

Nº12

Noviembre 2021
ISSN: 2600-5611
e-ISSN: 2600-562X

Revista Ecuatoriana de Arbitraje



Juan Martín Alarcón
Andrés Larrea Savinovich
Francisco Bustamante
Gabriel Almeida
Germán Andrade
Xavier Andrade Cadena
Gabriela Rivadeneira Chacón
Carolina Arroyo Aguirre
Estefanía Fierro
Sol González Vallejo
Álvaro Awad
Eduardo Carmigniani

Carla Cepeda Altamirano
Bernarda Muriel Bedoya
Hugo García Larriva
Rodrigo Jijón Letort
Macarena Bahamonde
Luis Eduardo Narváez
María Belén Merchán
César Sánchez
Emilia Limongi
Javier Jaramillo Troya
Felipe Castro Zurita



Instituto Ecuatoriano
de Arbitraje

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

No. 12



Quito - Ecuador

2021

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 once números disponibles.

Para más información:

• La versión digital puede ser encontrada en:

<https://iea.ec/publicaciones/revista-11/>

• La guía de autores está disponible en: http://iea.ec/pdfs/GUIA_ESTILO_REA.pdf

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Av. Naciones Unidas y Núñez de Vela, Ed. Metropolitan, Oficina 1107.

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, 2021

Tirada: 100 ejemplares

COMITÉ CIENTÍFICO Y RESPONSABLES EDITORIALES:

Oswaldo Santos Dávalos
(Santos Burbano de Lara - Quito)
Javier Jaramillo Troya
(Pérez Bustamante & Ponce - 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: | |
| • ¿No hay nada oculto bajo el sol? El financiamiento de terceros en arbitraje y las obligaciones de revelación bajo el ordenamiento jurídico del Ecuador <i>Andrés Larrea Savinovich</i> <i>Juan Martín Alarcón Peralta.....</i> | 13 |
| • La publicación por parte de los centros de arbitraje de laudos que no hayan sido impugnados <i>Francisco Bustamante Luna</i> | 29 |
| 3. Sección de Ensayos Libres | |
| • Viabilidad del Stare Decisis en el Arbitraje Nacional ecuatoriano: Navegando entre puntos conciliables <i>Gabriel Eduardo Almeida Vintimilla</i> | 55 |
| • Adiós al principio <i>venire contra factum proprium</i> como fundamento de competencia en los arbitrajes nacionales cuando falta la autorización del Procurador General del Estado <i>Luis Germán Andrade Rivadeneira.....</i> | 93 |
| • Veinticuatro años de la acción de nulidad de laudos: un análisis empírico <i>Xavier Andrade Cadena</i> <i>Gabriela Rivadeneira Chacón</i> <i>Carolina Arroyo Aguirre</i> <i>Estefanía Fierro Valle</i> <i>Sol González Vallejo</i> | 137 |
| • Disputas mineras en Chile y su caracterización como potenciales arbitrajes internacionales <i>Álvaro Awad Sirhan</i> | 175 |

- Arbitraje estatutario en Ecuador: recientes reformas legislativas con errores de bulto
Eduardo Carmigniani
Carla Cepeda Altamirano
Bernarda Muriel Bedoya 205
- Tras bastidores del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación
Hugo García Larriva
Bernarda Muriel Bedoya 227
- La aplicación de la política global anticorrupción en el Derecho Internacional de Inversiones
Rodrigo Jijón Letort
Macarena Bahamonde Villafuerte..... 275
- El vicio de incongruencia en laudos extranjeros, inejecutabilidad por violación al orden público ecuatoriano
Luis Eduardo Narvoéz
María Belén Merchán 309
- Los casos Burlington y Perenco: Una mirada a las discrepancias ambientales en aspectos de determinación de responsabilidades y cuantificación de daños
Emilia Limongi Izaguirre
César Sánchez Icaza..... 339
- “International Arbitration in Latin America Energy and Natural Resources Disputes”
Javier Jaramillo Troya
Felipe Castro Zurita 369

1.

Presentación

Presentación

El Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (“IEA”) se complace en presentar el decimosegundo número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje (“REA”). Este número de la REA cuenta con dos secciones. La primera, una sección monográfica sobre las buenas prácticas para el manejo de un proceso arbitral en el contexto local. La segunda, una sección de ensayos libres. La sección monográfica contiene dos artículos. (i) Juan Martín Alarcón Peralta y Andrés Larrea Savinovich exploran las obligaciones de revelación del financiamiento de terceros bajo la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) y el ordenamiento ecuatoriano. (ii) Francisco Bustamante analiza la posibilidad de publicación por parte de los centros de arbitraje de laudos que no hayan sido impugnados.

La sección de ensayos libres cuenta con varias contribuciones. (iii) Gabriel Almeida reflexiona sobre la viabilidad del *stare decisis* en el arbitraje nacional ecuatoriano. (iv) Germán Andrade cuestiona la invocación del principio *venire contra factum proprium* como fundamento de competencia en los arbitrajes nacionales cuando falta la autorización del Procurador General del Estado. (v) Xavier Andrade Cadena, Gabriela Rivadeneira Chacón, Carolina Arroyo Aguirre, Estefanía Fierro y Sol González Vallejo exponen un análisis empírico sobre la acción de nulidad del laudo arbitral en Ecuador. (vi) Álvaro Awad presenta un estudio sobre las disputas mineras en Chile y su caracterización como potenciales arbitrajes internacionales. (vii) Eduardo Carmigniani, Carla Cepeda y Bernarda Muriel exploran el arbitraje estatutario en Ecuador, observando su falta de uso y sus errores legislativos. (viii) Hugo García Larriva y Bernarda Muriel realizan un análisis sobre el Reglamento a la LAM expedido en agosto de 2021. (ix) Rodrigo Jijón y Macarena Bahamonde examinan la aplicación de la política global anticorrupción en el Derecho Internacional de Inversiones. (x) Luis Eduardo Narváez y María Belén Merchán abordan el vicio de incongruencia en laudos extranjeros con un enfoque en la inejecutabilidad por violación al orden público ecuatoriano. (xi)

César Sánchez y Emilia Limongi exponen un análisis sobre los casos Burlington y Perenco, ofreciendo una mirada a las discrepancias ambientales en aspectos de determinación de responsabilidades y cuantificación de daños sobre el levantamiento del velo societario en arbitraje. Finalmente, (xii) Javier Jaramillo Troya y Felipe Castro Zurita presentan una reseña del libro “*International Arbitration in Latin America Energy and Natural Resources Disputes*”, editado por Gloria M. Álvarez, Mélanie Riofrío Piché, Felipe V. Sperandio con Celia Cañete.

El IEA y los codirectores de la REA agradecemos a los autores por sus valiosos aportes, que permiten continuar con la misión de fomentar el estudio académico del arbitraje. Además, debemos un sentido agradecimiento a los auspiciantes de este número: AVL Abogados, Cabezas Wray & Albán Abogados, Carmigniani Pérez Abogados, Noboa Peña & Torres Abogados, Pino Elizalde Abogados, y Pérez Bustamante & Ponce.

Javier Jaramillo Troya

Codirector
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Oswaldo Santos Dávalos

Codirector
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Xavier Andrade Cadena

Presidente
Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Hugo García Larriva

Director Ejecutivo
Instituto Ecuatoriana de Arbitraje

2. Sección

Monográfica

¿No hay nada oculto bajo el sol? El financiamiento de terceros en arbitraje y las obligaciones de revelación bajo el ordenamiento jurídico del Ecuador

*Andrés Larrea Savinovich**
*Juan Martín Alarcón Peralta***

Recibido/Received: 15/08/2021
Aceptado/Accepted: 05/10/2021

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Cómo funciona el financiamiento de terceros en arbitraje? 2.1. Obligaciones de revelación en algunas jurisdicciones y casos en los que se haya tratado este tema. 2.2. ¿Qué revelar? problemas prácticos desde un punto de vista estratégico 3. Obligación de revelar de conformidad con el Reglamento ICC 2021. 4. Obligaciones de revelación de conformidad con la legislación ecuatoriana. 5. Conclusión.

RESUMEN: El financiamiento de terceros (FPT) o también conocido como *Third Party Funding* es una figura que ha ganado un espacio importante en el arbitraje internacional en la última década. Esencialmente, el FPT implica que un tercero, ajeno al proceso, decide financiar a una de las partes, en todo o en parte, los costos y gastos relacionados con el arbitraje a cambio de un beneficio económico. Si bien el FPT no es un mecanismo nuevo en Estados Unidos o Europa para garantizar el acceso a la justicia, en América Latina ha aumentado su popularidad en los últimos años y, cada vez más, resulta común encontrarse con arbitrajes en los que participa un financista. En el Ecuador, esta

* Asociado Senior en Tobar ZVS. Representante Regional de ICC YAF. Secretario arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Centro Internacional de Arbitraje y Mediación y el Centro de Arbitraje de la Cámara de la Construcción. Correo electrónico: alarrea@tzvs.ec

** Asociado en Tobar ZVS. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Asociado ordinario en la Asociación Arbitraje Alumni. Correo electrónico: jmalarcon@tzvs.ec



figura aún resulta extraña y novedosa para muchos. Además, la Ley de Arbitraje y Mediación no hace referencia a los financistas en arbitraje ni a las obligaciones de las partes que reciben financiamiento de terceros. Sin embargo, con el incremento de arbitrajes en los que una de las partes cuenta con el respaldo de un financista vale preguntarse: ¿Tienen las partes la obligación de revelar su situación frente a los árbitros? ¿Existe alguna obligación legal de revelación bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano? Este artículo explora la figura del financiamiento de terceros en arbitraje y las obligaciones de revelación bajo las leyes domésticas.

PALABRAS CLAVE: TPF, financiamiento de terceros, revelación.

Is anything hidden under the sun? Third party funding in arbitration and duty to disclosure under Ecuadorian law

ABSTRACT: Third Party Funding (TPF) is a mechanism that has gained an important role in international arbitration since the last decade. Essentially, TPF means that a third party decides to finance one of the parties with all or part of the costs and expenses related to the arbitration process in exchange for an economic retribution. Although TPF is not new in Europe or the United States to grant access to justice, in Latin American it has gained popularity in recent years. In Ecuador, this mechanism is still novel for many. Furthermore, the Arbitration and Mediation Law does not make any reference to TPF or the obligations of the parties that receive financing. However, with the increase of arbitrations in which one of the parties is being financed, it is worth asking: Do the parties have the obligation to disclose this situation to the arbitrators? Is there a legal obligation of disclosure under Ecuadorian Law? This article explores the figure of TPF in arbitration and disclosure obligations under domestic law.

KEYWORDS: TPF, Third Party Funding, disclosure.

1. INTRODUCCIÓN

El financiamiento por terceros o *Third party funding* (FPT, por sus siglas en inglés) se entiende como la financiación de un arbitraje por una parte que no tiene intereses preexistentes en la disputa, generalmente sobre la base de que, si la parte financiada tiene éxito en la disputa, se pagará al financiador del producto de cualquier monto recuperado como consecuencia de la controversia, a menudo como un porcentaje del monto recuperado¹. El FPT es calificada como una industria de inversión en demandas, en donde las mismas son examinadas y tratadas como bienes tangibles sujetos a valoración².

