obligatorias del proceso arbitral que garantizan que las partes puedan defenderse adecuadamente y en igualdad de condiciones”²².

19 J. BAQUERO Y L. BARRAZUETA, N. 16, p. 278.

20 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 177-15-EP/20*, 18 de noviembre de 2020, párr. 27.

21 Ídem., párr. 24.

22 Ídem.

Por consiguiente, la Corte Constitucional concluyó que la falta de convocatoria a audiencia de estrados en el arbitraje no constituye una violación del derecho a la defensa.

2.4. MOTIVACIÓN DE LAUDOS EN DERECHO

Los laudos dictados dentro de arbitrajes en derecho deben estar fundados en la ley, los principios universales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina²³, pues su motivación jurídica ha sido examinada por la Corte Constitucional bajo los mismos parámetros que los aplicados a las sentencias emitidas en justicia ordinaria.

En 2021, la Corte Constitucional se alejó expresamente del test tripartito de motivación jurídica, configurado por los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. En su lugar, ha decidido analizar la *existencia, suficiencia y apariencia* de la motivación jurídica, de conformidad con los estándares fijados en la sentencia No. 1158-17-EP/21.

Incluso antes de alejarse expresamente del precedente, la vara que empleó la Corte de 2019 para evaluar si una decisión se encontraba suficientemente motivada era el contenido de la letra l), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución. Es decir, la Corte se había limitado a verificar que la decisión judicial contenga una “estructura mínimamente completa”²⁴, conformada por los siguientes parámetros: (i) la enunciación de las normas en que se fundamenta la decisión; (ii) la enunciación de los hechos del caso; y, (iii) la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho²⁵.

A pesar de que dichos parámetros mínimos fueron impuestos por el constituyente como una obligación de los “servidores” en las “resoluciones de los poderes públicos”, los mismos han sido aplicados para examinar la motivación en que los tribunales arbitrales sustentan

23 Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 3 (3).

24 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21*, 20 de octubre de 2021, párr. 57.

25 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. No. 135-14-EP/20*, 27 de febrero de 2020, párr. 32; No. 308-14-EP/20, 19 de agosto de 2020, párr. 64; No. 1380-15-EP/20, 16 de septiembre de 2020, párr. 31; No. 1299-15-EP/20, 30 de septiembre de 2020, párr. 21.

los laudos dictados en derecho. Sobre la base de este análisis, la Corte Constitucional determinó que los laudos impugnados en los casos 1338-13-EP y 177-15-EP se encontraban suficientemente motivados al cumplir los parámetros previstos en la letra l), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución.

Particularmente, en la sentencia No. 1338-13-EP/20, la Corte precisó que la garantía de la motivación jurídica de los laudos no incluye un acierto de la decisión, por lo cual, no entraría a revisar ese aspecto a través de la acción extraordinaria de protección. Así, dejó establecido que la revisión de los méritos del caso y la valorización de la prueba practicada en el arbitraje son “facultades que le corresponden únicamente al Tribunal Arbitral y no a la Corte Constitucional”²⁶.

Regresando al estándar de motivación, a partir de la sentencia No. 1158-17-EP/21 se analizaron los nuevos estándares de motivación jurídica. La Corte también ha analizado la congruencia frente al Derecho de ciertas decisiones contenidas en los laudos dictados en arbitrajes en derecho. En concreto, la condena en costas procesales.

La congruencia frente al Derecho forma parte de la garantía de la motivación jurídica y significa que la autoridad jurisdiccional conteste toda “cuestión que el sistema jurídico –ley o la jurisprudencia– impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones”²⁷. En relación a la condena en costas procesales, la Corte estableció que el Derecho impone a los árbitros tratar los siguientes asuntos: “(i) calificar las actuaciones de una de las partes o de quien ejerza la defensa técnica del Estado como temerarias o de mala fe, y (ii) ordenar el pago de las costas mediante auto o sentencia, en este caso laudo”²⁸.

En la sentencia No. 1573-15-EP/21, la Corte concluyó que la condena en costas al demandado no se encontraba motivada porque el tribunal arbitral no había explicado los motivos por los cuales

26 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1338-13-EP/20*, 1 de julio de 2020, párr. 42.

27 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21*, 20 de octubre de 2021, párr. 86.

28 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1573-15-EP/21*, 15 de diciembre de 2021, párr. 34.

era procedente condenarle a ese pago, a pesar de la prohibición establecida en el artículo 283 del Código de Procedimiento Civil (norma supletoria vigente a la época del arbitraje). Por ende, la Corte decidió dejar sin efecto el laudo únicamente en la sección que se disponía la condena en costas en contra del demandado, que en ese caso era el Estado.

Por su parte, la juez constitucional Daniela Salazar cuestionó el análisis de la mayoría en su voto salvado porque –a su criterio— la Corte se estaba inmiscuyendo en la corrección de la decisión que habían tomado los árbitros de condenar al Estado en costas, lo que excedía el ámbito de tutela de la garantía a la motivación jurídica. Además, la juez disidente agregó que, a todo evento, la prohibición de condenar en costas al Estado no podía extrapolarse al arbitraje porque la lógica de esta disposición en justicia ordinaria era que el Estado no se pagara a sí mismo (Estado como parte procesal y Estado como administrador de justicia), lo que no se seguía en un sistema privado de administración de justicia.

En todo caso, se advierte que la Corte Constitucional exige a los árbitros que motiven las condenas en costas en función de los estándares fijados por la norma procesal supletoria; caso contrario, dicha decisión se considera inmotivada y por ende, el laudo es susceptible de ser dejado sin efecto en la parte que establece la condena en costas.

Por último, vale recalcar que la Corte Constitucional aún no ha fijado cómo los estándares de motivación jurídica operan en relación con laudos arbitrales dictados en arbitrajes en equidad, toda vez que estos se expiden fundados en el leal saber y entender de los árbitros –quienes no tienen que necesariamente ser abogados— y atendiendo a los principios de la sana crítica²⁹. Con el propósito de establecer un precedente sobre este asunto, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió la acción extraordinaria de protección No. 1057-19-EP el 7 de agosto de 2019, pero este caso aún está pendiente de sustanciación³⁰.

29 Ley de Arbitrajes y Mediación, artículo 3 (2).

30 Corte Constitucional del Ecuador, *auto de admisión No. 1057-19-EP*, 7 de agosto de 2019.

3. EL AGOTAMIENTO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD ANTES DE PRESENTAR LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN CONTRA LAUDOS ARBITRALES

En 2019, la Corte Constitucional cambió su postura respecto de los casos en los que debía agotarse la acción de nulidad del artículo 31 de la LAM antes de presentar la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales. Primero, se detallará el estado de las cosas previo a la Corte de 2019; y, luego, los pronunciamientos de la Corte de 2019.

3.1. EL ESTADO DE LAS COSAS ANTES DE LA CORTE DE 2019

Luego de que la Corte Constitucional aceptara la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales, tuvo que resolver si la acción de nulidad del laudo debía ser agotada previo a impugnar el laudo mediante dicha garantía jurisdiccional, pues el artículo 61.3 de la LOGJCC establece como requisito de admisión que la demanda de la acción extraordinaria de protección contenga la “[d]emostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado”.

Inicialmente, el problema se centraba en si la “acción” de nulidad del laudo podía ser calificada o no como un “recurso”. En ese momento, la postura de la Corte era que solo se debían agotar “recursos” y no “acciones” porque aquel era el umbral de exigencia que establecía expresamente el artículo 61.3 de la LOGJCC³¹.

Una interpretación literal de la Ley de Arbitraje y Mediación no contribuía a clarificar el carácter jurídico del medio de impugnación en cuestión. En esta ley, se utilizan indistintamente los términos “recurso” y “acción” para hacer referencia a la acción de nulidad del laudo. Por un lado, el primer inciso del artículo 31 de esta ley prescribe: “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral [...]”. Por otro lado, el inciso sexto del

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 169-12-SEP-CC*, Caso No. 1568-10-EP, 26 de abril de 2012, p. 12.

señalado artículo, dice: “Este recurso se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa de este [...]”. De la misma manera, los incisos séptimo y décimo de ese artículo prefieren el empleo del término “recurso”.

No obstante, la mayoría de doctrinarios ha coincidido en señalar que la acción de nulidad del laudo es mal llamada un recurso, pues no es tal, sino un medio de impugnación autónomo. Como establece Fernando Reglero Ramos:

Los mal llamados recursos contra el laudo arbitral no son propiamente recursos [...], sino que nos hallamos ante el ejercicio de una acción, solicitando la nulidad del laudo cuando concurren las causas previstas legalmente³².

Para sostener que la acción de nulidad del laudo no puede ser calificada como un recurso, la doctrina ofrece -entre otros- dos motivos principales. El primero es que un recurso implica la posibilidad de que un superior revise lo actuado por el inferior. Esto no ocurre en el caso de la acción de nulidad del laudo dado que un tribunal arbitral carece de un órgano inmediatamente superior³³. En este sentido, Antonio María Lorca Navarrete y Joaquín Silguero Estagnan sostienen:

El arbitraje por propia esencia, no admite grados funcionales ni jerarquías jurisdiccionales porque la unidad es consustancial a su naturaleza, de ahí que el recurso de anulación no se conceptúe como una instancia ad quem ordinaria y propia de una apelación civil [...]³⁴.

En coincidencia con este criterio, la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha expresó lo siguiente en el caso Taminter-nacional Cía. Ltda. contra Fernando Albornoz:

El juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no puede convertirse en segunda instancia para juzgar el laudo por errores in iudicando

32 F. REGLERO RAMOS, *El Arbitraje* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1991), p. 226.

33 M.E. JARA, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2017), p. 202.

34 A. LORCA NAVARRETE Y JOAQUÍN SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de Arbitraje Español* (Madrid: Editorial Dykinson, 1994), p. 502.

ya así modificar sus decisiones por el solo hecho de no estar de acuerdo con sus conceptos o juicios de valor [...]»³⁵.

La segunda razón es que el recurso es concebido como el derecho subjetivo de los litigantes para impugnar una resolución judicial desfavorable de manera que se revise el fondo del asunto para depurar la providencia de los vicios o desviaciones jurídicas en las que ha incurrido³⁶. La acción de nulidad no permite una revisión del mérito que ha sido resuelto en el laudo, sino solo cuestiones adjetivas en virtud de las cuales se podría declarar su nulidad. De otra manera, se desconoce la voluntad de las partes de sustraer sus disputas del conocimiento de los jueces ordinarios. Sobre este tema, Hugo Alsina señala:

La acción de nulidad contra el laudo del Tribunal Arbitral constituye un medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral existente en la generalidad de las legislaciones y constituyendo una figura sui generis fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso ordinario sin parangón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces. Tal acción de nulidad provoca un juicio de control a posteriori sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales [...]»³⁷.

En la misma línea, se pronunció la Corte Nacional de Justicia en el caso *Latin America Telecom Inc. contra Pacifictel S.A.*:

[...] [el] objetivo [de la acción de nulidad] no es otro que el verificar la existencia o no de determinados vicios anulatorios en el procedimiento arbitral [...] lo cual impide a los órganos jurisdiccionales que conocen tal acción, el dictaminar sobre el fondo del asunto sometido al procedimiento arbitral ya que lo que en éste (sic) se resuelve, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tiene efecto de sentencia

35 Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, caso *Taminternacional Cía. Ltda. vs. Fernando Albornoz*, sentencia de 31 de marzo de 2010, p. 6, citada en V. CHIRIBOGA ARTETA, "La problemática actual de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales" (tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, Sede Quito, 2012), 26, <<https://bit.ly/3O1VVSE>>.

36 H. MURCIA BALLÉN, *Recurso de casación civil* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda, 1996), p. 2.

37 H. ALSINA, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Buenos Aires: Editorial Ediar, 1965): p. 87.

ejecutoriada y de cosa juzgada [...] **No corresponde a esta Sala, atenta la naturaleza de la acción de nulidad de laudo [...], analizar si el Tribunal arbitral hizo bien o mal en acoger los principios y las bases legales que fundamentaron su decisión, porque dicha acción de nulidad de laudo no comporta un recurso de alzada contra la resolución arbitral adoptada [énfasis añadido]**³⁸.

De ahí que en la sentencia N.º. 169-12-SEP-CC, la Corte reafirmó que la acción de nulidad del laudo no era propiamente un recurso. Pero estableció que sería considerada como tal a efectos de aplicar el requisito del artículo 61.3 de la LOGJCC sobre el agotamiento de “*recursos ordinarios y extraordinarios*” previo a la presentación de la acción extraordinaria de protección contra el laudo. En términos de la Corte:

[...] una sentencia que acepte la demanda de nulidad afecta directamente la existencia jurídica del laudo que se impugna. Por tanto, la acción de nulidad puede considerarse un recurso, para efectos de la aplicación del artículo 61 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y, por tanto, debe ser agotada previo a la interposición de una acción extraordinaria de protección, con la única excepción de que dicha acción se muestre inadecuada o ineficaz para la resolución del problema [...]³⁹.

En esa decisión de la Corte Constitucional, quedó pendiente determinar en qué casos la acción de nulidad del laudo era “inadecuada o ineficaz para la resolución del problema” y por tanto, no debía ser agotada antes de presentar la garantía jurisdiccional contra el laudo.

En doctrina, la postura predominante era que la acción de nulidad del laudo únicamente resultaba idónea y eficaz para solventar los vicios *in procedendo* recogidos en las causales de nulidad del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esto se debía a que dichas causas legales eran consideradas taxativas.

38 Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, *Juicio n.º: 113-2006 ER*, sentencia de 11 de julio de 2007, citada en J.D. VICUÑA MATOVELLE, “El Arbitraje y las Cortes: la experiencia en Azuay”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 10* (2019): 71.

39 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 169-12-SEP-CC*, Caso No. 1568-10-EP, 26 de abril de 2012, p. 13.

Al respecto, Ernesto Salcedo Verduga establecía que el carácter extraordinario y limitado de la acción de nulidad del laudo implicaba que esta podía basarse exclusivamente en las causas previstas en la ley de la materia⁴⁰. Asimismo, Faustino Córdón Moreno señalaba: “la acción de nulidad [del laudo] es una verdadera pretensión de tutela jurídica que el legislador ha reconocido para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva por los motivos taxativamente previstos en la ley”⁴¹.

De la misma manera, Juan Manuel Marchán estimaba que las causales de anulación del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación tenían dos características fundamentales: (i) su taxatividad y (ii) su referencia a irregularidades adjetivas o errores *in procedendo*, mas no a irregularidades sustantivas o errores *in iudicando*⁴².

En este sentido, también se pronunció la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha de la época, al momento de resolver diversas acciones de nulidad del laudo. Por ejemplo, en el caso Quasar Nautica Expeditions S.A. vs. Ocean Adventures S.A., señaló: “Los motivos de nulidad se encuentran taxativamente establecidos en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación”⁴³. Luego, en el caso EPMAP contra Consorcio Bigdig S.A., reiteró el carácter extraordinario y limitado de la acción de nulidad del laudo:

[La competencia del Presidente de la Corte Provincial en la acción de nulidad del laudo] radica exclusivamente, en conocer y resolver si en el proceso arbitral existe o no el o los motivos de nulidad alegados, ya que la característica principal de la acción de nulidad es que se trata de una acción extraordinaria y limitada por decisión del propio legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, más no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo [sic]⁴⁴.

40 E. SALCEDO VERDUGA, *El arbitraje, la justicia alternativa* (Quito: Editorial Jurídica Míquez Mosquera, 2001), p. 156-158.

41 F. CORDÓN MORENO, *Arbitraje y jurisdicción: Algunas cuestiones polémicas* (Pamplona, España: Editorial Aranzadi S.A., 2010), p. 69.

42 J.M. MARCHÁN, “La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 3 (2012): 19-20.

43 Corte Provincial de Pichincha, Caso *Quasar Nautica Expeditions S.A. c. Ocean Adventures S.A.*, Sentencia de 25 de noviembre de 2009, 12, N. 20.

44 Corte Provincial de Pichincha, Juicio N.º: 42-2011, Sentencia de 23 de agosto de 2011, citada en V. CHIRIBOGA, “La problemática actual de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales”, p. 56.

A pesar de que la mayor parte de la doctrina y ciertos pronunciamientos del presidente de la Corte Provincial de Pichincha iban en la línea de ratificar que las causales de nulidad del laudo eran taxativas, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional comenzó a exigir el agotamiento de la acción de nulidad del laudo por motivos ajenos a las causales de nulidad establecidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Por ejemplo, en el caso N°. 1275-13-EP, se inadmitió la acción extraordinaria de protección por falta de agotamiento de la acción de nulidad del laudo aunque las violaciones de derechos alegadas en la demanda no tenían relación con las causales del artículo 31 de la LAM, sino con una supuesta transgresión de la seguridad jurídica y la motivación jurídica⁴⁵. Lo mismo sucedió en el caso N°. 1362-13-EP⁴⁶.

Esta práctica de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional daba a entender que, contrario a lo sostenido en la doctrina, la acción de nulidad del laudo no se limitaba a las causales legales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Por lo cual, debía ser intentada para solventar otras violaciones de derechos antes de presentar la acción extraordinaria de protección contra el laudo. Es decir, las causales de nulidad del laudo no eran taxativas para la Sala de Admisión de la Corte Constitucional.

La discusión sobre la taxatividad de las causales de nulidad del laudo fue abordada por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N°. 302-15-SEP-CC. En esta sentencia, se estableció como precedente que la acción de nulidad del laudo era en una vía adecuada y eficaz para que se revisen violaciones de derechos constitucionales cometidas por los árbitros en el laudo o en el proceso arbitral, aun cuando no estuviesen comprendidas en las causales del artículo 31 de la LAM, como las transgresiones a las garantías del debido proceso establecidas en las letras k) y l) del artículo 76.7 de la Constitución por la falta de competencia del tribunal arbitral y los vicios en la motivación jurídica del laudo.

Por esto, la acción de nulidad establecida en el artículo 31 de la LAM debía ser agotada en todos los casos previo a la presentación de

45 Corte Constitucional del Ecuador, *Auto de inadmisión No. 1275-13-EP*, 30 de enero de 2014.

46 Corte Constitucional del Ecuador, *Auto de inadmisión No. 1362-13-EP*, 16 de enero de 2014.

la extraordinaria de protección contra el laudo. En otras palabras, la acción de nulidad del laudo no se limitaba a las causales del referido artículo 31 y, por tanto, estas no eran taxativas⁴⁷.

3.2. EL REQUISITO DE AGOTAMIENTO PREVIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO SEGÚN LA CORTE DE 2019

El 19 de noviembre de 2019, la Corte Constitucional dictó las sentencias N°. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19 para alejarse del precedente N°. 302-15-SEP-CC sobre el agotamiento de la acción de nulidad del laudo antes de presentar la acción extraordinaria de protección.

En las sentencias N°. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19, los actuales jueces de la Corte Constitucional establecieron dos puntos importantes: (i) la acción de nulidad del laudo debe agotarse como un medio de impugnación autónomo y no como si fuera un recurso a efectos de aplicar el artículo 61.3 de la LOGJCC dado el carácter extraordinario de la garantía jurisdiccional; y, (ii) la acción de nulidad del laudo solo es idónea y eficaz para solventar violaciones de derechos relacionadas a las causales de nulidad del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁴⁸. Esto último, en atención al carácter taxativo de las causales⁴⁹.

Por lo cual, en la actualidad, la acción de nulidad del laudo debe agotarse exclusivamente cuando la alegada violación de derechos constitucionales esté relacionada a una de esas causales. Caso contrario, cabe la presentación directa de la acción extraordinaria de protección contra el laudo⁵⁰.

Además, en el cambio de precedente la Corte puntualizó que la falta de competencia del tribunal arbitral y los vicios en la motivación jurídica del laudo no forman parte de las causales de nulidad del artículo 31 de la LAM⁵¹. Por lo tanto, en dichos casos, no cabe agotar

47 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 302-15-SEP-CC*, Caso No. 880-13-EP, 16 de septiembre de 2015, p. 21-25.

48 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 323-13-EP/19*, 19 de noviembre de 2019, párrs. 25 y 38; Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 31-14-EP/19*, 19 de noviembre de 2019, párr. 54.

49 Ídem., *Sentencia No. 323-13-EP/19*, párrs. 28-29; *Id.*, *Sentencia No. 31-14-EP/19*, párrs. 41-47.

50 Ídem., *Sentencia No. 31-14-EP/19*, párr. 52.

51 Contrario a lo señalado por la Corte Constitucional, la opinión de algunos autores es que la causal del literal d) del artículo 31 de la LAM permite revisar la falta de competencia *ratione*

la acción de nulidad del laudo, sino presentar directamente la acción extraordinaria de protección si se busca alegar transgresiones a las garantías del debido proceso establecidas en las letras k) y l) del artículo 76.7 de la Constitución⁵².

Finalmente, la Corte aclaró que la necesidad de agotar la acción de nulidad del laudo no implica que el arbitraje está eximido del control constitucional por una falta de citación al demandado y demás causales de nulidad del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Únicamente supone que, antes de activar la justicia constitucional para revisar el arbitraje, debe hacerse uso del medio de impugnación disponible en la justicia ordinaria para corregir las violaciones del debido proceso a las que se refieren las causales de nulidad del laudo⁵³.

4. LAS PARTICULARIDADES DEL CONTROL JUDICIAL DEL ARBITRAJE

El artículo 31 de la LAM regula la acción de nulidad de laudos arbitrales como un mecanismo de control judicial y posterior al arbitraje⁵⁴. Sobre esta acción, la Corte Constitucional ha realizado cuatro aportes principales.

voluntatis de los árbitros por cuestiones no sometidas a arbitraje, pero no la competencia en razón de la materia, ni en razón de las personas. Al respecto, véase: V. CENTENO, A. B. MORALES Y R. SÁNCHEZ ROMERO, "Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 9* (2017): 267.

52 Ídem., *Sentencia No. 31-14-EP/19*, párr. 56.

53 Ídem., *Sentencia No. 323-13-EP/19*, párr. 35. También, véase: J. BAQUERO Y L. BARRAZUETA, "La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales", No. 16, p. 285.

54 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 31: "Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; 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) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite [...]".

Primero, la Corte delimitó la competencia de los presidentes de las Cortes Provinciales de la siguiente manera: (i) estos solo pueden analizar cuestiones relativas a las causales taxativas del artículo 31 de la LAM⁵⁵; (ii) la nulidad es una sanción contra el acto y no contra los árbitros o la institución administradora del arbitraje, por lo cual, no pueden dictar costas en contra de estos últimos⁵⁶; y, (iii) carecen de competencia para anular el laudo arbitral cuando la acción de nulidad es presentada fuera del término legal, pues el laudo adquiere firmeza⁵⁷.

Según la Corte Constitucional, es importante que los presidentes de las Cortes Provinciales circunscriban su actuación al ámbito de su competencia porque “la efectividad del sistema arbitral depende de un deber de respeto e independencia por parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje”⁵⁸.

Segundo, la Corte de 2019 aclaró que quien tiene la titularidad de la legitimación pasiva en la acción de nulidad del laudo es la contraparte del arbitraje y no, los árbitros o la institución administradora del arbitraje. En este sentido, la Corte señaló:

[...] la titularidad de la legitimación pasiva en la acción de nulidad del laudo arbitral se limita a las partes del arbitraje y no se extiende a los árbitros o a la institución administradora del arbitraje. Estos últimos tienen la aspiración lícita de que su labor como autoridad jurisdiccional y administrativa sea reconocida, esto es, que el laudo arbitral sea declarado válido y despliegue sus naturales efectos, pero su posición no es equiparable a la de una parte procesal cuyos derechos e intereses legítimos se encuentran en juego.

45. En este sentido, es necesario resaltar que la declaratoria de nulidad es una sanción contra el laudo arbitral como acto procesal y no contra las personas de los árbitros o la institución administradora del arbitraje. En consecuencia, la decisión de dicha acción sólo (sic) tiene la potencialidad de afectar al laudo

55 Ídem., *Sentencias No. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19*.

56 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 308-14-EP/19*, 19 de agosto de 2020, párr. 45 y pie de página No. 30.

57 Ídem., párr. 58.

58 Ídem., *Sentencia No. 323-13-EP/19*, párr. 33-35 y *Sentencia No. 308-14-EP/19*, párr. 61.

que incumbe a las partes del arbitraje, y no tiene la aptitud de generar consecuencias directas para los árbitros o la institución administradora del arbitraje [...]»⁵⁹.

Por consiguiente, la Corte concluyó que se viola el derecho a la defensa cuando la contraparte del arbitraje no es citada dentro de la acción de nulidad del laudo; mientras que los árbitros y la institución administradora del arbitraje no requieren ser citados.

Tercero, la Corte de 2019 ha enfatizado que las sentencias dictadas por los presidentes de las Cortes Provinciales dentro de acciones de nulidad del laudo no son susceptibles de apelación, ni casación y de ningún otro recurso propio de la justicia ordinaria. No obstante, vale recalcar que la cuestión de los medios de impugnación disponibles contra estas sentencias ya estaba resuelta por la resolución No. 8-2017 del Pleno de la Corte Nacional y sentencias de la anterior conformación de la Corte Constitucional, respectivamente⁶⁰.

Esta Corte ha sido consecuente con aquello, recalcando que la acción de nulidad es un proceso de naturaleza especial, cuya configuración se encuentra autocontenida en el artículo 31 de la LAM y que, como este no prevé recursos verticales, la decisión de los presidentes de las Cortes Provinciales no puede ser recurrida a través de apelación, ni casación⁶¹. Esto sin perjuicio de la impugnación de tal decisión a través de acción extraordinaria de protección.

Por último, el *cuarto* aporte significativo de la Corte Constitucional es la delimitación del alcance de la causal establecida en la letra d) del artículo 31 de la LAM, que establece que un laudo podrá ser declarado nulo cuando “se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”. En doctrina, se discutía si la redacción de “cuestiones no sometidas al arbitraje” abría la posibilidad de que la justicia ordinaria revise nuevamente el alcance objetivo del convenio arbitral a efectos de controlar la competencia *ratione voluntatis* de los árbitros⁶². Pero la Corte Constitucional, en

59 Ídem., *Sentencia No. 308-14-EP/19*, párr. 44 y 45.

60 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0008-2008-DI, 4 de junio de 2009.

61 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1703-11-EP/19*, 18 de diciembre de 2019, párr. 33; *Sentencia No. 1059-15-EP/20*, 21 de octubre de 2020.

62 V. CENTENO, A. B. MORALES, R. I. SÁNCHEZ, “Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* N°. 9, 2017, p. 267.

la sentencia de mayoría No. 2813-17-EP/21, zanjó la discusión y determinó que dicha causal solo habilita la revisión del laudo para vicios de incongruencia de *ultra* y *extra petita*⁶³.

5. LAS PARTICULARIDADES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

La Corte Constitucional ha dicho que ella es la única que puede controlar al arbitraje en sede constitucional y ha establecido al menos tres parámetros para que el control constitucional del arbitraje pueda prosperar.

Primero, las violaciones de derechos procesales ocurridas dentro de un arbitraje se solventan solo a través de la acción extraordinaria de protección, en sede constitucional⁶⁴. Al respecto, la sentencia No. 481-14-EP/20 claramente expresa:

33. El artículo 190 de la Constitución de la República contempla que “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos.” De ahí, que la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que las decisiones que se dicten en el marco de un proceso arbitral, son de carácter jurisdiccional, por lo que incluso ha reconocido **el control constitucional de laudos arbitrales mediante la acción extraordinaria de protección**⁶⁵. (énfasis añadido).

Para recalcar que la acción extraordinaria de protección es la única vía apta para el control, la Corte Constitucional dedicó toda una sección de la sentencia No. 308-14-EP/19 para advertir a los demás jueces del sistema que el empleo de la acción de protección para atacar decisiones dictadas dentro de arbitrajes es una desnaturalización de la garantía y una interferencia indebida de la justicia constitucional en la arbitral⁶⁶. En otras palabras, la Corte ha determinado que constituye una desnaturalización de la acción de protección utilizarla para controlar el arbitraje.

63 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia 2813-17-EP/21*, 13 de octubre de 2021, párr. 24.

64 LOGJCC, artículo 63; y, Reglamento de Sustanciación de Casos de Competencia de la Corte Constitucional, artículo 3.8 (letra c).

65 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 481-14-EP/20*, 18 de noviembre de 2020, párr. 33.

66 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 308-14-EP/19*, 19 de agosto de 2020, párrs. 33-35.

Segundo, el control es posterior a la emisión del laudo, pese que lo que se intente reclamar haya ocurrido en la fase administrativa del arbitraje. Esto se debe a que la acción extraordinaria de protección solo procede contra decisiones dotadas de cosa juzgada formal y material; y, no contra providencias intermedias⁶⁷.

Por esto, de cara al arbitraje, la acción extraordinaria de protección no funciona para impugnar otros tipos de autos, como los que dictan los directores de los centros de arbitrajes, pues sus decisiones carecen del carácter de definitividad. Entonces, necesariamente, la parte interesada debe esperar a que se emita el laudo para, recién ahí, acudir a la Corte Constitucional con su reclamo de violación de derechos. La sentencia 2573-17-EP/21 es un claro ejemplo de ello⁶⁸.

En ese caso, la Corte Constitucional analizó la posible violación de derechos por un defecto en la citación del demandado en el arbitraje. A pesar de que la vulneración tuvo lugar en la fase administrativa del arbitraje -esto es, mucho antes de la emisión del laudo- el accionante tuvo que esperar al laudo para activar el control constitucional del arbitraje.

Tercero, el control constitucional del arbitraje es residual porque previamente deben agotarse todos los medios de impugnación que prevé el ordenamiento jurídico.⁶⁹ Como se dijo anteriormente, la idea es que los propios árbitros u otros operadores de justicia tengan la oportunidad de solventar la violación de derechos antes de que el caso llegue a manos de la Corte Constitucional.

Bajo esta lógica, la Corte Constitucional obliga a agotar la acción de nulidad del laudo, cuando la violación de derechos del arbitraje guarde relación con las causales establecidas en el artículo 31 de la LAM⁷⁰. Además, en esa línea, la Corte fue enfática en decir que la posible violación de la garantía a un juez competente solo puede ser resuelta por ella⁷¹ y, para el efecto, exige que el accionante haya alegado la excepción de incompetencia ante los árbitros⁷².

67 Constitución, artículo 94; LOGJCC, artículo 58; y, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 154-12-EP/19*, 20 de agosto de 2019, párr. 44.

68 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 2573-17-EP/21*, 25 de agosto de 2021.

69 LOGJCC, artículo 61.3.

70 Ídem., *Sentencias No. 323-13-EP/19* y *31-14-EP/19*.

71 Ídem., *Sentencia No. 31-14-EP/19*, párr. 49 y 56.

72 LOGJCC, artículo 61.6.

En conclusión, las particularidades del control constitucional del arbitraje se resumen en que (i) la vía constitucional de control es exclusivamente la acción extraordinaria de protección que es de conocimiento de la Corte Constitucional; (ii) el control es *ex post*; y, (iii) el control es residual.

6. EL PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El principio *kompetenz-kompetenz* está previsto en el artículo 22 de la LAM y su función positiva es asignar a los árbitros la competencia para decidir sobre “[...] su propia competencia, esto es, toda controversia relativa a la existencia, validez y el alcance del contrato de arbitraje [...]”⁷³. Al mismo tiempo, en su dimensión negativa, este principio implica que los jueces ordinarios deben abstenerse de resolver las objeciones a la jurisdicción arbitral, pues son los árbitros quienes tienen el privilegio de conocerlas primero, sin perjuicio de su control posterior en sede constitucional.

De esta manera, los jueces ordinarios están obligados a remitir el caso a arbitraje cuando se plantea la excepción de existencia de convenio arbitral, sin analizar cuestiones relativas a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral⁷⁴.

Según la Corte Constitucional, el principio *kompetenz-kompetenz* implica que “los árbitros tienen la facultad de decidir sobre su propia competencia sobre la base del convenio arbitral”⁷⁵. Por lo cual, cuando otros operadores de justicia han invadido dicha competencia de los árbitros, la Corte Constitucional ha dejado sin efecto sus decisiones por transgredir el derecho al juez competente.

Desde la sentencia No. 006-10-SEP-CC, la anterior conformación de la Corte aclaró que el único que puede decidir si el convenio arbitral es válido y eficaz es el tribunal arbitral. En el caso, dejó

73 E. SILVA ROMERO, 2008, “Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz”, *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá: Legis Editores S.A., p. 581.