En la actualidad ya no se discute sobre la legitimidad del uso de esta figura, por el contrario, se encuentra consolidada en países como Estados Unidos, Reino Unido y China. El centro de la discusión ocupa, en la actualidad, la obligación de revelación de la identidad del tercero financiador. El requisito denominado como *disclosure* es utilizado para poder identificar posibles casos de conflicto de interés³. Es así que el estado pionero en regular el FPT fue el Reino Unido cuando en 2011 creó el “*Code of Conduct for Litigation Funders*”; código que regula, entre otros aspectos, los límites del FPT, así como la obligación de revelar la identidad del financista, cuando esta pudiese afectar la imparcialidad del tribunal. Por otro lado, en Estados Unidos, la *American Bar Association* creó el denominado *White Paper About Alternative Litigation Financing* que incluye varias normas que todo abogado estadounidense debe seguir al asumir la defensa procesal en un asunto que esté financiado por terceros. En la mayoría de países, como es el caso ecuatoriano o español, no existe regulación expresa al respecto y por tanto se entiende que, de acuerdo a la autonomía de la voluntad de las partes, esta figura está bien permitida. Caso contrario y particular enfrentaba Singapur, país donde hasta marzo del 2017 el FPT se encontraba expresamente prohibido hasta su aprobación mediante la promulgación de la llamada *Civil Law (Amendment) Bill – Third*

-
1. C. ROGERS y W. PARK. “Third Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force”, *Penn State Law Legal Studies Research Paper Series Research Paper*, No 42. 2014.
 2. C. ROGERS, *Ethics in International Arbitration*, Oxford. 2004.
 3. Corte Permanente de Arbitraje, *South American Silver Limited (Bermuda) c. Estado Plurinacional de Bolivia*, No.15-2013, 31/10/2016.

Party Funding for Arbitration and Related Proceedings que regula y aprueba el FPT.

Sin duda esta -no tan novedosa ya- figura tiene sus ventajas y desventajas. Pues, por un lado puede poner a las partes en igualdad de condiciones dentro de un proceso judicial o arbitral, donde se ha demostrado que un mayor músculo económico a la hora de un litigio puede ser una ventaja decisiva en una disputa. Mientras que, por otro lado, representa un desafío a la hora de asegurar inexistencia de conflictos de interés dentro de un proceso arbitral; así como, se abre discusión para decidir sobre la obligatoriedad de revelar la existencia de un tercero financiador e incluso su identidad. El alcance de la obligación de revelación es discutido, pues muchas veces, no basta con la identidad del tercero financiador, sino que un tribunal podría requerir el contrato de financiación donde se podría llegar a revelar información crucial para el proceso, pues en este tipo de contratos se esbozan estrategias legales, estimaciones de éxito en el litigio y análisis de las posturas de las partes involucradas.

En el Ecuador esta figura resulta tan novedosa en la práctica que con poca frecuencia se discute sobre este tema al momento de la designación y posesión de árbitros. Además, la Ley de Arbitraje y Mediación nada dice sobre el financiamiento de terceros. Así las cosas, cabe preguntarse: ¿Tienen las partes la obligación de revelar su situación frente a los árbitros? ¿Existe alguna obligación legal de revelación bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano? Este artículo pretende responder ambas preguntas.

2. ¿CÓMO FUNCIONA EL FINANCIAMIENTO DE TERCEROS EN ARBITRAJE?

El FPT es una figura bajo la cual un tercero ajeno a la disputa sometida a arbitraje cubre, en todo o en parte, los costos relacionados con el proceso arbitral de una de las partes a cambio de un beneficio económico. Estos costos incluyen, pero no se limitan, a tarifas administrativas de centros de arbitraje para la presentación de la demanda o reconvencción, elaboración de peritajes, certificación de documentos, pasajes aéreos de peritos expertos y testigos, entre otros. La doctrina ha señalado que para que se pueda hablar de un acuerdo de financiamiento como tal, debe darse la concurrencia

de determinados elementos: (i) que se trate de un tercero ajeno a las partes, (ii) que soporte parte o la totalidad de los gastos, costos u honorarios del arbitraje, asumiendo los riesgos de la actividad arbitral y (iii) con un determinado interés en la disputa que le reportará un beneficio⁴.

Hay que tener presente que el financista asume un riesgo: el resultado incierto de una disputa arbitral. Naturalmente, el financista realiza un análisis previo antes de asumir el riesgo y se convierte en una especie de “abogado del diablo” que realiza un escrutinio estricto de sus méritos. Este análisis implica conocer sobre la posición jurídica de la parte que va a recibir el financiamiento. Usualmente, a mayor riesgo el financista solicitará un porcentaje mayor como beneficio. Por ejemplo, un financista puede pactar el 50% (o un porcentaje mayor) del valor total que se obtenga en un laudo favorable a la parte a la que financia. Los financistas están sometidos, además, a estrictos códigos de conducta, ética y buenas prácticas. Como bien menciona Trusz “[n]o siempre las personas naturales o jurídicas tienen la capacidad económica de hacer valer sus derechos en un litigio arbitral, debido a los altos costos alrededor del arbitraje⁵.” Por ello no es nada extraño el breve desarrollo que ha tenido esta figura en el mundo arbitral tanto en Europa como en Asia.

Dentro del proceso arbitral las partes deben ser iguales, y en este sentido todo elemento o circunstancia que cree una posición de desigualdad debe ser eliminada. Es aquí donde el FPT aparece para nivelar a las partes y ponerlas en la misma posición económica, lo cual permite a ambas partes encarar el proceso arbitral sin limitaciones financieras y consecuentemente el litigio se centrará en el fondo de la discusión⁶. Es por ello que el FPT resulta una figura muy atractiva de acceso a la justicia considerando los elevados costos del arbitraje internacional. Para la parte que recibe el financiamiento, contar con el músculo financiero de un tercero es fundamental pues, caso contrario, se

-
4. S. THEODULOZ, “Third Party Funding; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional”, *Revista de Derecho*, N° 20, 2019.
 5. J. TRUSZ, “Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 101, 2013.
 6. C. BOGART, *Third-Party Financing of International Arbitration*, <<https://bit.ly/3zyetsu>>, (17/08/2016).

vería impedida de participar en el proceso por falta de recursos. Incluso, para Umika Sharma, recurrir al financiamiento externo es un derecho que garantiza el acceso a la justicia⁷. Y para el financista, el proceso arbitral representa una inversión que traerá beneficios económicos en caso de obtener un laudo favorable a la parte que financia. Además, en vista de que el financista asume un riesgo importante, usualmente los casos que reciben este tipo de asistencia son aquellos que han pasado un estricto escrutinio. Esto tranquiliza las dudas de quienes asumen que los financistas se dedican a aportar recursos económicos para la presentación de demandas frívolas. Al contrario, la mayoría de aplicaciones para recibir financiamiento son rechazadas justamente por tratarse de casos jurídicamente débiles y sin mérito.

Ahora bien, el financiamiento de terceros también puede traer implicaciones negativas en el curso de un proceso arbitral, especialmente relacionadas con el deber de imparcialidad y neutralidad de los árbitros. En arbitraje internacional, la imparcialidad y neutralidad de los árbitros que deciden la disputa es una de las ventajas más sobresalientes. Al aceptar el encargo, un árbitro firma una declaración indicando que no tiene ningún tipo de conflicto de interés con las partes y que, por tanto, decidirá la controversia con absoluta transparencia, neutralidad e imparcialidad. ¿Pero qué sucede con el financista? Recordemos que el financista es un tercero, completamente ajeno a la disputa, que nada tiene que ver con la relación jurídica entre el demandante y el demandado. Su función se limita a cubrir los costos de una de las partes, pero el financista no interviene en el proceso, no participa en las audiencias, no tiene contacto con los árbitros, no practica prueba ni tampoco tiene conexión alguna con el proceso. No obstante, existen casos en los que el financista tiene algún vínculo jurídico con los árbitros y esto deriva en un claro conflicto de intereses, pero como el financista no es parte del arbitraje, este hecho pasa completamente inadvertido. Es precisamente en esos casos donde se discute la obligación de revelación que tienen las partes que reciben financiamiento por terceros.

7. S. UMIKA, *Third Party Funding in Investment Arbitration: Time to Change Double Standards Employed for Awarding Security for Costs?* <<https://bit.ly/38rKKFQ>> (29/07/2018).

2.1. Obligaciones de revelación en algunas jurisdicciones y casos en los que se haya tratado este tema

Para brindar mayor contexto, vamos a poner como ejemplo a la legislación inglesa, francesa y española e indicar si existe alguna obligación legal de revelación del financiamiento por terceros. En la legislación inglesa, no existe una norma legal que obligue a una parte a revelar un acuerdo de financiamiento ante una corte o tribunal de arbitraje; sin embargo, dicha obligación nace desde un punto de vista ético para evitar que el laudo tenga problemas de ejecución a futuro. En la legislación francesa sucede algo parecido, pues tampoco existe una obligación legal para revelar el acuerdo de financiamiento, sin embargo, un comportamiento apegado a la buena fe que es el que exigen las leyes procesales francesas, presume que si una parte está recibiendo financiamiento de un tercero debe revelar esta situación para evitar potenciales conflictos de interés. De igual forma, varios códigos de ética y de buenas prácticas de la barra de abogados de París sugieren que los defensores que conozcan de situaciones que pueden generar conflictos de interés, hagan la revelación de inmediato. Por último, en España tampoco existe una obligación legal, sin embargo, instrumentos como el Código de Buenas Prácticas del Club Español de Arbitraje imponen ciertas obligaciones a los abogados, partes y árbitros, entre las que se incluyen la sugerencia de revelación de acuerdos de financiamiento. Lo mismo sucede con algunas reglas institucionales de centros de arbitraje locales, por ejemplo, el CIAM de Madrid.

Respecto de casos prácticos, la participación de financistas no es un hecho extraño en arbitraje internacional. Por ejemplo, en el caso *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri c. Ticared Ltd. Sti c. Turkmenistan*⁸, el Tribunal requirió que el demandante revele cuál es la fuente de su financiamiento y la identidad del financista. Algo parecido sucedió en *Eurogas Inc. y Belmont Resources c. República de Eslovaquia*⁹, donde el Tribunal ordenó a la parte revelar la identidad del financista, para verificar si podían llevar

8. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri c. Ticared Ltd. Sti v. Turkmenistan*, orden procesal número 2, caso ARB/12/06, 23/06/2014.

9. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Eurogas Inc. y Belmont Resources v. República de Eslovaquia*, laudo, caso ARB/14/14, 18/08/2017.

a un potencial conflicto de intereses, sin embargo, razonó que los términos del contrato de financiamiento no eran relevantes. El mismo enfoque fue usado por el Tribunal en *South American Silver v. Bolivia*¹⁰.

Ahora bien, también hemos encontrado casos donde los Tribunales han optado por posturas dispares. Por ejemplo, en *Oxus Gold v. República de Uzbekistan*¹¹, el Tribunal consideró que dada la naturaleza del financiamiento, el mismo no tenía relevancia en el caso. Al contrario, en *S&T Oil Equipment & Machinery v. Rumania*¹², el caso llegó a las cortes de Estados Unidos que consideraron que los términos del acuerdo de financiamiento sí eran relevantes y ordenaron su exhibición.

2.2. ¿Qué revelar? problemas prácticos desde un punto de vista estratégico

La obligación de revelación no siempre resulta sencilla para la parte que recibe el financiamiento. La gran pregunta es ¿qué tanto se debe revelar? Como dijimos anteriormente, un financista realiza un escrutinio de los méritos de la disputa antes de aportar los recursos. Por tanto, existen estudios técnicos y legales que analizan todas las fortalezas y debilidades del caso antes de que un financista decida participar. La revelación que haga una parte, desde un punto de vista estratégico, puede representar una desventaja frente a su contraparte. Por ejemplo, digamos que “A” presenta una demanda arbitral en contra de “B” y, para hacerlo, ha recibido financiamiento de un tercero. Ahora bien, una cosa es que el Tribunal ordene a “A” revelar la identidad de su financista, pero, otra cosa distinta, es que le ordene exhibir el contrato de financiamiento y las consideraciones comerciales y técnicas que hizo el financista antes de participar. Estas consideraciones contienen, desde el punto de vista del financista, todas las debilidades de la posición jurídica de “A” en este arbitraje. Una

10. N. 3.

11. Tribunal Arbitral bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Oxus Gold c. República de Uzbekistan*, laudo, 17/12/2015.

12. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *S&T Oil Equipment & Machinery c. Rumania*, caso ARB/07/13, 16/06/2010.

revelación así de amplia, le daría una ventaja a “B” dentro de este arbitraje.

Por lo expuesto, la opinión de los autores es que la obligación de revelación no debería ser tan extensiva hasta llegar al punto que coloque a una de las partes en desventaja frente a las otras. Los árbitros no deberían solicitar que la parte que recibe el financiamiento presente a su contraparte todos los estudios previos que contienen una evaluación de las fortalezas y debilidades de su reclamación, pues en la gran mayoría de los casos, esta información no es necesaria para alcanzar el fin último que se persigue: mayor transparencia en arbitraje internacional. Los autores consideran que, en términos generales, bastaría con que la parte revele la identidad del financista, el origen de los fondos y, en casos excepcionales, los términos del contrato de financiamiento. Otra alternativa, que han optado los financistas es celebrar en acuerdos independientes el contrato de financiamiento y los términos técnicos respecto del análisis de la controversia; de tal forma que, si el tribunal ordena la exhibición del acuerdo, no se corra el riesgo de revelar información que coloque en desventaja a la parte financiada.

3. OBLIGACIÓN DE REVELAR DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO ICC 2021 Y LAS REGLAS IBA 2014

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) expidió el nuevo reglamento de arbitraje, que entró en vigencia el 1 de enero de 2021, dentro del cual se amplían las disposiciones sobre independencia e imparcialidad de los árbitros con la inclusión de una disposición que faculta al tribunal arbitral para tomar las medidas necesarias para evitar un conflicto de interés de un árbitro como resultado de un cambio en la representación de las partes y la obligación para las partes de revelar los acuerdos de financiación con terceros. Puntualmente el numeral 7 del artículo 11 manda lo siguiente:

Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya

celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje¹³.

La CCI impone la obligación de revelar la existencia de una acuerdo de financiación así como también la identidad del tercero financiador. Sin embargo, no entra en detalle respecto de la obligación de la parte financiada a revelar el contenido del acuerdo de financiación. Una vez que la parte financiada ha revelado la identidad del tercero financiador será deber de los árbitros, de acuerdo al numeral 2 del artículo 11: “(D)ar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad¹⁴.” En caso de que la notificación de la FPT hubiese llegado una vez que ha iniciado el proceso, de manera tal, que los árbitros ya se hubieren posesionado, estos deberán “dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el Artículo 11(2) relativos a su imparcialidad o independencia¹⁵”, de conformidad con el numeral 3 del artículo 11.

Ahora bien, es importante resaltar también que en el año 2014 se modificaron las Directrices de la *International Bar Association* (Reglas IBA) precisamente para incorporar dos reglas respecto de la FPT. Las dos regulaciones incorporadas tienen que ver con: (i) el deber de revelar cualquier relación de los árbitros y las partes con financistas; y, (ii) la consecuencia jurídica de la actuación del tercero financista, para quien la norma que debe considerarse “como si ostentara la identidad de la parte”.

Respecto a la relación entre el tercero financiador y los árbitros, las normas IBA establecen una serie de directrices sobre posibles conflictos de interés dentro del arbitraje. Aquellos que surgen principalmente cuando se vulnera el principio general de imparcialidad e independencia de alguno de los árbitros. La séptima directriz se refiere al deber de información que tienen las

13. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Artículo 11(7), 05/2021.

14. Ídem.

15. Ídem.

partes y árbitros del proceso. La directriz 7(a) establece que cada parte debe información sobre cualquier relación directa o indirecta que las partes tengan con un árbitro o la posible relación que tenga una persona con interés directo en el arbitraje (tercero financiador). Respecto de este último, la norma general 6(b) de las Directrices IBA señala que “los terceros financiadores y las aseguradoras en relación con la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalente a una parte.” En este punto es importante recordar que al ser las directrices de la IBA lo que se denomina *soft law*, estas deben pactarse, por lo que no hay más fuerza vinculante que la que le otorguen las partes en sus controversias particulares.

4.- OBLIGACIONES DE REVELACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)¹⁶ guarda silencio respecto del financiamiento de terceros. En términos generales, el financiamiento de terceros en un arbitraje no está prohibido. Sin embargo, vale señalar ciertas consideraciones. El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador consagra el derecho que tiene todo ciudadano a ser juzgado por un juez o autoridad imparcial y competente¹⁷.

Por su parte, la LAM en su artículo 19 manda que:

No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio. Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil (actualmente Código Orgánico General de Procesos) para los jueces. El árbitro que conociera que está incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.

En otras palabras, un árbitro comprendido en estas causales deberá excusarse de aceptar el encargo e informar oportunamente sobre este particular para su reemplazo. Aquí nace una primera

16. Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No. 417, 14/12/2006.

17. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76, Registro Oficial No. 449, 20/10/2008.

obligación legal que tiene el árbitro de revelar situaciones que le impidan desempeñarse en su cargo; y si no lo hace, el árbitro podrá ser sujeto de recusación conforme el procedimiento previsto en el artículo 21 de la LAM.

Sobre las causales de inhabilidad para actuar como árbitro, el artículo 22 del Código Orgánico General de Procesos¹⁸ (COGEP) dispone que son causas de excusa o recusación las cuales deben ser observadas no solo frente a las partes sino también tomando en cuenta el tercero financiador que tiene relación con una de las siguientes causales:

- i) ser parte en el proceso, ii) ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de una de las partes o su defensor; iii) Ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, mandatario, procurador, defensor o de la o del juzgador de quien proviene la resolución que conoce por alguno de los medios de impugnación; iv) Haber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexas con ella; v) Retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia. Si se trata de la resolución, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial; vi) Haber sido representante legal, mandatario, procurador, defensor, apoderado de alguna de las partes en el proceso actualmente sometida a su conocimiento o haber intervenido en ella como mediador; vii) Haber manifestado opinión o consejo que sea demostrable, sobre el proceso que llega a su conocimiento, viii) Tener o haber tenido ella, él, su cónyuge, conviviente o alguno de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad proceso con alguna de las partes. Cuando el proceso haya sido promovido por alguna de las partes, deberá haberlo sido antes de la instancia en que se intenta la recusación; ix) Haber recibido de alguna de las partes derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios; x) Tener con alguna de las partes o sus defensores alguna obligación pendiente; xi) Tener con alguna de las partes o sus defensores amistad íntima o enemistad manifiesta; y, xii) Tener interés personal en

18. Código Orgánico General de Procesos, Artículo 22, publicado en el Registro Oficial Suplementario No. 506 del 22 de mayo de 2015.

el proceso por tratarse de sus negocios o de su cónyuge o conviviente, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Dicho esto, vale señalar que si bien la LAM no contiene alguna disposición legal que obligue a las partes a revelar situaciones como las comprendidas en un contrato de financiamiento de terceros ante un tribunal arbitral, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano si se puede concluir que, tanto los abogados litigantes en representación de las partes, como los árbitros, tienen la obligación de revelar sobre hechos que pudiesen afectar la imparcialidad del tribunal arbitral, como un tercero financiador.

En primer lugar, el convenio arbitral está contenido en un contrato o hace referencia a una determinada situación contractual, que evidencia la voluntad de las partes de someter sus disputas a arbitraje. En la legislación ecuatoriana, el artículo 1562 del Código Civil¹⁹ recoge el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente no solo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre, pertenecen a ella. En consecuencia, las partes si tienen una obligación de litigar en buena fe lo cual implica revelar cualquier situación que pueda afectar al debido proceso como, por ejemplo, la existencia de un potencial conflicto de intereses entre los árbitros y un potencial financista. Adoptar una postura contraria estaría reñido a la buena fe procesal e inclusive sancionado con condena en costas por tratarse de conductas potencialmente abusivas o maliciosas conforme los artículos 12 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial²⁰ (COFJ) y 284 del COGEP. Puntualmente el artículo 26 del COFJ manda que

En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará (...) (a) la parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.

19. Código Civil, Artículo 1562, Registro Oficial Suplementario No. 46, 24/06/2005.

20. Código Orgánico de la Función Judicial, Artículos 12 y 26, Registro Oficial Suplementario No. 544, 9/03/2009.

En segundo lugar, el COFJ en su artículo 330 impone ciertas obligaciones a los abogados en el patrocinio de las causas, como el patrocinio con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, veracidad, y buena fe y de conformidad con el Código de Conducta²¹. En dicho artículo se impone la obligación de los abogados litigantes de actuar con franqueza hacia el tribunal²², lo cual implica que deben ajustar su defensa a la buena fe y revelar cualquier situación que pudiere ir en contra de dicho principio, además existe una obligación de revelar todo hecho sustancial que le permita al tribunal tomar una decisión informada aún cuando tales hechos le fueran adversos a la parte que lo revela²³.

Por último, una vez que los abogados litigantes hayan cumplido con su deber ético y moral, actuando en apego al principio de buena fe, y hayan revelado la participación de un tercero financiador, será entonces obligación de los árbitros analizar los posibles conflictos de interés que sobrevengan respecto del tercero financiador, en cumplimiento a la LAM y a los lineamientos institucionales aplicables, como por ejemplo, los de los artículos 7, 8 y 9 del Código de Ética del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito²⁴, en caso de que el arbitraje fuere administrado por dicho centro.

5.- CONCLUSIONES

El FPT es un mecanismo muy útil para que las partes puedan acceder a la justicia arbitral y, en principio, no está prohibido por la legislación ecuatoriana. Sin embargo, el recibir financiamiento por parte de un tercero si impone una obligación legal y ética para las partes de revelar su identidad frente al tribunal a fin de garantizar la transparencia del proceso con el objetivo de evitar que la decisión adoptada por el tribunal adolezca de vicios por ser dictada en contraposición a garantías del debido proceso, como es el derecho a ser juzgado por un juez o árbitro imparcial. Derecho que solo puede ser garantizado, cuando el tribunal cuenta con toda la información

21. Ídem.