74 Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 7. Resolución 8-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

75 Ídem., *Sentencia No. 31-14-EP/19*, párr. 58.

sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia por haberse atribuido indebidamente la competencia de analizar la eficacia del convenio arbitral⁷⁶.

En la misma línea, la Corte de 2019 dictó la sentencia No. 1758-15-EP/20. En el caso, un juez de contravenciones declaró la nulidad de un convenio arbitral por considerar que este violaba los derechos del consumidor, de conformidad con el artículo 43.4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Ahí, la Corte expresó que la validez del convenio arbitral escapaba del ámbito de pronunciamiento de los jueces ordinarios. En palabras de la Corte:

[E]n la sentencia de primera instancia, así como [en] la de segundo nivel, los juzgadores se adjudicaron una potestad que no tienen bajo la ley; esto es, **no están facultados para resolver sobre la validez de un convenio arbitral, por lo dispuesto en el artículo 22 de la LAM**, así supuestamente los hechos encajen en lo dispuesto en el artículo 43 numeral 4 de la LODC [énfasis añadido]⁷⁷.

Lo problemático de esta última sentencia es que presenta una contradicción. Si bien la Corte restringió tajantemente la labor de los jueces ordinarios en relación al análisis de *validez* del convenio arbitral, parece que la Corte prohibió y, al mismo tiempo, abrió la puerta para que los jueces revisen el *alcance objetivo* del convenio arbitral:

[...] cuando un juez conoce y resuelve la excepción de convenio arbitral, no le corresponde entrar a pronunciarse sobre el convenio en sí mismo (alcance y validez), **sino únicamente determinar si la materia de la litis se enmarca en el objeto del convenio o no**, entendiendo que ante la duda debe prevalecer el arbitraje, bajo el principio *in dubio pro arbitri*, recogido en los artículos 7 y 8 de la LAM [énfasis añadido]⁷⁸.

A partir de ese pronunciamiento, podría existir discusión sobre el nivel de revisión que pueden efectuar los jueces ordinarios en

76 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 0006-10-SEP-CC*, Caso No. 712-09-EP, 24 de febrero de 2010.

77 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1758-15-EP/20*, 25 de noviembre de 2020, párr. 44.

78 Ídem., párr. 43.

relación al *alcance* del convenio arbitral. Sin embargo, la sentencia No. 707-16-EP/21 parece rectificar la imprecisión de la sentencia No. 1758-15-EP/20.

El caso de origen de la sentencia No. 707-16-EP/21 es un juicio ejecutivo donde los jueces de instancia se negaron a remitir el caso a arbitraje porque analizaron la cláusula arbitral –contenida en una póliza de seguro— y decidieron que esta no era de contenido obligatorio, sino potestativo, dado que su redacción señalaba que las partes *podían* acudir a arbitraje. Esto fue declarado por la Corte Constitucional como una transgresión de la garantía al juez competente, dado que el principio kompetenz-kompetenz otorga a los árbitros la facultad de revisar la “*existencia*”, la “*validez*”, el “*alcance*” y la “*eficacia*” del convenio arbitral⁷⁹. Si bien el caso no trataba propiamente sobre el *alcance* del convenio arbitral, la Corte aprovechó la oportunidad para enfatizar que esta cuestión tampoco es revisable por parte de los jueces ordinarios.

De ahí, la sentencia No. 1737-16-EP/21 recalca que, en ningún caso, los operadores de la justicia estatal tienen la posibilidad de revisar la *validez* de la cláusula arbitral. En ese caso, los jueces ordinarios rechazaron la excepción de existencia de cláusula arbitral, declarándola “*patológica*” en razón de la inexistencia del centro de arbitraje que fue convenido por las partes. A criterio de la Corte Constitucional, esa actuación de los jueces ordinarios constituía una violación del debido proceso por la invasión de la competencia de los árbitros. En su parte pertinente, la sentencia No. 1737-16-EP/21 determinó lo siguiente:

39. Lo anterior evidencia que la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas **emitió un criterio sobre los requisitos de un convenio arbitral, cuestión que le corresponde a un tribunal arbitral**, el cual, en caso de ser procedente, debería aplicar las normas pertinentes sobre la omisión de los elementos de una cláusula arbitral y resolver sobre su propia competencia, según el principio kompetenz-kompetenz ya referido.

⁷⁹ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 707-16-EP/21*, 8 de diciembre de 2021, párrs. 22 y 38.

40. Es decir, al que le correspondía pronunciarse sobre el convenio arbitral es al tribunal arbitral, mas no a la justicia ordinaria, ya que, **según el principio kompetenz-kompetenz, el tribunal arbitral es el primero en resolver sobre su competencia. Por lo que, el análisis sobre la suficiencia y validez de la cláusula arbitral** y, por ende, la determinación de si la cláusula arbitral era o no patológica o si el tribunal arbitral era competente o no para conocer la controversia, es un asunto que no le correspondía a la justicia ordinaria.

41. Al haberse pronunciado sobre lo anterior y, por tanto, haberse atribuido una competencia que no tenían, los jueces del Tribunal ad quem vulneraron el derecho al debido proceso en su garantía de ser juzgado por una o un juez independiente, imparcial y competente⁸⁰.

En conclusión, los pronunciamientos de la Corte Constitucional enfatizan la abstención a la que están obligados los jueces ordinarios en relación al análisis del convenio arbitral, pues el principio *kompetenz-kompetenz* otorga esa facultad a los árbitros. Caso contrario, la actuación judicial que se entromete en la competencia de los árbitros es considerada por la Corte como violatoria del derecho al debido proceso en la garantía del juez competente.

7. CONCLUSIONES

En este artículo se han abordado los aportes de la jurisprudencia constitucional al sistema arbitral ecuatoriano en los últimos tres años. Particularmente, se revisaron los estándares mínimos de debido proceso que deben seguirse en los arbitrajes locales en relación a cuatro cuestiones procesales:

- i. Citación por prensa.*- Si se ha fijado un domicilio contractual, primero debe intentarse la citación por boleta en el domicilio contractual del demandado. Con ello, está satisfecho el requisito de efectuar todas las gestiones necesarias por parte del actor, antes de proceder a la citación por prensa en el arbitraje.

⁸⁰ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1737-16-EP/21*, 21 de julio de 2021, párrs. 39-41.

- ii. *La competencia de los árbitros.*- La falta de competencia de los árbitros es una violación del derecho al debido proceso en la garantía al juez competente que solo puede ser revisada por la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección. Para el efecto, es necesario impugnar el laudo para cumplir con el objeto de la garantía, pero sin imputarle la transgresión; y, que previamente se haya opuesto la excepción de incompetencia en el arbitraje.
- iii. *Audiencia de estrados.*- La falta de convocatoria a audiencia de estrados en el arbitraje no constituye una violación del derecho a la defensa.
- iv. *Motivación de laudos en derecho.*- Son aplicables los estándares de motivación jurídica de las decisiones dictadas justicia ordinaria. En particular, la condena en costas debe motivarse en función de los requisitos impuestos por la norma procesal supletoria a la LAM; y, la Corte Constitucional aún no ha esclarecido qué estándares de motivación jurídica operan en relación a laudos en equidad.

En relación con el agotamiento previo de la acción de nulidad del laudo, la Corte determinó que esta debe agotarse exclusivamente cuando la violación de derechos constitucionales esté relacionada a una de las causales del artículo 31 de la LAM. En los demás casos, cabe la presentación directa de la acción extraordinaria de protección contra el laudo.

En cuanto al control judicial del arbitraje, la Corte ha fijado límites materiales a la competencia de los presidentes de las Cortes Provinciales. Además, estableció que la contraparte del arbitraje es quien tiene la titularidad de la legitimación pasiva en la acción de nulidad del laudo; y, ha recalado que no caben medios de impugnación, propios de la justicia ordinaria, para atacar las sentencias de los presidentes de las Cortes Provinciales en acciones de nulidad de laudos arbitrales. También interpretó el alcance de la causal de nulidad establecida en el literal d) del artículo 31 de la LAM, limitándolo a vicios de *ultra* y *extra petita* en el laudo.

Respecto al control constitucional del arbitraje, la Corte ha señalado que la vía apta para el efecto es exclusivamente la acción

extraordinaria de protección y no, la acción ordinaria de protección. También, ha dicho que tal control es *ex post* y residual. Por lo cual, deben agotarse todos los mecanismos de impugnación ordinarios antes de acudir a la Corte Constitucional. Esto deriva en dos presupuestos: (i) no puede ser activado sin que se haya agotado la acción de nulidad del laudo, cuando la violación se refiera a una de las causales establecidas en el artículo 31 de la LAM; y, (ii) para alegar la supuesta violación de la garantía al juez competente, la parte interesada tiene que haber alegado la excepción de incompetencia ante los árbitros, la que tuvo que haber sido negada por los árbitros en el momento procesal oportuno.

Por último, se revisó que la Corte ha reafirmado el principio *kompetenz-kompetenz*, por el cual, los jueces ordinarios deben abstenerse de analizar el convenio arbitral, al ser una facultad atribuida a los árbitros. De lo contrario, la intromisión de la justicia ordinaria en esa competencia de los árbitros es calificada como violatoria del derecho al debido proceso en la garantía al juez competente.

2019-2022: COMPILADO DE SENTENCIAS DESTACADAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ARBITRAJE

Sentencia	Contenido
1338-13-EP/20 y 177-15-EP/20	Motivación de laudos en derecho. Se aplican los mismos estándares usados para revisar las decisiones emitidas en justicia ordinaria. Nótese el nuevo estándar de suficiencia motivacional fijado en la sentencia No. 1158-17-EP/21.
1403-16-EP/21	La inadmisión del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Corte Provincial sobre una acción de nulidad del laudo, no es violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva.
1573-15-EP/21	La prohibición de condenar en costas al Estado debe ser aplicada por los árbitros. De ser inobservada, existe vulneración de derechos.
1703-11-EP/19	No cabe casación en la acción de nulidad del laudo.
1737-16-EP/21	Los jueces no pueden revisar la validez de la cláusula arbitral, pues esto corresponde a los árbitros.
1758-15-EP/20	Los jueces ordinarios no están facultados para resolver sobre la validez del convenio arbitral por lo dispuesto en el artículo 22 de la LAM.
177-15-EP/20	No existe violación del derecho a la defensa si el tribunal arbitral omite convocar a audiencia de estrados, aun cuando esto fue solicitado por una de las partes.
2120-16-EP/21	No se vulnera la garantía de motivación cuando el laudo arbitral expone las normas aplicadas y su pertinencia al caso. No se vulnera la seguridad jurídica cuando el laudo arbitral aplica normas previas, claras y públicas propias del proceso.

2373-16-EP/21, 692-15-EP/21, 2373-16-EP/21	Autos dictados en la fase de ejecución de laudo no son objeto de AEP.
2573-17-EP/21	Estándares de citación por prensa en arbitraje - Citación en domicilio contractual.
2590-16-EP/21	<p>No hay violación de derechos en la sentencia de acción de nulidad del laudo si el Presidente de la Corte Provincial no se pronuncia sobre una causal de nulidad inexistente (no contemplada en el artículo 31 de la LAM), y tampoco si omite pronunciarse sobre una causal de nulidad del laudo que no fue alegada por el accionante (de la nulidad) en su demanda.</p> <p>La Corte Constitucional no revisa oficiosamente la motivación del laudo arbitral cuando esto no fue expresamente alegado en la acción extraordinaria de protección, a pesar de que el accionante esté reclamando que el juez de la acción de nulidad cometió la vulneración de derechos por no declarar una supuesta incongruencia en la motivación del laudo.</p>
2813-17-EP/21	La causal establecida en la letra d) del artículo 31 de la LAM se limita a los vicios de incongruencia extra y ultra petita.
308-14-EP/19	La acción de protección no es la vía adecuada para impugnar decisiones emitidas por el tribunal arbitral, pues solo cabe acción extraordinaria de protección contra el laudo. El legitimado pasivo de la acción de nulidad es la contraparte del arbitraje, no los árbitros. Declarar nulo un laudo dentro de una acción de nulidad, presentada extemporáneamente, es violatorio del derecho a la seguridad jurídica. La Corte resalta el principio de mínima intervención en el arbitraje para la eficacia del sistema arbitral.

<p>31-14-EP/19 y 323-13-EP/19</p>	<p>Cambio de precedente: No se debe agotar la acción de nulidad del laudo cuando se trata de violaciones de derechos relacionadas a la motivación del laudo y la falta de competencia de los árbitros. Las causales del artículo 31 de la LAM son taxativas. Solo la Corte Constitucional puede solventar la violación a la garantía del juez competente en un arbitraje.</p>
<p>481-14-EP/20</p>	<p>Desnaturalización de la acción de protección por usarla como vía de impugnación de decisiones arbitrales en sede constitucional.</p> <p>La dirección de la institución administradora del arbitraje no ejerce funciones jurisdiccionales, sino solo los árbitros (párr. 39).</p>
<p>521-16-EP/21, 160-16-EP/21</p>	<p>Auto de inadmisión de recurso de casación interpuesto dentro de acción de nulidad del laudo no es objeto de AEP.</p>
<p>638-17-EP/21</p>	<p>Declaratoria de incompetencia de los árbitros no es objeto de AEP.</p>
<p>707-16-EP/22</p>	<p>Los jueces están obligados a remitir a las partes a arbitraje cuando existe cláusula arbitral, aun cuando se trata de un juicio ejecutivo y aunque la redacción de la cláusula establezca que las partes “podrán” acudir a arbitraje.</p>
<p>942-22-EP</p>	<p>EP presentada contra el laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, en el marco de una demanda propuesta por Seguros Unidos, en calidad de compañía accionante, por el incumplimiento de un contrato de prestación de servicios. La compañía accionante alegó la vulneración del derecho al debido proceso en las garantías de la motivación y de practicar las pruebas, pues el laudo impugnado carece de fundamentación normativa que sirvió de base para la decisión. Además, señaló que el laudo arbitral adolece de incongruencia frente a las partes, toda vez que omite pronunciarse respecto al cargo principal que configuraba el objeto de la controversia. El Tribunal consideró que la demanda contiene un argumento claro y que el caso permitiría solventar la posible vulneración del derecho al debido proceso, en el contexto de un proceso arbitral y las decisiones emitidas dentro del mismo.</p>



FALCONI PUIG

ABOGADOS

DESDE 1972

www.falconipuig.com



Quito

Av. Amazonas N21-147
Edif. Río Amazonas, Of 900

Guayaquil

Av. 9 de octubre 100
Edif. La Previsora, Of 2103

Contacto:

Telf: + 593 2 256 1808
mail@falconipuig.com



ROBALINO

*Somos lo que hacemos día a día; de modo que
la excelencia no es un acto, sino un hábito.*

f / robalinoabogados
in / Robalino Law
@robalinolaw

Quito • Guayaquil • Cuenca
Manta • Machala

Scan Me
www.robalinolaw.com



La sección 1782 del título 28 del código de Estados Unidos y sus implicaciones dentro del Arbitraje Internacional y de Inversiones

Blanca Gómez de la Torre*
Steven Vásconez Jácome**

Recibido/Received: 18/11/2022
Aceptado/Accepted: 27/11/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El *discovery* como herramienta para la obtención de evidencia. 2.1. ¿Por qué fue necesaria la interpretación por parte de Corte Suprema de Estados Unidos de América? 3. La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. 3.1. Definición de tribunal extranjero y tribunal internacional y otras consideraciones. 3.2. Arbitraje de inversiones, inversionista-Estado. 3.3. Implicación de la decisión en las controversias bajo el Convenio CIADI. 4. Consecuencias de esta decisión 4.1. ¿Afecta esto al arbitraje? 5. Conclusión.

RESUMEN: El *discovery* es una herramienta utilizada para la obtención de prueba en posesión de los residentes y nacionales de los Estados Unidos de América (también "EE. UU."). Esta era utilizada por las partes intervinientes en los foros de arbitraje para ir un poco más allá en la producción de prueba por parte de los residentes del país previamente mencionado, sin embargo, su aplicación no era clara y tenía divididos a los tribunales de circuito en los EE.UU. Esto ocasionó que la Corte Suprema de dicho país decidiera dar su interpretación de la Sección 1782 del Título 28 del Código de Estados

* Socia de la firma ECIIA 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

** Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: steven.vas1305@gmail.com | svasconezj@estud.usfq.edu.ec



Unidos con el fin de terminar con las interpretaciones divididas, no obstante, aún quedarían espacios para interpretación. Finalmente, se analiza el impacto que esta decisión puede tener dentro de los foros de arbitraje al no ser el único medio de producción de prueba y solo ser aplicable a la persona residente o nacional de los EE. UU.

PALABRAS CLAVE: Discovery, Arbitraje internacional, Arbitraje de inversiones.

ABSTRACT: *Discovery* is a tool used to obtain evidence in possession of U.S. residents and nationals. It was used by the parties in arbitration forums to go a little further in the production of evidence by the residents of said country, however, its application was not clear and divided the circuit courts in the United States of America. This caused the Supreme Court of the United States of America to decide to issue an interpretation of Section 1782 of Title 28 of the Code of that country, to put an end to the divided interpretations. In any case, there still could be room for interpretation. Finally, the impact that this decision may have within the arbitration forums is analyzed in this work, since it is not the only means of production of evidence and it is only applicable to a U.S. resident or national.

KEYWORDS: Discovery, International Arbitration, Investment Arbitration.

1. INTRODUCCIÓN

A nivel internacional existe un constante desequilibrio en relación a la forma en la que las diferentes jurisdicciones conciben la producción de la prueba. Esto responde a la falta de armonización entre los diferentes métodos utilizados y las diferencias entre los sistemas del derecho de los comunes "*common law*" y el derecho continental "*civil law*". Dependiendo de la jurisdicción, son aceptados o no ciertos métodos de obtención de prueba como: (i) los rumores, (ii) las declaraciones obtenidas del privilegio legal; o, (iii) la prueba obtenida ilegalmente¹. Esta divergencia en la obtención de

¹ J. LOVELAND, M. FERNÁNDEZ, AND K. DUGGAL, *Same Proposition, Different Outcome? Need for Harmonization for Evidentiary Standards*, <<https://bit.ly/3u5QrnC>> (30/09/2022).

prueba no es ajena a los arbitrajes donde las partes son de diferentes nacionalidades. Para el caso de los nacionales o residentes de los Estados Unidos, este asunto cobra mayor importancia, pues existe en esta jurisdicción la posibilidad de pedir auxilio de sus cortes para la obtención total de la prueba, mediante la invocación del Título 28 del *United States Code* en su Sección 1782 (desde ahora 28 U.S.C §1782). La prueba así obtenida puede ser utilizada en tribunales extranjeros o internacionales y, así, conseguir material probatorio que típicamente estaría protegido por privilegios legales o al que no se podría acceder por diferentes cuestiones².

Con base en el 28 U.S.C §1782, una persona interesada puede solicitar que un tribunal de distrito dé autorización para el *discovery* dentro de los EE. UU. como método de producción de prueba³. Esto con la finalidad de ser usado en litigios extranjeros o internacionales, incluso sin que estos tribunales tuvieran participación o conocimiento de dicha acción.

El 28 U.S.C. §1782 empezó a tener relevancia en el mundo del arbitraje internacional en el 2004, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió el caso *Intel Corp. c. Advanced Micro Devices, INC.* (AMD). En esta decisión la Corte Suprema sostuvo que la §1782 da una amplia discreción a los jueces de los diferentes distritos para permitir que los litigantes extranjeros obtuvieran el *discovery* dentro del territorio de los EE. UU. con la sujeción a pautas legales y jurisprudenciales⁴.

En vista de la discrecionalidad otorgada por la Corte Suprema para el uso de esta herramienta, se dieron pronunciamientos diversos en las diferentes cortes distritales, lo que llevó a que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América hiciera un nuevo pronunciamiento.

Esta nueva decisión de la Corte Suprema excluye al arbitraje tanto internacional como de inversiones de este mecanismo para la obtención de prueba. La Corte Suprema llega a esta conclusión al

2 Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company. c. República del Ecuador, *PCA Case No. 2009-23*, Second Partial Award on Track II.

3 28 U.S.C. §1782(a).

4 Intel Corp. c. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241 (2004).

realizar un análisis de los siguientes puntos: (i) si las expresiones “tribunal extranjero” y “tribunal internacional” son referencias a un órgano jurisdiccional privado o a un órgano exclusivo de autoridad gubernamental; (ii) la aplicabilidad de la decisión de la Corte en el caso del arbitraje de inversiones, en el cual una de las partes es un Estado sometido a esta jurisdicción en función de la oferta de arbitraje constante en un tratado bilateral de inversiones (desde ahora TBI); y, (iii) el alcance de la decisión de la Corte Suprema respecto del arbitraje bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (desde ahora Convenio de Washington o Convenio CIADI)⁵. Con la decisión tomada sobre estos temas, se da un gran punto de inflexión y discusión para los arbitrajes futuros que busquen la manera de obtener prueba con el auxilio de los tribunales distritales de los EE. UU.

Esta figura fue usada en varios casos de arbitraje, entre ellos el caso *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company c. República Ecuador*, en donde, se la utilizó como una forma de conseguir una “[...] masa de material probatorio sin precedentes, normalmente protegido por privilegios [...] legales [...]”⁶ (la traducción nos pertenece). De igual manera, Ecuador utilizó el 28 U.S.C §1782 en *Republic of Ecuador c. Connor* con la finalidad de utilizar el *discovery* para obtener las declaraciones de John Connor y GSI Environmental que serían utilizadas en el caso previamente mencionado iniciado por Chevron. Es claro entonces que el uso del 28 U.S.C §1782 fue una herramienta ampliamente aplicada alrededor del mundo en los arbitrajes internacionales y de inversiones; sin embargo, surge la interrogante: ¿la decisión de la Corte Suprema tiene una aficción real a la producción de prueba tanto en el Arbitraje Internacional como en el Arbitraje de Inversiones?

2. EL DISCOVERY COMO HERRAMIENTA PARA LA OBTENCIÓN DE EVIDENCIA

El título 28 U.S.C §1782 prescribe lo siguiente:

El tribunal del distrito en el que resida o se encuentre una persona podrá ordenarle que preste su testimonio o declaración

⁵ ZF Automotive US, INC., et al. c. Luxshare, LTD. 596 U.S (2022).

⁶ 28 U.S.C. §1782(a).

o que presente un documento u otro objeto para su utilización en un procedimiento ante un tribunal extranjero o internacional, [...] (La traducción nos pertenece)⁷.

Esta sección claramente establece que el *discovery* es una herramienta muy útil para jurisdicciones extranjeras o internacionales, en tanto permite su uso si un tribunal de distrito decide otorgarlo en favor del solicitante haciendo que, incluso, se obtenga evidencia que no se obtendría normalmente, tal y como se lo mencionó en la sección anterior.

En arbitraje, los tribunales tienen su propia herramienta para la obtención de prueba, ya sea siguiendo las reglas del *International Bar Assosiation* para producción de prueba (desde ahora IBA)⁸ o incluso otro tipo de reglas acordadas por la voluntad de las partes. No obstante, el *discovery*, al proporcionar una amplitud mayor a aquella que se encuentra en el arbitraje, se convirtió rápidamente en una herramienta deseable para poder ir más allá de las posibilidades que nos brindan estos procedimientos. Con todo esto, la aplicación del 28 U.S.C §1782 permitía la obtención de medios probatorios con mucha más amplitud que lo usualmente obtenido en jurisdicciones fuera de los EE. UU. Esto se convirtió en una ventaja para la parte cuya residencia o nacionalidad no era de los EE. UU., frente a la parte que si era nacional o que residía en este país.

2.1. ¿POR QUÉ FUE NECESARIA LA INTERPRETACIÓN POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA?

Las razones son varias para precisar una interpretación del 28 U.S.C §1782, desde la falta de claridad de su aplicación hasta la notable desventaja de los ciudadanos estadounidenses frente a individuos de otras nacionalidades. No obstante, a nuestra consideración, la principal causa para que fuese necesaria la interpretación fueron las continuas interpretaciones contradictorias realizadas bajo las cortes

7 Chevron Corporation, N. 3.

8 Así se trata de conciliar dos sistemas probatorios diferentes: por un lado el *civil law*, donde se depende de la voluntad de los intervinientes, y por otro lado el *common law* que obliga a la parte requerida a revelar absolutamente todo.

de diversos circuitos. En específico, los circuitos Cuarto y Sexto, por un lado; y los circuitos Segundo, Quinto y Séptimo, por otro lado.

En cuanto al Sexto Circuito, en su Decisión No. 19-5317, sostuvo que el 28 U.S.C §1782 sí permite el uso del *discovery* para el arbitraje comercial privado dado el contexto legal e histórico, así como las definiciones y el uso de lenguaje comunes en cuanto a la palabra “tribunal”⁹. Mientras que el Cuarto Circuito, si bien se basó en la decisión del sexto circuito, hizo notar que una versión anterior del 28 U.S.C §1782 tenía una limitación expresa en cuanto se refería a: “procedimientos judiciales pendientes en cualquier tribunal de un país extranjero”¹⁰. Entonces, según el Cuarto Circuito, la versión actual del 28 U.S.C §1782 es mucho más amplia y, por lo tanto, abarca a foros de arbitraje privados¹¹.

En cambio, las decisiones de los circuitos Segundo, Quinto y Séptimo sostienen que la decisión de *Intel c. AMD* no tiene un impacto real en el análisis de la aplicación del 28 U.S.C §1782 ante los tribunales privados de arbitraje. Asimismo, el Séptimo Circuito en *Servotronics, Inc. c. Rolls Royce*, al realizar un análisis más profundo, se basó en las definiciones de “tribunal” tomadas del diccionario. También tomó en cuenta los contextos legales en concordancia con la Ley Federal de Arbitraje, y de lo antedicho concluye que un “tribunal extranjero o internacional”, en el sentido del 28 U.S.C §1782, es un tribunal patrocinado por el Estado, sea este un órgano gubernamental o cuasi-gubernamental¹².

Como se desprende del análisis realizado de las decisiones de las cortes de circuito, hay una clara división en otorgar o no el *discovery* a los arbitrajes privados. El principal punto de discusión es si un tribunal arbitral podría o no encajar dentro de lo prescrito en el 28 U.S.C §1782, en cuanto no existía una clara delimitación sobre el alcance de la palabra “tribunal” dentro de la mencionada sección. Por ello, este asunto se convirtió en una de las causas más

9 Abdul Latif Jameel Transp. Co. c. Fedex Corp. (In re Application to Obtain Discovery for Use in Foreign Proceedings), 939 F.3d 710 (6th Cir. 2019).

10 28 U.S.C. §1782(a). (1958 ed.).

11 *Servotronics, Inc. c. Boeing Co.*, 954 F.3d 209 (4th Cir. 2020).

12 *Servotronics, Inc. c. Rolls-Royce PLC*, 975 F.3d 689 (7th Cir. 2020).

importantes para que la Corte Suprema de EE.UU. decida intervenir, pues se podría utilizar el *discovery* abusivamente y a conveniencia según el circuito en donde se solicitaba.

3. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

3.1. DEFINICIÓN DE TRIBUNAL EXTRANJERO Y TRIBUNAL INTERNACIONAL, Y OTRAS CONSIDERACIONES

Esta es una de las cuestiones principales que la Corte Suprema de EE.UU. resolvió ante la notoria ambigüedad y discrepancia que existía en las decisiones de los tribunales de circuito. No había claridad en cuanto a si los términos “tribunal extranjero” y “tribunal internacional” hacen referencia a un órgano jurisdiccional privado o a un órgano “imbuido de autoridad gubernamental¹³”. En ese sentido, surge la siguiente pregunta: ¿se puede solicitar el *discovery* bajo el 28 U.S.C §1782 en un proceso conocido por un “tribunal” de arbitraje en un país extranjero? Si este panel de arbitraje puede ser un “tribunal” bajo el 28 U.S.C §1782: ¿qué características debe cumplir? Estas son las cuestiones que la Corte Suprema buscó resolver mediante su decisión y así traer uniformidad en los criterios de los tribunales de circuito.

En el caso de *Intel* se estableció que el 28 U.S.C §1782 permite el *discovery* en los EE. UU. no solo con relación a casos judiciales, sino también con procedimientos regulatorios y administrativos¹⁴. Sin

13 ZF Automotive US, INC., N. 5.

14 *Intel*, N. 4. El razonamiento de la Corte Suprema fue impulsado en gran medida por el lenguaje estatutario. Las enmiendas de 1964 a la Sección 1782 eliminaron el requisito de que el procedimiento extranjero fuera “judicial”, lo que significaba que los tribunales de investigación o reglamentarios también estaban cubiertos. El razonamiento de la Corte Suprema para tratar a un organismo de investigación o regulador como un “tribunal” a los efectos de la Sección 1782 se centró en la naturaleza del D-G: específicamente, acepta presentaciones de pruebas y es un “tomador de decisiones en primera instancia”. Por esa razón, la Corte Suprema no vio ninguna razón para excluirlo de la clase de “tribunales” para los cuales se dispone del descubrimiento de la Sección 1782.

Del mismo modo, al rechazar la afirmación de que la Sección 1782 solo permite la presentación de documentos que serían detectables en el foro extranjero, la Corte subrayó que el Congreso había liberalizado el estatuto en 1964, de modo que si tenía la intención de imponer una restricción al alcance del descubrimiento, lo habría proporcionado.

embargo, antes de *Intel* en el Segundo y Quinto Circuito se sostenía que el 28 U.S.C §1782 solo puede ser invocada para ayudar a los tribunales patrocinados por el gobierno, con independencia de si trata de tribunales, agencias o foros de arbitraje patrocinados por el gobierno o creados por un acuerdo intergubernamental¹⁵. Esto en cuanto al razonamiento de los circuitos que no permiten la aplicación del *discovery* para el arbitraje, pero el razonamiento de los circuitos que si lo permiten cambia debido a la decisión de *Intel*.

Es importante mencionar que con base en la decisión citada se dieron tres posiciones: (i) no existió ningún cambio en los circuitos segundo y quinto en no permitir el uso del *discovery* para tribunales arbitrales, (ii) se abrió la puerta al uso en arbitraje comercial al considerarse como una primera instancia; y, (iii) se da un análisis funcional, en donde se realiza un examen de cada caso. Esto último tomó relevancia a partir del 2012, donde el undécimo Circuito respaldó el enfoque de que un tribunal de arbitraje se podría calificar como un “tribunal” para el propósito dl 28 U.S.C §1782¹⁶.

En busca de examinar a la segunda posición, nos basaremos en cuatro factores característicos que un órgano arbitral debe tener para poder aplicar este enfoque de funcionalidad. Estas características son las siguientes: (i) la decisión del foro arbitral está sujeta a revisión judicial, (ii) el tribunal está dotado de autoridad para determinar responsabilidades, (iii) se permite la obtención y presentación de pruebas; y, (iv) el tribunal arbitral actúa como decisor de primera instancia. No obstante aquello, según la opinión del Undécimo Circuito, no se requería que la revisión judicial cumpliera con ningún estándar de dicha naturaleza. Solo bastaba con que la revisión judicial fuera similar a la que realizan los tribunales de revisión en virtud de la Ley Federal de Arbitraje¹⁷.

En su decisión, la Corte Suprema de EE.UU. no optó por este enfoque de funcionalidad al justificar que la norma no se refiere a un tribunal de forma aislada, en tanto se debería leer completa la frase “tribunal extranjero”, lo que permite aclarar que: “un tribunal **extranjero** es aquel que tiene connotaciones gubernamentales o

15 National Broadcasting Co., Inc. c. Bear Stearns & Co., Inc., 165 F.3d 184 (2d Cir. 1999).

16 Undécimo Circuito, Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones vs. JAS Forwarding, Inc., 685 F.3d 987 (11th Cir. 2012).

17 Ídem.

soberanas”¹⁸ [el énfasis nos pertenece]. Es decir, el tribunal debe poseer autoridad soberana la cual es conferida por un Estado. De igual manera, se complementaría con la referencia al uso de un procedimiento preestablecido, puesto que se presumiría que este procedimiento sigue las reglas y prácticas de un país extranjero. Esto no sería compatible con el arbitraje, en donde las partes *privadas* son las que determinan sus propias reglas de procedimiento dentro del propio proceso arbitral.