22. Ídem.

23. Ídem.

24. Código de Ética del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Artículos 7, 8 y 9, emitido en el año 2000.

relevante respecto de las partes y todos los participantes en el arbitraje, lo que incluye a los terceros financiadores.

En el arbitraje internacional, tanto comercial como de inversiones, la discusión sobre la aplicabilidad de la figura del tercero financiador ha sido superada y finalmente aceptada. Es por ello que cada vez más legislaciones y regulaciones *soft law* buscan adecuar esta figura, de manera que no vulnere ni coloque en desventaja a ninguna de las partes dentro del proceso. En este sentido, se ha pretendido delimitar cuál es el alcance del deber de revelación. Las partes sí están obligadas -en la mayoría de los casos- a revelar, al menos, la existencia de un tercero financiador y su identidad. Sin embargo, dicha obligación en determinados casos puede extenderse y obligar a las partes, incluso, a revelar los términos contractuales del contrato de financiación a fin de evitar posibles conflictos de interés.

La publicación por parte de los centros de arbitraje de laudos que no hayan sido impugnados

*Francisco Bustamante Luna**

*Recibido/Received: 16/09/2021
Aceptado/Accepted: 17/10/2021*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La confidencialidad. 2.1. Distintas categorías de leyes y sistemas. 2.2. El caso de Ecuador. 2.3. La teoría de que la confidencialidad es inherente al arbitraje. 2.4. Extensión de la confidencialidad. 3. Normas de algunos países y centros de arbitraje sobre la publicidad de los laudos 4. Jurisprudencia internacional con relación a la publicidad de los laudos. 5. Razones a favor y en contra de la publicación de los laudos arbitrales. 6. Conclusiones.

RESUMEN: La publicación de los laudos arbitrales como medida de transparencia y herramienta para estudio de casos análogos, enfrenta a una corriente de defensores de la tesis de que la confidencialidad del proceso arbitral se extiende inclusive a los laudos arbitrales. Las legislaciones y centros de arbitraje, que aprecian y defienden el deseo de las partes de mantener la reserva en los asuntos materia de controversia, han actuado cautelosamente en cuanto a la posibilidad de publicidad. No han dejado de reconocer los argumentos a favor de esta y algunos centros arbitrales de prestigio han efectuado reformas a sus normas y reglamentos para regular con condicionamientos la mencionada publicidad. En general, se debe cumplir exigentes requisitos concretos para que esto ocurra. Este artículo busca dar algunos antecedentes y orientaciones, a fin de que en el Ecuador se encuentre un equilibrio en las medidas que deben tomar los centros para resolver el problema, robusteciendo el mecanismo arbitral a tono con los tiempos.

* Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Árbitro de los Tribunales de la Cámara de Comercio de Quito.



PALABRAS CLAVE: Publicidad, publicación, confidencialidad, centros de arbitraje, laudos arbitrales.

Publication by arbitration centers of awards that have not been contested

ABSTRACT: Third Party Funding (TPF) is a mechanism that has gained an important role in international arbitration since the last decade. Essentially, TPF means that a third party decides to finance one of the parties with all or part of the costs and expenses related to the arbitration process in exchange for an economic retribution. Although TPF is not new in Europe or the United States to grant access to justice, in Latin American it has gained popularity in recent years. In Ecuador, this mechanism is still novel for many. Furthermore, the Arbitration and Mediation Law does not make any reference to TPF or the obligations of the parties that receive financing. However, with the increase of arbitrations in which one of the parties is being financed, it is worth asking: Do the parties have the obligation to disclose this situation to the arbitrators? Is there a legal obligation of disclosure under Ecuadorian Law? This article explores the figure of TPF in arbitration and disclosure obligations under domestic law.

KEYWORDS: TPF, Third Party Funding, disclosure.

1. INTRODUCCIÓN

Muchos juristas y especialistas urgen incluir en las reglas de los centros de arbitraje que aún no lo han hecho, normas que promuevan la transparencia de los laudos arbitrales, regulando su publicidad. Otro gran sector de ellos no deja de recordar que entre las razones más importantes por las que las partes acuden al arbitraje se encuentran diversos motivos de estricta confidencialidad, por lo que ellas no desean que se divulguen los pormenores de su controversia y sus resultados.

Algunos autores, al analizar la naturaleza jurídica de los laudos arbitrales observan que hay dos teorías respecto a la naturaleza del arbitraje como tal: la teoría contractualista y la

teoría jurisdiccional¹. Para los defensores de la primera teoría con base en la autonomía de la voluntad, y al origen contractual del arbitraje, habría un deber de confidencialidad de todo el proceso arbitral, abarcando incluso al laudo, sea cuando según la normativa aplicable la confidencialidad es la regla o cuando, requiriéndose estipulación expresa, las partes han acordado la confidencialidad del arbitraje. Por otro lado, si se atiende a los defensores de la teoría jurisdiccional, los laudos se someterían a las mismas reglas de publicidad de las sentencias expedidas por órganos jurisdiccionales.

Los centros arbitrales paulatinamente van aportando precisión y detalle para mejorar los atractivos del mecanismo para los usuarios y dotarlo de la mayor fiabilidad. Ciertamente, los centros de arbitraje han sido motores de innovaciones en materia de transparencia, lo cual es muy entendible porque son los principales actores en las políticas de los sistemas de arbitraje nacional e internacional. Pero también atienden las razones de las partes que pactan en el convenio arbitral la confidencialidad del arbitraje.

Inmediatamente, el presente artículo abordará la institución de la confidencialidad en el arbitraje comercial en la doctrina y en la ley ecuatoriana y se referirá a distintos puntos de vista y posiciones sobre publicidad y confidencialidad en algunos países y centros arbitrales del mundo. Continuaremos resaltando algunos fundamentos en pro y en contra para la publicación de los laudos. En las conclusiones se pretende compatibilizar las distintas posiciones y configurar lineamientos concretos que tiendan a la publicidad de los laudos sin afectar la confidencialidad.

2. CONFIDENCIALIDAD

Como más adelante se verá, las normas sobre confidencialidad difieren en las distintas legislaciones por lo que es importante tomar en cuenta a la correspondiente ley de arbitraje, así como a los reglamentos de la corte de la cual se trate.

1. V. ESPINOZA et al., “El fin del paradigma de la confidencialidad: Hacia la Publicidad de los Laudos Arbitrales”, *Semillero de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Universidad de Chile*.

2.1. Distintas categorías de leyes y sistemas

Siguiendo a Jiménez Blanco, que cita a Caivano, se pueden distinguir tres categorías de leyes: a) aquellas que no contienen siquiera una mera mención de la confidencialidad, b) aquellas que apenas enuncian un principio general, aunque sin mayor regulación, c) aquellas que, con matices, avanzan en una reglamentación que pretende abarcar, al menos, los supuestos más usuales².

Dentro de la primera categoría ubica a la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL, así como las legislaciones sobre arbitraje de Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Austria, Bélgica, Botswana, Bulgaria, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, Guatemala, Holanda, Honduras, Italia, Japón, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Suecia, Suiza, Túnez, Uganda y Uruguay, entre otras.

En la segunda, sitúa a aquellas que, si bien se refieren a la confidencialidad, no avanzan más que en enunciados más o menos genéricos o regulaciones fragmentarias, pero carecen de un régimen que permita discernir claramente cuál es el alcance objetivo del deber de confidencialidad *ratione materiae* (qué aspectos del arbitraje son confidenciales) y obligados a mantener la confidencialidad). Ejemplos de esta categoría son las legislaciones de Bolivia, Brasil, España, Francia y Venezuela. Claros exponentes de la tercera categoría son a su juicio las nuevas legislaciones de Nueva Zelanda, Perú, Escocia y Australia que, aun con lagunas, contienen un mayor grado de precisión en relación con el alcance del deber de confidencialidad.

En el Perú, donde la confidencialidad del laudo es la regla general, se generan excepciones como la consagrada en el artículo 14.1 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima que establece que existen situaciones en la que es necesario hacer públicos los laudos “por exigencia legal, para proteger o

2. G. JIMÉNEZ BLANCO. Confidencialidad en el Arbitraje. *Revista de Arbitraje Comercial e Inversiones*. Vol. VIII, No. 3, 2015. pp. 735-748.

hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo arbitral ante el Poder Judicial”³.

En el mismo país, según señala Serván, tanto la CCL (Cámara de Comercio de Lima) como Amcham contemplan la publicación de laudos comerciales. Sin embargo, solamente la CCL publica laudos comerciales con fines académicos, siempre que ninguna parte objete la publicación”⁴. Además, a esta tercera categoría habría que agregar el reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA)⁵.

Desde otra perspectiva, conforme el análisis efectuado por el Semillero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, “en el caso de la regulación comparada, la configuración de la confidencialidad no es uniforme, ya que, a partir de los ordenamientos analizados, se pueden distinguir sistemas en los que se concibe como un elemento esencial de la institución, como Francia, España, Costa Rica y Perú; aquellos en los que se entiende que debe ser pactado por las partes en forma expresa, como Noruega, Nueva Zelanda y Ecuador; otros en los que simplemente no hay legislación expresa al respecto, como Estados Unidos y Brasil; e, incluso, situaciones que reniegan completamente de la confidencialidad, consagrando la publicidad de los procesos, como Colombia”⁶.

2.2. El caso de Ecuador

Efectivamente, la legislación ecuatoriana reconoce la confidencialidad del arbitraje cuando las partes así lo pacten en el convenio arbitral, por lo que se ubicaría en el segundo de los mencionados sistemas. El Art. 34 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala:

Art. 34.- Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento

-
3. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. *Blog de Derecho de los Negocios*, 2016. <<https://bit.ly/3DRszHo>>
 4. N. SERVÁN EYZAGUIRRE. Armonizando tensiones: La necesidad de transparencia en el arbitraje sin destruir la confidencialidad. *Forseti Revista de Derecho*. Vol. 8, No.12, 2020, pp. 48-68.
 5. Universidad Externado de Colombia. N. 3.
 6. G. JIMÉNEZ BLANCO. N. 1.

arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.” No se puede dejar de observar que en buena medida cuando se someten a arbitraje, las partes acuerdan convenir la confidencialidad del arbitraje comercial. Usualmente, las cláusulas modelo preparadas por los Centros de Arbitraje del país incluyen la cláusula de confidencialidad, con gran aceptación de los usuarios.

Puede decirse que en Ecuador la confidencialidad no siempre es inherente al proceso arbitral puesto que requiere el acuerdo expreso de las partes, y, además, si por cualquier razón terceros se vieran afectados e involucrados en el arbitraje, para ellos no regiría la confidencialidad pactada.

Se ha dicho generalmente que una de las razones por las que las partes prefieren acudir al arbitraje, en Ecuador y otros países, es por la confidencialidad de la controversia, que impide que se divulgue total o parcialmente, detalles del litigio entre ellas y sus resultados. La confidencialidad reduce los riesgos de que se conozca por parte de terceros información y datos sensibles para las partes como secretos comerciales y temas de propiedad intelectual. Para muchos usuarios ello constituye una gran ventaja del arbitraje. Se dice también que países y centros de arbitraje que defienden la confidencialidad reciben más casos de arbitraje que los que no lo hacen.

Igualmente, según encuestas efectuadas en el exterior por *Queen Mary University y White & Case*, las partes tienen preferencia por la confidencialidad en el arbitraje comercial, la consideran importante o muy importante y además, es una de las características que más valora en el arbitraje internacional.

No debe dejar de observarse que otra razón para preferir ir al arbitraje antes que a la justicia ordinaria es la celeridad del proceso arbitral frente a la lentitud de procedimientos de los juzgados ordinarios. También la honestidad con la que se manejan los procesos en los principales centros de arbitraje es otro factor importante para esta inclinación de los usuarios.

2.3. La teoría de que la confidencialidad es inherente al arbitraje

Cabe mencionar que, a nivel internacional durante muchos años, la posición clásica ha considerado a la confidencialidad como un elemento natural o implícito del convenio arbitral y del arbitraje. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Inglaterra en el caso *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* señaló que “como cuestión de principio la obligación de confidencialidad (cualesquiera que sean sus límites precisos) surge como corolario esencial de la privacidad de los procedimientos de arbitraje”. La Corte propuso el término “que surge de la naturaleza que el propio contrato requiere implícitamente”⁷.

Jiménez Blanco refiere que, según J. F. Merino Merchán, el fundamento de este principio se encuentra en la naturaleza misma del arbitraje en general ya que, históricamente, como la mayoría de esas soluciones extrajudiciales han aflorado en el seno de una concepción nítidamente privatista en la que la privacidad ha ocupado un lugar central, y que el propio Merino Merchán insiste en que la confidencialidad es un elemento casi configurador de la institución arbitral aunque el reconocimiento legal no ha sido ni tan categórico y tan universal como podría esperarse⁸.

2.4 Extensión de la confidencialidad

La citada publicación de la Universidad Externado de Colombia comparte la posición del tratadista Jiménez Blanco, al considerar que el objeto de la confidencialidad del arbitraje se extiende a:

“La existencia misma del arbitraje y, en consecuencia, los datos concernientes a los detalles de la disputa: las partes, las acciones ejercidas, las peticiones de las partes, la existencia de reconvencción, la composición del tribunal arbitral, la identidad de los abogados, de los testigos y peritos.

Los documentos que puedan obrar en el arbitraje (los escritos de las partes, las decisiones del tribunal, los documentos aportados por las partes, los informes periciales o cualesquiera otras pruebas);

7. N. SERVÁN EYZAGUIRRE. N. 4.

8. G. JIMÉNEZ BLANCO. N. 1. p. 737.

Las audiencias de celebración de prueba y en su caso de conclusiones;

Las deliberaciones del tribunal arbitral;

El laudo, hasta su comunicación a las partes y respecto de terceros, más allá de esa comunicación a las partes. Anotando que determinados laudos pueden resultar publicados conforme a su normativa aplicable⁹.

La confidencialidad también tiene sus excepciones naturales, por ejemplo, en situaciones donde el laudo es sometido a conocimiento de tribunales estatales para ejecución, anulación o incluso en una etapa previa con las medidas cautelares ¿Se conserva la confidencialidad en estos casos? ¿Debe preponderar la publicidad de las actuaciones judiciales? La publicación destaca que no existen actuaciones judiciales secretas y que al acudir a la jurisdicción ordinaria están renunciando de algún modo a la confidencialidad.

3. NORMAS DE ALGUNOS PAÍSES Y CENTROS DE ARBITRAJE SOBRE LA PUBLICIDAD DE LOS LAUDOS

En una nueva orientación del tema de la confidencialidad, ciertos tratadistas y centros de arbitraje han impulsado la tendencia de la publicidad del laudo bajo ciertas condiciones y matices. Incluso en países donde la confidencialidad es la regla general, o en los que no existe norma expresa, la tendencia es introducir o reconocer ciertas limitaciones a la confidencialidad, generalmente sin afectar este principio.

Sin duda alguna, siguiendo la indicada publicación, de las aristas más importantes en el tema ha sido la confidencialidad de los laudos, en el cual también encontramos cuatro escenarios¹⁰:

a. La confidencialidad de los laudos como regla general. Por ejemplo, el reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) que en el artículo 30.1 expresa que “las partes se

9. Universidad Externado de Colombia. N. 3.

10. Ídem.

comprometen como principio general a mantener la confidencialidad de los laudos en el arbitraje (...)."

b. No existe disposición expresa. Por ejemplo, el reglamento de la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China (CIETAC), que si bien presume la confidencialidad de las audiencias no regula nada respecto a la publicación del laudo.

c. Publicidad del laudo con el consentimiento expreso de las partes. Como el reglamento CNUDMI. y el reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) artículo 48.5 donde se establece que "El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes".

d. Por último, donde el laudo se entiende público a menos que las partes manifiesten lo contrario. Como, por ejemplo, el reglamento de arbitraje de la Bolsa de fletes del Japón (JSE) donde menciona en la sección 26 que el laudo puede ser publicado a menos que las partes comuniquen con anterioridad su objeción.

Anota también la misma publicación que según encuesta efectuada, los asuntos que se deben mantener de manera confidencial son los siguientes: con 69% el laudo completo y 58% los detalles del laudo que permitan la identificación de las partes.

A continuación, una referencia resumida de la forma en que el tema de la publicidad se encuentra regulado en los convenios y reglamentos que rigen los principales centros e instituciones de arbitraje:

a. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su Art. 34 del Reglamento señala que "Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho, y en la medida en que así sea, o con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente"¹¹.

b. La Cámara Internacional de Comercio o ICC por sus siglas en inglés, en su nota dirigida a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre

11. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Art. 34, numeral 5.

la Conducción del Arbitraje de Conformidad con su Reglamento de Arbitraje, establece que:

La Secretaría informará a las partes y los árbitros, en el momento de la notificación de cualquier laudo final dictado desde el 1 de enero de 2019, que dicho laudo final, así como cualquier otro laudo y opiniones disidentes o coincidentes emitidas en el marco del procedimiento, pueden publicarse íntegramente transcurridos al menos dos años de la fecha de dicha notificación.

Las partes podrán acordar un plazo mayor o menor para la publicación.

En cualquier momento antes de la publicación, cualquiera de las partes podrá oponerse a la publicación o exigir que la totalidad o parte del texto de un laudo se anonimice o se utilicen seudónimos, en cuyo caso el laudo no será publicado o se anonimizará o se utilizarán seudónimos en la totalidad o parte de su texto.

En caso de que exista un acuerdo de confidencialidad que cubra ciertos aspectos del arbitraje o del laudo, la publicación estará sujeta al consentimiento específico de las partes.

La Secretaría podrá anonimizar o utilizar seudónimos con respecto a los datos personales incluidos en el laudo según resulte necesario conforme a los reglamentos de protección de datos aplicables.

La Secretaría podrá, siempre que lo decida, no proceder con la publicación de un laudo.¹²

Además, el Apéndice II del Reglamento de Arbitraje de la CCI en su Art. 1 dispone que: “El Presidente o el Secretario General de la Corte podrán autorizar que se den a conocer a investigadores que efectúen trabajos de naturaleza académica los laudos y otros documentos de interés general, salvo memoriales, notas,

12. Nota a las partes y al Tribunal Arbitral sobre la conducción del Arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI. Sección III, Tribunal Arbitral, D. Publicación de laudos, 1 de enero de 2019.

manifestaciones y documentos presentados por las partes dentro del marco de un procedimiento arbitral.¹³

c. En la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, los numerales 1 y 3 del artículo 30 sobre Confidencialidad de su Reglamento disponen que:

Las partes se comprometen, como principio general, a mantener la confidencialidad de todos los laudos arbitrales, así como de todos los materiales del arbitraje creados a efectos del mismo y de todos los demás documentos producidos por otra parte en el procedimiento que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación pueda ser exigida a una parte por obligación legal, para proteger o perseguir un derecho legal, o para ejecutar o impugnar un laudo en un procedimiento legal ante un tribunal estatal u otra autoridad legal [...]

La LCIA no publicará ningún laudo o parte del mismo sin el previo consentimiento por escrito de todas las partes y del Tribunal Arbitral¹⁴.

d. Por la trascendencia que tiene en las inversiones, hay que referirse a las normas relativas a la publicidad de laudos del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el CIADI). El Artículo 48 del Convenio del CIADI determina que: (5) “El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes”, lo cual se reafirma en Regla 48 de las Reglas de Arbitraje que dice (4) “El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal”¹⁵.

e. Acuerdo de la Asociación Transpacífico, (TPP por sus siglas en inglés: TransPacific Partnership. Se afirma que el TPP es el tratado comercial más ambicioso de la historia de la humanidad. El art. 9.19.4, entrega a los inversionistas la opción de elegir diferentes foros para substanciar el arbitraje, en particular, los siguientes: i) el

13. Reglamento de Arbitraje de la CCI. Apéndice II, Art. 1, numeral 4.

14. Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. Art. 30, 1 de enero de 1998.

15. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Reglamento de Arbitraje, Art. 48.

CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI; ii) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI; iii) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o; iv) tras un acuerdo entre las partes, la designación de cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje¹⁶.

f. Las normas de otros Centros de Arbitraje. Serván Eyzaguirre en el artículo ya comentado, señala que las del brazo internacional de la American Arbitration Association (ICDR), las del Singapore International Arbitration Centre (SIAC) y las de Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), y refiere que tanto la ICDR y HKIAC tienen provisiones para la publicación de laudos arbitrales¹⁷. Las reglas del SIAC establecen que sí se puede publicar los laudos siempre y cuando se suprima el nombre de las partes y exista el consentimiento de estas y el tribunal arbitral. El HKIAC publicará laudos una vez que haya borrado cualquier dato que permita identificar a una de las partes. Finalmente, ICDR solamente publicará los laudos cuando exista consentimiento expreso entre las partes o la ley lo requiera. El Reglamento de Arbitraje Suizo, en vigor desde el 1 de enero de 2004, contiene una disposición general sobre la confidencialidad en los laudos y resoluciones, a más de en otras actuaciones arbitrales. Los laudos o una orden, íntegramente o por extractos, solo podrán ser publicados cuando que se reciba una solicitud, todas las referencias a nombres de las partes sean suprimidas y ninguna de las partes se oponga a la publicación.

Nos encontramos frente a distintos estándares; sin embargo, en cualquier caso, la objeción de cualquiera de las partes impedirá la publicación del laudo. Esta es una clara muestra de los balances entre confidencialidad y transparencia¹⁸.

Además, siguiendo al tratadista J.F. Merino, de la misma forma el Reglamento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), recoge, y establece entre las partes un deber de confidencialidad respecto al laudo; en cuya virtud solo podrá divulgarse este a terceros cuando expresamente lo autoricen

16. Transpacific Partnership. Capítulo 9, Art. 9, numeral 19.4.

17. N. SERVÁN EYZAGUIRRE. N. 4.

18. *Idem*, p. 65.

las partes o se trate de un asunto de dominio público o sirva la divulgación para proteger los derechos jurídicos de una parte¹⁹.