En cuanto a si un tribunal es *internacional*, la reflexión de Corte Suprema de EE.UU. indica que no basta con dos o más nacionalidades involucradas, como sería en el caso del arbitraje comercial donde los árbitros pueden tener distintas nacionalidades. De hecho, se refiere a que concierne a dos o más *naciones*, lo que significa que estas naciones le han otorgado a un tribunal el poder para poder resolver disputas. Así, la Corte Suprema de EE.UU. concluye que se trata de tribunales con autoridad gubernamental, y aquí la Corte hace una interesante apreciación:

Una lectura amplia de §1782 abriría las puertas de los tribunales de distrito a cualquier persona interesada que busque asistencia para los procedimientos ante cualquier órgano de adjudicación privado, una categoría lo suficientemente amplia como para incluir todo, desde un panel de arbitraje comercial hasta el tribunal disciplinario estudiantil de una universidad. [...] ¿Por qué el Congreso prestaría los recursos de los tribunales de distrito para ayudar a los organismos puramente privados que resuelven disputas puramente privadas en el extranjero¹⁹?

Además, la Corte Suprema de EE.UU. razona que el descubrimiento previo no está disponible bajo la Ley de Arbitraje americana, pero ampliamente disponible bajo el 28 U.S.C §1782²⁰. Por lo tanto, interpretar el 28 U.S.C §1782 para alcanzar al arbitraje privado crearía un notable desajuste entre el arbitraje extranjero y el nacional. Para ello, se respalda en la observación del Séptimo Circuito²¹ que concluye que, “es difícil encontrar una justificación

18 ZF Automotive US, INC., N. 5.

19 Ídem.

20 Intel, N. 4, p. 259 (que sostiene que el descubrimiento está disponible para su uso en procedimientos “dentro de una contemplación razonable”).

21 Servotronics, N. 12.

para dar a las partes en arbitrajes privados extranjeros un acceso tan amplio a la asistencia de descubrimiento de tribunales federales en los Estados Unidos, al tiempo que se impide dicha asistencia de descubrimiento para litigantes en arbitrajes nacionales.”

Finalmente, sobre el argumento de que el arbitraje se rige por la norma de la sede, la Corte Suprema indica que:

Luxshare sugiere débilmente que un panel arbitral comercial como el panel DIS califica como gubernamental tanto como la ley del país de su sede (aquí, Alemania) rige algunos aspectos del arbitraje y el papel de los tribunales en la aplicación de los acuerdos de arbitraje. Véase Brief for Respondent en No. 21–401, págs. 26–27; *Boeing*, 954 F.3d, en 213–214. Pero las entidades privadas no se convierten en gubernamentales porque las leyes las gobiernan y los tribunales hacen cumplir sus contratos, lo que borraría cualquier distinción entre los órganos de adjudicación privados y gubernamentales. La definición inverosímilmente amplia de Luxshare de un órgano de adjudicación gubernamental no es más que un intento de ejecución final alrededor del límite de §1782.

Queda claro que, al menos en el arbitraje comercial internacional, la Corte Suprema de Justicia ha encontrado más de una razón para no considerar aplicable la regla del *discovery* del 28 U.S.C §1782.

3.2. ARBITRAJE DE INVERSIONES, INVERSIONISTA-ESTADO

En relación con el arbitraje de inversiones, surge la duda de si en este podría seguirse usando el 28 U.S.C §1782, ya que en este tipo de arbitraje las partes intervinientes involucran necesariamente a un Estado. Por una parte, tenemos a un inversionista, que es un privado; y por otro lado tenemos a un Estado, que es soberano. Además, el instrumento en donde se encuentra contenida la obligación, o posibilidad de utilizar el arbitraje como método alternativo de resolución de controversias de un caso en específico, lo encontramos en un instrumento internacional celebrado entre Estados soberanos, por lo que se podría concluir que dicho instrumento internacional le atribuye al tribunal de cierta autoridad gubernamental. Este hecho, se podría considerar como uno de los argumentos centrales

para atribuir a este tipo de arbitraje la posibilidad de hacer uso del 28 U.S.C §1782. La opción de arbitrar no está contenida dentro un contrato privado, sino que parte de la voluntad de Estados por lo que se llegaría a la conclusión de que en estos casos el arbitraje es intergubernamental.

Sin embargo, esta no es la línea de pensamiento de la Corte Suprema de EE.UU. porque su análisis se centra en la posibilidad que tienen los Estados para estructurar la resolución de disputas inversionista-Estado en la forma que ellos estimen como la mejor, sin que ello conlleve el ejercicio de una jurisdicción nacional. Cabe indicar que según lo dicho en *BG Group c. Argentina*, se calificó a los tratados de protección de inversiones (en adelante TBI) como un tipo de contrato entre Estados al darse la opción de acudir a las cortes nacionales para anular el laudo y en consecuencia el que estas cortes puedan interpretar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje²². Con esto se concluiría que el Estado tiene la intención de dar a los inversionistas la posibilidad de presentar los conflictos sobrevinientes ante un cuerpo gubernamental preestablecido, a diferencia de un tribunal ad-hoc que no es pre-existente a la disputa, y al que el TBI no podría otorgarle competencias gubernamentales a pesar de ser el Estado una de las partes.

La Corte Suprema de EE.UU. indicó que para que el tribunal posea atribuciones gubernamentales no debe ser creado por el tratado, ni debe depender de reglas establecidas por los Estados sin afiliación oficial a los gobiernos²³.

En este punto, la Corte Suprema de EE.UU. toma en consideración dos casos para respaldar su argumentación: (i) el caso del banco SNORAS nacionalizado por Lituania y el Fondo Ruso para la Protección de Derechos de Inversionistas en Países Extranjeros; y, (ii) la disputa sobre el barco canadiense "*I'm Alone*", el cual fue la derivación de un TBI entre los EE. UU. y Gran Bretaña²⁴. El punto de discusión central es si los tratados por los cuales se instrumentan la resolución de cada disputa respectivamente otorgarían el poder de ejercer autoridad gubernamental.

22 *BG Group PLC. c. Republic of Argentina*, 572 U.S 25 (2013).

23 *ZF Automotive US, INC.*, N. 5.

24 *Ídem*.

En el primer caso, lo que el Fondo sugería era que la inclusión de varias formas de arreglar las disputas sobrevinientes dentro del TBI convertirían al tribunal ad-hoc²⁵ en uno con autoridad gubernamental. No obstante, lo que Corte Suprema de EE.UU. manifiesta es que esto solo reflejaría la intención de los Estados de ofrecer a los inversionistas varias opciones para resolver sus disputas, con el fin de hacer más atractiva la inversión extranjera, al ofrecer condiciones más favorables; en este caso llevar una disputa a un panel de arbitraje privado. Así, la Corte Suprema de EE.UU. concluye que un organismo no tiene autoridad gubernamental por el mero hecho de que las naciones acordaran someterse ante él, sino que debe constar de forma expresa que las naciones firmantes tienen la intención de investir de autoridad gubernamental al tribunal de arbitraje ad-hoc²⁶.

La Corte Suprema de EE.UU. analiza el segundo caso del barco “*Im Alone*”, que marca una diferencia con respecto al caso anterior. En el tratado que resolvió este conflicto se especificó que cada soberano participaría en la formación de los organismos de decisión, y lo hacen en este caso con la creación de la Comisión Mixta de Reclamaciones. Asimismo, se especifican otras cuestiones como dónde se reuniría la comisión, el método de financiación, la ayuda de otros funcionarios en los procedimientos, entre otras cosas. Todo esto hace explícito el otorgamiento de la autoridad gubernamental a dicho tribunal, creado específicamente para resolver la disputa mencionada, pues la intervención de los Estados es mucho más fuerte²⁷.

3.3. IMPLICACIÓN DE LA DECISIÓN EN LAS CONTROVERSIAS BAJO EL CONVENIO CIADI

La aplicación de esta decisión a las disputas bajo el convenio CIADI merecen un examen adicional, ya que la decisión de la Corte Suprema de EE.UU. en particular es sobre los arbitrajes ad-hoc

25 Esta forma fue la escogida por el fondo, de entre cuatro opciones, la cual se realizó bajo las reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

26 *Alixpartners, llp, Et Al., c. The Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States*. 596 U.S (2022).

27 Ídem.

entre inversor-Estado regidos bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (desde ahora CNUDMI), sin mencionar qué pasaría con los arbitrajes realizados bajo el convenio CIADI.

Esta distinción deviene del propio instrumento internacional que da origen al CIADI, pues crea una institución permanente donde los laudos resultantes tendrán carácter de sentencias definitivas y son vinculantes como cuestión de derecho público en todos los Estados miembros de este convenio.

Como se mencionó previamente, la interpretación de Corte Suprema de EE.UU. sobre la aplicación del 28 U.S.C §1782 solo sería aplicable para los tribunales extranjeros o internacionales dotados de autoridad gubernamental o cuasi-gubernamental. En ese sentido, y con respecto a la naturaleza de los arbitrajes realizados bajo el convenio CIADI, nace la siguiente duda: ¿Es posible que los tribunales inversionista-Estado del CIADI sean considerados como tribunales internacionales? ¿Qué pasa con los arbitrajes Estado-Estado realizados bajo el Convenio CIADI?

Para poder resolver estas inquietudes, es menester analizar el alcance del Convenio CIADI en cuanto a si se imbuiría de autoridad gubernamental a los tribunales constituidos por este Convenio. Así, el artículo 54 (1) del Convenio, prescribe lo siguiente:

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo **como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado**. El Estado Contratante que se rija por una **constitución federal** podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y **podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran**²⁸ (el énfasis nos pertenece).

28 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (1966), Artículo 54(1).

Con base en este artículo, se puede decir que los tribunales de arbitraje CIADI tendrían cierta autoridad gubernamental al ser sus decisiones iguales en todo sentido a una decisión judicial emitida dentro de cualquier Estado suscriptor del Convenio. Esta idea se ve reforzada por el Informe de los Directores Ejecutivos, los cuales son los representantes de los países signatarios, acerca del Convenio en cuanto: “[s]e puede presumir que cuando un Estado acuerdan acudir al arbitraje y no se reserva el derecho de acudir a otras vías [o de exigir su agotamiento], la intención de las partes es acudir al arbitraje con exclusión de cualquier otro procedimiento”²⁹. Esto reforzaría aún más la idea de un tribunal constituido mediante el CIADI tendría autoridad gubernamental sin la necesidad de realizar actuaciones similares al caso del barco “*Tim Alone*”. Así pues, el arbitraje se vuelve la única jurisdicción para resolver determinadas disputas.

Al respecto, la respuesta a estos cuestionamientos ha sido de alguna forma absuelta con la reciente decisión de la Corte Distrital de Nueva York al anular órdenes que otorgaban el *discovery* en auxilio de un reclamo CIADI bajo el Tratado de Inversiones de Malta. En dicha decisión, la Corte indicó que un Tribunal CIADI carecía de autoridad internacional allanándose a la decisión de la Corte Suprema de EEUU.

No obstante, y en vista de que otras Cortes de EEUU podrían resolver de manera diferente como en el pasado, habrá que estar atentos a si el criterio de la Corte de Nueva York es asumido por las otras Cortes de Distrito.

4. CONSECUENCIAS DE ESTA DECISIÓN

En este punto queda claro que la decisión tomada por la Corte Suprema de EE.UU. tiene implicaciones reales para la aplicación del *discovery* en procedimientos que pertenecen a foros de los cuales no se encuentran dotados de autoridad gubernamental y en específico para el arbitraje internacional. Esta decisión de la Corte Suprema de EE.UU. a nuestro criterio obedece a las siguientes

²⁹ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio (1966). párr. 32., pp. 45-46.

consideraciones: (i) se da una mayor claridad y menor carga para los jueces estadounidenses, (ii) se nivela el terreno de juego para arbitrajes nacionales e internacionales, (iii) se corrige una eventual desventaja de ciudadanos y residentes estadounidenses frente a otros nacionales intervinientes en el arbitraje internacional; y, (iv) se refuerza una posición internacional contraria al arbitraje de inversiones y coincidente con las nuevas tendencias de reforma y regulación como es el caso de la Unión Europea o los esfuerzos del Grupo III de CNUDMI.

Las enmiendas de 1964 a la Sección 1782 junto con la decisión *Intel Corp. c. Advanced Micro Devices, Inc* posibilitaron una interpretación favorable a la aplicación del *discovery* a un arbitraje internacional, al eliminar la palabra “judicial” cuando se referían a un procedimiento extranjero. Así se obtuvieron varias interpretaciones en las diferentes cortes de distrito en las cuales se negaba o autorizaba la utilización del *discovery* sin tener una línea jurisprudencial clara. Como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema de EEUU, a partir de ahora existirá una uniformidad de criterios por parte de los tribunales federales al momento de otorgar o no el *Discovery* para los casos de arbitraje comercial internacional.

De igual forma, se nivela el terreno de juego entre la prueba que pueden obtener las partes en un arbitraje nacional frente a un arbitraje internacional, ya no teniendo la desventaja el arbitraje nacional por la normativa que lo rige.

Se elimina la eventual desventaja de ciudadanos y residentes estadounidenses frente a sus contrapartes de otros países cuyas jurisdicciones no contemplan la figura del *discovery* en función de lo cual se concreta de facto un desnivel en la obtención de la prueba que incidirá en el resultado del arbitraje.

Finalmente, la decisión sobre el 28 U.S.C §1782 indica una posición política tendiente a limitar las prerrogativas que han adquirido los arbitrajes de inversiones, coincidente con posiciones como la de la Unión Europea frente a los arbitrajes de inversiones, concretamente en el expuesto en sentencia del caso “Achmea”³⁰,

30 *Vid.* Asunto Achmea, C-284/16 Disponible en: <<https://bit.ly/3gEcz5p>>.

donde se demuestra que la posición de la: “Unión Europea en relación al arbitraje de inversiones es actualmente contraria al mantenimiento de un sistema arbitral [...] por considerarlo un sistema generador de problemas, exento del debido control y poco transparente, coherente y fiable”³¹. Con base en ello, la propuesta de la UE es crear un tribunal multilateral de inversiones, convirtiéndose este en un sistema institucionalizado y judicializado.

4.1. ¿AFECTA ESTO AL ARBITRAJE?

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 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.

Como ejemplo, y en referencia a las estadísticas del CIADI³², los arbitrajes relacionados con inversiones que tienen partes estadounidenses ya sean demandantes o demandados, son el 16% de todos los casos llevados por el CIADI desde su creación. Asimismo, de los 888 casos que ha manejado el CIADI en este período, y si se separan los casos registrados por regiones según el Estado parte de que se trate, las principales son Europa Oriental y Asia Central, América del Sur y África Sub-Sahariana con el 26%, 22% y 15% respectivamente. Mientras que América del Norte, que comprende Canadá, EE. UU y México, solo tiene el 5%³³.

31 B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, “Protección de las inversiones en la Unión Europea: el fin del arbitraje de inversiones (de la sentencia “Achmea” a la propuesta de un tribunal multilateral de inversiones)” *Revista Electrónica de Direito*; Vol 21, No 1, 2020.

32 Es menester mencionar que estas cifras no demuestran la totalidad de arbitrajes entre inversionistas-estado realizados alrededor del mundo. Existen otros foros como la Corte Permanente de Arbitraje que también maneja estos casos. Asimismo, hay que tomar en cuenta que existen arbitrajes que gozan de confidencialidad y no han sido divulgados por decisión de las partes.

33 Carga de Casos del CIADI-Estadísticas. Edición 2022-2. <<https://bit.ly/3GRfVwM>> (07/10/2022).

5. CONCLUSIÓN

Como se expuso a lo largo de este texto, la 28 U.S.C §1782 que permite el *discovery* tuvo su impacto, y fue de gran ayuda para los arbitrajes que así lo solicitaron. En Ecuador, incluso lo vivimos de primera mano en un caso icónico como es el caso Chevron. Entonces, si bien se da una clara limitación para la aplicación en ciertos tipos de arbitraje, aún quedan interpretaciones por realizar. Además, quedan muchos otros métodos para la producción de prueba dentro de los procedimientos arbitrales.

Es interesante tomar en cuenta que la decisión tomada por la Corte Suprema de EE.UU. se da frente a un clima de limitación y control de arbitrajes de inversión del que no es ajeno el gobierno de Estados Unidos de América. Este hecho se refleja, por ejemplo, en la forma en que se negoció el nuevo acuerdo con Canadá y los Estados Unidos Mexicanos.

Por otro lado, propuestas de conformar tribunales de inversiones como aquella liderada por la Unión Europea, harían que nuevamente la discusión en las cortes estadounidenses se dé, en vista de que los tribunales propuestos se acercan más al concepto de tribunales gubernamentales que al de tribunales arbitrales.

Arbitraje y protección al consumidor: *¿Tertium non datur?*

Francisco González de Cossío*

Recibido/Received: 14/10/2022

Aceptado/Accepted: 04/11/2022

SUMARIO: 1. Estado actual de la cuestión. 1.1. Prevalencia de la protección al consumidor. 1.2. Prevalencia del derecho arbitral. 1.3. Implicaciones. 1.3.1. Protección al consumidor. 1.3.2. Arbitraje. 1.3.3. Conclusión: el análisis de prevalencia es subóptimo. 2. Propuesta. 2.1. Protección al consumidor. 2.2. Acciones colectivas. 2.3. Arbitraje. 2.3.1. Derechos distintos. 2.3.2. Arbitrabilidad. 2.3.3. Orden público. 3. La tesis de coexistencia es preferible al análisis de prevalencia. 3.1. Postulado. 3.2. Ideas en ciernes en México. 3.2.1. Caso. 3.2.2. Criterios de la Primera Sala de la Suprema Corte. 3.2.3. Comentario. 3.3. Deseable. 3.4. Solución al riesgo de sobre-indemnización. 3.4.1. El riesgo es posible pero no generalizable. 3.4.2. Soluciones. 3.4.3. El Riesgo no justifica descartar la idea.

RESUMEN: Las inquietudes suscitadas por acuerdos arbitrales en actos sujetos a la legislación de protección al consumidor y las acciones colectivas han sido enfrentadas por jurisdicciones distintas definiendo cuál prevalece: el derecho arbitral o la protección al consumidor y acciones colectivas. Este ensayo propone que existe

* Árbitro internacional. Abogado de parte en casos complejos, particularmente de construcción y energía. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx. Deseo reconocer y agradecer la ayuda en la elaboración de este ensayo de la Lic. GEMMA NAVEJA ROMERO, deslindándola de cualquier error. Este artículo fue previamente publicado en Spain Arbitration Review (No. 44, 2022). Se publica en la REVISTA ECUATORIANA DE ARBITRAJE con la finalidad de diseminar en dicho foro la idea vertida en el mismo, y sujetarla a su escrutinio. Su publicación actual incluye respuestas a observaciones recibidas.



una mejor visión: que coexistan. La idea se defiende analizando el estado de la cuestión, y las implicaciones de ambas teorías.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, *compétence-compétence*, protección al consumidor, acciones colectivas.

ABSTRACT: Arbitration agreements in relations subject to consumer protection law and allowing for class claims provoke a dilemma. Different jurisdictions have tackled the said dilemma by assessing which prevails: arbitration or consumer protection. This essay posits that a better view exists: their coexistence. To defend the view the implications of both theories are assessed.

KEYWORDS: Arbitration, *compétence-compétence*, consumer protection, class claims.

El acuerdo arbitral genera dilemas cuando consta en actos jurídicos con implicaciones en derecho de protección al consumidor (incluyendo acciones colectivas). Las soluciones a dichos dilemas han oscilado entre privilegiar ya sea al arbitraje o la protección al consumidor. Este ensayo propone que existe una mejor visión: su coexistencia¹. El análisis de prevalencia de una disciplina por encima de otra arroja resultados subóptimos: ponen en tela de juicio los objetivos de una u otra disciplina. Propongo—y someto al mercado de las ideas—que no tiene por qué ser así: existe una tercera vía: que coexistan. Dicha alternativa tiene el mérito que el bien tutelado de cada una es respetado y logrado sin tener que sacrificar los objetivos de cada disciplina. Ello redundaría en más derechos, lo cual es deseable siempre, particularmente cuando ante partes débiles o protegidas (como es el caso del consumidor). Dicha visión no requiere modificación legal alguna, solo un cambio de aproximación. Para explicar cómo lograrlo, a continuación expongo el problema, los resultados observados, para abogar a favor de la tesis de coexistencia.

1. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La existencia de acuerdos arbitrales en actos sujetos a la legislación de protección al consumidor y en situaciones que permiten

¹ La idea fue propuesta por vez primera en 2018 (ARBITRAJE, ed. Porrúa, México 5ª ed., 2018 p. 465.) En este ensayo desarrollo tal postulado.

acciones colectivas lleva algunos años suscitando inquietudes. Jurisdicciones distintas han enfrentado el dilema que ello genera y se observa que, al día de hoy, la respuesta ha consistido en analizar cuál prevalece: el derecho arbitral o la protección al consumidor y las acciones colectivas. Y mientras que a veces ha prevalecido una (§1.1), a veces otra (§1.2). Ello tiene implicaciones lamentables (§1.3).

1.1. PREVALENCIA DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El derecho de protección al consumidor y las acciones colectivas son importantes. Aunque no es el lugar para agotar su régimen y objetivos, dejar constancia de su importancia es de utilidad para los fines de este ensayo y la idea que defiende.

El derecho de protección al consumidor busca evitar abusos de la clase industrial sobre la clase consumidora. Abusos que no solo son probables, sino frecuentes—y serios: hacer malos productos puede ser muy lucrativo. Y en ausencia de un régimen que permita aglomerar el costo pulverizado que resiente la clase consumidora, el productor de productos malos puede contar con que el costo individual de hacer valer un derecho funcionará a su favor: el consumidor que compre un producto defectuoso encontrará en la practicidad un argumento suficiente para no hacerlo valer. Un ejemplo puede ser ilustrativo.

Imagine el lector que compra una licuadora marca X por la que paga 190 dólares. Al instalarla se percató de que no sirve. Recurre al canal de distribución. Este le contesta que no es el productor. Que el productor puede encontrarse en cierto sitio, mismo que se ubica en una dirección lejana; que implica un viaje de una hora de distancia. El análisis que necesariamente realizará el consumidor es si vale la pena incurrir en el costo para hacer valer su derecho. Una opción es presentar una reclamación ante las autoridades de protección al consumidor. Pero ello también tiene un costo. Al ponderar incurrir en ambos costos, se considerará el beneficio de hacerlo, para lo cual se analizará no solo el monto a obtener, sino la probabilidad de que se obtenga. Es decir, el quantum será multiplicado por la probabilidad

de que se obtenga un resultado positivo². De ser efectiva y enérgica la respuesta de las autoridades de protección al consumidor, el deseo de recurrir a ellas será mayor—y viceversa.

Si bien existen consecuencias que militan en favor de considerar que no es el mejor interés del productor incurrir en esa forma de hacer negocios³, tanto la experiencia como el análisis conductual enseña sin embargo que ocurren. Y el que el consumidor no esté ávido de incurrir en los costos para hacer valer derechos hace sensata tal estrategia de negocios. Es ante ello que la ingeniería jurídica concibió las acciones colectivas: como un mecanismo para aglutinar un costo otrora disperso. La herramienta de las acciones colectivas, cuando bien diseñada⁴, permite concentrar el costo en *un* frente, permitiendo su adjudicación gracias a que el costo de hacer valer el derecho se individualiza con economías de escala. Ello permite canalizar la asunción de costo a quien lo genera—un disuasivo poderoso de conducta incorrecta.

1.2. PREVALENCIA DEL DERECHO ARBITRAL

El arbitraje es el medio de solución de controversias idóneo y más exitoso para cierto tipo de disputas. Cuando estas detonan cuestiones de protección al consumidor, surge la duda sobre si estas serán consideradas por el árbitro—de hecho, si el árbitro debe siquiera considerarlas. Después de todo, el árbitro es el juez del contrato, no el órgano protector del consumidor.

2 La decisión de incurrir en un costo para lograr un objetivo lleva siempre un análisis (consciente o inconsciente) de probabilidad de éxito. Siempre.

3 La reputación y la información juegan un papel. Respecto de la primera, la fama de ser una empresa decente es importante. El análisis económico de la reputación enseña que, entre más decente es una empresa, más negocio puede hacer y menos oneroso le es. Y viceversa. Respecto de información, el consumidor juega un papel: se hace de información respecto de los productos que considera adquirir. Y entre más duraderos son, más se informa pues mayores son las implicaciones de su decisión. El efecto que ambas cuestiones tienen sobre nuestro tema es que existe espacio para argumentar que un empresario que opte por la estrategia de lanzar malos productos a los mercados se hace un hara kiri: su demanda será inferior a la que podría ser; y eventualmente quedará expulsada del mercado.

4 Lo cual no es el caso de la legislación de acciones colectivas de México. Aunque no explayaré los motivos, es digno mencionar que la (loable) iniciativa de ley que se basaba en la propuesta del Dr. GIDI fue trastocada como resultado de la participación de grupos de interés en el proceso legislativo. Como resultado, la materia deja mucho que desear en cuanto a su efectividad. (Para abundar, véase F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, ed. Porrúa, 2017, p. 694.)

Esta última apreciación invita a considerar que, de detonar la relación cuestiones de protección al consumidor, deben activarse los recursos que dicha *lex specialis* contempla. Ello sin embargo puede verse obstruido por el efecto negativo del acuerdo arbitral.

El efecto negativo del acuerdo arbitral y el efecto negativo de *compétence-compétence* son la pieza clave de la efectividad del arbitraje. Lo que garantiza que el pacto de arbitrar no será burlado por una parte que demande en un foro diverso o que intente burlar la jurisdicción del tribunal arbitral mediante una de las (diversas) tácticas que la experiencia enseña que las partes recalcitrantes utilizan para intentar frustrar el funcionamiento de acuerdos y procesos arbitrales.

El efecto negativo del acuerdo arbitral detona sin embargo una preocupación en materia de protección al consumidor: denegación de justicia: que el costo del arbitraje tendrá por efecto vedar *de facto* reclamaciones. Y que ello tendrá por efecto restar eficacia a los objetivos del régimen de protección al consumidor. La preocupación es válida: el derecho de protección al consumidor y las acciones colectivas tienen una función que cumplir. Y su burla puede ser extremadamente lucrativa.

Como puede observarse, estamos ante un dilema: ¿cuál debe prevalecer? ¿La protección al consumidor o el arbitraje?

Usando como premisa el efecto negativo de *compétence-compétence* y el principio *favor arbitrandum*⁵ casos diversos han sostenido que debe privilegiarse al arbitraje. Por ejemplo, en *ATT v Concepción*⁶ la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos privilegió el foro arbitral cuando ante una acción colectiva⁷. Sus antecedentes fueron los siguientes. El juez de Distrito y el tribunal de apelación del noveno circuito sostuvieron que el acuerdo arbitral

5 Mismo que toma nombres distintos. Por ejemplo, mucha jurisprudencia de Estados Unidos alude al principio en favor del arbitraje ("*policy in favor of arbitration*") como premisa analítica de soluciones a dilemas diversos.

6 *AT&T Mobility LLC c. Vincent Concepción et ux* (131 S.Ct. 1740), decisión de 27 de abril de 2011.

7 El caso versó sobre una acción colectiva en contra de AT&T por publicidad engañosa: habiendo ofrecido teléfonos gratuitos, se cobró el impuesto de ventas, lo cual los demandantes—y otros miembros de la clase—consideraron contrario a lo prometido.

era “unconscionable”⁸ pues obstruía acciones colectivas. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos atrajo el caso y sostuvo que la §2 de la FAA desplazaba dicho *common law*⁹. No hacerlo sería contrario al principio *favor arbitrandum*¹⁰. Es útil destacar algunas premisas de su razonamiento:

1. El principio a favor del arbitraje: Sostener lo contrario implicaría ir en contra del principio *favor arbitrandum*, mismo que encuentra apoyo en una estela de casos de dicho alto tribunal que sostienen que¹¹:

courts must place arbitration agreements on an equal footing with other contracts, and enforce them according to their terms

[los tribunales deben colocar los acuerdos arbitrales a la par de otros contratos y hacerlos cumplir de acuerdo a sus términos].

2. Los objetivos del arbitraje: Que¹²:

A prime objective of an agreement to arbitrate is to achieve ‘streamlined proceedings and expeditious results’ which objective would be “frustrated” by requiring a dispute to be heard by an agency first.

[Un objetivo primordial de un acuerdo arbitral es lograr ‘procedimientos simplificados y resultados expeditos’. Dicho objetivo se “frustraría” al requerir que una disputa sea escuchada primero por una agencia]

8 Dicho concepto es semejante (mas no idéntico) al de “lesión” conforme a la teoría del acto jurídico de México (artículo 17 del Código Civil Federal).

9 La porción relevante de la §2 de la FAA era la última oración que permite que los acuerdos arbitrales sean declarados no ejecutables “upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract”.

10 Para ser precisos, la cuestión se planteó así: si la FAA prohíbe el que los Estados condicionen la ejecutabilidad del acuerdo arbitral a la disponibilidad de acciones colectivas arbitrales (“whether the FAA prohibits States from conditioning the enforceability of certain arbitration agreements on the availability of classwide arbitration procedures.”) (p. 1744). Sostuvo que no: la FAA prevalece sobre la regla californiana sobre lesión (unconscionability) de renunciaciones a acciones colectivas en contratos de consumidor. En palabras de la Suprema Corte: “the Federal Arbitration Act preempts California’s judicial rule regarding the unconscionability of class arbitration waivers in consumer contracts” (Idem., p. 1740).

11 Ídem., p. 1745.

12 Ídem., p. 1749.

3. La flexibilidad del arbitraje¹³:

In bilateral arbitration, parties forgo the procedural rigor and appellate review of the courts in order to realize the benefits of private dispute resolution: lower costs, greater efficiency and speed, and the ability to choose expert adjudicators to resolve specialized disputes.

[En el arbitraje bilateral, las partes renuncian al rigor procesal y a la revisión de apelación de los tribunales para aprovechar los beneficios de un procedimiento privado de resolución de controversias: menores costos, mayor eficiencia y rapidez, y la capacidad de elegir árbitros expertos para resolver disputas especializadas]

Algo semejante ocurrió en Francia. Los casos *Jaguar*¹⁴ y *Rado*¹⁵ decidieron a favor del arbitraje. Mientras que el primero involucró la compraventa de un auto de lujo de serie limitada, el segundo involucró la apertura y mandato de gestión de una cuenta. En el primero se razonó que la cláusula arbitral prevalecía dada su independencia. En el segundo se razonó que, en ausencia de una nulidad manifiesta, la cláusula arbitral debe prevalecer en virtud de su independencia. En ambos se dijo que los árbitros deben observar el orden público y están bajo el control del juez de nulidad en cuanto a su jurisdicción y la arbitrabilidad de la materia¹⁶.

Dicha visión recientemente cambió. En *PWC v Lefebvre*¹⁷ la Corte de Casación francesa sostuvo que, aunque el contrato base de la acción haya contenido un acuerdo arbitral¹⁸, en la medida en que el destinatario de los servicios en Francia era un consumidor, podía presentar su acción ante el juez. En sus palabras¹⁹:

La société d'avocats PWC dirigeait son activité professionnelle au-delà de la sphère territoriale ... a une clientèle internationale,

13 Ídem., p. 1741.

14 Philippe Renault c. Sociétés V2000 (Jaguar France), Cass. Civ. 1re, decisión de 21 de mayo de 1997.

15 Rado c. Painewebber, Cass. civ. 1re, decisión de 30 de marzo de 2004.

16 Revue de l'Arbitrage, 2021, No. 3, p. 662.

17 Société PWC Landwell – PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services c. Lefebvre et autres, Cass. Civ. 1re, decisión de 30 de septiembre de 2020 ("PWC").

18 CIMA, una institución arbitral española.

19 PWC, 24.

domiciliée notamment en France, de sorte qu'en sa qualité de consommateur, Mme Lefebvre, domiciliée en France, pouvait porter son action devant les juridictions françaises...

[La sociedad de abogados PWC dirigía su actividad profesional más allá del ámbito territorial... tiene una clientela internacional, domiciliada particularmente en Francia, por lo que en su calidad de consumidora, la Sra. Lefebvre, domiciliada en Francia, podía ejercitar su acción ante los tribunales franceses...]

Como resultado de ello, la consecuencia es que²⁰:

La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder.

[La regla procesal de prelación establecida por este texto no puede tener por efecto hacer imposible, o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos conferidos a los consumidores por el derecho comunitario que los tribunales nacionales están obligados a salvaguardar]

La "regla de prioridad procesal" a la que se refiere tal párrafo es nada más y nada menos que el principio de remisión al arbitraje²¹, que busca hacer cumplir el principio de *compétence-compétence*.