El Semillero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile²⁰ destaca que “en aquellos casos llevados a cabo por organizaciones y centros de arbitrajes es posible encontrar una política interna de accesibilidad a sus fallos, pero dicha política de selección de laudos no es de conocimiento público”. Este es el caso del CAM Santiago, organización que en su página web expone: “El CAM Santiago presenta a la comunidad jurídica y empresarial una selección de las sentencias arbitrales dictadas por árbitros del Centro desde 1994 hasta la actualidad.

La publicación de las sentencias arbitrales on line constituye un elocuente testimonio del desarrollo del arbitraje institucional en nuestro país y permite dimensionar el creciente posicionamiento de los métodos alternativos de solución de controversias a nivel nacional²¹. Luego aclara que “para salvaguardar la confidencialidad de los arbitrajes, todas las sentencias fueron sometidas a un proceso de edición para dejar en anonimato a las partes y los terceros involucrados²²”.

4. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL CON RELACIÓN A LA PUBLICIDAD DE LOS LAUDOS

El tratadista Endara Flores, en relación con el tema de la publicidad de los laudos, incluye un pronunciamiento de un tribunal de arbitraje estadounidense bajo normas UNCITRAL que señala que en el Caso *Hassneh Insurance c. Mew* resolvió que:

el laudo y los motivos expuestos en dicho laudo eran de naturaleza distinta de los demás elementos del proceso arbitral (por ejemplo, notas, y transcripciones de la prueba, declaraciones testimoniales, presentaciones y escritos, todos los cuales... están protegidos... por el principio de privacidad que deriva del hecho de la audiencia sea a puertas cerradas²³.

19. J. F. MERINO MERCHÁN. “Confidencialidad y Arbitraje”. *Spain arbitration review: Revista del Club Español del Arbitraje*, N° 2, 2008, p. 25.

20. G. JIMÉNEZ BLANCO. N. 1.

21. Ídem.

22. Ídem.

23. F. ENDARA FLORES. La Confidencialidad en el Arbitraje. El caso de Ecuador. Revista CREA. Universidad Católica de Temuco. Pág.36.

Por otro lado, determinó que el laudo “era potencialmente un documento público a los efectos de su supervisión o ejecución por parte de los tribunales, pudiéndose divulgar sin consentimiento de la otra parte o autorización del tribunal si y solamente si, la parte que así lo solicitaba necesitaba proceder para hacer valer un derecho personal o protegerlo frente a un tercero”. Sobre este punto podemos concluir que “los arbitrajes... son procedimientos privados que no producen ningún documento para el conocimiento público... a pesar de esto la misma lógica no se puede aplicar a un laudo. Un laudo tal vez tenga que ser puesto en conocimiento público por temas u asuntos contables o para ejecutar los derechos que ese laudo determinó²⁴”.

Cierta jurisprudencia referente a arbitrajes comerciales y de inversiones internacionales en los que es parte el propio Estado o una entidad del sector público se promueve la publicidad de los laudos debido a que aquellos no pueden ser inmunes a la transparencia pública.

J. F. Merino Merchán señala que “en el caso *Esso Australia Resoruces c. Honourable Sidney James Powman*, la conclusión del tribunal australiano fue que, dado que en el arbitraje intervenía el Estado australiano, la confidencialidad no podía considerarse un atributo fundamental y que debía prevalecer el interés legítimo del público en obtener información relativa a los asuntos de las autoridades públicas”²⁵. También refiere a que a casi idéntica solución se llegó en los casos de *Cockatoo Dockyard*, en el que se planteó la incompatibilidad de exigir un “alto nivel de confidencialidad” con el “derecho a saber del público”, dado el evidente interés público que encerraba el laudo recaído en ese arbitraje, realizado de acuerdo con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); y el caso *AMCO c. República de Indonesia*, aunque en este último arbitraje las reglas que se siguieron fueron las del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)²⁶.

El mismo autor en el artículo ya indicado, refiere que el control jurisdiccional de los laudos, de una parte y la revelación pública de los datos suministrados en los arbitrajes comerciales e internacionales

24. Ídem.

25. J. F. MERINO MERCHÁN. N. 13, p. 24.

26. Ídem.

en los que es parte el Estado o un organismo público dependiente del mismo, ha hecho que por vía de Internet y otros medios se haya dado una publicidad *urbis et orbe* a esos arbitrajes; “creando una crisis sin precedentes en la confidencialidad de la institución arbitral”²⁷. Por tal motivo, y para preservar la confidencialidad como elemento configurador del arbitraje, algunos reglamentos han sido modificados con el único propósito de imponer a las partes un deber de confidencialidad.

5. RAZONES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA PUBLICACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

Un amplio debate generado en foros especializados locales e internacionales conducen a cimentar la idea de que para que prime la transparencia es necesario la publicidad de los laudos arbitrales, agregando en muchos casos fundamentos de diversos órdenes, que más adelante los expondremos brevemente.

Uno de ellos es la necesidad de contar con precedentes disponibles para árbitros y abogados que permitan analizar y resolver litigios arbitrales con base a otros fallos en asuntos similares. Un tratadista señala que “el potencial precedente de los laudos arbitrales constituye un bien público. Aunque los laudos no están sujetos a un sistema formal de *stare decisis*, las decisiones de los tribunales arbitrales pueden aportar una contribución sustancial e importante a la jurisprudencia comercial, orientando a los futuros tribunales y a los tribunales nacionales cuando se les planteen controversias similares”²⁸. También Serván dice, citando a Born, que “su publicación puede generar beneficios de eficiencia, coherencia y previsibilidad, ya que las decisiones previas pueden orientar a los tribunales posteriores”²⁹.

No son pocos los que destacan que cuando hay un interés público, como puede ser la intervención del Estado o una de sus entidades como parte en un arbitraje debe reconocerse la publicidad de los laudos.

27. Ídem.

28. N. SERVÁN EYZAGUIRRE. N. 4, p. 65.

29. Ídem.

En muchos casos, para cumplir con las exigencias de los usuarios del mecanismo, los centros arbitrales se han convertido en impulsores de cambios que perfeccionen el sistema arbitral, generando más confianza del público y profesionales del derecho. Las mejoras al sistema que contribuyan a la seguridad jurídica y transparencia como sería la publicidad de los laudos robustecen el mecanismo.

Más aún, el mismo autor señala que los centros arbitrales tienen clara esta situación y cita una prestigiosa publicación que menciona: “para ser percibidas como legítimas, justas desde el punto de vista del procedimiento y dignas de confianza, las instituciones de arbitraje deben exhibir el máximo nivel de transparencia permitido por sus normas. Los procesos de la institución deben ser, y ser percibidos como tales, disciplinados y basados en reglas, y reflejar una ética de independencia, responsabilidad y profesionalidad”³⁰.

Cabe destacar que la falta de visibilidad de los laudos restringe también el conocimiento jurídico, cuestión que muchas veces se ve como accesorio. Sin embargo, el trabajo de análisis, crítica o sistematización realizado por la doctrina en sus documentos sirven para una interpretación cada vez más clara de la ley, y para el estudio minucioso de aquellos fallos que son célebres dentro de la cultura jurídica.

Siguiendo a los especialistas de Galicia Abogados de México, autores de *Publicidad de Laudos Arbitrales en el Arbitraje Comercial: Ordenando la Discusión*³¹, enunciaremos las principales razones que ellos acertadamente señalan como postulados a favor de la publicación de los laudos arbitrales.

a. desarrollo del Derecho (costumbre y práctica). Con independencia del derecho sustantivo de un país específico que, en la mayoría de los casos aplican los tribunales arbitrales, los tribunales crean un *corpus iuris* propio sobre el procedimiento y en algunos casos sobre la interpretación de ciertas prácticas comerciales. En el arbitraje internacional se ha identificado que los tribunales citan

30. Ídem, p. 63.

31. Especialistas de Galicia Abogados. *Publicidad de Laudos Arbitrales en el Arbitraje Comercial: Ordenando la Discusión*. Themis. Revista de Derecho 77. Enero-junio 2020.

en sus laudos a otras resoluciones, por lo que la publicidad de los laudos ayudaría a crear una teoría del precedente sólida.

b. certidumbre y seguridad jurídica. Se trata de una certidumbre dentro de las prácticas comerciales y su interpretación constante y evolutiva por parte de los tribunales arbitrales, así como de reglas procesales y jurisdiccionales y también con relación a las decisiones arbitrales. Esto llevaría al estudio de casos, para procurar prever las posibilidades de éxito en los reclamos en un juicio arbitral.

c. consistencia. La publicidad de los laudos, así como la propagación de la cultura jurídica del precedente llevaría a que las reglas se apliquen de una manera más uniforme y a gestar principios jurídicos.

d. educación y aprendizaje (creación de doctrina). El arbitraje comercial se acerca y se asemeja cada vez más a los sistemas de precedentes. Con la publicación de los laudos se lograría tener un repertorio mucho más amplio para el estudio de este mecanismo de solución de controversias.

e. calidad de laudos. La publicidad de los laudos llevaría sin duda a un mayor cuidado de los árbitros en la redacción de los mismos, y les incentivaría a un mejor desarrollo de las resoluciones.

f. desmonopolización y legitimidad. Entre mayor visibilidad tenga la labor de los árbitros, más se verá robustecida la legitimidad del sistema arbitral y permitiría que un mayor número de personas lo entendieran como un mecanismo de solución de controversias accesible y viable y no como un sistema lejano, oscuro y confuso.

g. equidad procesal entre jugadores primerizos y jugadores recurrentes. La publicación de laudos arbitrales ayudaría a nivelar el acceso al arbitraje para partes no experimentadas. Propiciaría que los árbitros creen reputaciones públicas que vayan más allá de lo conocido en el gremio y que permita a cualquier parte obtener más información sobre sus perfiles al momento de tomar una decisión sobre su elección. Asimismo, permitiría que árbitros más jóvenes, y sin tanta reputación gremial, logren hacerse de una imagen pública que les permita su inserción a mayores arbitrajes y así, se abonaría a una práctica más inclusiva y plural.

h. transparencia y anticorrupción. Se ha considerado que la transparencia y los esfuerzos anticorrupción tienen una relación muy estrecha e indisoluble. La publicidad de los laudos serviría un papel social de divulgación de casos de corrupción y pondría a prueba a los tribunales arbitrales en los esfuerzos en esta lucha. Por otro lado, al ser públicas las decisiones de los árbitros, estas serían más evidentes y en caso de que se emitieran sin fundamento con señales de arbitrariedad, estos enfrentarían no solo consecuencias legales por eventuales juicios de nulidad, sino también que su reputación estaría en juego.

A continuación, los contrapesos que los mismos autores identifican frente a los beneficios arriba enunciados para la publicación de los laudos arbitrales.

a. la vulneración de los derechos de protección de datos personales o confidenciales o secretos comerciales. Frente a esta crítica, como medida de mitigación, algunas instituciones han optado por publicar laudos en formatos de extracto, resumidos, revisados o anonimizados.

b. el encarecimiento del procedimiento arbitral y demoras. La crítica consiste en que la publicidad de los laudos demandaría más tiempo de los árbitros en los análisis y razonamientos ya que los laudos podrían generar un precedente, y conllevar un incremento de tiempo y honorarios de los árbitros. Asimismo, podría aumentar los costos de arbitraje por preparación de extractos, resúmenes o versiones anonimizadas de los laudos.

c. la imposibilidad de crear una verdadera doctrina arbitral comercial. A diferencia del arbitraje de inversión, en el arbitraje comercial las decisiones sobre el fondo de la disputa no prometen causar un impacto importante en la comunidad arbitral, pues los árbitros (no necesariamente expertos en la ley aplicable) son quienes interpretan las circunstancias del caso considerando la ley aplicable, así como la información proporcionada por las partes y expertos. A manera de ejemplo, en el análisis y razonamiento del fondo de un caso, la interpretación de la legislación mexicana realizada por un árbitro de nacionalidad distinta no forzosamente sería seguida por un árbitro mexicano.

d. el aumento de conflictos de interés y de recusaciones de árbitros. Una de las principales causales de recusación es que los árbitros hayan tomado una posición pública con relación a algún aspecto del arbitraje, mediante cualquier forma. En este planteamiento se teme que de ser implementada la publicidad de los laudos arbitrales comerciales las posiciones de los árbitros sobre ciertos aspectos serían públicas. Podría darse que alguien argumente que aumentaría el número de revelaciones que deben efectuar los árbitros al respecto y naturalmente de ser así se incrementaría el número de recusaciones.

e. el *double-hatting* frente a la publicidad de los laudos. Se refiere a la posibilidad de que los abogados actúen como árbitro en un caso y como representante de parte en otro. Cuando los abogados actúen como árbitros pueden estar tentados a resolver un caso en la forma que analizó como representante de parte. Además, la confusión de roles podría ocasionar que el árbitro tenga la tentación de emitir laudos que puedan ser usados como precedente en un caso en que actúa como representante de parte. También podría ser según esta apreciación que los árbitros se vean influenciados en su voto por el hecho de que el laudo sea público. Vistas estas posibilidades la publicidad de laudos arbitrales podría conllevar un aumento de conflictos de interés y confusión de roles.

6. CONCLUSIONES

La publicación de los laudos arbitrales tiene aristas y múltiples aspectos que deben ser cuidadosamente evaluados y analizados. En nuestro medio, ha primado la cláusula de confidencialidad en los convenios arbitrales, debido a una clara preferencia de los usuarios por este mecanismo. No obstante, también hay una sólida tendencia que promueve la transparencia del proceso arbitral, y se advierte que no pocos consideran que un elemento clave para ello es la publicidad de los laudos.

De un análisis de los planteamientos a favor y en contra de la publicación que hemos sintetizado, nos parece que los beneficios de la publicidad de los laudos son mayores que los argumentos en contra, sin perder de vista la voluntad de las partes sobre confidencialidad que pudiere constar en el convenio arbitral.

También, creemos que es posible acercarse a un justo intermedio, que, respetando el convenio de confidencialidad, permita a los centros la publicidad de los laudos que no han sido impugnados, esto es, los laudos sobre los que no se haya presentado una acción de nulidad según la Ley de Arbitraje y Mediación.

Para ello se puede tomar como guía ciertas condiciones para la publicidad que adoptan los centros de arbitraje y mediación internacionales más reconocidos. Nos parece interesante estudiar la publicidad de los laudos anonimizando los datos de las partes, en forma similar a lo que al respecto disponen las reglas de la ICC. Ello daría más tranquilidad a las partes en cuanto a que no se divulgarán los datos del laudo y su controversia con relación a nombres de personas, partes o información sensible.

En todo caso, hay que tener en cuenta que cualquiera de las partes que hubiere pactado un arbitraje confidencial podría oponerse a la publicación. Parece difícil la publicación de un laudo si las partes no consienten en ello. También como alternativa podría contemplarse la publicación de extractos o resúmenes de los laudos igualmente anonimizados. Puede, además, regularse la entrega o divulgación de laudos restringida o limitada con fines académicos o para el estudio de tribunales arbitrales con casos similares.

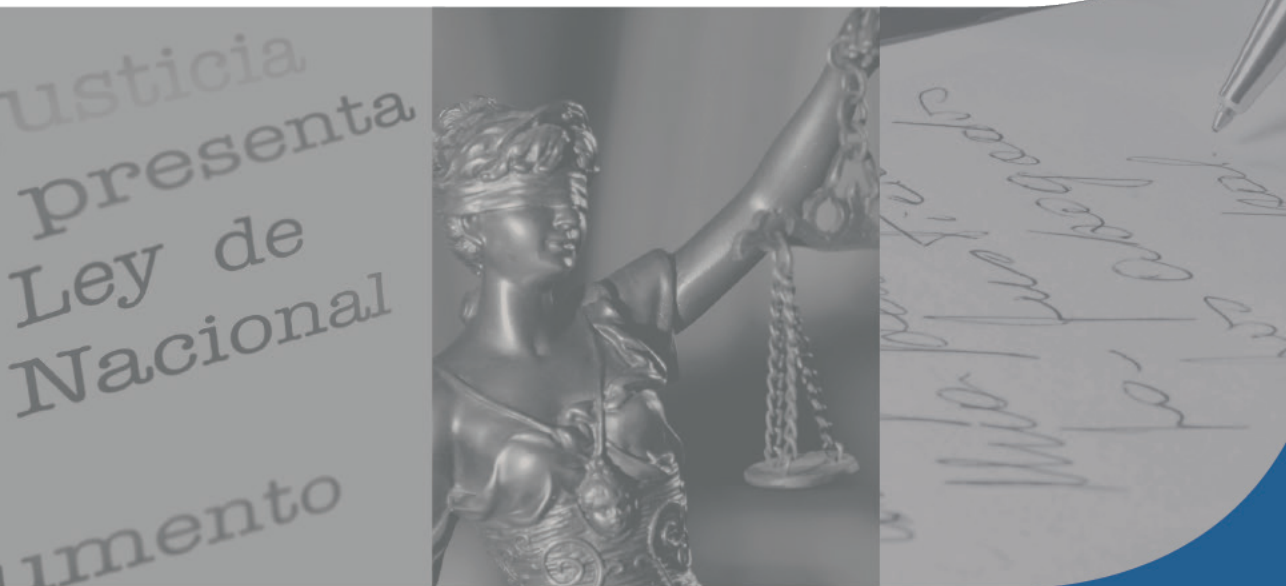
La publicidad de los laudos de los procesos arbitrales originados en convenios en los que no se hubiere pactado confidencialidad, no tendría limitación en lo que se refiere a la expresión de la voluntad de las partes, pero creemos conveniente que los centros de arbitraje sean igualmente cautelosos y consideren la anonimización de datos. Por otro lado, no hay que perder de vista que las acciones de nulidad conllevan una limitación a la confidencialidad en razón de que tiene que remitirse el laudo a la autoridad pertinente.

Difícilmente se podría admitir que sin una reforma a la ley puedan publicarse los laudos arbitrales por parte de los centros de arbitraje, sin previo consentimiento de quienes han estipulado la confidencialidad en el convenio arbitral. Pero los convenios arbitrales podrían contener limitaciones voluntarias a la confidencialidad, como, por ejemplo, la publicidad de los laudos anonimizados o con exclusión de información sensible, y de resúmenes o extractos.

Para resolver sobre el tema, los centros de arbitraje deben cuidar que se cumpla el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y al mismo tiempo actuar con iniciativas que lleven al mejoramiento del sistema arbitral y su transparencia.

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

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



CW&A

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

www.cywlegal.com

3.

Ensayos libres

Viabilidad del Stare Decisis en el Arbitraje Nacional ecuatoriano: Navegando entre puntos conciliables

Gabriel Eduardo Almeida Vintimilla*¹

Recibido/Received: 21/06/2021

Aceptado/Accepted: 05/10/2021

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El *stare decisis*. Origen y definición. 2.1. El *stare decisis* en su sistema originario de *Common Law*. Conceptos y definiciones fundamentales. 2.2. El *stare decisis* en los sistemas de *Civil Law*, ¿inexistente o de desarrollo evolutivo? 3. Relación posible entre *stare decisis* y la naturaleza jurídica del arbitraje nacional ecuatoriano. 3.1. ¿Existe el *stare decisis* en el Ecuador? Una concepción escalonada. 3.2. ¿Existe una relación posible y conciliable entre la naturaleza jurídica del arbitraje en el Ecuador y el *stare decisis*? 3.3. ¿El laudo arbitral en el Ecuador resulta conciliable como elemento que coadyuve a la viabilidad del *stare decisis* en el sistema arbitral ecuatoriano? 4. ¿Es verificable la aplicación del *stare decisis* en la práctica jurisprudencial del arbitraje internacional de inversiones? ¿Puntos conciliables con el sistema arbitral ecuatoriano? 4.1. ¿Es asimismo verificable el *stare decisis* en el arbitraje comercial internacional? ¿Existen puntos conciliables con el sistema arbitral ecuatoriano? 5. ¿La práctica de la Corte Internacional de Justicia verifica la aplicación del *stare decisis*? ¿Qué puntos conciliables existen con el sistema arbitral ecuatoriano?

* 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. Actualmente maestrante de la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional en la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: gabriel.almeida2695@gmail.com

1. El autor desea expresar su más sincero agradecimiento al Dr. Francisco Larrea Naranjo, colega y maestro de la Universidad San Francisco de Quito, guía, apoyo y confianza inigualable e invaluable en el desarrollo del presente trabajo.



6. ¿Es viable incorporar el *stare decisis* en el arbitraje nacional ecuatoriano a partir de los puntos conciliables analizados? Propuesta de reforma de la LAM para el arbitraje en Derecho. 7. Conclusiones.

RESUMEN: El presente artículo busca encontrar la viabilidad de la doctrina *stare decisis* hacia una jurisprudencia arbitral para el sistema ecuatoriano. En primer lugar analizará su origen, desarrollo y tratamiento jurídico dentro del Common Law, así como dentro del *Civil Law*. Posteriormente abordará la naturaleza jurídica del arbitraje en el Ecuador, para determinar la existencia de una posible relación entre la doctrina del *stare decisis* y el derecho arbitral ecuatoriano, sustentando dicha propuesta sobre puntos conciliables verificables en sistemas arbitrales comparados, y unificando dichos puntos conciliables con las características del sistema arbitral ecuatoriano, evidenciando una clara viabilidad y necesidad de su consideración e incorporación, frente a una incipiente existencia de dicha doctrina en el sistema ecuatoriano de justicia. Finalmente, para completar el presente trabajo, se propondrá una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, agregando un formato de convenio arbitral susceptible de favorecer la inclusión del *stare decisis* en el arbitraje ecuatoriano, con características y propiedades que le sean adecuadas y a la medida para su procedencia.

PALABRAS CLAVE: *Stare decisis*, puntos conciliables, arbitraje ecuatoriano, jurisprudencia arbitral, viabilidad, precedente.