La Corte de Casación confirmó la decisión de la Corte de Apelación en el sentido que dejó de lado la cláusula arbitral por considerarla "abusiva"²² con miras a asegurar la plena eficacia del derecho comunitario de protección al consumidor ("*...il incombe*

20 Ídem., 13.

21 En México contenido en el artículo 1424 del Código de Comercio.

22 El adjetivo tiene como trasfondo el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, que establece que una cláusula será abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. El apartado 1(q) del Anexo del artículo 3.3. tilda de "abusivas" las cláusulas que tengan por objeto o por defecto: "suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante." (énfasis añadido).

d'assurer la pleine efficacité du droit Communautaire de protection du consommateur"²³).

1.3. IMPLICACIONES

Privilegiar una *lex specialis* por encima de otra tiene implicaciones:

1.3.1. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

De optar por privilegiar al derecho de protección al consumidor (incluyendo acciones colectivas) se frustra la voluntad de las partes de encausar vía arbitraje la solución de sus problemas. Se "neutraliza el efecto negativo de *compétence-compétence* a nombre de la protección del consumidor", como dice Seraglini²⁴. La decisión de recurrir al arbitraje suele obedecer a una forma de gestionar el riesgo jurídico. Al dejarla sin efectos—resultado de hacer prevalecer la legislación de protección al consumidor—, se desmorona el acto de gestión, generando incertidumbre jurídica²⁵.

1.3.2. ARBITRAJE

Privilegiar el arbitraje por encima del derecho de protección al consumidor tiene por efecto descobijar al consumidor de la protección que le brinda el derecho de protección al consumidor. Ello pues el costo del arbitraje se torna en un disuasivo efectivo de una acción que busque vindicar un derecho del consumidor. Ello frustra los mecanismos que el Derecho ha ideado para atender el interés de la clase consumidora (como las acciones colectivas) ante una actividad que la lesiona.

Ello a su vez genera un segundo efecto negativo (que no veo que haya sido citado o explorado pero que como creyente en el arbitraje

23 PWC, 24.

24 C. SERAGLINI, *Eclaircie pour la protection du consommateur dans l'arbitrage international* (à propos l'arrêt Cass. Civ. 1re, 30 septembre 2020), *Revue de l'Arbitrage* 2021, No. 3, p. 658.

25 Dicha incertidumbre se magnifica como resultado de la circulación de actos jurídicos y la posibilidad de que en algún eslabón de la cadena de transmisiones exista una parte que califique como protegida por la legislación de protección al consumidor.

me preocupa): que el arbitraje sea percibido por la clase consumidora como la forma en que las grandes empresas despojan de efectividad un régimen que les estorba, y que resguarda al consumidor. Que los cuida. Y que dada la forma en que el arbitraje es asimilado en otras áreas²⁶, ello lastime un concepto jurídico que tiene mucho valor que brindar.

1.3.3. CONCLUSIÓN: EL ANÁLISIS DE PREVALENCIA ES SUBÓPTIMO

Como puede observarse, el análisis de prevalencia es subóptimo. Descuida. Sacrifica. Exige un análisis de superioridad de un interés por encima de otro, lo cual invita debates que son innecesarios y no son constructivos.

El análisis de prevalencia no es obligatorio. Existe una tercera vía. Todo el análisis visible al día de hoy recuerda el principio Aristotélico de tercero excluido: *o es o no es: tertium non datur*. Existen ocasiones en que hay una tercera vía para enfrentar un dilema, en cuyo caso el dilema que se expone es falso. Este es nuestro caso— como a continuación explico.

2. PROPUESTA

Propongo, y someto al mercado de las ideas, que existe una mejor visión. Una que supera los obstáculos inherentes al análisis de prevalencia. Uno que evita las (nefastas) consecuencias descritas: la coexistencia de las disciplinas.

La protección al consumidor, las acciones colectivas y el arbitraje son conceptos jurídicos que tutelan intereses distintos que no tienen por qué enfrentarse, mucho menos supeditarse. Cuando un acto jurídico las hace aplicables a todas, propongo que se entienda que lo que existe son regímenes *aditivos*, no *excluyentes*, que ofrecen a las partes (particularmente al consumidor) opciones.

²⁶ El arbitraje es malentendido e injustamente vilipendiado en áreas diversas por personas diversas. Un ejemplo reciente es el arbitraje de inversión: lejos de entender la maravilla que se ha logrado con el mecanismo, algunos personajes lo critican haciendo apreciaciones incorrectas y que lo ponen bajo una luz negativa. (Para abundar, véase F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, El Arbitraje en los Tiempos de Cólera, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 42, 2018. El Llano en Llamas: Futuro del Arbitraje de Inversión, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 43, 2019).

Ante una diferencia el consumidor puede recurrir al régimen (incluyendo autoridades, en su caso) de protección al consumidor, puede también ser parte de una acción colectiva (ya sea implícita o explícitamente); puede además vindicar un derecho contractual en arbitraje. ¿Cómo? Aceptando que una cuestión contractual sea encausada en arbitraje sin perjuicio de que, si el contrato detona una arista de protección al consumidor, esta se ventile ante el régimen de protección al consumidor. Y si ocurre una acción colectiva, que la existencia de una cláusula o proceso arbitral no la impida.

La idea propuesta puede encontrar asidero en el régimen de derecho arbitral que ya existe. No requiere cambio legal alguno, solo una relectura del mismo. Para explicar por qué, detallaré cómo las piezas conceptuales de cada disciplina— consumidor (§2.1) y acciones colectivas (§2.2) y arbitral (§2.3)—permiten justificar el postulado conceptual.

2.1. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Los regímenes de protección al consumidor incluyen tanto un régimen sustantivo, a veces uno adjetivo, de derechos y obligaciones que resguardan los derechos e intereses del consumidor, como autoridades encomendadas con la misión de cerciorar el respeto de los derechos del consumidor. En el caso mexicano, lo son la Procuraduría Federal del Consumidor y la Secretaría de Economía. La Procuraduría tiene como misión promover y proteger los derechos e intereses del consumidor²⁷. Con dicha finalidad, tiene facultades diversas, algunas severas²⁸, incluyendo la de dirimir disputas entre los consumidores y proveedores²⁹.

Dicha actividad no solo no puede ser realizada por un árbitro comercial, no es propia del árbitro, cuya naturaleza y misión es distinta: ser el juez del contrato; no ejercer *imperium* para cerciorar la observancia de un régimen regulatorio. Ello se contrasta con la naturaleza regulatoria (inclusive punitiva) de una autoridad de consumidor.

27 Artículos 20 y 24 de la LFPC.

28 Como asegurar bienes (Artículo 25 BIS.II y 98 TER de la LFPC), denunciar delitos (Artículo 24.XVII), imponer y ejecutar las sanciones (artículos 24.XIX 125 LFPC).

29 La Procuraduría ventila procedimientos por infracciones a la LFPC (artículo 123, LFPC).

Por consiguiente, conforme al derecho de protección al consumidor, su aplicación corresponde a las autoridades a quienes se confía dicha labor, no a un árbitro comercial.

2.2. ACCIONES COLECTIVAS

Una acción colectiva permite que un “representante” acuda a órganos jurisdiccionales en defensa de derechos o intereses colectivos. El objetivo es obtener reparación de daño mediante indemnización³⁰. El régimen en México está disperso en diversos cuerpos normativos³¹: Código Federal de Procedimientos Civiles (“CFPC”)³², Código Civil Federal (“CCF”)³³, Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”)³⁴, Ley Federal de Protección al Consumidor (“LFPC”)³⁵, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (“LOPJ”)³⁶, Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (“LGEEPA”)³⁷, Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (“LPDSF”)³⁸. El artículo 17 de la Constitución dice:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las **acciones colectivas**. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. **Los jueces federales conocerán de forma**

30 No es el único fin, pero sí el relevante para lo abordado en este ensayo. El artículo 1934 Bis del Código Civil Federal que establece que: “El que cause un daño de los previstos en este Capítulo a una colectividad o grupo de personas, *estará* obligado a indemnizar en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

31 Todos modificados mediante el Decreto por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicado en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el 30 de agosto de 2011. Dicho decreto deriva de la modificación del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de acciones colectivas, publicado en el DOF el 29 de julio de 2010.

32 Diario Oficial de la Federación de 30 agosto 2011. Libro V del CFPC, artículos 578 a 626.

33 Artículo 1934 Bis del Código Civil Federal.

34 Otorgándole facultad a la Comisión Federal de Competencia Económica de iniciar una acción colectiva (artículo 12 de la LFCE).

35 Facultando a la Procuraduría para ejercer una acción colectiva (art 26 LFPC).

36 Dando competencia a los jueces de distrito civiles y mercantiles para conocer de acciones colectivas (artículos 53 y 53.Bis).

37 Otorgándole a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente facultad de iniciar una acción colectiva (artículo 202 de la LGEEPA).

38 Otorgándole la facultad a la Condusef (Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros) para iniciar una acción colectiva (artículos 11 y 92 LPDUSF).

exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos (énfasis añadido).

La fracción VII del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la federación establece que:

Los jueces de distrito civiles federales conocerán: ... **De las acciones colectivas** a que se refiere el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles ... (énfasis añadido).

El artículo 578 del CFPC señala:

La defensa y protección de los **derechos e intereses colectivos** será ejercida ante los **Tribunales de la federación** con las modalidades que se señalen en este Título, y solo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados y medio ambiente (énfasis añadido).

Como puede observarse, en México³⁹, las acciones colectivas son de competencia *exclusiva* de tribunales judiciales federales⁴⁰.

El objetivo de las acciones colectivas es tutelar derechos e intereses difusos; colectivos⁴¹. Derechos que de otra manera quedarían excluidos del sistema de justicia. Dicho objetivo no tiene por qué ser supeditado o anestesiado por la existencia de un acuerdo arbitral. De ocurrir, se privaría al consumidor de una herramienta que le tutela. Y lo inverso es igualmente cierto: la existencia de una acción colectiva no debe tener por efecto que el acuerdo arbitral quede sin efectos: el derecho a encausar al arbitraje una diferencia derivada de un acto jurídico que podría dar el derecho al consumidor a ser parte de una clase en una acción colectiva no es motivo para privarle de la (valiosa) posibilidad de recurrir al arbitraje para encausar su disputa. Tomar esta postura adolecería de concluir algo que no es obligado, restando un derecho por la existencia de otro. Lo único que merece

39 Existe una visión que apoya que es posible diseñar procesos arbitrales que conozcan de acciones colectivas. Un ensayo interesante explica la idea y cómo lograrla, elaborado por un gran experto de acciones colectivas A. GIDI, Arbitraje Colectivo. Class actions and arbitration. Edición no publicada en posesión de este autor, quien recibió autorización del Dr. GIDI para citarlo. Posteriormente se publicó en Pauta 99, *Boletín Informativo de ICC México*, abril 2022.

40 Han existido ya procesos arbitrales colectivos. Un ejemplo es *Abaclat c. Argentina* (Caso CIADI ARB/07/5).

41 También los individuales cuando tengan incidencia colectiva.

atención es la posibilidad de doble cobro—lo cual quedará atendido con las medidas que se proponen en §III.A *infra*.

2.3. ARBITRAJE

La aplicabilidad del derecho de protección al consumidor, incluyendo acciones colectivas, no tiene por efecto el que el acuerdo arbitral no arroje consecuencias jurídicas. Ello pues se trata de materias distintas, que no tienen por qué mezclarse (§1), una de las cuales es inarbitrable (§2), sin que sea necesario abordar la cuestión del orden público (§3).

2.3.1. DERECHOS DISTINTOS

El derecho a la protección al consumidor es diverso al derecho aplicable al acto jurídico. Se trata de una capa regulatoria que rige por encima del derecho que nutre la existencia, validez, cumplimiento y otros aspectos del acto jurídico del cual es parte el consumidor. Mientras que el derecho de la protección al consumidor está o puede estar sujeto a una jurisdicción exclusiva (y por ende fuera del alcance de la jurisdicción del árbitro), el derecho sustantivo está claramente dentro de la jurisdicción del árbitro. Mientras que la autoridad de protección al consumidor se circunscribirá a aplicar el derecho de protección al consumidor, el árbitro aplicará el resto del derecho aplicable.

2.3.2. ARBITRABILIDAD

El derecho de protección al consumidor está *in natura* fuera del alcance del acuerdo arbitral por el hecho que versa sobre un régimen no contractual sino regulatorio que brinda derechos al consumidor que tienen como origen una fuente diversa al contrato: en el caso mexicano, la Ley Federal de Protección al Consumidor. Por consiguiente, *no es arbitrable*. Si no es arbitrable, una cláusula arbitral no tiene por qué vedar una acción que hace valer un derecho de protección al consumidor. Conforme a derecho arbitral, el radio de acción de un acuerdo arbitral no alcanza las materias no arbitrables.

2.3.3. ORDEN PÚBLICO

Existe espacio para argumentar que el orden público, como causal de nulidad o no ejecución de laudos, es relevante para la cuestión que analizamos. Que el juez de nulidad, como controlador de la regularidad del laudo en el contexto de su inserción en el orden jurídico mexicano, verifique que no se burla u ofende el orden público mexicano.

Ello no es evidente, sin embargo. El orden público está conformado por las nociones más elementales de justicia y moralidad. La Suprema Corte de Justicia Mexicana lo ha definido como⁴²:

las instituciones jurídicas del Estado, principios, normas e instituciones que lo conforman que trascienden a la comunidad por lo ofensivo y grave del error cometido en la decisión. El mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.

Como puede observarse, se trata de un estándar alto. Por ende, es cuestionable que el régimen de protección al consumidor actualice dicho concepto jurídico.

Hay quien ha propuesto soluciones al dilema que aquí tocamos que pueden ser citadas en el contexto de orden público. El Profesor Maximin de Fontmichel escribió una obra profunda, inteligente y elegante titulada *El débil y el arbitraje* (*Le faible et l'arbitrage*)⁴³. Su

42 Amparo en Revisión 755/2011, sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 13 de junio de 2012, párrafo 81.

43 Económica, París, 2013.

Hay más de un ángulo de entrada a la teoría de FONTMICHEL. Podría también verse como una cuestión de validez del acuerdo arbitral o de arbitrabilidad. Al respecto, la siguiente apreciación merece eco: *“La question cruciale n'est pas la présence de clauses compromissoires dans un contrat d'adhésion, mais le risque que les termes inclus dans la clause ne créent un déséquilibre entre les droits et obligations des parties. La simple présence d'une clause dans un contrat d'adhésion ne peut fonder sa nullité. ... Les jurisprudences ... qu'admettent la validité des clauses compromissoires dans les rapports entre parties déséquilibrées ne s'y trompent pas en affirmant que la simple présence d'une clause compromissoire dans un contrat d'adhésion n'est cause de nullité mais qu'il est nécessaire d'examiner plus en profondeur le contenu de la clause.”* (ob. cit., pp. 98-99).

(Traducción: “La cuestión crucial no es la presencia de cláusulas compromisorias en un contrato de adhesión, sino el riesgo de que los términos incluidos en la cláusula generen un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. La mera presencia de una cláusula en un contrato de adhesión no puede justificar su nulidad. ... La jurisprudencia ... que admite la validez de las cláusulas compromisorias en las relaciones entre partes desequilibradas no se equivocan al afirmar que la mera presencia de una cláusula compromisorias en un contrato de

preocupación es la idoneidad del arbitraje en áreas en las que existe una asimetría que pueda propiciar una denegación de justicia⁴⁴. Su postulado: hay pasos que tomar para cerciorar que no ocurren abusos. Uno de ellos es precisamente orden público: matizar el nivel de revisión del laudo como parte del orden público para cerciorar que no se burla el ‘orden público de protección’, lo cual incluye nuestra materia: protección al consumidor.

La obra de Fontmichel merece ser leída y ponderada⁴⁵. Pero si se acepta la idea propuesta en este ensayo⁴⁶, toda la preocupación de Fontmichel es satisfactoriamente atendida: la coexistencia de regímenes tutela todas las esferas de la relación jurídica. Y si una de ellas tiene un sabor protector—como es el caso de la protección al consumidor y las acciones colectivas—estará adecuadamente amparada por la *lex specialis*. Así, evitamos tener que entrar en discusiones delicadas que pueden detonar otros problemas⁴⁷.

adhesión no es causa de nulidad sino que es necesario examinar el contenido de la cláusula con más profundidad”).

No obstante lo anterior, citó la teoría en este contexto por dos motivos. Primero, por reconocer que se trata de un régimen imperativo, de orden público, que podría (discutiblemente) hacerse valer en el contexto de la causal de nulidad y no ejecución de laudo “orden público”. Segundo, porque una de las propuestas que FONTMICHEL hace para paliar la problemática que detecta es descender el (alto) umbral de exigencia para que se actualice la causal de orden público (*ob. cit.*, pp. 429-459), invitando un nivel más profundo de revisión (id. 451), eliminando algunos de los requisitos que la jurisprudencia francesa ha arrojado; concretamente, el requisito de “flagrancia” (Ídem., 453). Lo que él llama una aproximación matizada (“*aproche nuancée*”, p. 446).

44 En sus palabras: “La solución del derecho positivo francés es lamentable. Incluso una filosofía pro-arbitraje no puede permanecer indiferente ante el riesgo de denegación de justicia” (“*La solution du droit positif français est regrettable. Même une philosophie pro-arbitrage ne peut rester indifférente à un tel risqué de déni de justice*”) (Ídem., p. 62.)

45 Como debe ser consumida toda obra letrada y bien intencionada que proponga constructivamente soluciones a dilemas que nuestro derecho detona—algo frecuente. De hecho, en épocas de crítica iracunda, superficial y destructiva, fue un placer leer una obra que no sucumbe a dichas tentaciones.

46 Que parte de algo con lo que estoy de acuerdo con FONTMICHEL: que hay dos aproximaciones observables: una que privilegia el respeto estricto del efecto negativo de *compétence-compétence*, otra que privilegia el principio de protección a partes débiles (*Ob. cit.* p. 82).

47 FONTMICHEL propone medidas diversas que el lector agudo no puede dejar de pensar que detonará otros dilemas. Un ejemplo de ello es el incrementar el nivel de revisión del laudo como parte de la causal de orden público. Otro es reducir el umbral de actualización del orden público. Ambos diluyen la finalidad del laudo, un valor importante.

3. LA TESIS DE COEXISTENCIA ES PREFERIBLE AL ANÁLISIS DE PREVALENCIA

El análisis de prevalencia no solo genera problemas, no es obligado. Existe una alternativa—de allí el título de este ensayo. La expongo (§3.1), haciendo ver como la experiencia mexicana puede ser entendida en el sentido que la apoya (§3.2), para luego explicar por qué es preferible (§3.3). Y el riesgo de sobre-compensación no la veda, tiene solución (§3.4).

3.1. POSTULADO

De lege ferenda propongo que se acepte que:

1. El derecho de protección al consumidor no deja de aplicar por la existencia de un acuerdo arbitral;
2. La acción colectiva no deja de ocurrir cuando ante un acuerdo arbitral, con o sin la participación de la parte obligada conforme a dicho acuerdo arbitral; y,
3. El acuerdo arbitral no deja de ser válido y eficaz cuando ante una disputa entre las partes (del género que si está dentro de su jurisdicción) poque existan aristas de protección al consumidor o una acción colectiva.

Ninguna de las disciplinas en juego (arbitraje, consumidor y acción colectiva) prevalece por encima de otra; coexisten. Los tres pueden (deben) arrojar efectos cuando concurren, y ello es beneficioso para todos. La tesis contraria resta derechos cuando podría sumarlos.

Así, cuando ante una acción colectiva, el acuerdo arbitral no deja de surtir efectos: ambas acciones pueden coexistir. Y permitirlo redundaría en beneficio del consumidor: cuenta con más derechos; con más opciones. Interpretarlo así no es un paso intelectual estirado: Los derechos *individuales* se encausan conforme al mecanismo *individual* pactado. Los derechos *colectivos* se encausan conforme a la legislación de acciones *colectivas* especializada.

La única preocupación que puede suscitar la coexistencia de los tres mecanismos procesales es el peligro de doble cobro. Aunque el peligro existe, es importante no sobre-exponerlo. Una parte que al mismo tiempo sigue un arbitraje, realiza una denuncia de protección al consumidor y acepta ser parte de una acción colectiva podrá obtener fallos que logran cosas distintas. Por ejemplo, multas en la acción de protección al consumidor, una compensación pequeña en una acción colectiva, y órdenes de hacer y no hacer en arbitraje, incluyendo pago. En este último caso, debe tomarse en cuenta el monto obtenido en los demás mecanismos a título de indemnización, y considerarse en el monto cuyo pago se ordene en el último, compensándolo. Así, el peligro descrito se resuelve adoptando la siguiente solución: el fallo posterior compensa todo lo ya indemnizado.

3.2. IDEA EN CIERNES EN MÉXICO

La idea propuesta puede ser ilustrada, anclada y defendida en base a un caso que se presentó en México, y la (atinada) respuesta judicial.

3.2.1. CASO

Sesenta y dos demandantes presentaron una acción colectiva en contra de un Club de Golf demandando (i) el cumplimiento de términos del contrato de membresía, mismos que aducían fueron modificados posterior y unilateralmente por el Club demandado; (ii) la declaración de que el contrato era de adhesión; (iii) la declaración que las cláusulas de modificación unilateral se tengan por no puestas; y (iv) bonificación por servicios deficientemente prestados.

El contrato de membresía contenía un acuerdo arbitral del Centro de Arbitraje de México (CAM).

El juez de primera instancia⁴⁸ rechazó la demanda por considerarse incompetente razonando que el acuerdo arbitral le privaba de jurisdicción. Los demandantes apelaron argumentando *inter alia* que las acciones colectivas no son susceptibles de arbitraje⁴⁹. El tribunal

48 Exp. 119/2013-III, Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Guerrero, 22 de agosto de 2013.

49 Las premisas del argumento fueron que se trata de normas imperativas, no derogables, que

de alzada confirmó, sosteniendo que la cláusula arbitral implicaba una renuncia para acudir a la jurisdicción. Razonó que la cláusula compromisoria implica la renuncia a cualquier procedimiento en el cual intervenga un órgano de Estado, tanto individual como colectivo⁵⁰. Fundamentó la conclusión en la contradicción de tesis 51/2005-PS⁵¹, indicando que la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad, y que ello no viola el artículo 17 Constitucional pues los derechos pueden ser hechos valer en dicho foro, lo cual está expresamente permitido por el ordenamiento jurídico⁵².

La decisión del juez de alzada constituyó el acto reclamado que dio lugar a un amparo directo que la Suprema Corte de Justicia atrajo por considerar que ello entrañaría fijar un criterio de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional.

Algo digno de mención respecto de la solicitud de atracción es que uno de los ministros hizo la siguiente apreciación⁵³:

¿Existen derechos fundamentales de los consumidores, y al ejercicio de las acciones colectivas?

¿Es válida la cláusula arbitral que en contratos de adhesión compromete derechos fundamentales de los consumidores?

¿Las acciones colectivas son competencia de los jueces federales independientemente de que el contrato base de la acción estipule una cláusula arbitral?

El caso fue turnado a la ponencia de Don José Ramón Cossío.

regulan derechos colectivos, que son de orden público e interés social. También se argumentó que la cláusula arbitral era previa (2005) a la modificación legal que añadió a nuestro sistema jurídico las acciones colectivas.

50 Magistrado del Segundo Tribunal Unitario del Vigésimo Primer Circuito, auto de 5 de septiembre de 2014.

51 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, XXIV, septiembre de 2006, p. 5.

52 Al respecto, cito los antecedentes de derecho arbitral mexicano en la Ley Modelo de la CNUDMI como premisa para concluir que la facultad de poder apartar al juez estatal del conocimiento de las controversias que surjan en virtud de contratos donde tales cláusulas se encuentren insertas, y que ello es producto de pactos internacionales celebrados por México.

53 Párrafo 58 de la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 432/2013, relacionada con el Amparo Directo 1280/2013.

3.2.2. CRITERIO DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE

La Primera Sala de la Suprema Corte planteó la cuestión a decidir así⁵⁴:

¿puede la autoridad judicial de primera instancia fundar oficiosamente su incompetencia para no conocer del procedimiento colectivo en la existencia de una cláusula arbitral contenida en el contrato base de la acción?

Dicho planteamiento requería determinar si existe una relación de consumo. Al respecto, se explicó que⁵⁵:

El consumidor se encuentra frente a una diversidad de bienes tan compleja que excede su posibilidad de conocimiento debido a que carece de la información necesaria sobre dos aspectos: las características del bien o servicio que pretende consumir y las obligaciones que asume al suscribir contratos unilateralmente diseñados. Por ello, los principios que imperan en el sistema de libre mercado tales como la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa dejan al consumidor en una posición débil frente a las ventajas y el poder económico que poseen los proveedores al momento de intervenir en el mercado.

La Sala determinó que sí se trataba de una relación de consumo⁵⁶. Los integrantes de la demanda son integrantes de una colectividad en una relación que reúne los requisitos que la LFPC define como de consumo. Y su finalidad es “romper la asimetría existente entre proveedores y consumidores”. Hecha esta determinación, pasó a la cuestión nuclear: ¿resta competencia la cláusula arbitral? Sostuvo que no⁵⁷. Ello pues:

1. La acción colectiva es el mecanismo idóneo para resolver la controversia entre las partes pues la acción colectiva es⁵⁸:

por excelencia, el medio para la tutela de los derechos e intereses colectivos por brindar a la colectividad economía procesal y

54 Amparo Directo 33/2014. Decisión Unánime de los cinco ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, sesión de 24 de septiembre de 2014 (“Sentencia”).

55 Sentencia, 50.

56 Sentencia, 62.

57 Sentencia, 64 y 83.

58 Sentencia, 81.

seguridad jurídica, así como por generar un efecto disuasivo ante prácticas económicas abusivas.

2. Considerar que un acuerdo arbitral veda acciones colectivas⁵⁹:

haría nugatorio los derechos de la colectividad consumidora, toda vez que, en primer término, se estaría obstaculizando su derecho constitucional de organizarse con la finalidad de proteger sus intereses; y segundo se le estaría privando de todos los beneficios que traen aparejados los procedimientos colectivos, tales como la **determinación de los derechos de una forma uniforme**, pues la sentencia que concluye el procedimiento colectivo brinda el mismo estatus al grupo frente al mismo hecho. Esta situación no se podría lograr mediante procedimientos arbitrales independientes, pues los laudos que concluyan dichos procedimientos podrían llegar a ser contradictorios (énfasis añadido).

Explicó que los objetivos de las acciones colectivas son: (a) proporcionar economía procesal; (b) garantizar el acceso a la justicia y brindar seguridad jurídica, y (c) generar en la sociedad un efecto disuasivo ante abusos. Y ello se logra al ejercer una acción colectiva: los miembros de la colectividad se agrupan por economía procesal y para dar oportunidad a otros afectados de adherirse a la demanda. Concluyó enfatizando que⁶⁰:

la cláusula arbitral no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia se niegue a conocer de la acción colectiva individual homogénea, toda vez que, en primer término, la aplicación irrestricta de disposiciones civiles y mercantiles desconocería que estamos frente a una relación de consumo regulada en disposiciones constitucionales y legales; en segundo, se estaría privando a la colectividad consumidora del medio idóneo establecido en el texto constitucional para defender sus derechos como consumidores y, finalmente, se estaría contribuyendo a que se acentúe la asimetría existente entre proveedores y consumidores, en la cual este último generalmente es la parte débil.

59 Sentencia, 82.

60 Sentencia, 90.

3.2.3. COMENTARIO

Se trata de una magnífica decisión. Una que sintoniza con el dilema aquí abordado. Una que sigue de premisas correctas algo que podría fácilmente no haber ocurrido, dado el planteamiento inicial de la cuestión al momento de atraerse el caso por la Corte.

“¿Es válida la cláusula arbitral que en contratos de adhesión compromete derechos fundamentales de los consumidores?”

Dicho planteamiento merece crítica: es lo que la teoría de la argumentación llama un “espantapájaros”: un planteamiento que se expone de una manera que exige una solución predeterminada. Uno que dista de exponer equilibradamente la cuestión⁶¹. El mérito de la ponencia de Don José Ramón Cossío es haber hecho un planteamiento objetivo, equilibrado, no cargado. Uno que expone la cuestión en forma debida.

La Sentencia generó la siguiente tesis⁶²:

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN CONTRATOS DE ADHESIÓN NO PUEDE SER EL SUSTENTO PARA QUE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DECLARE OFICIOSAMENTE SU INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UN PROCEDIMIENTO COLECTIVO. En transacciones mercantiles comunes, las cláusulas arbitrales son suscritas con miras a solucionar las controversias comerciales que puedan suscitarse entre las partes; sin embargo, cuando los consumidores se agrupan y ejercen una acción colectiva, esta tiene la finalidad de hacer valer derechos que las personas tienen como clase consumidora, y no solo como partes de una relación mercantil, mediante un procedimiento jurisdiccional de mayor alcance, en cuyo caso las partes no necesariamente deben someterse al arbitraje dada la situación excepcional. Considerar lo contrario, implicaría aplicar rigurosamente disposiciones ordinarias mercantiles y pasar

61 Así lo explicó en Arbitraje, Porrúa, 5ª ed., 2018, p. 467. Se trata de un argumento que es muy fácil de vencer dado como se expuso—lo cual con frecuencia implica exponerlo débilmente o sesgadamente. Un ejercicio similar pero que arrojaría el resultado inverso sería preguntar ¿es válido que quien firmó un contrato con un acuerdo arbitral pueda dejar de acatar el mismo aduciendo que el contrato es de adhesión?

62 Registro: 2008648, Tesis: 1a. CV/2015 (10a.). Primera Sala, Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 16, marzo de 2015, Tomo II, Materia Civil, p. 1107.

por alto que se está ante una relación de consumo regulada por disposiciones constitucionales y legales de orden público que son irrenunciables; además de que también se privaría a la colectividad de consumidores de ciertos beneficios en concreto que se buscan con la promoción de una acción colectiva y los cuales no pudieran obtenerse con el trámite de procedimientos individuales, ya sea jurisdiccionales o arbitrales, entre los que se encuentran la economía procesal, la oportunidad de que otros miembros de la colectividad que están en igual situación se adhieran -siempre que prueben que son titulares del derecho y que éste fue vulnerado- y así desincentivar posibles abusos y malas prácticas por parte del proveedor, así como obtener una sentencia que brinde un estatus homogéneo a la colectividad y evitar posibles fallos contradictorios que pueden generarse con la promoción de diversos procedimientos individuales. Así, en el caso de relaciones de consumo, considerar al arbitraje como el medio idóneo para resolver controversias entre las partes haría nugatorios los derechos de la colectividad consumidora toda vez que, en primer término, se estaría obstaculizando su derecho constitucional de organizarse con la finalidad de proteger sus intereses y, en segundo, se le estaría privando de todos los beneficios que traen los procedimientos colectivos. De ahí que la existencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia declare oficiosamente su incompetencia para conocer de un procedimiento colectivo.

El criterio es atinado, tanto en conclusión como contenido. Y aunque no se expresa así, propongo que puede ser asidero de la teoría de coexistencia. Desemenucémoslo:

1. Comencemos con el rubro:

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN CONTRATOS DE ADHESIÓN NO PUEDE SER EL SUSTENTO PARA QUE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DECLARE OFICIOSAMENTE SU INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UN PROCEDIMIENTO COLECTIVO.

El rubro sintetiza el corolario de la cuestión en una oración.

2. La siguiente oración contiene el corazón de la cuestión:

[...] las cláusulas arbitrales son suscritas con miras a solucionar las controversias comerciales que puedan suscitarse entre las partes; sin embargo, cuando los consumidores se agrupan y ejercen una acción colectiva, ésta tiene la finalidad de hacer valer derechos que las personas tienen como clase consumidora, y no solo como partes de una relación mercantil, mediante un procedimiento jurisdiccional de mayor alcance, en cuyo caso las partes no necesariamente deben someterse al arbitraje dada la situación excepcional [...].

La primera oración hace las veces de una aclaración y zanjamiento de la cuestión. La cláusula arbitral abarca las cuestiones que pueden resolverse en arbitraje: lo arbitrable. Si la materia no es arbitrable, *ex hypothesi* no está dentro del radio de acción de la norma consistente en el acuerdo arbitral.

3. La consecuencia de no seguir esta postura:

[...] implicaría aplicar rigurosamente disposiciones ordinarias mercantiles y pasar por alto que se está ante una relación de consumo regulada por disposiciones constitucionales y legales de orden público que son irrenunciables; [...].

Este párrafo explica con tino la consecuencia de no seguir la teoría de la coexistencia: burlar régimen de orden público (no-renunciable).

4. Las implicaciones de seguir en análisis de prevalencia en las acciones colectivas:

[...] se privaría a la colectividad de consumidores de ciertos beneficios en concreto que se buscan con la promoción de una acción colectiva y los cuales no pudieran obtenerse con el trámite de procedimientos individuales, ya sea jurisdiccionales o arbitrales [...].

5. El corolario:

la existencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia declare oficiosamente su incompetencia para conocer de un procedimiento colectivo.

Tanto la conclusión como las premisas del criterio son atinadas. Cada una es una premisa válida de la conclusión que arroja, misma que resuelve adecuadamente la problemática enfrentada. Tomaría las mismas como hilo que sirve para tejer el manto de la teoría aquí defendida: la existencia de acuerdos arbitrales no debe vedar ni los recursos del derecho de protección al consumidor, ni la posibilidad de que se entablen acciones colectivas. Sin embargo, ello no significa que quede sin efectos el acuerdo arbitral. Coexisten: El consumidor puede (i) ejercer sus derechos de protección al consumidor no obstante haber pactado un acuerdo arbitral, (ii) ser parte de una acción colectiva, y (iii) comenzar un arbitraje. El motivo: coexisten. Se trata de instrumentos distintos para cuestiones *distintas* que arrojan remedios *distintos*.

Aplicada al caso que motivó la atracción de la Corte, el socio del club de golf tiene la opción de encausar su problema de formas diversas. Puede presentar una denuncia ante la PROFECO, detonar una acción colectiva o activar el acuerdo arbitral. No tiene que renunciar a uno para ejercer el otro. Y aunque la cuantía de la disputa no sea enorme, pueden existir motivos de principio que hagan que el socio desee contar con un tribunal especializado, con un proceso diseñado como traje a la medida del problema, que arroje una decisión revestida de finalidad—los beneficios que arroja el arbitraje.

3.3. DESEABLE

Concebir las disciplinas como separadas, concluyendo que no se mezclan ni se supeditan, es deseable. Trae como resultado el que el consumidor cuenta con más opciones: puede encausar su problema de tres maneras diversas:

1. *Arbitraje*: Puede activar el acuerdo arbitral, lo cual permitirá contar con un tribunal especializado, siguiendo un proceso como traje a la medida de las necesidades de su problema, arrojando un fallo que es coza juzgada—el valor que da el arbitraje.
2. *Protección al consumidor*: Puede denunciar el problema ante las autoridades de protección al consumidor.

3. *Acción colectiva*: Puede aceptar ser parte de la clase en una acción colectiva. Dependiendo del régimen, se trataría de una aceptación (*opt in*) o no ejercer su derecho de separarse (*opt out*)⁶³.

Resultado: el consumidor tiene más derechos.

La tesis contraria (la de prevalencia) resta derechos. Implica que una de las vertientes descritas prevalecerá, lo cual *ex hypothesi* significa que la otra no. Ergo, el consumidor tendrá menos derechos. Ello, propongo, es lamentable. Dependiendo de las características del problema, bien puede ser el interés de las partes (incluyendo el consumidor) encausar el problema de formas diversas. Es de suponerse por ejemplo que muchos de los problemas que detonen aristas de protección al consumidor sean encausadas a las autoridades de protección al consumidor: el costo del arbitraje puede hacer dicha opción indeseable. Pero ello no admite generalización. Puede ocurrir que el consumidor prefiera activar un proceso arbitral, y encausar por dicha vía la resolución de su problema⁶⁴.

3.4. SOLUCIÓN AL RIESGO DE SOBRE-INDEMNIZACIÓN

El peligro de sobre-indemnización suele ser un motivo para cuestionar esta idea. La preocupación es válida, pero no veda el postulado. Ello pues, aunque no es imposible que pueda ocurrir, no puede suponerse como regla—y mucho menos como motivo para descartar la idea en su totalidad.

3.4.1. EL RIESGO ES POSIBLE PERO NO GENERALIZABLE

La posibilidad de sobre-indemnización no debe universalizarse. Lo que se discute en una denuncia de protección al consumidor suele ser distinto a lo que se discutiría en un arbitraje. El cumplimiento del

63 En México aplica el régimen *opt in*, lo cual es uno de los pasos más lamentables del régimen (artículo 594 del CFPC). El mecanismo *opt out* es la respuesta idónea de la cuestión. Esta medida es uno de los grandes *faux pas* del régimen mexicano. Debe modificarse, si es que deseamos tomar en serio la protección al consumidor y las acciones colectivas.

64 Los motivos pueden ser diversos. Porque se trata de una cuestión de principio. Porque la declaración evitará problemas futuros. Porque el problema vivido puede tener una baja cuantía, pero su definición es delicada. O sencillamente porque las partes deciden que el tema es mejor ventilado ante un experto.

régimen de protección al consumidor puede tener un componente del derecho contractual que teje el acto que da lugar a la relación jurídica, pero los remedios que suelen ordenar las autoridades de protección al consumidor están basados en derecho de protección al consumidor, no el derecho sustantivo aplicable al acto—y es sobre esto último que versaría un arbitraje. Por consiguiente, los resultados que uno obtenga conforme a la acción de protección al consumidor suelen no ser los mismos que los que arroja el derecho contractual.

Respecto de acciones colectivas, aunque éstas buscan indemnización, ésta suele centrarse en daños pequeños sufridos por muchos—algo distinto a lo que probablemente se discutiría en un arbitraje.

3.4.2. SOLUCIONES

Suponiendo que exista coincidencia (algo que no debe suponerse como regla), existen mecanismos procesales para resolver la cuestión, por ejemplo:

1. *Electa una via non datur recursus ad alteram*: Este principio procesal soluciona situaciones en que exista traslape procesal: de elegirse una vía (vgr, protección al consumidor), no puede seguirse otra cuya materia sea idéntica a la acción ya entablada.
2. *El posterior compensa*: toda condena debe permitir que la indemnización que derive de condenas previas sea compensada del monto posteriormente ordenado.
3. *Sanción a abusos*: en caso de que se enderecen pluralidad de vías con el propósito de obtener sobre-indemnización, existirá abuso de derecho que debe ser sancionado. Y siendo que el demandado será el mismo, estará informado de ello. Le corresponderá por ende hacerlo valer para que el juez o autoridad respectiva sancione.

Un ejemplo puede ilustrar: el artículo 56 de la LFPC brinda el derecho al comprador en una venta a domicilio de revocar su consentimiento dentro del plazo de cinco días a partir de la firma del contrato o recibida la cosa. En caso de que el vendedor no respete dicho derecho, el comprador puede pedir a la Procuraduría

Federal del Consumidor que ejerza sus facultades de apremio (apercibimiento o multa). O podría solicitar que un árbitro declare que la compraventa nunca se perfeccionó (suponiendo que la revocación ocurre dentro del plazo). Ambas peticiones pueden coexistir; y no son incompatibles—de hecho colaboran al mismo propósito. Pero si por ejemplo se pide indemnización en ambos, entonces entran en juego los principios citados para atender y evitar el riesgo apuntado.

Un punto semejante puede hacerse respecto de Acciones Colectivas. Basándonos en el ejemplo descrito en la sección I. *A supra*, de existir un arbitraje, lo más probable es que sería diverso a lo que se discutiría en el caso de la licuadora defectuosa. Se asemejaría más a lo que ocurre en el caso del Club de Golf descrito en la §III.B.1. Y en dicho caso, no es evidente que exista coincidencia de materia. De existir coincidencia entre lo que se discute en arbitraje y la acción colectiva, el principio “el posterior compensa” resolvería la cuestión. Y de no ser coincidentes, es mejor que una acción no haya vedado la otra.

Corolario: la pluralidad de vías no necesariamente significa sobre-indemnización. Se trata de derechos distintos, que prevén recursos distintos, arrojando respuestas distintas. Mientras que ciertos derechos de consumidor tienen un sabor más contractual, otros tienen un sabor más regulatorio. Y algunos tienen ambos—como es el caso mexicano, en que existe un régimen aplicable a los contratos en relaciones de consumidor, al margen del régimen regulatorio que brinda facultades diversas a la entidad que vela por el cumplimiento de la ley de protección al consumidor (la Procuraduría Federal del Consumidor).

La solución propuesta ha demostrado ser controvertida, es de admitirse. Algunos la descartan en su totalidad (a veces ni siquiera consideran —mucho menos con seriedad) por este motivo. Propongo que la idea merece ser considerada y que la propuesta dista de ser superficial. Y que si bien existen pasos prácticos a tomar para lograr su implementación adecuada, definitivamente es un mejor remedio que el *statu quo*: *es el remedio adecuado ante situaciones en que existen (coexisten) derechos derivados de fuentes normativas diversas*. La multiplicidad de leyes que proveen derechos de acción para tutelar derechos diversos significa que un mismo conjunto de circunstancias puede dar lugar a una multiplicidad de reclamaciones conforme a

diversas *lex specialis*—pero el daño monetario es el mismo. Ante ello, la solución idónea no es privilegiar unos derechos por otros, sino compensar pagos recibidos por unos que colaboran, paulatinamente, a lograr el objetivo de *restitutio in integrum*. Para ello, lo que debe ser cerciorado es que la existencia de doble (o múltiple) compensación sea evitada—no descartar *a priori* la procedencia de reclamaciones para lograrlo. Una forma de lograrlo es la propuesta que hago en este ensayo: permitir que el último fallo compense todos los pagos recibidos hasta entonces.

3.4.3. EL RIESGO NO JUSTIFICA DESCARTAR LA IDEA

Aún suponiendo que existan dudas sobre cómo implementar la propuesta, ello no justifica descartar la idea *in toto*. Militaría a favor de analizar con más detalle formas de evitar que el riesgo se materialice. Aceptar que el riesgo implique descartar la idea en su totalidad implicaría aceptar el *statu quo* que, como se explicó en la sección I, es grave—más que la preocupación de sobre-indemnización.

* * *

Recientemente *The Economist* denunció⁶⁵:

The problem with the craze for mandatory arbitration (millions of American employees have no recourse to the courts). Kept out of the courthouse; When you cannot sue your employer (over half of non-unionised employees are now covered by mandatory arbitration).

[El problema con la manía por el arbitraje obligatorio (millones de empleados estadounidenses no pueden recurrir a los tribunales). Mantenido fuera de las cortes; Cuando no puede demandar a su empleador (más de la mitad de los empleados no sindicalizados ahora están cubiertos por el arbitraje obligatorio)].

La denuncia es válida. Lo denunciado proviene de la utilización del arbitraje en áreas en las que no es idóneo, sin confectionar teorías jurídicas adecuadas que remedien el dilema que ello genera. Ello ocurre con la teoría de la prevalencia, que la tesis de coexistencia remedia.

⁶⁵ The Economist, 27 de enero de 2018.



NOBOA, PEÑA & TORRES

ABOGADOS ECUADOR

**SOLUCIONES INTEGRALES
ESTRATEGIAS INNOVADORAS
PROCESOS EFICIENTES**

Quito

Av. República de El Salvador N36-230 y Av. Naciones Unidas, Edificio Citibank, piso 2. Tel: (+593 2) 2970193 – 2970195 – 2970198

Guayaquil

Junín 114 y Malecón Simón Bolívar, edificio Torres del Río, piso 8. Tel: (+593 4) 2300814

www.legalecuador.com

info@legalecuador.com



@legalecuador



Noboa, Peña & Torres, Abogados

Alcance de la reparación integral en acciones extraordinarias de protección presentadas a propósito de procesos arbitrales: análisis de la sentencia No. 1573-15-EP/21

*Juan Francisco Guerrero del Pozo**
*María Victoria Yépez Idrovo***

Recibido/Received: 31/10/2022
Aceptado/Accepted: 12/11/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aproximación a la reparación integral en acciones extraordinarias de protección presentadas a propósito de procesos arbitrales. 3. Análisis crítico de la medida de reparación integral ordenada en la sentencia No. 1573-15-EP/21. 4. Conclusiones.

RESUMEN: En la sentencia No. 1573-15-EP/21, como medida de reparación integral dentro de una acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional dejó parcialmente sin efecto un laudo arbitral, al verificar que se vulneró la garantía de motivación en una de las secciones de dicha decisión jurisdiccional. Sobre la base de esta sentencia, el presente artículo analiza el alcance de la reparación integral en acciones extraordinarias de protección sobre arbitraje en las que se declare la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación. Para ello, se examina la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a las acciones extraordinarias de protección derivadas de procesos arbitrales y, posteriormente,

* Socio de Durini & Guerrero Abogados. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal en varias universidades del Ecuador. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar.

** Asesora en la Corte Constitucional del Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito.



se realiza un análisis crítico de la medida de reparación dictada en la sentencia No. 1573-15-EP/21, a la luz del principio dispositivo, de la naturaleza de las decisiones jurisdiccionales y de la garantía de motivación.

PALABRAS CLAVE: Acción extraordinaria de protección, reparación integral, arbitraje, sentencia No. 1573-15-EP/21.

ABSTRACT: In ruling No. 1573-15-EP/21, as a reparatory measure within an extraordinary action for protection, the Constitutional Court partially annulled an arbitration award, upon verifying that one of its sections lacked motivation. Based on this judgement, this article analyzes the scope of full reparation of damages in extraordinary actions for protection originated in arbitral proceedings, in which the Constitutional Court finds a violation of the guarantee of motivation. To this end, this paper examines the Constitutional Court's jurisprudence regarding extraordinary actions for protection derived from arbitral proceedings and, subsequently, analyzes the reparatory measure issued in ruling No. 1573-15-EP/21, in light of the dispositive principle as well as the nature of jurisdictional decisions and of the guarantee of motivation.

KEYWORDS: Extraordinary action for protection, full reparation of damages, arbitration, ruling No. 1573-15-EP/21.

1. INTRODUCCIÓN

La acción extraordinaria de protección tiene por objeto garantizar la protección de los derechos constitucionales en sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia¹. Así, esta garantía jurisdiccional tiene por finalidad la reparación integral de las vulneraciones de derechos constitucionales causadas por una acción u omisión de carácter jurisdiccional. Por las particularidades de esta garantía, que es de conocimiento de la Corte Constitucional y que —procesalmente— es una acción autónoma de impugnación²,

1 Constitución de la República del Ecuador, Artículos 94 y 437, RO No. 449, 20/10/2008.

2 Aquello significa que la acción extraordinaria de protección implica el inicio de un nuevo proceso, con partes procesales y pretensiones distintas del proceso en que se dictó la decisión jurisdiccional objeto de impugnación.

se ha discutido acerca de cuál debe ser el alcance de la reparación integral cuando se acepta una acción extraordinaria de protección. El desarrollo doctrinario y jurisprudencial al respecto es todavía limitado, pues: (i) no ha sido usual que la Corte Constitucional justifique las medidas de reparación que dicta en sus sentencias³; y, (ii) se ha sostenido que la reparación integral se reduce esencialmente al reenvío⁴, sin que se examine a profundidad la posibilidad de dictar otra clase de medidas y sin que se analice a detalle y de manera uniforme en qué circunstancias el reenvío es una medida adecuada.

La falta de desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre el alcance de la reparación integral en la acción extraordinaria de protección es todavía más evidente en el contexto del arbitraje, pues son pocas las sentencias en las que la Corte ha aceptado acciones extraordinarias de protección en contra de decisiones arbitrales. Sin embargo, una sentencia en la que la Corte Constitucional abordó aquello —aunque de forma tangencial— es la sentencia No. 1573-15-EP/21 de 15 de diciembre de 2021.

En esta sentencia, en voto de mayoría⁵, la Corte aceptó la acción extraordinaria de protección presentada respecto de un laudo arbitral al considerar que este incurrió en un vicio de incongruencia frente al Derecho. Esta conclusión se fundamentó en dos razones: (i) el laudo no calificó las actuaciones de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT, actora del proceso arbitral) como temerarias o de mala fe, con lo cual omitió analizar los requisitos exigidos por la ley para ordenar el pago de las costas procesales;

3 Cabe notar que la Corte Constitucional ha justificado las situaciones en las que considera que el reenvío es inofensivo como medida de reparación integral. Ejemplos de lo anterior son las sentencias No. 1180-17-EP/22 y No. 1381-17-EP/22 de 10 de agosto de 2022. Sin embargo, en otros casos de acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional simplemente declara la vulneración de derechos y, en el decisorio, ordena el reenvío sin justificación al respecto. Un ejemplo reciente de lo anterior es la sentencia No. 1205-17-EP/22 de 17 de agosto de 2022. Por otra parte, la Corte también ha ordenado reparaciones económicas en equidad, sin justificar las razones que le llevan a ordenar determinado monto como reparación. Aquello ocurrió, por ejemplo, en las sentencias No. 904-12-JP/19 de 13 de diciembre de 2019, 65-10-IS/20 de 30 de septiembre de 2020 y No. 1219-22-EP/22 de 26 de septiembre de 2022.

4 Esto es, a dejar sin efecto la decisión jurisdiccional impugnada y remitir el proceso al órgano jurisdiccional competente para que dicte una nueva decisión. Para un análisis sobre la naturaleza de la acción extraordinaria de protección y el reenvío como medida de reparación, véase: S. LÓPEZ HIDALGO, "La acción extraordinaria de protección y las decisiones judiciales", en C. ESCOBAR (Ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

5 La jueza constitucional DANIELA SALAZAR MARÍN formuló un voto salvado.

y, (ii) no consideró que, conforme el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil, estaba prohibido condenar en costas al Estado⁶.

Si bien lo último se relaciona con la corrección del laudo arbitral y parte de la premisa —cuestionable— de que la normativa procesal civil es aplicable directamente al procedimiento arbitral ante el silencio de las partes y de la Ley de Arbitraje y Mediación⁷, esta sentencia es particularmente novedosa en lo que respecta a la reparación integral. Ello, pues la Corte Constitucional ordenó dejar sin efecto, exclusivamente, “el literal b) de la sección V del laudo No. 017-13 dictado el 23 de julio de 2015”, referente a la condena en costas. Dicho de otro modo, la Corte dejó parcialmente sin efecto una decisión jurisdiccional —en este caso, un laudo arbitral— frente a una vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación, encontrada en una sección de dicha decisión.

En este artículo se busca abordar las implicaciones de esta decisión en lo que se refiere al alcance de la reparación integral en acciones extraordinarias de protección derivadas de procesos arbitrales, en las que se declare la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación. Para ello, se abordará el concepto de reparación integral y su aplicación en la acción extraordinaria de protección, con énfasis en los casos provenientes de procesos arbitrales, y se realizará un análisis crítico de la medida de reparación integral ordenada en la sentencia No. 1573-15-EP/21, sobre la base del principio dispositivo y la naturaleza de la garantía de motivación.

2. APROXIMACIÓN A LA REPARACIÓN INTEGRAL EN ACCIONES EXTRAORDINARIAS DE PROTECCIÓN PRESENTADAS A PROPÓSITO DE PROCESO ARBITRALES

El artículo 86 numeral 3 de la Constitución prescribe que, en caso de que el juez o jueza declare la vulneración de derechos constitucionales, debe ordenar “la reparación integral material e inmaterial, y especificar

6 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1573-15-EP/21*, Causa No. 1573-15-EP, párr. 31, 32 y 38, RO Edición Constitucional No. 16, 14/03/2022. Este criterio es cuestionado por la jueza constitucional DANIELA SALAZAR MARÍN en su voto salvado.

7 Ídem., párr. 31.

e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse". Esta disposición se reproduce en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), en el que se enlistan ejemplos de medidas de reparación⁸ y se aclara que la reparación integral busca que las víctimas "gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación". Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que la reparación integral es (i) un derecho que tiene toda persona para que "se hagan desaparecer los efectos de las violaciones que se hayan cometido en su perjuicio o el de su familia"; y, (ii) un deber de las autoridades judiciales que conocen violaciones de derechos fundamentales de restituir a la víctima al estado anterior a la vulneración y, en caso de que aquello sea imposible, de "activar canales de compensación y satisfacción"⁹.

En cuanto a la acción extraordinaria de protección, la LOGJCC carece de una norma específica sobre los efectos de la reparación integral en el marco de esta garantía, por lo que se aplican las normas comunes a las garantías jurisdiccionales y, en particular, el artículo 18 de la LOGJCC¹⁰. En consecuencia, la Corte Constitucional está facultada para dictar todas las medidas que estén a su alcance para reparar los derechos constitucionales vulnerados en una decisión jurisdiccional, sin que se pueda reducir el alcance de esta garantía jurisdiccional al de una acción de nulidad¹¹.

8 El artículo 18 de la LOGJCC se refiere a las medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción, a las garantías de no repetición y a la obligación de remitir la causa a la autoridad competente para investigar y sancionar a los responsables de las vulneraciones de derechos constitucionales.

9 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 983-18-JP/21*, Causa No. 983-18-JP, párr. 311, RO Edición Constitucional No. 224, 15/10/2021.

10 El artículo 63 de la LOGJCC, que regula el contenido de la sentencia dentro de una acción extraordinaria de protección, simplemente prescribe que "la Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado".

11 Si bien dejar sin efecto la decisión jurisdiccional impugnada y disponer el reenvío de la causa será una medida idónea de restitución en la mayoría de los casos en los que se evidencie una vulneración del derecho al debido proceso en una decisión jurisdiccional, como se indicó, la Corte Constitucional está facultada para dictar otras medidas de reparación integral. Al respecto, en la sentencia No. 005-17-SEP-CC de 11 de enero de 2017, la Corte reconoció que, en la acción extraordinaria de protección, está facultada para ordenar medidas de diferente naturaleza y también advirtió que existieron hechos posteriores a la presentación de la acción que implicaban que una medida de restitución sea impertinente, por lo cual dictó medidas de satisfacción. En todo caso, es necesario puntualizar que, a fin de dictar medidas que

Sin perjuicio de lo anterior, la reparación integral tiene límites. En la acción extraordinaria de protección, un límite claro que es propio de la naturaleza de esta garantía —al ser una acción y no un recurso— es la imposibilidad de que la Corte Constitucional actúe como un tribunal de alzada y se pronuncie sobre el mérito del proceso subyacente¹². No obstante, la Corte ha establecido una excepción a esta regla, que se aplica únicamente a las acciones extraordinarias de protección derivadas de procesos de garantías jurisdiccionales y que está sujeta a la verificación, de oficio por parte de la Corte, de varios requisitos¹³.

Aunque esta es la única excepción que ha sido desarrollada expresamente por la jurisprudencia constitucional, la Corte también ha identificado casos en los que ha calificado al reenvío como una medida de reparación inoficiosa. Uno de esos casos se presenta “cuando el ámbito decisorio del juez ordinario destinatario del reenvío se reduce sustancialmente hasta el punto de anularse, por cuanto la sentencia de la Corte determina en su totalidad cuál debe ser el contenido de la futura decisión del juez ordinario”¹⁴. Este criterio fue aplicado, por ejemplo, en un caso en que la Corte conoció una acción extraordinaria de protección presentada en contra del auto que concedió un recurso inexistente en un proceso de medidas cautelares constitucionales¹⁵ y en contra del auto que tramitó dicho recurso. Al determinar que la concesión y tramitación de un recurso

sean adecuadas para reparar una vulneración de derechos, es indispensable que la Corte Constitucional escuche a la víctima, conforme lo exige el artículo 18 de la LOGJCC.

12 Véase, por ejemplo: Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 176-14-EP/19*, Causa No. 176-14-EP, párr. 47, RO Edición Constitucional No. 21, 13/11/2019; *Sentencia No. 193-14-EP/19*, Causa No. 193-14-EP, párr. 47, RO Edición Constitucional No. 28, 19/12/2019.

13 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 176-14-EP/19*, Causa No. 176-14-EP, párr. 55-56, RO Edición Constitucional No. 21, 13/11/2019. Respecto de una ampliación de los requisitos para el control de méritos, véase: Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 2137-21-EP/21*, Causa No. 2137-21-EP, párr. 111, RO Edición Constitucional No. 8, 02/03/2022.

14 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 843-14-EP/20*, Causa No. 843-14-EP, párr. 56, RO Edición Constitucional No. 109, 25/11/2020. Este criterio fue desarrollado al conocer una acción extraordinaria de protección presentada en contra de un auto dictado dentro de un proceso penal, que estableció que el decomiso de camiones involucrados en el cometimiento de un delito aduanero era una competencia exclusiva del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador. Previo a reconocer que existen supuestos en los que el reenvío es inoficioso, la Corte señaló que, generalmente, el reenvío es una medida efectiva de reparación en una acción extraordinaria de protección.

15 Se trató de un recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de revocar las medidas cautelares constitucionales. El artículo 35 de la LOGJCC únicamente prevé el recurso de apelación respecto de la decisión que niega la revocatoria.

inexistente vulneró el derecho a la seguridad jurídica, la Corte señaló que el reenvío era inoficioso, pues la única conclusión a la que se podía llegar en una eventual decisión de reemplazo era la no concesión del recurso no previsto en la ley¹⁶. En este supuesto es claro que, por la naturaleza de los cargos de la demanda y del análisis de la Corte, el ámbito decisorio del juez de instancia fue anulado. Sin embargo, la aplicación de este criterio de forma generalizada —y el asumir que la sentencia de la Corte puede determinar el contenido de la decisión de reemplazo— lleva a que la Corte pueda, a través de una acción extraordinaria de protección, realizar indirectamente un control de méritos del proceso subyacente (inclusive en procesos ordinarios o en procesos arbitrales), lo cual contradice los límites propios de esta garantía y el régimen de competencias institucionales establecido en la Constitución.

En materia de arbitraje, la Corte Constitucional no ha aplicado el criterio expuesto en el párrafo precedente, ni ha argumentado por qué el reenvío sería una medida de reparación inoficiosa, como ocurre cuando la Corte conoce acciones extraordinarias de protección derivadas de procesos constitucionales y ordinarios. En la sentencia No. 308-14-EP/20, al conocer una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia que declaró la nulidad de un laudo arbitral¹⁷ a pesar de que la acción de nulidad fue presentada extemporáneamente, la Corte declaró la vulneración de derechos constitucionales, dejó sin efecto la sentencia impugnada y, “en consecuencia, dej[ó] en firme el laudo arbitral”¹⁸. De manera

16 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 964-17-EP/22*, Causa No. 964-17-EP, párr. 55, RO Edición Constitucional No. 72, 30/08/2022.

17 Si bien la Corte ha considerado que las sentencias que aceptan una acción de nulidad de laudo son objeto de acción extraordinaria de protección, cabe aclarar que dichas decisiones no son definitivas, pues no resuelven sobre la materialidad de las pretensiones con autoridad de cosa juzgada material ni impiden la continuación del proceso. El efecto de la nulidad es retrotraer el proceso al momento procesal anterior al momento en que se dictó el acto declarado nulo. Por lo anterior, las sentencias que aceptan una acción de nulidad de laudo arbitral no deberían ser objeto de acción extraordinaria de protección, conforme la sentencia No. 154-12-EP/19 de la Corte Constitucional.

18 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 308-14-EP/20*, Causa No. 308-14-EP, párr. 3 del decisorio, RO Edición Constitucional No. 86, 21/10/2020. Por otra parte, en la sentencia No. 1737-16-EP/21 de 21 de julio de 2021, la Corte dejó sin efecto un auto en que la justicia ordinaria se pronunció sobre la patología de una cláusula arbitral y revocó una decisión de archivo del proceso y, como consecuencia de ello, no ordenó el reenvío, sino que dispuso “ejecutar el archivo dispuesto en el auto de 14 de abril de 2015”, lo cual es equivalente a dejar en firme y ejecutar dicho auto.

similar, en la sentencia No. 481-14-EP/20, la Corte aceptó la acción extraordinaria de protección presentada respecto de las sentencias que concedieron una acción de protección en contra de un laudo arbitral y, como medida de reparación integral, dejó sin efecto ambos fallos y “ratific[ó] la medida adoptada en la sentencia No. 308-14-EP/20 referente a dejar en firme el laudo arbitral”¹⁹.

En ninguno de los dos casos mencionados, la Corte motivó de forma explícita y clara por qué ordenó la medida de reparación integral que consistía en dejar en firme el laudo arbitral. Esta omisión es particularmente grave, pues dejar en firme una decisión jurisdiccional, en términos generales, implica reconocer que tiene carácter definitivo y que, por lo tanto, no puede ser revisada²⁰. La conformación anterior al año 2019 de la Corte Constitucional, solía ordenar esta medida en acciones extraordinarias de protección derivadas de procesos constitucionales²¹, lo cual generaba dos consecuencias cuestionables: (i) se reconocía, implícitamente, como correcta a la decisión que se dejaba en firme, con lo cual la Corte emitía un pronunciamiento sobre el mérito del caso; y, (ii) se afectaba el derecho al debido proceso de la contraparte en el litigio subyacente, quien perdía toda oportunidad de impugnar la decisión que la Corte dejó en firme.

Ahora bien, a pesar de que en las sentencias citadas la Corte no justificó de forma clara por qué dejó en firme el laudo arbitral, es necesario advertir que no es posible trasladar de forma general al proceso arbitral las críticas a esta medida que fueron analizadas a propósito de los procesos de garantías constitucionales. La razón

19 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 481-14-EP/20*, Causa 481-14-EP, párr. 5 del decisorio, RO Edición Constitucional No. 122, 28/12/2020. Cabe precisar que los antecedentes de hecho de esta sentencia y de la sentencia No. 308-14-EP/20 fueron los mismos. La sentencia No. 308-14-EP/20 resolvió la acción extraordinaria de protección presentada en contra de la sentencia que aceptó la acción de nulidad de laudo, mientras que la sentencia No. 481-14-EP/20 resolvió la acción extraordinaria presentada respecto de las sentencias que resolvieron la acción de protección propuesta en contra del laudo.

20 Sobre lo que implica el carácter firme de una decisión jurisdiccional (cosa juzgada material) y cómo aquello se diferencia de la cosa juzgada formal, véase: J. GUERRERO DEL POZO, *El agotamiento de recursos previo a la acción extraordinaria de protección: ¿un presupuesto material o procesal?*, Universidad Andina Simón Bolívar Corporación Editora Nacional, 2017.

21 Como ejemplos de casos en los que la Corte Constitucional ordenó esta medida de reparación integral, véanse: Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 003-13-SEP-CC*, Causa No. 1427-10-EP, RO Sup. No. 943, 29/04/2013; y, *Sentencia No. 200-14-SEP-CC*, Causa No. 0598-11-EP, RO Sup. No. 438, 13/02/2015.

para sostener aquello es que el arbitraje, reconocido en el artículo 190 de la Constitución como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes y se rige por normas y procedimientos propios²², que guardan independencia frente a la justicia ordinaria. En vista de que la ley únicamente contempla a la acción de nulidad como mecanismo de impugnación frente a los laudos arbitrales²³, si la Corte —al conocer una acción extraordinaria de protección— encuentra que una sentencia resolvió una acción de nulidad pese a que esta fue presentada de forma extemporánea (sentencia No. 308-14-EP/20), entonces es claro que el laudo arbitral será definitivo y sería razonable dejarlo en firme, pues —por las normas procesales que regulan el arbitraje— no sería susceptible de impugnación o revisión posterior y no existiría otra decisión posible a la que se pueda llegar al momento de dictar una eventual decisión de reemplazo²⁴. Aquello no significa que esta medida pueda ser ordenada en todos los casos (*so pena* de juzgar la corrección del laudo y afectar a la contraparte del proceso arbitral)²⁵, sino solo en aquellos supuestos muy específicos y excepcionales en los que, por las circunstancias del caso, el laudo no podría ser impugnado o revisado posteriormente.

Una vez que se ha revisado el tratamiento que la jurisprudencia constitucional ha brindado a la reparación integral y, en particular, a las medidas que han sido ordenadas al conocer acciones extraordinarias de protección derivadas de procesos arbitrales²⁶, se

22 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 323-13-EP/19*, Causa No. 323-13-EP, párr. 33, RO Edición Constitucional No. 26, 04/12/2019.

23 La Corte Constitucional ha establecido que la acción de nulidad de laudo arbitral es un procedimiento especial, en el cual no cabe interponer recurso alguno salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación, sin perjuicio de la presentación de una acción extraordinaria de protección. Al respecto, véase: Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1703-11-EP/19*, Causa No. 1703-11-EP, RO Edición Constitucional No. 29, 08/01/2020.

24 En ese sentido, en la sentencia No. 308-14-EP/20, la Corte señaló que “[u]na vez transcurrido el término legal para la presentación de la acción de nulidad del laudo arbitral, se consolida definitivamente la situación jurídica establecida en dicho laudo”. Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 308-14-EP/20*, Causa No. 308-14-EP, párr. 57, RO Edición Constitucional No. 86, 21/10/2020.

25 Por ejemplo, si la Corte Constitucional declara la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación por parte de una sentencia que negó una acción de nulidad de laudo arbitral, en principio, debería limitarse a dejar sin efecto la decisión jurisdiccional impugnada y a ordenar el reenvío para que se resuelva nuevamente la acción de nulidad, sin que corresponda dejar en firme el laudo.

26 Cabe aclarar que en esta sección no se ha pretendido abordar todas las medidas de reparación integral que pueden ser ordenadas en acciones extraordinarias de protección derivadas

realizará un análisis crítico de la medida de reparación dispuesta en la sentencia No. 1573-15-EP/21 de 15 de diciembre de 2021.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN INTEGRAL ORDENADA EN LA SENTENCIA NO. 1573-15-EP/21

Como se indicó previamente, en la sentencia No. 1573-15-EP/21 la Corte Constitucional aceptó una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral y, como consecuencia de ello, dejó sin efecto exclusivamente la sección relativa a la condena en costas, en la que, a juicio de la Corte, se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de motivación. Como fundamento de su decisión, la Corte esgrimió dos razones: (i) la medida de reparación integral no podía dejar sin efecto la integralidad del laudo, pues la entidad accionante únicamente cuestionó la sección de la condena en costas²⁷; y, (ii) una nueva sustanciación del proceso arbitral conllevaría nuevos gastos en litigio para las partes²⁸.

La segunda razón de la Corte para ordenar esta medida de reparación integral es sumamente general y podría significar que, en la gran mayoría de los casos, el reenvío de la causa se considere inadecuado porque la sustanciación de un nuevo proceso implicaría nuevos gastos en litigio. Esta argumentación —muy amplia— para evitar ordenar el reenvío desconoce que, por la naturaleza de las

de procesos arbitrales, sino que se ha examinado el tratamiento que la jurisprudencia constitucional reciente ha brindado a este asunto. Todavía existen muchas interrogantes al respecto. Por ejemplo, bajo la premisa de que cabe acción extraordinaria de protección en contra de sentencias que aceptan acciones de nulidad de laudo (como se determinó en las sentencias No. 308-14-EP/20 y No. 481-14-EP/20), ¿qué medida de reparación integral corresponde si, una vez que se ha aceptado una acción de nulidad y se ha dictado un nuevo laudo, la Corte acepta la acción extraordinaria de protección? Evidentemente la Corte Constitucional no podría pronunciarse sobre el segundo laudo, pero, a partir de su jurisprudencia constitucional reciente, podría considerar que la existencia de este laudo configura una “situación jurídica consolidada” que no podría alterarse como efecto de la sentencia de acción extraordinaria de protección. Esta línea jurisprudencial es sumamente cuestionable y reduce sustancialmente los efectos prácticos de la reparación integral en la acción extraordinaria de protección. Sobre las críticas a esta línea de la Corte, véase: J. GUERRERO DEL POZO, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.

27 De la revisión de la demanda presentada en la acción extraordinaria de protección signada con el No. 1573-15-EP se desprende que la pretensión de la entidad accionante (Procuraduría General del Estado) fue que se deje sin efecto la sección del laudo arbitral referente a la condena en costas.

28 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1573-15-EP/21*, Causa No. 1573-15-EP, párr. 41, RO Edición Constitucional No. 16, 14/03/2022.

vulneraciones de derechos constitucionales que se resuelven a través de una acción extraordinaria de protección, esta suele ser una medida de restitución apropiada. Al descartar esta segunda razón como fundamento suficiente para dejar sin efecto solamente una sección de un laudo arbitral, se analizará el contenido del primer argumento, a la luz del principio dispositivo y de la naturaleza de la garantía de motivación.

El principio dispositivo está reconocido en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución, como uno de los principios de la administración de justicia²⁹. Este principio significa que:

corresponde a las partes la iniciativa en general [del proceso] y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de estas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos³⁰.

En materia de garantías jurisdiccionales se observa un debilitamiento de este principio, pues —entre otras cosas³¹— los jueces constitucionales tienen libertad para ordenar medidas de reparación distintas a las solicitadas por las partes, con el fin de garantizar la reparación integral de los derechos constitucionales vulnerados, sin que se pueda considerar que aquello implica *per se* un vicio de incongruencia. Dado que la acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional, esta libertad en cuanto a las medidas de reparación integral también es aplicable a esta acción.

Ahora bien, en el caso de la acción extraordinaria de protección, la Corte ha recalcado la importancia del principio dispositivo, pues ha señalado que los problemas jurídicos deben ser planteados en función de los cargos formulados por la parte accionante, entendidos estos como las acusaciones que dirige en contra de la decisión jurisdiccional

29 Este principio está desarrollado en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que determina en su primer inciso que “[t]odo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley”.

30 H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General del Proceso: aplicable a toda clase de procesos*, 3era Ed., Editorial Universidad, 2015.

31 Por ejemplo, el artículo 4 numeral 5 de la LOGJCC establece que, en los procesos constitucionales, el impulso corresponde a las y los jueces de oficio.

impugnada³². Por esa razón, al conocer una acción extraordinaria de protección, no corresponde que la Corte Constitucional se pronuncie sobre decisiones que no han sido impugnadas³³ ni que altere los cargos formulados por la parte accionante. De ahí que, si la parte accionante de la causa No. 1575-13-EP alegó como único cargo la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación en la condena en costas, siguiendo la línea jurisprudencial mencionada, la Corte no podría pronunciarse sobre el resto del laudo arbitral y debería dictar una medida de reparación integral que sea concordante con su análisis. En este contexto, a continuación, se examinará si el dejar sin efecto una sección de un laudo arbitral —como en este caso fue la sección sobre la condena en costas— es una medida que es compatible con la vulneración de la garantía de motivación.

En la sentencia No. 1158-17-EP/21, la Corte Constitucional sistematizó su jurisprudencia relativa a la garantía de motivación. En esta sentencia, la Corte estableció que, cuando un órgano jurisdiccional debe analizar la procedencia de un cargo de vulneración de la garantía de motivación, “debe enfocarse en la *parte* de la motivación, o sea, en la *argumentación jurídica* a la que específicamente se refiere el cargo esgrimido por la parte procesal”, sin que tenga el deber de auditar la totalidad de la motivación de los actos del poder público (la cursiva consta en el original)³⁴. Este razonamiento de la Corte Constitucional fortalece el principio dispositivo, pues implica que las y los jueces deben circunscribir su análisis a los cargos específicos formulados por la parte accionante y no pueden analizar la totalidad de la motivación del acto impugnado. Sin embargo, aquello no brinda claridad sobre cómo actuar cuando la Corte encuentra que la argumentación jurídica contenida en una decisión jurisdiccional no cumple los parámetros para poder calificar a dicha decisión como suficientemente motivada³⁵.

32 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1967-14-EP/20*, Causa No. 1967-14-EP, párr. 16, RO Edición Constitucional No. 60, 04/08/2020.

33 Conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, justamente porque en la acción extraordinaria de protección los problemas jurídicos surgen de los cargos de la demanda, se entiende que una decisión jurisdiccional ha sido impugnada cuando la parte accionante formula argumentos respecto de esta decisión, aunque esta no haya sido identificada expresamente como impugnada en la demanda. Al respecto, véase: Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 2048-15-EP/20*, Causa No. 2048-15-EP, párr. 16, RO Edición Constitucional No. 120, 15/12/2020.

34 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1158-17-EP/21*, Causa No. 1158-17-EP, párr. 53.2, RO Edición Constitucional No. 11, 03/03/2022.

35 Para ilustrar el razonamiento contenido en la sentencia No. 1158-17-EP/21, la Corte

Para ello, es necesario determinar si una decisión jurisdiccional puede ser dividida, de tal forma que sea dejada sin efecto parcialmente. El artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, que reconoce el derecho al debido proceso en la garantía de motivación, prescribe que, una vez que se encuentra la vulneración de la garantía de motivación, “[l]os actos administrativos, resoluciones o fallos [...] se considerarán nulos”. A su vez, la Corte Constitucional, refiriéndose a las sentencias, ha señalado que cada una de sus partes “form[a] un todo indivisible que responde al principio de unidad del fallo, que establece que la sentencia como acto constituye una unidad”³⁶.

De lo anterior se desprende que la Constitución se refiere a la nulidad de la decisión jurisdiccional en general como consecuencia de la vulneración de la garantía de motivación, sin hacer distinción entre una “nulidad total” y “la nulidad parcial”. En vista de que ni la Constitución ni la ley contienen una prohibición respecto de la “nulidad parcial” y en virtud de la amplitud del artículo 18 de la LOGJCC en cuanto a las medidas de reparación, en principio, sería posible que la Corte ordene esta medida en una acción extraordinaria de protección. Sin embargo, las decisiones jurisdiccionales constituyen una unidad indivisible³⁷, independientemente del nú-

proporcionó ejemplos de sentencias de acción extraordinaria de protección en las que su análisis se circunscribió a la parte de la motivación que fue cuestionada por la parte accionante. Sin embargo, ambas sentencias son desestimatorias, por lo que no brindan luces sobre las medidas de reparación integral que correspondería ordenar. Véanse: Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1442-13-EP/20*, Causa No. 1442-13-EP, RO Edición Constitucional No. 73, 27/08/2020; y, *Sentencia No. 2355-16-EP/21*, Causa No. 2355-16-EP, RO Edición Constitucional No. 192, 25/06/2021. Otros ejemplos en los que la Corte Constitucional ha dejado sin efecto “parte” de la decisión jurisdiccional impugnada, han sido los casos en que identifica que la Corte Nacional de Justicia, pese a casar una sentencia, no ha justificado los fundamentos para emitir una decisión respecto al fondo de la controversia. Sin embargo, estos son casos que se distinguen de la sentencia No. 1573-15-EP/21, pues involucran dos decisiones distintas, que resuelven problemas jurídicos y pretensiones de diferente naturaleza: (i) la decisión de casación como tal, en la que se examina la procedencia del cargo del recurrente; y, (ii) la decisión de mérito, en la que se examina el fondo de la controversia. Al respecto, véanse: Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1943-15-EP/21*, Causa No. 1943-15-EP, RO Edición Constitucional No. 166, 03/05/2021; y, *Sentencia No. 476-19-EP/21*, Causa No. 476-19-EP, RO Edición Constitucional No. 271, 03/02/2022.

36 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 0031-14-SIS-CC*, Causa No. 0062-10-IS, RO S. No. 516, 05/06/2015.

37 Con fundamento en la unidad del fallo, el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha negó una acción de nulidad parcial de laudo arbitral por “indebida motivación” en el proceso signado con el No. 17100-2018-00037. En cambio, respecto de causales de nulidad como aquella prevista en el literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (que no se relaciona con la motivación del laudo), el presidente de la Corte Provincial de Justicia de

mero de argumentaciones jurídicas (o “partes”) que la conforman, por lo que una eventual “nulidad parcial” desconocería la unidad de la decisión jurisdiccional.

Este razonamiento, relativo a la unidad de la sentencia, se evidencia —implícitamente, pues la Corte no motivó las medidas de reparación que dictó en la acción extraordinaria de protección— en la reciente sentencia No. 1219-22-EP/22. En esta sentencia, la Corte se pronunció sobre si la sentencia de apelación de una acción de protección vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de motivación, exclusivamente en el análisis que realizó sobre la garantía del cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. Al responder afirmativamente a este problema jurídico, la Corte dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia como un todo³⁸. En otras palabras, si bien la Corte circunscribió su análisis al cargo contenido en la demanda, una vez que encontró una vulneración de la garantía de motivación, consideró que correspondía dejar sin efecto toda la sentencia y no únicamente la “parte” que no estaba suficientemente motivada.

Además de que las decisiones jurisdiccionales constituyen una unidad, cabe señalar que dejar sin efecto parcialmente una decisión jurisdiccional equivale a “dejar en firme” el resto de dicha decisión, que no podría ser revisado posteriormente. Como quedó señalado en la sección precedente, esta medida de reparación implica reconocer de forma implícita la corrección de la decisión jurisdiccional, lo cual (i) excede las competencias de la Corte Constitucional en la acción extraordinaria de protección y, (ii) en los procesos arbitrales, sería procedente únicamente de forma excepcional, como en el supuesto analizado en la sentencia No. 308-14-EP/20.

Por otro lado, como fundamento para dejar sin efecto parcialmente una decisión jurisdiccional en una acción extraordinaria de protección, podría incorporarse en el análisis la “trascendencia” de la vulneración de la garantía de motivación en la decisión principal a la que se arribó en la sentencia o en el laudo arbitral,

Pichincha ha declarado la anulación parcial del laudo. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el proceso signado con el No. 17100-2007-133.

38 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1219-22-EP/22*, Causa No. 1219-22-EP, 26/09/2022.

de tal manera de que hipotéticamente se plantee el siguiente interrogante: ¿la decisión principal hubiese cambiado o se encontrase insuficientemente motivada, sin la parte en la cual se vulneró la garantía de motivación? Si la respuesta es afirmativa, la Corte no tendría otra alternativa que dejar sin efecto toda la decisión; por el contrario, si la respuesta es negativa, la Corte tendría la posibilidad de dejar sin efecto parcialmente la decisión.

En la sentencia No. 1573-15-EP/21, si se introduce el referido análisis de “trascendencia” —respecto del cual nada se dice en la sentencia— parecería que la medida de reparación integral ordenada fue razonable, pues la condena en costas a CNT —por su naturaleza como una sanción por haber litigado de mala fe— no podía influir en la decisión de fondo del tribunal arbitral de desestimar las pretensiones contenidas en la demanda. Además, el principio *favor arbitralis* puede justificar el preservar el resto del laudo arbitral³⁹ ante una vulneración de la garantía de motivación que se produjo únicamente en cuanto a la condena en costas, cuestión en principio accesoria, que no podía influir en el resto del análisis del tribunal ni viciaba el ejercicio argumentativo realizado sobre el fondo de la controversia.

Sin embargo, el análisis de la referida “trascendencia” en la generalidad de las acciones extraordinarias de protección —ya sea contra laudos arbitrales o sentencias— puede llevar a que la Corte Constitucional se vea obligada a realizar indirectamente una auditoría de la totalidad de la decisión jurisdiccional impugnada, lo cual es contrario al estándar establecido por la Corte cuando analiza vulneraciones de la garantía de motivación. Por ejemplo, si se hubiera aplicado este criterio en la sentencia No. 1219-22-EP/22, la Corte hubiera tenido que referirse al resto de las vulneraciones de derechos que fueron alegadas en la acción de protección de origen y determinar que la Corte Provincial analizó otros derechos y

39 Este principio puede ser definido como “una directriz que orienta la formulación y la aplicación de normas que en última instancia precautelan el derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos mediante la conservación de la vigencia del convenio arbitral o del laudo arbitral frente a intervenciones de la justicia estatal”. M. JARA, “Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje: un análisis desde la perspectiva del principio *favor arbitralis*”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 3, 2011.

descartó su vulneración⁴⁰, por lo que la falta de motivación en cuanto a la garantía del cumplimiento de las normas y los derechos de las partes no fue trascendente para la decisión final. Aquello, además de ser contrario a la naturaleza del análisis propio de la garantía de motivación, dejaría sin efecto práctico a la reparación integral frente a la víctima de la vulneración de derechos constitucionales, pues la víctima solicitó que se deje sin efecto toda la sentencia impugnada y no una de sus partes.

Por lo anterior, si bien la medida de reparación ordenada en la sentencia No. 1573-15-EP/21 podría justificarse en la poca o ninguna “trascendencia” de la condena en costas con respecto a la decisión final del tribunal arbitral, se considera que dejar parcialmente sin efecto una sentencia o un laudo arbitral como medida de reparación integral en una acción extraordinaria de protección no se compadece con la naturaleza de las decisiones jurisdiccionales y de la vulneración de la garantía de motivación, pues: (i) desconoce la unidad que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales; (ii) equivale a dejar en firme el resto de la decisión jurisdiccional impugnada; e, (iii) inclusive, si se aplica el criterio de la trascendencia de la vulneración con respecto a la decisión final, en la mayoría de los casos, aquello llevará a que la Corte Constitucional deba pronunciarse sobre el resto de la decisión, realizando una auditoría de la totalidad de la sentencia o del laudo arbitral y quebrantando el principio dispositivo.

4. CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado en el presente artículo, se ha determinado que dejar sin efecto parcialmente una decisión jurisdiccional como consecuencia de una vulneración de la garantía de motivación en una acción extraordinaria de protección es una medida que, por lo general, desconoce el carácter unitario de una sentencia o de un laudo e implica que la Corte Constitucional “deje en firme” el resto

⁴⁰ Cabe recordar que un requisito de la motivación en garantías jurisdiccionales es que los jueces y juezas realicen un análisis de las vulneraciones de derechos constitucionales, conforme la sentencia No. 1158-17-EP/21 (párr. 103). Si la Corte evalúa la “trascendencia” del análisis sobre uno de los derechos alegados como vulnerados y llega a afirmar que los jueces inferiores realizaron un “análisis” de los demás derechos invocados, indirectamente se estaría pronunciando sobre la motivación del resto de la decisión.

de la decisión, lo cual conlleva un pronunciamiento —indirecto— sobre la corrección del resto de la decisión. Ello, sin perjuicio de que no existe una prohibición expresa ni una norma imperativa que obligue a la Corte Constitucional, al momento de ordenar medidas de reparación integral, a dejar sin efecto la totalidad de la decisión jurisdiccional impugnada en todos los casos.

En el caso particular de la sentencia No. 1573-15-EP/21, por tratarse de una acción extraordinaria de protección presentada exclusivamente respecto de la condena en costas, existe la posibilidad de justificar el dejar parcialmente sin efecto el laudo en virtud de la falta de “trascendencia” de la vulneración de la motivación en una “parte” del laudo con respecto a la decisión final. Este razonamiento y la aplicación del principio *favor arbitralis* permiten sostener que sí era posible dejar sin efecto únicamente la condena en costas, que no tenía la capacidad de influir en la decisión de fondo del arbitraje. Sin embargo, el análisis sobre la trascendencia de la vulneración en función de la decisión final, en la mayoría de los casos, puede llevar a que la Corte realice una auditoría del resto de la decisión objeto de la acción extraordinaria de protección, lo cual contraviene la naturaleza de la garantía de motivación y el principio dispositivo.

Finalmente, una de las limitaciones que se encontró al analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la reparación integral en la acción extraordinaria de protección es la carencia de una justificación de las medidas que se disponen. En ocasiones, se deja sin efecto la decisión jurisdiccional impugnada de forma automática pese a que solo se analizó una parte específica de la sentencia y, en otras, como en el caso No. 1573-15-EP/21, se brinda una justificación sumamente amplia para dejar sin efecto parcialmente un laudo arbitral. Por ello, es necesario que la Corte Constitucional motive adecuada y suficientemente las medidas de reparación integral que dispone al conocer acciones extraordinarias de protección y que mantenga una línea jurisprudencial uniforme sobre cuáles son las medidas que, en función de las circunstancias de cada caso, corresponde ordenar ante la vulneración de la garantía de motivación contenida en una “parte” de una sentencia o laudo arbitral.

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE

PBP

**Entendemos los negocios,
pensamos en el país,
ideamos soluciones.**

Conozca nuestra
práctica de Arbitraje

Escanee este código con la cámara de su celular



www.pbplaw.com

 Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

 @pbplaw

Quito

Av. República de El Salvador N36-140
Edificio Mansión Blanca
PBX: 02 400 7800
+593 2 382 7640 al 48

Guayaquil

Av. Francisco de Orellana.
Edificio Las Cámaras,
Torre B, oficina 904.
+593 4 370 7960

La regulación por los árbitros del proceso arbitral

Ana María Larrea A.*

Recibido/Received: 23/11/2022
Aceptado/Accepted: 28/11/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Arbitraje y flexibilidad. 4. Naturaleza jurídica de los Reglamentos de los Centros de Arbitraje y la Corte Constitucional. 5. La facultad de Regulación por los Árbitros del Proceso Arbitral. 6. Conclusiones.

RESUMEN: Este artículo aborda la legalidad de la capacidad de los árbitros para conducir y regular el proceso arbitral, según requiera a las características propias de la controversia, atendiendo a la flexibilidad que le es inherente; así como la naturaleza de las normas procesales en el arbitraje.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, reglas, flexibilidad, conducción.

ABSTRACT: This paper addresses the legality of arbitrator's capacity to conduct and regulate the arbitral procedure, according to controversies own characteristics, attending to its inherent flexibility, as well as the nature of procedural rules on arbitration.

KEYWORDS: Arbitration, rules, flexibility, conduction.

* Socia de Larrea, Ortiz y Cía. Sociedad de Abogados, Directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, árbitro de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y Vicepresidente del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Profesora en la Maestría de Arbitraje Internacional de Inversiones, organizada por la UDLA, Presidente de la Comisión del Estatuto del Jugador, Federación Ecuatoriana de Fútbol.



1. INTRODUCCIÓN

El avance y desarrollo que ha tenido el arbitraje en el mundo, en la región y en el Ecuador, hace quizás una obviedad mencionar su origen contractual y negocial, en contraposición al proceso judicial que surge de la reserva constitucional a favor de los jueces nombrados por el Estado para la decisión de litigios de cualquier naturaleza. Sin embargo, para efectos del análisis que nos proponemos realizar, no podemos si no partir de la autonomía de la voluntad de las partes como principio rector de cualquier análisis que se efectúe sobre el tema de este artículo, y en general, sobre cualquier tema inherente al arbitraje, del que no es solo su punto de partida, sino un eje transversal.

Como reseña Armando Serrano Puig¹:

[...] siendo la autonomía la condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie, lleva implícito el concepto de libertad, junto con el de la libertad del individuo. Solo es libre quien se halla en condición de no depender de nadie para ciertas cosas; referencia que incluye la libertad del individuo para poner en acción su voluntad, con independencia de todos los demás, y sin limitaciones que no sean la ley, la moral y las buenas costumbres.

La capacidad que en derecho conocemos como “de ejercicio”, es aquella que ejercemos no solo para crear y regular relaciones jurídicas, sino también para modificarlas o extinguirlas en aquello que llamamos *libertad de contratación* y es de donde:

Nace la obligación de que el ordenamiento jurídico reconozca eficacia suficiente a la voluntad de los sujetos, cuando con ella generan y norman sus relaciones jurídicas, autorregulando sus propios intereses, en ejercicio de una delegación del derecho objetivo para hacerlo².

Extrayendo las ideas más valiosas del artículo referido, continuamos con la referencia que se hace a Ripert Boulanger³, quien sostiene:

1 A. SERRANO PUIG, “La Autonomía de la Voluntad en el Convenio Arbitral, Alcances y Limitaciones. El Caso Ecuatoriano”, *Instituto Peruano de Arbitraje*, Tomo I, 2011, p. 542 y siguientes.

2 F. VIDAL RAMÍREZ, citado por A. SERRANO PUIG, N. 1, p. 538.

3 RIPERT BOULANGER, citado por A. SERRANO PUIG, N. 1, p. 543.

La libertad contractual es un principio jurídico indiscutible, ya que está dictado por la ley. La autonomía de la voluntad es una explicación filosófica de la regla y una tendencia a su mantenimiento o desarrollo, lo que implica que la ley debe respetar las voluntades individuales, sea porque el derecho individual de obligarse es superior a la ley, sea porque hay un interés económico y social en que los hombres reglamenten sus relaciones por su sola voluntad, teoría que fue defendida como expresión del individualismo liberal.

Dicha expresión que hoy ha sido matizada con la gradual intervención del Estado en las relaciones privadas, y con los límites legales a la autonomía de la voluntad.

Para cerrar las reflexiones sobre este principio, conviene citar a Romero Seguel⁴ quien sostiene que:

El elemento más relevante del arbitraje es el valor que se le reconoce a la autonomía de la voluntad, como quicio de todo el sistema arbitral (*pacta sunt servanda*). A través de una convención, las partes deciden sustraer el conocimiento de un litigio presente o futuro de la jurisdicción del estado, sustituyendo la intervención de un órgano jurisdiccional público, por otro privado.

2. ANTECEDENTES

El tema de este artículo hace una alusión clara a la posibilidad de los árbitros de moldear el procedimiento arbitral, ajustándolo a las necesidades del caso concreto, tal y como lo haría un sastre, al cortar la tela del procedimiento para que este se ajuste a las particularidades de la controversia.

Si bien no objetamos la posibilidad de seguir, bien sean, las normas procesales de las partes, nacidas a partir de la autonomía antes mencionada, y que, mayoritariamente nos llevan a procedimientos estándares, diseñados por el centro de arbitraje al que estas se sometieron, con base en las normas de la Ley de Arbitraje

4 A. ROMERO SEGUEL, "Nociones Generales sobre Justicia Arbitral", *Revista Chilena de Derecho*, 26-2, 1999, pp. 405-430.

y Mediación⁵ (en adelante LAM) o su reglamento, las inquietudes respecto a la jerarquía normativa en el arbitraje o la prevalencia de una norma supletoria estándar, por sobre aquellas que los árbitros creen, se presentan por varias razones, que procuramos sintetizar en este trabajo.

Por una parte, siempre existirán vacíos y situaciones no previstas en la Ley o sus reglamentos, intencionalmente amplios para permitir la fluidez procesal; y, por otro, si, no habiendo tales lagunas en las normas que regulan el procedimiento civil ordinario⁶, son estas las que rigen o en su defecto prevalece la capacidad de los árbitros para realizar los ajustes necesarios que devengan coherentes con las particularidades del caso, en lugar de forzarlo dentro del tipo *all fitting of the rack garment* o “prenda que sirve a todas las tallas”.

Se ha dicho que parte del “genio del arbitraje” reside en dar a individuos cuidadosamente escogidos –los árbitros– “la libertad de aplicar justo el toque adecuado de este o aquel principio de procedimiento; ese *je ne se quois* de la justicia, que lleva a compromisos serios, innovadores e inteligentes”, frente a la rigidez de los procedimientos que se sustentan ante la justicia ordinaria, según señalan Schneider y Scherer⁷ en la Guía Práctica del Arbitraje Suizo.

3. ARBITRAJE Y FLEXIBILIDAD

Partimos de la premisa que la mayoría de las legislaciones nacionales reconocen el principio de la autonomía de la voluntad en relación al procedimiento arbitral, de lo que resulta que un acuerdo entre las partes es obligatorio para los árbitros. Así, el artículo 38 de la LAM dispone que “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”.

5 Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 4/11/1997.

6 Constantes en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), publicado en el R.O. S. 22/05/2015.

7 A. SCHNEIDER y A. SCHERER, “Arbitration in Switzerland, The Practitioner Guide”, *Kluwer Law International*, Tomo 1, 2013.

Sobre la conocida –y poco entendida– flexibilidad del arbitraje, conviene citar lo expuesto por Mario Castillo Freire⁸:

La flexibilidad del arbitraje se conceptualiza con el propósito de establecer una diferencia entre la rigidez del proceso ante la justicia ordinaria y los procesos arbitrales... Los códigos procesales establecen términos y procedimientos cuyas normas tienen carácter de orden público, es decir, que salvo casos excepcionales no cabe disponer algo distinto. Por el contrario, las leyes arbitrales del mundo, aun conteniendo normas imperativas (materia arbitrable, acción de nulidad), en su mayoría acogen normas de carácter dispositivo, que permiten apartarse de la propia ley, permitiendo a las partes alejarse del texto y establecer etapas y desarrollo, según su propia conveniencia, bajo la noción implícita de la libertad de las partes para la autorregulación.

Por ello, y sin perjuicio de referirnos posteriormente al orden en que se mencionan las fuentes procedimentales en el artículo 38 de la LAM, que podría sugerir una jerarquía que no es tal, es de rigor resaltar –aunque sea obvio– que el origen contractual del arbitraje produce una radical diferencia en el régimen procesal al que se somete un arbitraje, pues en este, es impensable que las partes acuerden mutuamente reglas procesales de sustanciación distintas a las previstas en la ley procesal ordinaria. El ámbito dispositivo de las partes es muy limitado, y necesita de la ley para surtir efecto⁹; de otra forma, tanto las partes como el juez y sus auxiliares deben atenerse al texto expreso de la ley procesal, sin perjuicio de interpretarla según convenga a la plena realización de la justicia¹⁰.

Ahora bien, “la autoridad de los árbitros para moldear el procedimiento arbitral surge entonces de dos fuentes legales distintas”, como apunta Gabrielle Nater-Bass¹¹, “muchas legislaciones

8 M. CASTILLO FREIRE *et al.*, “El inicio y la libertad de regulación de las actuaciones arbitrales”, *Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas*, 18, 2016.

9 A manera de ejemplo, citamos la posibilidad de ampliar términos de mutuo acuerdo; de prescindir de ciertas pruebas teniendo por probados determinados hechos de la controversia, los desistimientos consensuados de instancias o recursos- que aunque no necesariamente corresponda este último a normas de sustanciación, evidencian la irradiación de la voluntad de las partes al proceso.

10 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76.

11 G. NATER-BASS, “The Initial Discussion with the Parties: “How should it be done? Which topics must be or may be addressed?”, *Juris Arbitration Law*, ASA Special Series No. 45, 2016.

contemplan que, ante la ausencia de un acuerdo de procedimiento entre las partes, los árbitros sean libres para moldear la estructura y conducir el procedimiento arbitral”, Suiza entre ellas.

De otro lado, cuando las partes se han remitido a un juego de reglas preexistentes o institucionales, tales reglas normalmente prevén la autoridad de los árbitros para determinar el procedimiento, por lo que se considera que las partes han autorizado a los árbitros a hacerlo.

El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación¹² dictado por el Ejecutivo, poco después de entrar en funciones, contempla varias disposiciones claramente relevantes al tema en cuestión. Por un lado, el artículo 2, número 3 dispone que: “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.” A continuación, el número 4 indica: “Así mismo, 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”.

Dicha norma es muy importante pues en Ecuador la mayoría de cláusulas o convenios arbitrales no contienen normas de procedimiento, salvo en cuanto a la forma de designar árbitros; por lo que rigen, sea por remisión expresa de las partes, o tácita ante su silencio, las reglas de procedimiento del centro de arbitraje al que se sometieron las partes (en el entendido que el arbitraje *ad hoc* en el país es virtualmente inexistente). Evidentemente, e inclusive en el supuesto de haberse estipulado normativa procesal, ni los convenios arbitrales, ni las actas de misión pueden contener un desarrollo pormenorizado de todas las reglas del proceso, en cuanto supletoriamente se tendrá un reglamento arbitral, siendo entonces muy útil la incorporación de la citada disposición del Reglamento a la LAM.

La citada disposición (artículo 2 número 3 Reglamento a la LAM), junto con la contenida en el artículo 10 del mencionado Reglamento

¹² Decreto Ejecutivo 165 expedido el 18/08/2021, y publicado en el Registro Oficial el 25/08/2021.

a la LAM, anulan cualquier duda respecto de la aplicación del código procesal ecuatoriano, al disponer que: “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”. Lo que viene a significar que, contrario a la práctica habitual, la aplicación supletoria del Código Orgánico General de Procesos (en adelante “COGEP”) no es la primera alternativa para árbitros y partes.

Asimismo, viene a significar que la aplicación no debe ser literal o estricta, sino más bien conceptual. Una aplicación directa de las normas –salvo en los casos expresamente previstos en la LAM– resultaría en la desnaturalización del arbitraje, en cuanto se regulan procesos distintos y difíciles de asimilar. Sin embargo, la afirmación anterior tampoco implica que no puedan o deban usarse las instituciones procesales suficientemente desarrolladas en el derecho procesal, y de las que, ni las leyes de arbitraje, ni la doctrina, ni los reglamentos institucionales se han preocupado en tratar, por innecesario.¹³

Ahora bien, la sujeción del proceso a los reglamentos de los centros consta expresamente reconocida en el artículo 2 de la LAM, que, al definir el arbitraje administrado, textualmente señala: “El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley, y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje...”.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS REGLAMENTOS DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

Los reglamentos de los centros de arbitraje, como sostiene la doctora Teresa Nuques Martínez¹⁴, vienen a ser las normas “acordadas por las partes”, y no otras, y por ello tienen una jerarquía superior –inclusive- a la misma ley. Los reglamentos de los centros de arbitraje no son reglamentos a la LAM, y en consecuencia no se hallan subordinados a esta, como pudo -sin ningún fundamento-

13 A manera de ejemplo, las normas conceptuales sobre práctica de prueba, valoración de la prueba, valor probatorio de los medios de prueba.

14 T. NUQUES MARTÍNEZ, Conferencia dictada en Quito, organizada por la Cámara de Comercio de Quito, 2018.

entenderse durante los 24 años en que la LAM no fue reglamentada, sino verdaderos reglamentos procesales que contienen y reflejan la voluntad –expresa o tácita– de las partes. De lo que se tiene que, toda vez que el arbitraje es “de las partes”, son ellas quienes, en ejercicio de su libertad contractual y autonomía de la voluntad, determinan y condicionan el desarrollo del arbitraje.

Claro está que, como sabemos, tal autonomía no es absoluta, y encuentra su límite en la garantía constitucional al debido proceso, sus principios de igualdad, audiencia y contradicción; y, las contadas normas de la LAM que devienen de orden público –*ie* materia transigible, acción de nulidad, participación del Estado en arbitrajes-. Por ello, excepciones incluidas, los reglamentos de los centros de arbitraje son de superior jerarquía normativa que la misma LAM y su reglamento, pues, por mandato del artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano, son ley para las partes; y, por ello, invierten la pirámide kelseniana desplazando al COGEP al último lugar para efectos de aplicación e interpretación.

Hugo García Larriva¹⁵ sostiene:

No deben buscarse en la LAM respuestas exhaustivas a situaciones procesales específicas -como si de un código de procedimiento se tratase, pues aquello desconoce la naturaleza negocial y flexible de dichas normas. El procedimiento arbitral tiene una naturaleza negocial, con efectos jurisdiccionales que, en principio, no depende de la normativa procesal de la justicia ordinaria y por eso es autónomo, pero no autocontenido. Por expresa disposición de la LAM, existen determinadas actividades que se rigen por las disposiciones que gobiernan la justicia ordinaria. En ausencia de referencia expresa en la misma LAM, el COGEP no es directamente aplicable a los procedimientos arbitrales, pudiendo ser aplicado subsidiariamente cuando las partes o los árbitros así lo consideren oportuno¹⁶.

15 Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Voto salvado dentro del arbitraje 055-21, expedido el 15/08/2022.

16 A. GALINDO CARDONA y H. GARCÍA LARRIVA, “Relación entre el Código Orgánico General de Procesos y el Procedimiento Arbitral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 6, 2014, p. 51 y siguientes.

César Coronel Jones¹⁷, en su artículo: “Arbitraje y Procedimiento” sostiene:

La flexibilidad procesal es una de las características salientes de la institución arbitral y permite que la estructura del proceso se adapte como un guante a las características del proceso y al particular interés de las partes, en función de la naturaleza, cuantía o complejidad de la controversia, siendo sus límites el orden público.

En este sentido, la Corte Constitucional¹⁸ ha sido clara al reconocer las características esenciales del arbitraje. Así en el caso 2573-17-EP, sostuvo:

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. Es decir, en el arbitraje 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 alternativo a la justicia ordinaria.

La Corte¹⁹ reflexiona:

Si bien es un mecanismo ágil, flexible y con reglas propias, se trata a la vez de un proceso en el cual se plantean y resuelven pretensiones, por lo tanto, la voluntad de las partes encuentra sus límites en la observancia y respeto a principios rectores, principalmente aquellos relacionados al debido proceso arbitral y sus garantías.

En la misma sentencia, la Corte explica:

El arbitraje, como un mecanismo escogido por las partes para la realización de la justicia, debe adecuarse a las reglas básicas que les permita actuar en un plano de igualdad y que aseguren la

17 C. CORONEL JONES, “Arbitraje y Procedimiento”, *Iuris Dictio Revistas*, 7(11), 2007.

18 Corte Constitucional, *Sentencia No. 2573-17-EP-21*, 26/08/2021, párrafo 59.

19 Corte Constitucional, N. 18, párrafo 60.

plena vigencia de las garantías del debido proceso arbitral. Por fuera de ello, el origen contractual del arbitraje otorga a las partes una amplia facultad para modificar y adaptar el procedimiento a las particularidades del caso concreto²⁰.

Los conceptos anteriores no dejan margen de duda del entendimiento cabal de la Corte Constitucional a las características esenciales del arbitraje, en una interpretación ejemplar y paradigmática, que, además, no es aislada, sino reiterada en distintos fallos, entre ellos las sentencias No. 323-13-EP-19, No. 177-15-EP-20, 007-16-SNC-CC, 31-14-EP-19, 323-13-EP-19. Particular mención a la sentencia 31-14-EP-19, por cuanto en ella se menciona específicamente el reglamento de un centro de arbitraje -el de Guayaquil-, y, si bien dentro de un contexto específico, lo reconoce como fuente normativa primaria al sostener:

Además, en el caso particular el pronunciamiento que efectuó el tribunal sobre su competencia en la audiencia de sustanciación tuvo el carácter definitivo e irrevocable, de conformidad con el artículo 20 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, y por ende, tal cuestión no podía ser tratada nuevamente en el laudo²¹.

5. LA FACULTAD DE REGULACIÓN POR LOS ÁRBITROS DEL PROCESO ARBITRAL

Habiendo ya razonado sobre el valor de los reglamentos arbitrales, y su reconocimiento legal y constitucional, conviene citar que la mayoría de los reglamentos arbitrales de los centros que proveen este tipo de servicios, contienen disposiciones sobre la facultad de los árbitros para regular el procedimiento arbitral.

²⁰ Corte Constitucional, N. 18, párrafo 62.

²¹ Corte Constitucional, *Sentencia No. 3114-EP-19*, párrafo 60. Ponente E. HERRERÍA B, párrafo 47: "Lo anterior se fundamenta en el reconocimiento constitucional del arbitraje como método alternativo a la justicia ordinaria, y en la autonomía de la voluntad de las partes quienes al acordar someterse a una justicia convencional y no a la ordinaria, se obligan a acatar sus reglas. Esto incluye la inapelabilidad de los laudos y la posibilidad de impugnarlo de forma limitada, esto es, únicamente a través de los remedios establecidos en su ley especial, y exclusivamente por las causales en ella determinadas. De otra manera resultaría un despropósito que, habiéndose acordado el arbitraje para dirimir el conflicto fuera de la justicia ordinaria, sea esta última quien revise el fondo de las decisiones de los árbitros."

Así, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil²², en sus arts. 2 y 26, contempla la potestad del tribunal arbitral para establecer las normas de procedimiento a las que se someterá el arbitraje. En el mismo orden de ideas, el artículo 4 señala:

El procedimiento ante el tribunal arbitral será el determinado en el convenio arbitral, el establecido en el presente reglamento, directamente o por delegación al tribunal arbitral. Podrá recurrirse a principios, usos y prácticas conocidas en materia arbitral. La delegación al tribunal arbitral para la determinación de las reglas del proceso se entenderá efectuada por el solo hecho de haber sometido las partes el arbitraje a este centro, dada su facultad para establecer reglas de procedimiento, conforme dispone el artículo 38 de la LAM.”

Y el artículo 28, que trata del Acta de Misión, incluye en el número 6, “las reglas de procedimiento que va a seguir el tribunal, sin perjuicio de su facultad de determinar otras reglas específicas posteriormente, en casos o asuntos que a su juicio lo ameriten”. El artículo 14 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana AMCHAM dispone en igual sentido.

Sostenemos entonces, que es de recibo general esta facultad de los tribunales arbitrales, sin embargo, falta aún que se consolide con la práctica reiterada, que en definitiva es la que ratifica en los hechos la vigencia del derecho²³.

Sostiene Gary Born²⁴ que “la discreción de los árbitros para determinar las reglas de procedimiento es uno de los elementos fundacionales del arbitraje internacional”. Sin embargo, como es obvio, esta facultad de introducir ciertas variaciones a procedimientos estándar, o llenar las lagunas que intencionalmente contienen los reglamentos, está limitada por la garantía constitucional al debido

22 Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Guayaquil.

23 Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano – Americana, vigente desde el 01/01/2022.

24 G. BORN, “International Commercial Arbitration, Vol II: International Arbitration Procedures”, 2130, se, 2014. ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration <<https://bit.ly/3ucRCBP>>.

proceso, prevista en nuestro caso en la propia Constitución de la República -artículo 76- y sus principios de igualdad, audiencia y contradicción.

Respecto de la igualdad de las partes, debemos entender que este principio ha implicado, tradicionalmente:

Las partes del proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas, en función de sus respectivos intereses porque, finalmente, las partes son iguales ante la ley, el juez o el árbitro o, al menos, su posición en el proceso es igual... De lo que se trataría es más bien de que las partes tengan las garantías procesales necesarias para que puedan ejercer, en toda su magnitud, el principio de contradicción, y el ejercicio de los remedios o recursos procesales que el sistema ofrece a las partes, para que estas las utilicen como lo crean conveniente. Es decir, que el resultado del proceso es expresado en un laudo que determina que las partes no son jurídicamente iguales a los ojos del árbitro, dado que la esencia de la justicia no es la igualdad si no la desigualdad frente al derecho que, a los ojos del juzgador, una parte debe tenerlo y la otra no²⁵.

Dentro de los aspectos a tener presente por parte de los árbitros, en el ejercicio de la facultad citada, y atendiendo a la igualdad que debe procurarse a las partes para el ejercicio de sus derechos procesales, conviene citar ciertas restricciones a su facultad reguladora.

Como apunta Gabrielle Nater-Bass²⁶, en el arbitraje internacional existen ciertas restricciones al poder de los árbitros para moldear el procedimiento: bajo las reglas institucionales del ICC²⁷, la discrecionalidad del tribunal no les permite derogar el requerimiento de términos de referencia, tampoco la revisión del borrador del laudo; bajo las reglas del Singapore International Arbitration Center, SIAC, debe regir siempre el principio rector de conducir el arbitraje bajo la premisa de costo/eficiencia.

Siendo uno de los problemas recurrentes del arbitraje internacional el alto costo y tiempo implicados, se han diseñado

25 M. CASTILLO FREIRE *et al.*, Lex 19-XIV-2016- II/ISS 2313-1861.

26 G. NATER-BASS, N. 11.

27 International Chamber of Commerce, 2021 Arbitration Rules and 2014 Mediation Rules, 2021, <<https://bit.ly/3BlhdN5>> (20/11/2022).

guías de mejores prácticas, entre las que destaca el Reporte de la ICC sobre Cómo Controlar los Tiempos y Costos en el Arbitraje²⁸. Técnicas que, como señala su introducción, fueron desarrolladas para ayudar a árbitros, abogados y partes a diseñar sus propios procesos a la medida o *tailor-made*, atendiendo criterios tales como la complejidad de las causas, las cuantías, la internacionalidad de las partes y sus diferentes tradiciones jurídicas, así como la tecnicidad implicada. Estas razones justifican la activa intervención del árbitro, a efectos de que el proceso sea lo más eficiente y menos costoso posible.

6. CONCLUSIONES

El arbitraje doméstico no ha resultado muy innovador en cuanto a las pinceladas que los árbitros puedan introducir para hacerlo más eficiente. La posibilidad de expedir más de un laudo, que era posible dada la facultad reglamentaria que tienen los árbitros para regular el proceso, poco se aplicaba, al punto que fue necesario preverlo expresamente en el artículo 31 del nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil²⁹.

El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil contempla dentro de sus innovaciones, la adopción de criterios consensuados con las partes, sobre la mejor forma de practicar la prueba, pudiéndose aplicar las reglas IBA³⁰, a fin de conducir el procedimiento de forma más inteligente.

La nueva normativa contempla criterios de admisión para un procedimiento abreviado en casos de baja cuantía, sustanciado de forma íntegramente digital, y con plazos mucho más cortos, pudiendo –con anuencia de las partes– resolverse sobre la base de prueba documental, y plazos inferiores para laudar. Si bien se ha

28 International Chamber of Commerce, ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration <<https://bit.ly/3ucRCBP>> (20/11/2022).

29 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, vigente desde el 01/10/2022, artículo 31: “Durante la sustanciación del arbitraje, a efectos de resolver la controversia de la forma más eficiente posible, o si existieren aspectos subordinados, el tribunal podrá resolver los puntos controvertidos mediante la emisión de un solo laudo, o también emitir laudos parciales. Así, por ejemplo, podrá resolver en un laudo sobre el derecho a ser indemnizado, y en otro posterior, cuantificar el monto de la indemnización”.

30 International Bar Association, Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, 2010, <<https://bit.ly/3VkcwuL>> (20/11/2022).

contemplado un pacto expreso en la cláusula o convenio arbitral, el trámite acelerado o *fast track* también procedería si el tribunal lo sugiere y las partes no se oponen.

Por el contrario, si estuviéremos en un arbitraje que involucre un concurso de acreedores o quiebra transfronteriza, la complejidad de la causa requeriría modificaciones al procedimiento estándar que lo extiendan, y permitan la oportunidad de evacuar eficientemente todas las facetas propias del proceso, la comparecencia de los acreedores, preparación de informes financieros, y en fin, se adecúen las necesidades de dicho procedimiento complejo y multidisciplinario, que inclusive podría bifurcarse.

En síntesis, el riesgo del procedimiento estándar es que puede resultar no ser el apropiado para el caso. Puede ser muy complicado para casos “fáciles” de forma que resulte sobrecargado, o, por el contrario, no lo suficientemente sofisticado e individualizado para casos complejos. Sin embargo, el tribunal tener en cuenta los antecedentes y experiencias de las partes y sus abogados, pues una imposición de procedimientos a los que las partes no se encuentren acostumbradas, y que no hayan sido advertidos o consensuados anticipadamente, podría poner en riesgo la percepción de la legitimidad del arbitraje, salvo que se haga constar en el acta de misión suscrita por las partes, que viene a ser un nuevo contrato procesal.

Si bien la predictibilidad puede ser deseable para que los usuarios del arbitraje tengan una idea mejor de aquello que están “comprando”, las disputas pueden envolver un amplio rango de asuntos legales, que pueden resolverse de distintas maneras, sin dejar de lado que la transparencia debe prevalecer en todo momento. Por lo que es deseable que los árbitros consideren factores como la naturaleza jurídica de las partes (privadas, públicas, mixtas) y el tipo de disputa, esto es, si se basa en hechos técnicos o complejos o, por el contrario, es de puro derecho; y, finalmente, el monto en disputa.

Tales factores deben guiar a los árbitros en la búsqueda del acercamiento adecuado al caso específico, así como dirigirlos en las discusiones iniciales con las partes, en las que debe estructurarse la causa y programarse calendarios provisionales.

Finalmente, no debe omitirse la audiencia de sustanciación en el arbitraje doméstico, ni la conferencia inicial en el arbitraje internacional que permite tener un trato directo con las partes y detectar los aspectos esenciales del fondo de la controversia, que son los que ayudan a delimitar la forma.

La directriz es la eficiencia procesal, sin jamás sacrificar el debido proceso ni la seguridad jurídica en la decisión que se adopte, así como su ejecutabilidad, evitando incurrir en causales de nulidad de laudo.

Mi reflexión final es que si bien sugerimos –en la introducción y antecedentes– la existencia de inquietudes y dudas sobre la facultad reguladora de los árbitros, en realidad buscaba plantear lo que generalmente se suele decir sobre este tema. Sin embargo, claramente, a la fecha, no pueden existir dudas ni inquietudes, dada la postura reiterada y clara de la Corte Constitucional del Ecuador, que tanto ha respetado la institución arbitral, y aportado a ella, en sentencias ejemplares que, por sí solas, excluyen cualquier otro respetable y/o valioso criterio sobre el tema. Mención especial a la doctora Teresa Nuques Martínez, cuyo recorrido en esta área no puede soslayarse al estudiar las sentencias referidas.



RODRÍGUEZ & LEÓN

ABOGADOS

**NO, NUESTRO FUERTE
NO ES EL ARBITRAJE.**

**Nuestro fuerte es ser el único estudio jurídico
especializado en Derecho Penal Corporativo,
para los expertos en arbitraje.**



WWW.LEGALRLN.COM

Construyendo un estándar aplicable: La prueba para mejor resolver bajo el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación

*David Toscano Andrade **

*Gabriela Ortega Abad ***

*Adriana Rodas Merino *** *****

Recibido/Received: 28/11/2022

Aceptado/Accepted: 04/12/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El carácter excepcional del artículo 23 de la LAM y el momento procesal oportuno para incorporar pruebas en un proceso arbitral. 3. Construyendo un estándar aplicable: Requisitos de procedencia. 3.1. Primer Requisito: Existencia de hechos controvertidos oscuros o poco claros. 3.2. Segundo Requisito: Que la prueba que se pretende aportar al proceso le permita al tribunal arbitral esclarecer los hechos oscuros o poco claros. 3.3. Tercer Requisito: No fue posible producir la prueba en el momento procesal oportuno. 4. El artículo 23 de la LAM es el único aplicable en materia arbitral para la producción de prueba

* David Toscano es Socio Fundador de TADIR Dispute Resolution y actúa como profesor en la Universidad San Francisco de Quito (USFQ) y Universidad de las Américas; cuenta con un título de abogado por la USFQ; un título de Licenciado en Relaciones Internacionales por la USFQ; un Máster en Corporate Law (MCL) por la Universidad de Cambridge (Reino Unido) y un Máster en Derecho de Competencia por la Universidad King's College London (Reino Unido).

** Gabriela Ortega Abad es Asociada de TADIR Dispute Resolution. Cuenta con título de abogada por la Universidad del Azuay, así como con los títulos de Especialista Superior en Derecho Procesal y Magister en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.

*** Adriana Rodas Merino es Asociada de TADIR Dispute Resolution. Es profesora adjunta en la Universidad de las Américas (UDLA) y la Universidad San Francisco de Quito (USFQ), e Investigadora Asociada del Wharton School de la Universidad de Pensilvania. Cuenta con título de abogada y una subespecialización en Ciencias Políticas por la Universidad San Francisco de Quito.

**** Los autores reconocen la colaboración del Abogado Ricardo Montalvo Lara, quien ha participado en la construcción del estándar presentado en este artículo, como parte del equipo de TADIR Dispute Resolution.



adicional durante el proceso arbitral. **5.** Reglas y prácticas para la aplicación del artículo 23 de la LAM. **6.** La práctica internacional es consistente con el estándar aplicable propuesto para la aplicación del artículo 23 de la LAM. **7.** Poniendo a prueba el estándar propuesto: Caso No. 008-22 del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. **8.** Conclusiones.

RESUMEN: La prueba para mejor resolver contenida en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) no es una norma que faculta a las partes a solicitar prueba adicional de manera libre e indiscriminada. Se trata de una potestad discrecional del tribunal arbitral y, si bien esta puede operar a petición de parte, su aplicación es excepcional y, por ende, restrictiva. Como consecuencia del carácter excepcional, la solicitud de prueba para mejor resolver debe cumplir con requisitos específicos, sin los cuales esta no puede operar. Por lo tanto, resulta indispensable la construcción de un estándar para la correcta aplicación de esta norma.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, prueba para mejor resolver, momento procesal oportuno, discrecionalidad, excepcionalidad.

ABSTRACT: The production of additional evidence under Article 23 of the Arbitration and Mediation Law is not a rule that empowers the parties to request the production of evidence freely and under any circumstance. A correct understanding of this rule results in the conclusion that said article is exceptional and should, therefore, be interpreted and applied restrictively. Following its exceptional nature, the production of evidence under Article 23 of the LAM must meet specific requirements, without which the request must be rejected. Therefore, the construction of a standard for the correct application of this provision becomes necessary.

KEYWORDS: Arbitration, production of additional evidence, appropriate procedural moment, discretion, exceptionality.

1. INTRODUCCIÓN

La LAM es clara al establecer que, por regla general, las partes deben presentar pruebas y solicitar diligencias probatorias junto con

la demanda y contestación; y con la reconvencción y su contestación. Ahora bien, la LAM prevé una excepción: la prueba o diligencia para mejor resolver. El artículo 23 de este cuerpo legal establece: “Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora. El estado actual de la discusión respecto a este artículo es el de un virtual consenso respecto a que la potestad del tribunal arbitral contenida en dicho artículo es discrecional. Sin embargo, no existe claridad sobre las circunstancias específicas en las que dicho artículo podría dar paso a la introducción de medios probatorios durante el arbitraje, ni tampoco respecto a cuál es el estándar bajo el cual debe aplicarse la potestad discrecional del tribunal.

Por un lado, esto ha generado un abuso desmedido por los usuarios del arbitraje, quienes tienden a utilizar este artículo con el fin de suplir su inacción respecto a la producción (oportuna) de la prueba. Por otro lado, la falta de claridad también presenta problemas a nivel de tribunales arbitrales. En un extremo, hay tribunales que tienden a aceptar la producción de la prueba cuando esta no debería ser admitida bajo una interpretación adecuada y razonable de la norma. Esto no sólo que genera incentivos para que las partes continúen presentando solicitudes injustificadas bajo el artículo 23 de la LAM, sino que resulta en incidentes procesales que tienden a retardar el proceso. En el otro extremo, hay tribunales que tornan casi imposible la aplicación de dicho artículo, sin que exista mayor explicación sobre las razones por las que no procede una solicitud de producción de prueba. Además, en el medio de estos extremos, existen tribunales arbitrales que suplen la aplicación del artículo 23 de la LAM con otras normas procesales, como aquellas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”) relativas a la producción de “nueva prueba”, “prueba nueva” y prueba “para mejor resolver”.

El presente artículo pretende resolver estos problemas prácticos, al establecer un estándar aplicable respecto a la prueba para mejor resolver establecida en el artículo 23 de la LAM. Como se explica a continuación, la producción de prueba bajo dicho artículo debe ser analizada bajo un estándar propio, alto y restrictivo, pues la potestad

contenida en dicho artículo es de carácter excepcional. Así, para que proceda la prueba / diligencia para mejor proveer deben reunirse los siguientes requisitos: (i) deben existir hechos que se consideren oscuros o poco claros; (ii) la prueba que se pretende introducir al proceso debe permitir al tribunal arbitral tener mayor claridad respecto de tales hechos; (iii) en caso de que exista una solicitud por una de las partes para la producción de prueba, dicha parte deberá demostrar que no le ha sido posible incorporar la prueba o solicitar la diligencia en cuestión junto con la demanda, su contestación, la reconvencción o su respectiva contestación (“Memoriales Escritos”), según corresponda. Además, el artículo 23 de la LAM es la única norma aplicable en materia arbitral respecto a la posibilidad de incorporar prueba adicional durante el proceso arbitral. Así, no cabe la aplicación de las normas del COGEP relativas a la práctica de prueba adicional en materia arbitral.

2. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 23 DE LA LAM Y EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA INCORPORAR PRUEBAS EN UN PROCESO ARBITRAL

La LAM establece de manera específica que la prueba debe ser producida a través de actos procesales determinados. De conformidad con el artículo 10 de la LAM, el momento procesal oportuno para que el actor pueda incorporar prueba en el proceso arbitral es la presentación de la demanda¹. Así mismo, el demandado debe presentar las pruebas que le asistan junto con su contestación a la demanda según lo establecido en el artículo 11 de esta ley². De acuerdo con el artículo 12 de la LAM, en caso de presentarse una reconvencción, las pruebas deben ser incluidas junto con esta (o

1 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 10. “[...] La demanda contendrá: [...] Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda”.

2 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 11. “Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte [...], concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda. Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación [...]”. *De conformidad con las Disposición Reformatoria Primera del Código s/n publicada en el Suplemento del Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015 dispone que: “En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: 1. “Código de Procedimiento Civil”; “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” y “Ley de Casación”, por “Código Orgánico General de Procesos”;*

sic) y; por ende, la parte reconvenida deberá presentar la prueba con la respectiva contestación (a la reconvencción)³. Estas (o sic) son las circunstancias ordinarias en las que las partes se encuentran facultadas para presentar pruebas y solicitar las diligencias probatorias que estimen pertinentes. La regla general es, entonces, que la evidencia sea incorporada al proceso arbitral a través de los actos procesales específicamente determinados para tal efecto en la LAM *i.e.* junto con sus Memoriales Escritos.

El artículo 23 de la LAM contempla la posibilidad de introducir al proceso medios probatorios en circunstancias distintas a las contempladas en las normas citadas anteriormente, siendo una excepción a la regla general contenida en los artículos 10, 11 y 12 de la LAM. Al tratarse de una excepción, la aplicación del artículo 23 necesariamente es de carácter extraordinario. Por tanto, el estándar aplicable para la producción de prueba adicional durante el proceso arbitral es uno alto, y su ejercicio debe ser restrictivo.

Aquel entendimiento es compatible con el principio de preclusión procesal. La Corte Constitucional ha señalado que, de conformidad con este principio:

los procesos judiciales ordinarios están conformados por diversas etapas que se desarrollan en forma sucesiva, cada una de las cuales supone la clausura definitiva de la anterior, de manera que no es posible el regreso o la renovación de momentos procesales ya extinguidos y consumados⁴.

La Corte también ha enfatizado que la preclusión procesal es un:

fundamento de la garantía de la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, [...] que asegura que las fases que componen los procesos judiciales sean respetadas por los administradores de justicia a efectos de tutelar, que superada una fase, no se pueda volver a ella en una fase posterior⁵.

Consistente con el principio de preclusión, la excepcionalidad del artículo 23 de la LAM ha sido reconocida por la Corte Constitucional.

3 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 12. “[...] A la reconvencción y su contestación se deberá adjuntar las pruebas y solicitar las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en éstas”.

4 Corte Constitucional. *Sentencia No. 115-15-SEP-CC*, Caso No. 980-12-EP, 08/04/2015

5 Corte Constitucional. *Sentencia No. 234-15-SEP-CC*, Caso No. 1897-12-EP, 22/07/2015.

Ello al determinar que los tribunales arbitrales no están obligados a practicar pruebas que sean solicitadas fuera del momento oportuno. La Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

El artículo 23 de la [...] [LAM] señala: ‘Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora’, **lo cual de ninguna manera constituye una norma imperativa; por tanto, el Tribunal Arbitral no estaba legalmente obligado a aceptar las pruebas que, con posterioridad a la demanda y contestación a ella, hayan sido solicitadas por las partes**⁶ (énfasis añadido).

Por lo tanto, la prueba para mejor resolver en los términos previstos en el artículo 23 de la LAM no debe entenderse como una nueva oportunidad para que las partes libremente aporten prueba adicional dentro del proceso. Esta norma no puede ser utilizada para suplir la inacción o negligencia de las partes respecto a la presentación de pruebas y a la solicitud de diligencias probatorias en el momento procesal oportuno. Si los tribunales permitiesen indiscriminadamente la producción de prueba adicional durante el proceso arbitral, la potestad del artículo 23 de la LAM no tendría el carácter de excepcional. Asimismo, si el artículo 23 de la LAM se interpretase de manera amplia o permisiva, la prueba para mejor resolver no solo atentaría contra el principio de preclusión, sino que, además, daría paso a una eventual desnaturalización de las fases del proceso arbitral.

La opinión de la Corte Constitucional citada anteriormente también confirma que la aplicación del artículo 23 de la LAM es de carácter discrecional. Por ello la Corte establece que dicho artículo “no constituye una norma imperativa” para el tribunal arbitral. Es decir, un tribunal no está obligado a ordenar la práctica de prueba adicional si no lo considera oportuno. Esto es consistente con la excepcionalidad de la potestad contenida en dicho artículo. Sin embargo, la discrecionalidad no es absoluta y el mismo artículo 23 de la LAM impone los límites para el ejercicio de la potestad del tribunal arbitral.

⁶ Corte Constitucional. *Sentencia No. 063-12-SEP-CC*, Caso No. 1443-10-EP, 27/03/2015.

3. CONSTRUYENDO UN ESTÁNDAR APLICABLE: REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Una vez que se ha determinado el carácter excepcional del artículo 23 de la LAM, resulta natural que su interpretación sea restrictiva. Así, el estándar a aplicar es alto y debe proceder únicamente cuando se cumplen los supuestos de hecho contemplados en el mismo artículo. Del texto de la norma se desprende que los requisitos que darían paso a una eventual producción extraordinaria de prueba durante el proceso arbitral son los siguientes:

- a. Que existan hechos controvertidos que se consideren oscuros o poco claros.
- b. Que la prueba que se pretende introducir al proceso permita al tribunal arbitral tener mayor claridad respecto a tales hechos.
- c. En caso de que exista una solicitud de una de las partes para la producción de prueba, dicha parte deberá demostrar que no le ha sido posible incorporar la prueba o solicitar la diligencia en cuestión, según corresponda, junto con la demanda; la contestación a la demanda; la reconvenición; o la contestación a la reconvenición.

A continuación se explicará cada uno de estos requisitos, no sin antes aclarar que el estándar que se presenta no debe ser entendido como contrario a los principios del arbitraje, sino que deberá ser armonizado con aquellos al momento de su aplicación. Aunque se trate de un estándar excepcional y, por ende, restrictivo, los tribunales arbitrales no deberán olvidar “la naturaleza comercial y flexible del arbitraje, así como sus principios usos y prácticas”, que deberán resultar en una aplicación razonable y adecuada del estándar aquí presentado⁷.

⁷ Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 10, números 1 y 2, RO S No. 524, 26/08/2021.

3.1. PRIMER REQUISITO: EXISTENCIA DE HECHOS CONTROVERTIDOS OSCUROS O POCO CLAROS

El primer requisito surge de la primera parte del texto del artículo 23 de la LAM, *i.e.* “el esclarecimiento de los hechos”. Este lenguaje no es casual y de él surgen al menos tres conclusiones.

Primero, el texto establece el supuesto de hecho que autorizaría, eventualmente, la producción de pruebas adicionales *i.e.* la necesidad de “esclarecer” hechos. Entonces, la solicitud de una de las partes, o la iniciativa propia del tribunal, deberá obedecer a dicho propósito y no otro. Queda excluida la posibilidad de perseguir objetivos distintos. Así, no es legítimo utilizar el artículo 23 para, por ejemplo, apoyar argumentos de derecho ya expuestos por las partes. Por ejemplo, una parte no podría solicitar la producción de pruebas con el fin de “probar” el “incumplimiento contractual”. En su lugar, la parte solicitante deberá identificar el hecho que está detrás de la alegación de incumplimiento (*e.g.* la falta de pago por parte del deudor, el pago por parte del acreedor, la entrega de la obra, la prestación del servicio, etc.) En otras palabras, se deberá identificar el hecho en particular, distinguiéndolo de categorías jurídicas relacionadas. Esto tiene sentido porque una solicitud de aplicación del artículo 23 de la LAM por una de las partes, no puede transformarse en una suerte de memorial sobre los méritos del caso. La aplicación de la parte solicitante deberá mantenerse ajena a los argumentos sobre el fondo del caso, enfocándose únicamente en justificar por qué un hecho merece ser “esclarecido” desde la perspectiva probatoria.

Segundo, el “esclarecimiento” como única motivación legítima para invocar la aplicación del artículo 23 de la LAM recae necesariamente en un tipo específico de hechos. Se trata de hechos oscuros o poco claros. Es común ver a las partes procesales aportar una cantidad significativa de documentos junto con sus memoriales escritos. En más de una ocasión, las partes adjuntan múltiples documentos destinados a probar un mismo hecho (que ya quedó probado con el primer anexo presentado en su memorial). En esos casos, los tribunales (y la contraparte) tienen que lidiar con documentos repetitivos –páginas, páginas, y más páginas– que contienen lo mismo. Además, no es raro ver a la misma parte utilizar

el artículo 23 de la LAM como herramienta para añadir más evidencia a la pila repetitiva de documentos. Cuando en consideración de la evidencia que ya existe en el proceso el hecho controvertido es claro, la producción de prueba adicional es inoficiosa. Así, un tribunal arbitral deberá rechazar una solicitud que busque incorporar más evidencia respecto a hechos que no requieren aclaración. Tampoco deberá solicitar de oficio prueba respecto a dichos hechos.

Por otro lado, si quien solicita la producción de prueba adicional es una de las partes, no basta con alegar la oscuridad o falta de claridad de un hecho para activar el artículo 23 de la LAM. Además, la parte solicitante deberá justificar las razones por las que el hecho en cuestión merece de aclaración. Ello, en consideración de las circunstancias específicas de cada caso y de la prueba que consta en el proceso arbitral. Si el tribunal concluye, bajo un análisis *prima facie*, que existen hechos cuya claridad no ha sido establecida por la prueba que ya consta en el proceso, entonces quedará autorizado para dar paso a la producción de prueba adicional de considerarlo oportuno, pues no deja de ser una potestad discrecional.

Además, consistente con el principio de preclusión y excepcionalidad del artículo 23 de la LAM, los hechos que pueden ser objeto de aclaración deben ser relevantes para la disputa y no otros. Ni las partes, ni el tribunal, estarían autorizados para utilizar dicho artículo como mecanismo para incorporar hechos que sean ajenos a los Memoriales Escritos. Si la aplicación de una de las partes sobrepasa dichos límites, entonces esta deberá ser de plano rechazada. Sin perjuicio de ello, existen casos en los que ciertos hechos, aunque son materia de la disputa, no cobran relevancia sino hasta más adelante en el proceso arbitral. Puede ocurrir que la relevancia de un hecho que había pasado desapercibido durante la fase de presentación de memoriales escritos cobre relevancia únicamente desde la declaración de un testigo clave para el caso. Es posible que el testigo, discutiendo los temas que son materia de la disputa, otorgue detalles sobre aspectos no conocidos hasta entonces u otorgue información adicional que no aparecía de plano en la prueba ya aportada al proceso hasta ese momento. Esas circunstancias excepcionales, dichos “*turn of events*”, podrían justificar la producción de prueba adicional.

El primer requisito para la aplicación del artículo 23 de la LAM es, entonces, la existencia de hechos oscuros o poco claros. La prueba para mejor resolver no puede tener otro fin que el de esclarecer aquellos hechos, por lo que el artículo 23 de la LAM no puede convertirse en un mecanismo para replicar los argumentos de derecho esgrimidos por las partes. Además, la necesidad de esclarecer esos hechos deberá justificarse en razón de las circunstancias del caso y la prueba existente en el expediente. El artículo 23 de la LAM se refiere a hechos controvertidos, que son materia de la disputa. Así, no se admite la introducción de hechos nuevos (y por lo tanto prueba respecto a esos hechos) que sean ajenos a los Memoriales Escritos de las partes. Excepcionalmente, podría surgir la necesidad de esclarecer hechos que han cobrado relevancia o han aparecido más adelante en el proceso (*e.g.* cuando un testigo declara sobre cuestiones que no aparecían de manera manifiesta hasta entonces). Verificado el primer requisito, el tribunal deberá analizar si la prueba que se pretende aportar al proceso le permitirá cumplir con el objetivo de esclarecer los hechos oscuros o poco claros.

3.2. SEGUNDO REQUISITO: QUE LA PRUEBA QUE SE PRETENDE APORTAR AL PROCESO LE PERMITA AL TRIBUNAL ARBITRAL ESCLARECER LOS HECHOS OSCUROS O POCO CLAROS

Este requisito guarda plena correlación con la excepcionalidad del artículo 23 de la LAM. El tribunal arbitral no debería dar paso a pruebas inoficiosas que no sean susceptibles de aclarar los hechos oscuros o poco claros.

Bajo este requisito, el análisis que debe hacer el tribunal es uno de admisibilidad, es decir, aquel que realiza el juzgador respecto de si el medio probatorio cumple los requisitos establecidos por la norma procesal aplicable para ser admitido a juicio (en este caso, el artículo 23 de la LAM). De esta forma, en la admisibilidad se analiza el medio probatorio y no el contenido de la prueba como tal, para excluir a todos los medios probatorios que no cumplan con los requisitos.

De manera específica, el análisis de admisibilidad que debe hacerse a la luz del artículo 23 de la LAM se refiere a la aptitud del medio probatorio para esclarecer los hechos controvertidos. No se

trata de prejuzgar el fondo de la controversia, sino de evaluar si dicha prueba tiene la aptitud necesaria para cumplir con el objetivo del artículo 23 de la LAM *i.e.* esclarecer el hecho. El análisis que deberá hacer el tribunal arbitral respecto del artículo 23 de la LAM es, entonces, uno *prima facie* respecto de si el medio probatorio cumple (o no) con dicha finalidad.

3.3. TERCER REQUISITO: NO FUE POSIBLE PRODUCIR LA PRUEBA EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO

El tercer requisito es exclusivo de una petición de parte para la producción de prueba bajo el artículo 23 de la LAM. Esto, porque corresponde a las partes procesales incorporar la prueba con los Memoriales Escritos. Así, cuando una parte pretende que se produzcan pruebas adicionales durante el arbitraje, esta tendrá la carga de probar que no le fue posible incorporar la prueba al respectivo Memorial Escrito (*i.e.* en el momento procesal oportuno ordinario). De otro modo, la prueba para mejor resolver no sería excepcional y sería contraria al principio de preclusión.⁸ En los casos que el tribunal actúe de oficio bajo el artículo 23 de la LAM, este deberá verificar que se cumplan los dos requisitos mencionados anteriormente.

En relación con la oportunidad, si bien hemos indicado que el momento procesal oportuno es junto con la presentación del Memorial Escrito, no es ajeno a la realidad que ciertos hechos relacionados con la controversia aparezcan o se tornen relevantes más adelante en el arbitraje. En ese supuesto, la prueba no fue presentada con el Memorial porque, para entonces, no se trataba de un hecho relevante, siendo que la relevancia resultó luego de la práctica de las diligencias probatorias (*e.g.* declaración de un testigo). También podrá ocurrir que cierta prueba no estaba a disposición de las partes, o estas no tenían acceso a ella, al momento de elaborar su Memorial. Si ese es el caso, la prueba que aparece con posterioridad podría eventualmente ser objeto del artículo 23 de la LAM, siempre que la razón por la cual no fue adjuntada al Memorial Escrito no sea

⁸ El Tribunal Arbitral no produce ninguno de los actos procesales que les corresponde exclusivamente a las partes (*i.e.* demanda, contestación, reconvencción, contestación a la reconvencción).

imputable a la inacción o negligencia de la parte solicitante. Como se explica más adelante, este entendimiento es consistente con la práctica del arbitraje internacional.

En cualquier caso, es obligación de quien solita la incorporación de la prueba demostrar las razones que justifiquen hacerlo en un momento posterior a la ronda de Memoriales Escritos, incluso aunque tales razones se relacionen con la necesidad de demostrar hechos que se tornaron relevantes luego de la práctica de diligencias probatorias.

4. EL ARTÍCULO 23 DE LA LAM ES EL ÚNICO APLICABLE EN MATERIA ARBITRAL PARA LA PRODUCCIÓN DE PRUEBA ADICIONAL DURANTE EL PROCESO ARBITRAL

El artículo 37 de la LAM permite la aplicación del COGEP de manera supletoria “en todo lo que no esté previsto” en la Ley de Arbitraje y Mediación. Aunque el COGEP puede, eventualmente, ser aplicado dentro de un proceso arbitral, su aplicación es secundaria y procede únicamente cuando no exista norma (sea legal o contractual) que regule una situación jurídica particular. El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (“Reglamento LAM”) fue publicado en agosto de 2021 y reconoció este postulado, al establecer en el artículo 10, lo siguiente:

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 Procesos⁹.

⁹ Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 10, números 1 y 2, RO S No. 524, 26/08/2021.

Del texto citado se desprende que, además de lo dispuesto en la LAM, el proceso arbitral se regirá por las normas que las partes hayan pactado. Estas pueden ser normas independientes que hayan sido acordadas por las partes. También puede tratarse de un reglamento arbitral. Además, en ausencia de normas o reglas específicas, el tribunal arbitral tiene la potestad de conducir el arbitraje de la forma que considere apropiado, en consideración de los principios y prácticas de uso común en arbitraje. Esto es consistente con el artículo 17 de la LAM que reconoce la potestad de dirigir la “sustanciación del arbitraje”. De lo anterior se desprende que el tribunal arbitral no está obligado a aplicar el COGEP, y su aplicación –aunque supletoria– es enteramente potestativa. De ahí que el numeral 10(2) del Reglamento LAM reconozca que el COGEP podrá aplicarse “si el tribunal [lo] estimare oportuno”.

En concordancia con el artículo 37 de la LAM y el artículo 10 del Reglamento LAM, la aplicación del COGEP procedería, entre otras circunstancias, cuando no exista una norma establecida en la LAM. Este no es el caso de la producción de prueba durante el proceso arbitral. Como se ha mencionado arriba, los artículos 10, 11 y 12 de la LAM establecen la regla general en cuanto a la producción de la prueba (*i.e.* Memoriales Escritos) y el artículo 23 de la LAM contempla la excepción a dicha regla, otorgando la posibilidad de producir evidencia con posterioridad (de oficio o a petición de parte). Al existir regulación específica sobre la producción de la prueba, no procede la aplicación de norma alguna del COGEP que esté relacionada con esta materia.

Así, no es procedente que un tribunal arbitral acepte la aplicación de los artículos 151 (conocido como “nueva prueba”), 166 (conocido como “prueba nueva”), ni 168 del COGEP (conocido como “prueba para mejor resolver”). Más allá de los títulos o la terminología con la que se conoce comúnmente a estas disposiciones, las tres atienden a una misma situación jurídica *i.e.* la posibilidad de incorporar prueba en momentos distintos a los llamados “actos de proposición” (demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción). El artículo 23 de la LAM puede ser aplicable a varias hipótesis, incluyendo las hipótesis atendidas por los tres artículos del COGEP. Por ende, aquellos no pueden ser utilizados “supletoriamente” en materia arbitral.

Como se ha explicado, el artículo 23 de la LAM autoriza al tribunal a ordenar la producción de prueba cuando sea necesario “esclarecer” hechos. Esto puede ocurrir inmediatamente con posterioridad a la presentación de la contestación a la demanda (hipótesis recogida en el artículo 151 del COGEP); en cualquier momento hasta antes de la expedición del laudo (hipótesis que incluye lo dispuesto en el artículo 166 del COGEP al referirse a “la audiencia de juicio”); y por iniciativa propia del tribunal para esclarecer hechos controvertidos (artículo 168 del COGEP). Al cubrir, pero sin estar limitado a, todas estas hipótesis, el artículo 23 de la LAM es la única norma que regula la posibilidad de incorporar prueba adicional dentro del proceso arbitral y a los tribunales no les está autorizado recurrir a las disposiciones citadas del COGEP. Ello, además, porque el estándar aplicable bajo cada uno de esos artículos es distinto y no es necesariamente compatible con el artículo 23 de la LAM.

Por ejemplo, el artículo 168 del COGEP está limitado a la iniciativa propia del juez, limitación que no existe bajo el artículo 23 de la LAM. Por otro lado, el artículo 151 y 166 están limitados únicamente a petición de parte, limitación que tampoco existe bajo el artículo 23 de la LAM. El artículo 151 del COGEP además autoriza al actor a incorporar pruebas al expediente junto con su escrito de “nueva prueba”. Aquellas pruebas quedan incorporadas automáticamente al expediente del caso (sin perjuicio de que su admisibilidad sea discutida más adelante). Como se explica más adelante, bajo el artículo 23 de la LAM, a la parte aplicante no le está autorizado presentar la prueba junto con su aplicación de producción de prueba adicional. Como consecuencia, ninguna prueba ingresa al expediente sino solamente después de la autorización expresa del tribunal arbitral (quien no habrá tenido acceso a la documentación previamente). Para autorizar su incorporación al proceso, el tribunal arbitral deberá resolver si es que se cumplen los requisitos del estándar aplicable. Finalmente, el artículo 166 del COGEP no requiere que se cumpla el primer requisito del estándar aplicable al artículo 23 de la LAM (*i.e.* necesidad de esclarecer hechos oscuros o poco claros). Por lo expuesto, las normas descritas no son aplicables al proceso arbitral al tener –cada una de ellas– un estándar distinto a aquel establecido en el artículo 23 de la LAM.

En el caso del artículo 151 del COGEP, que permite la presentación de “nueva prueba” hasta diez días después de presentada la contestación, es la dirección de la institución arbitral quien está llamada a impedir que la conducta generalizada de las partes de presentar “escritos de nueva prueba” se consolide dentro de la práctica arbitral. El estado actual de las cosas es que los directores de los centros incorporen dentro del expediente este tipo de escritos (junto con las pruebas que se pretenden producir) y corran traslado de su contenido a los tribunales arbitrales (que aún no se conforman) para que estos resuelvan sobre ello en el futuro (cuando se conformen semanas o meses después). Como se explica a continuación, no es deseable que un tribunal arbitral reciba las pruebas que se pretenden incorporar pues, para el momento que el tribunal debe decidir sobre su incorporación al expediente, este ya habría recibido, leído, y analizado la “nueva prueba”, contaminando así su criterio de manera anticipada. Esta práctica, que se ha vuelto habitual, es un atentado contra el artículo 23 de la LAM, así como de los artículos 10, 11 y 12 de dicha Ley.

No es aceptable que los tribunales arbitrales permitan la presentación de escritos o pruebas bajo las disposiciones del COGEP. La aplicación de estas disposiciones contraviene y desnaturaliza el artículo 23 de la LAM, que es el único que puede ser aplicado. Lo contrario resulta en una suerte de “*bypass*”, en que las partes pueden circunvalar el estándar alto y restrictivo del artículo 23 de la LAM, y su naturaleza discrecional y potestativa del tribunal arbitral, para conseguir el mismo objetivo *i.e.* incorporar prueba adicional al proceso arbitral. Aquello no debe ser permitido.

5. REGLAS Y PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 23 DE LA LAM

Partiendo de la excepcionalidad del artículo 23 de la LAM, es necesario realizar ciertas precisiones respecto a la conducta que debería observarse ante una solicitud de prueba para mejor resolver. A continuación, se presenta una secuencia de pasos y actuaciones procedimentales que, a nuestro criterio, deben seguir las partes a efectos de cumplir con el estándar del artículo 23 de la LAM:

- a. La parte interesada debe presentar una solicitud al tribunal arbitral para que autorice la incorporación de prueba para mejor resolver, justificando los requisitos que exige el artículo 23 de la LAM.
- b. La parte interesada debe abstenerse de adjuntar o presentar los documentos que son objeto de la solicitud.
- c. Solo si el tribunal lo autoriza, la parte interesada incorporará la prueba para mejor resolver en los términos que se disponga en la orden procesal.

Estos pasos y actuaciones son presentados debido a la necesidad de asegurar que la decisión del tribunal arbitral sobre la solicitud no se vea interferida por sesgos cognitivos que podrían generarse si, paralelamente a la lectura de la solicitud, el tribunal tendría acceso al medio probatorio que se pretende incorporar. Esto ocurriría, por ejemplo, si se solicita incorporar un documento que contiene una comunicación entre las partes sobre un asunto que es objeto de la *litis* y, al mismo tiempo, se adjunta tal documento a la solicitud. Al momento de pronunciarse sobre dicha prueba, el tribunal ya habrá tenido un acercamiento directo al documento que se pretende introducir. Así, incluso si es que la solicitud de la parte interesada fuese rechazada, el tribunal ya habría visto un documento que posiblemente tiene la capacidad de afectar el juicio del tribunal al momento de resolver sobre el fondo de la controversia (“Contaminación Cruzada”).

Esto será evitado si es que la parte interesada se abstiene de adjuntar los documentos cuya producción se solicita. El tribunal tendrá acceso a ellos únicamente después de haber decidido si es que los requisitos del artículo 23 de la LAM han sido cumplidos, reduciendo así el riesgo de Contaminación Cruzada. En el caso de que alguna parte intente incorporar prueba a través del (mal) uso del artículo 151 del COGEP, la dirección de los centros de arbitraje es la llamada a evitar que la fuente de Contaminación Cruzada llegue al tribunal arbitral. Bastará con la emisión de una orden procesal negando la incorporación de los escritos de “nueva prueba” y sus anexos, recordando a las partes que cualquier solicitud de prueba adicional a la ya presentada en los memoriales escritos de las partes, deberá hacerse una vez conformado el tribunal arbitral bajo el artículo 23 de la LAM.

Los pasos presentados no solo ayudarán a la mejor conducción del proceso arbitral, sino que además son consistentes con las mejores prácticas del arbitraje. Finalmente, las reglas aquí presentadas podrán ser incorporadas por los tribunales arbitrales dentro de las respectivas actas de audiencia de sustanciación (al ser el primer acto procesal emitido por el tribunal, una vez que ha resuelto sobre su competencia) o, alternativamente, después de la audiencia de sustanciación en la forma de una orden procesal que contenga las reglas bajo las cuales se conducirá el arbitraje.

6. LA PRÁCTICA INTERNACIONAL ES CONSISTENTE CON EL ESTÁNDAR PROPUESTO PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 23 DE LA LAM

El estándar al que se ha hecho referencia en este ensayo es concordante con la práctica arbitral internacional. En general, la incorporación de prueba adicional dentro del arbitraje es considerada como excepcional. Esto es confirmado por las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional (“Reglas IBA”) y por las prácticas de tribunales internacionales. Las Reglas IBA fueron revisadas en 2020; se incluyeron cambios relativos a ciberseguridad y protección de datos, audiencias remotas, exclusión de ciertas pruebas obtenidas de manera ilícita, y ciertas reglas relativas a la exhibición de documentos¹⁰.

Las Reglas IBA son un conjunto de reglas creadas por el Comité de Arbitraje de la *International Bar Association* que “busca proporcionar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en arbitrajes internacionales, particularmente en aquellos que surgen entre Partes de distintas tradiciones jurídicas”¹¹. Precisamente, estas normas fueron diseñadas con el objetivo de complementar las disposiciones legales y las reglas que se apliquen al desarrollo del arbitraje internacional¹².

10 Para propósitos de este artículo, se citará el texto en español de las Reglas IBA 2010, dado que no ha sido modificado por la revisión de 2020.

11 International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional, *Preámbulo*, (2010) párr 1.

12 Ídem.

El uso y la aplicación de estas normas ha sido reconocido dentro de la comunidad arbitral internacional como lineamientos que promueven la eficiencia en el desarrollo del procedimiento arbitral y han obtenido amplia aceptación¹³. Esto ha generado que su aplicación sea recurrente en el foro arbitral. Respecto de la oportunidad para la presentación de prueba, las Reglas IBA contienen dos reglas de trascendencia que responden a la práctica generalizada en arbitrajes internacionales.

La primera regla consiste en que la evidencia debe ser presentada dentro del término que disponga el tribunal arbitral¹⁴. Normalmente, esto ocurre durante el intercambio de memoriales escritos por las partes; para lo cual, los tribunales fijan un calendario procesal con las fechas en las que dichos memoriales deben ser presentados. La evidencia se presenta como anexos. Adicionalmente, los calendarios procesales típicamente establecen una fase de exhibición de documentos (“*discovery*” o “*document production*”) en la que una parte puede solicitar a la otra la exhibición de ciertos documentos, que deberán ser exhibidos si así lo determina el tribunal arbitral.

La segunda regla es de naturaleza excepcional, y consiste en la determinación de las circunstancias en las que sería permisible la presentación de evidencia (documental) adicional (que no haya sido presentada bajo la primera regla). Al respecto, las Reglas IBA determinan que podrán incorporarse pruebas adicionales al proceso arbitral siempre que se justifique su relevancia para el caso y sean sustanciales para la resolución:

11. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, las Partes podrán presentar ante este (o poner sic) y ante las demás Partes,

13 International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional, *Prólogo*, (2010) párr. 3.

14 International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional, 2010, Artículo 3(1). “Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte presentará a éste y a las demás Partes todos los Documentos que estén a su disposición y sobre los que base sus pretensiones, incluyendo Documentos públicos y de dominio público, exceptuando cualesquiera Documentos que ya han sido presentados por otro Parte”; International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional, 2010, Artículo 4(1). “Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte identificará los testigos en cuyo testimonio pretende basarse así como el objeto de dichos testimonios”; International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional, 2010, Artículo 5(1) (contiene una regla similar para la práctica de informes periciales).

cualesquiera *Documentos adicionales* en los cuales pretendan basarse o que consideren que han *devenido relevantes para el caso y sustanciales para su resolución* como consecuencia de cuestiones puestas de manifiesto en los Documentos, Declaraciones Testimoniales o Dictámenes Periciales presentados o exhibidos, o en otros elementos aportados por las Partes¹⁵.

Esta norma determina que las partes no pueden aportar libremente documentación adicional al proceso. Aquello está reservado únicamente para los casos en que la prueba solicitada “ha devenido relevante”. Es decir que, por razones propias del proceso arbitral, como la declaración de un testigo, han surgido hechos que han cobrado relevancia. Aun así, la prueba que se pretende introducir debe ser “relevante para el caso” y “sustancial para su resolución”. Esto ratifica que se trata de una facultad extraordinaria, que debe ser justificada y puesta a consideración del tribunal arbitral. Es decir, las Reglas IBA no facultan la presentación indiscriminada de documentos adicionales, sino que la petición de su inclusión debe cumplir con los requisitos mencionados.

Lo recogido en las Reglas IBA corresponde a la práctica arbitral internacional. Varios tribunales arbitrales han resuelto que la incorporación de prueba fuera del término previsto no es, en principio, oportuna. Sin embargo, podrán ser incorporadas pruebas adicionales si es que se reúnen algunos requisitos. En el caso *Rand Investments c. Serbia*, por ejemplo, el tribunal reconoció que deben existir circunstancias excepcionales, basadas en una solicitud razonada, para que una prueba sea admitida después de que las partes hayan presentado sus memoriales escritos:

No se permitirá a ninguna de las partes presentar documentos adicionales [...] después de la presentación de su último escrito respectivo, a menos que el Tribunal determine que existen circunstancias excepcionales sobre la base de una solicitud escrita razonada seguida de observaciones de la otra parte. [...] Por lo tanto, deben existir circunstancias excepcionales para que se admitan nuevas pruebas en esta fase del procedimiento¹⁶.

15 International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional (2010), Artículo 3(11).

16 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Rand Investments Ltd., William Archibald Rand, Kathleen Elizabeth Rand, Allison Ruth Rand, Robert Harry Leander Rand and*

De igual manera, en el caso *Renco c. Perú*, se reconoció que los tribunales usualmente requieren circunstancias excepcionales para admitir prueba nueva, en un momento posterior al último escrito de prueba presentado por las partes:

Después de la presentación de su último escrito antes de la audiencia, una Parte no puede presentar nuevas pruebas. Sin embargo, si el Tribunal determina que existen circunstancias excepcionales, podrá admitir nuevas pruebas o permitir que un testigo o perito presente una declaración testimonial o un informe pericial adicional antes de la audiencia. Si el Tribunal admite nuevas pruebas o la declaración de un testigo o informe pericial adicional en el expediente, se asegurará de que la otra Parte tenga suficiente oportunidad de hacer sus observaciones [...] ¹⁷.

Adicionalmente, se observa de las órdenes procesales que los tribunales arbitrales mantienen el criterio de que la documentación que se solicita incorporar no debe ser presentada junto con la solicitud, sino que deberá incorporarse luego de que –y solo si– el tribunal arbitral autoriza su incorporación en el proceso. En el caso *Bacilio Amorrortu c. Perú* el Tribunal Arbitral dispuso como parte de las reglas aplicables al arbitraje, la siguiente:

Si el Tribunal autoriza a una Parte a presentar nuevas pruebas en el curso de la audiencia, debe otorgar a la otra Parte la oportunidad de presentar nuevas pruebas para refutarlas. Al presentar una solicitud de permiso para presentar nueva evidencia, una Parte no podrá adjuntar a dicha solicitud la nueva evidencia que la Parte busca admitir. La Parte sólo (o poner sic) podrá presentar la prueba al Tribunal una vez que conceda permiso para la admisión de la prueba o si el Tribunal lo ordena de otro modo ¹⁸.

Asimismo, en el caso *Pawlowski c. República Checa*, el Tribunal Arbitral dispuso que:

Sembi Investment Limited c. Republic of Serbia, ICSID Case No. ARB/18/, Orden Procesal No. 9. 12/03/2021.

¹⁷ Corte Permanente de Arbitraje, *The Renco Group, Inc. c. The Republic of Peru (II)*, Caso PCA No. 2019-46, Orden Procesal No. 1. 3/02/2020.

¹⁸ Corte Permanente de Arbitraje, *Bacilio Amorrortu c. Perú (I)*, Caso PCA No. 2020-11, Orden Procesal No. 1. párr. 29/06/2020.

17. 4. Ninguna de las partes podrá presentar documentos adicionales o de respuesta fuera del Calendario Procesal, a menos que el Tribunal determine que existen circunstancias excepcionales con base en una solicitud motivada por escrito seguida de observaciones de la otra parte.

17.4.1. Si una parte solicita permiso para presentar documentos adicionales o de respuesta, esa parte no podrá anexar a su solicitud los documentos que pretende presentar.

17.4.2. Si el Tribunal acepta tal solicitud de presentación de un documento adicional o de respuesta, el Tribunal se asegurará de que la otra parte tenga la oportunidad suficiente para hacer sus observaciones con respecto a dicho documento¹⁹.

El estándar desarrollado en este ensayo es concordante con el criterio que mantiene la jurisprudencia arbitral internacional respecto de la incorporación de prueba adicional. Si bien los criterios jurisprudenciales citados no son vinculantes, son relevantes como una guía de las mejores prácticas arbitrales. En Ecuador, los usos y prácticas arbitrales son reconocidos como parte de los principios de interpretación de las normas que regulan el arbitraje. El artículo 1(3) del Reglamento LAM establece lo siguiente: “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 costumbres**” (énfasis añadido).

Además, el Reglamento LAM reconoce que los principios, usos y prácticas arbitrales pueden ser aplicados de manera supletoria a cuestiones no reguladas por la LAM. El artículo 3(4) del Reglamento LAM establece lo siguiente:

4. Asimismo, las cuestiones que no estén expresamente previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación, serán resueltas por el tribunal arbitral tomando en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, **así como sus principios, usos y prácticas**²⁰ (énfasis añadido).

19 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones *Pawlowski AG and Project Sever s.r.o c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/17/11, Orden Procesal No. 1, párr. 17.4. 03/05/2017.

20 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 1, numerales 3 y 4, RO S No. 524, 26/08/2021.

Así, en el Ecuador, los usos y prácticas arbitrales, podrán ser aplicadas por los tribunales arbitrales para la interpretación de la LAM (como es el caso del artículo 23) y/o, de manera supletoria, cuando se trate de cuestiones que no estén expresamente previstas en la LAM.

7. PONIENDO A PRUEBA EL ESTÁNDAR PROPUESTO: CASO No. 008-22 DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE QUITO

El estándar desarrollado en este escrito ha sido puesto a prueba dentro de un proceso arbitral local, en derecho, sustanciado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Por motivos de reserva y confidencialidad no se revelarán los datos específicos del proceso arbitral. No obstante, y con fines académicos, se hará referencia únicamente a las actuaciones procesales relevantes, que se resumen a continuación.

Invocando el artículo 23 de la LAM, la demandante solicitó la incorporación de prueba adicional en un momento posterior a la presentación de la demanda y contestación. La razón principal presentada en dicho escrito fue la existencia de hechos nuevos que, según la parte solicitante, habrían sido expuestos en la contestación a la demanda.

La demandada solicitó que se declare improcedente la solicitud de prueba para mejor proveer, argumentando que no se cumplía con el estándar presentado en este ensayo (no se habrían verificado los tres requisitos propuestos bajo el estándar aplicable propuesto). Respecto del tercer requisito, la demandada argumentó que la documentación que pretendía incorporarse en el proceso ya existía al momento de presentar la demanda y la demandante bien pudo haberla presentado. Por lo tanto, la solicitud debía rechazarse, ya que el artículo 23 de la LAM no podía suplir la inacción o negligencia de la demandante, quien debió anexar toda la prueba que considerase necesaria junto con su demanda.

El Tribunal Arbitral decidió rechazar la solicitud de prueba para mejor resolver, bajo el siguiente razonamiento:

Con relación a la solicitud de la parte actora de que se introduzca nueva prueba al proceso, que se plantea bajo la figura de prueba para mejor proveer al amparo del artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación, una vez que ha sido escuchada la contraparte, este Tribunal resuelve desecharla, pues **la peticionaria no ha logrado justificar que no tenía acceso al medio probatorio solicitado al momento del inicio del proceso arbitral y que, por ende, estaba impedida de anunciarlo como prueba a su favor junto con su memorial de demanda.** El Tribunal Arbitral deja constancia de que **la excepcionalidad de la prueba para mejor proveer se justifica por el aspecto de temporalidad referido, pero además reitera que es única y exclusiva competencia de los árbitros el disponer la actuación de este mecanismo extraordinario.** En consecuencia, se resuelve rechazar la práctica de la diligencia para mejor resolver que se trata en la sección IV.3. del Acta de Audiencia de Sustanciación²¹ (énfasis añadido).

La parte actora solicitó la revocatoria de dicha orden procesal, no obstante, el Tribunal decidió mantener su criterio y resolvió:

b) Por otra parte, no se justifica la revocatoria solicitada por la parte actora, en atención a que **la prueba que se califica como “nueva” no cumple con un criterio de temporalidad o imposibilidad de acompañarla con el memorial de demanda, consustanciales a este tipo de peticiones.**

c) Cabe recordar a las partes que, en todo caso, el tribunal arbitral puede ordenar la práctica de las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, sea de oficio o a petición de parte, según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En consecuencia, se rechazan por improcedentes los pedidos de revocatoria parcial de la orden procesal de 30 de agosto de 2022. Por lo tanto, las partes deberán estar a lo dispuesto en la orden procesal antedicha²². (énfasis añadido)

Aunque el Tribunal Arbitral no se pronunció respecto a los dos primeros requisitos del estándar propuesto (necesidad de esclarecer hechos oscuros y aptitud de la prueba de lograr dicho objetivo), sí

21 Cámara de Comercio de Quito, *Caso No. 008-22*, Orden Procesal. sf.

22 Ídem.

aceptó de manera expresa el tercer requisito (criterio de temporalidad y la necesidad de que el peticionario justifique las razones por las que no pudo tener acceso a la prueba de manera previa). El Tribunal estuvo además de acuerdo con el carácter excepcional del artículo 23 de la LAM y con la premisa de que la regla general en materia de prueba está contenida en los artículos 10, 11 y 12 de dicha ley.

8. CONCLUSIONES

El artículo 23 de LAM es de aplicación excepcional y restrictiva. Tales características generan consecuencias específicas en la conducta de las partes y del tribunal arbitral, al momento de solicitar prueba para mejor resolver. Las consecuencias que genera en la conducta de las partes se traducen en la carga de demostrar el cumplimiento de los requisitos sin los cuales la solicitud de prueba será improcedente, tales requisitos han sido ampliamente desarrollados en este ensayo y son: i) la existencia hechos controvertidos que se consideren oscuros o poco claros; ii) que la prueba que se pretende introducir al proceso permita al tribunal arbitral tener mayor claridad respecto a tales hechos; iii) la justificación de las razones por las que no se adjuntó dicha prueba con el memorial escrito.

De igual manera, la excepcionalidad influye también en la conducta del tribunal arbitral, en la medida en que tendrá que motivar su decisión partiendo del análisis respecto del cumplimiento de tales requisitos (dos primeros requisitos del estándar) cuando se trate de una práctica de oficio.

El estándar desarrollado en este ensayo es concordante también con los usos y prácticas del arbitraje internacional. Las Reglas IBA contemplan la posibilidad de incorporar prueba adicional de manera excepcional, y siempre con la autorización del tribunal arbitral. Por su parte, en la práctica arbitral internacional, los tribunales han aplicado el criterio de excepcionalidad al momento de resolver sobre la solicitud de prueba adicional presentada por las partes. Esta práctica ratifica el estándar que ha sido desarrollado en el presente ensayo. Los elementos más importantes que se desprenden de la jurisprudencia arbitral internacional son los relacionados

con la necesidad de que la prueba adicional sea “relevante para el caso” y “sustancial para su resolución”. Además, la práctica de prueba adicional debe evitar la Contaminación Cruzada, por lo que la parte solicitante no está autorizada a adjuntar la prueba que pretende incorporar al proceso arbitral con la solicitud. Por último, el artículo 23 de la LAM excluye la aplicación de las normas del COGEP, ello debido a que no estamos frente a un supuesto que habilite la aplicación supletoria de este último. El artículo 23 es el único que permite la incorporación de “prueba adicional” dentro de los procesos arbitrales locales, por lo que sería desacertada cualquier remisión al COGEP que sobre este asunto se realice.

Con el auspicio de:

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE
PBP

CABEZAS WRAY & ALBÁN
ABOGADOS


CARMIGNIANI PÉREZ
ABOGADOS


ABOGADOS


ROBALINO


NOBOA, PEÑA & TORRES
ABOGADOS ECUADOR


BUSTAMANTE
FABARA


RODRÍGUEZ & LEÓN
ABOGADOS


FALCONI PUIG
ABOGADOS
DESDE 1972