Viability of Stare Decisis in Ecuadorian domestic Arbitration: Navigating between conciliable points

ABSTRACT: This article seeks to find de viability of the *stare decisis* doctrine, towards an arbitration jurisprudence for the Ecuadorian system. In the first place, it will analyze its origin, development, and legal treatment within Common Law, as well as within Civil Law. Subsequently, it will address the legal nature of arbitration in Ecuador, to determine the existence of a possible relationship between the doctrine of *stare decisis* and Ecuadorian arbitration law, supporting said proposal on verifiable reconcilable points in compared

arbitration systems, and unifying said reconcilable points with the characteristics of the Ecuadorian arbitration system, evidencing a clear viability and need for its consideration and incorporation, in comparison with its incipient existence in the Ecuadorian justice administration system. Finally, to complete this work, a reform to the Arbitration and Mediation Law will be proposed, adding an arbitration agreement format likely to favor the inclusion of *stare decisis* in Ecuadorian arbitration, with characteristics that are appropriate and tailored to its provenance.

KEYWORDS: *Stare decisis*, reconcilable points, Ecuadorian arbitration, arbitration jurisprudence, viability, precedent.

1. INTRODUCCIÓN

La idea de una jurisprudencia arbitral ha sido un tema recurrente en el debate doctrinario relativo a este método alternativo de solución de conflictos. Ciertamente, el concepto de jurisprudencia tradicionalmente conocido representa una serie de impedimentos formales y materiales que resultan irreconciliables con el sistema arbitral. Sin embargo, la institución jurídica del *stare decisis*, permitiría la consolidación de una jurisprudencia arbitral, en un contexto propio, adaptable y autónomo para dicho sistema.

La doctrina del *stare decisis*, establece un régimen unificador e integrador de decisiones emitidas por tribunales en casos anteriores sobre la base fundamental de sus *rationes decidendi*, posteriormente aplicables en el dictamen de un nuevo fallo, sin embargo, requiere como se ha dicho, encontrar puntos conciliables que permitan su adaptabilidad al sistema arbitral ecuatoriano, en contraste con las dificultades que enfrenta dicha doctrina en la justicia ordinaria nacional y que, bien miradas representarán una ventaja inigualable para el sistema arbitral ecuatoriano.

El objeto del presente artículo nace del análisis de la práctica verificable de diversos sistemas de resolución de controversias, cuya jurisdicción emana de la voluntad de las partes protagonistas de determinado conflicto, en donde efectivamente el recurso al *stare decisis*, para la resolución de nuevos casos -y en consecuencia la

consolidación y desarrollo de determinados puntos sobre cuestiones jurídicas específicas-, ha tenido un papel primordial.

Resulta que dichos sistemas comparten particulares elementos en común respecto de la aplicación del *stare decisis*, en casos análogos y similares, tales como: i) publicidad del proceso y de la resolución final; ii) sometimiento voluntario a la jurisdicción de un tercero fuera de la órbita judicial ordinaria; iii) inexistencia de declaración convencional de confidencialidad procesal; iv) designación convencional, de que la decisión emitida dentro de un caso sea publicada, analizada y sistematizada para su posterior incorporación a casos futuros, o su análisis en revistas y artículos de interés jurídico.

De la revisión de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, se desprende que dichos puntos comunes, son igualmente conciliables con las características del sistema arbitral ecuatoriano, de manera que desde una perspectiva crítica, el presente artículo determinará ciertas cuestiones que antaño se consideraron omisiones o inconsistencias incorporadas por parte del legislador ecuatoriano para el sistema arbitral, pero que más bien, visto desde una perspectiva creativa e integradora, pueden constituir el punto de partida para una jurisprudencia arbitral propia, adaptable y autónoma para el sistema arbitral ecuatoriano.

Finalmente, el presente artículo demostrará que, navegando entre puntos conciliables, la viabilidad de la doctrina del *stare decisis* no solo es posible, sino que también es necesaria para el sistema arbitral ecuatoriano, pues cabe preguntarnos ¿si se verifica su aplicación en sistemas de resolución de disputas comparados, que comparten dichos elementos justificantes de su procedencia, con el sistema arbitral ecuatoriano, existiría impedimento para su incorporación?

2. EL STARE DECISIS. ORIGEN Y DEFINICIÓN

2.1 El *stare decisis* en su sistema originario de *Common Law*. Conceptos y definiciones fundamentales.

El *stare decisis* -o sistema del precedente- constituye, en su sistema originario de *Common Law*, una fuente principal del Derecho

caracterizada por vincular a los tribunales judiciales a la decisión de un tribunal anterior sobre una cuestión de derecho específica. Dicha decisión anterior opera entonces, como una norma de corte legislativo, esencialmente obligatoria para su consideración en decisiones sucesivas en casos futuros y análogos². Esto implica la formación de una tendencia jurisprudencial continuada, pero que determina a su vez, un conjunto de normas, excepciones, principios y limitaciones que ofrecen al juez posterior una orientación sobre la forma de proceder en determinado caso³.

Ahora bien, para determinar la vinculatoriedad del precedente, es necesario reconocer dos elementos en la sentencia que lo contiene. El primero, de naturaleza material, corresponde a la sección del fallo que tiene fuerza obligatoria, esto es la *ratio decidendi*, pues aquella posee la aptitud verdaderamente vinculante, toda vez que materializa el proceso de razonamiento y argumentación jurídica que llevó al tribunal anterior a tal decisión, a diferencia, de la sección *obiter dicta*, que no es vinculante ni obligatoria, aunque se le reconoce cierta fuerza persuasiva⁴. El segundo elemento, de naturaleza formal, establece que dicho precedente debe haber sido emitido por un tribunal anterior de igual o superior jerarquía, con respecto al tribunal que conoce actualmente o que conocerá y resolverá en el futuro determinado caso⁵.

En tal virtud, resulta obligatorio para los jueces fundamentar sus resoluciones basándose en las *rationes decidendi*, de decisiones anteriores, identificando las formulaciones o proposiciones de Derecho obtenidas por parte de un tribunal anterior de igual o superior jerarquía, para determinar la regla de derecho aplicable y, sin la cual dicho precedente hubiera contenido una decisión diferente⁶.

En este sentido, la obligatoriedad del precedente, en el derecho anglosajón, se extiende en dos ámbitos: horizontal y vertical. El

-
2. V. ITURRALDE. "Precedente Judicial", *Revista en Cultura de la Legalidad*. Biblioteca Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 194.
 3. S. WHITAKER. "El Precedente en el Derecho Inglés: Una Visión desde la Ciudadela", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, 2008, p. 48.
 4. Ídem, p. 49.
 5. J. WALKER. "The Role of Precedent in the United States: How Do Precedents Lose Their Binding Effect?", *Stanford Law School*. China Guiding Cases Project, California, 2016. <<https://stanford.io/3hqT5ys>>, (09/03/2021).
 6. R. CROSS y J. HARRIS. *El Precedente en el Derecho Inglés*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2012, pp. 148-152.

primero corresponde a la obligación de los tribunales de resolver según lo decidido en casos análogos anteriores por tribunales de la misma jerarquía, mientras que el segundo corresponde al deber de seguir el precedente de sus superiores jerárquicos⁷.

Sin embargo, dentro de esta sistematización anglosajona del *stare decisis*, puede encontrarse una excepción a su carácter obligatorio a través de dos métodos que permiten apartarse del precedente establecido, dado que su aplicación no es ilimitada. Por un lado, se reconoce la figura del *distinguishing*, cuando en el análisis de un caso no se verifica la suficiente similitud con uno anterior y por tanto, presenta elementos relevantes distintos. En este caso, el precedente dejará de aplicarse al constatarse dicha ausencia de similitud casuística⁸. Por otro lado, se reconoce la figura del *overruling*, por medio de la cual se deja sin efecto un precedente para casos futuros, lo que, según Lagarre y Rivera, equivale a una derogación judicial⁹.

En consecuencia, los aspectos conceptuales del *stare decisis* en su originario sistema de *Common Law*, se concretan de la siguiente manera: i) decisión anterior y vinculante para su consideración e incorporación en casos futuros y similares (análogos); ii) en virtud de su naturaleza jurídica, constituye una fuente formal del Derecho anglosajón; iii) establece obligatoriedad de aplicar la *ratio decidendi* contenida en decisiones anteriores; iv) dicha obligatoriedad tiene aplicación horizontal y vertical en función del tribunal que incorpora esa *ratio decidendi* a su resolución y; v) existen dos figuras jurídicas que permiten apartarse del precedente y constituyen una excepción a su obligatoriedad: el *distinguishing* y el *overruling*.

2.2 El *stare decisis* en los sistemas de *Civil Law*, ¿inexistente o desarrollado progresivamente?

Dentro de los sistemas que han seguido la tradición jurídica del *Civil Law*, la doctrina del *stare decisis* tuvo una aparición tenue en su origen, sin embargo, ha ido consolidándose a través de los años

7. S. LAGARRE y J. RIVERA. "Naturaleza y Dimensiones del 'Stare Decisis'", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, 2006, p. 112.

8. Ídem, p. 114.

9. Ídem, p. 115.

a través de una paulatina incorporación, tomando como punto de partida, la conceptualización de su símil anglosajón.

Originariamente, su utilidad fue meramente auxiliar, los jueces lo utilizaban para determinar la resolución de un caso concreto cuando se encontraban ante una laguna o vacío normativo únicamente. La labor interpretativa de los juristas tuvo entonces, un papel preponderantemente integrador, pues esencialmente, carecía del carácter obligatorio propio del sistema anglosajón¹⁰.

Así resalta Eizaguirre cuando señala: “(...) los Tribunales no se hallan vinculados al precedente, según nuestra concepción del Derecho, de la misma forma que a una ley. No es el precedente como tal el que vincula, sino solamente la norma, concretizada y correctamente interpretada por aquel”¹¹.

En adición a lo anterior, de acuerdo con Stürner, constituye un lugar común que la determinación atribuida al precedente bajo este paradigma, nace de la concepción rígida del Derecho Romano basado en la supuesta seguridad de la codificación, para determinar normas jurídicas de manera general y abstracta, cuya finalidad era establecer un sistema normativo capaz de tener solución para cualquier controversia o cuestión jurídica que exista¹². Sin embargo, esa concepción decimonónica y anacrónica del Derecho continental no siempre se mantuvo así.

Como señala Taruffo, la teoría de que el juez no crea Derecho o debe abstenerse de crearlo, porque la ley podía prever todas o la mayoría de las consecuencias de los actos de las personas en sus relaciones jurídicas, encontró su fin a finales del siglo XIX, siendo sustituida por un naciente paradigma en donde los jueces deben gozar y ejercer la posibilidad de analizar y decidir de manera autónoma e independiente cada caso de acuerdo con las particularidades del mismo¹³.

10. V. ITURRALDE. N. 2.

11. J. M. EIZAGUIRRE. “Civil Law: La vigencia de una categoría convencional”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 2012, p. 543. <<https://bit.ly/3EbB94F>>, (10/03/2021).

12. M. STÜNER. “Tendiendo un puente entre el Common Law y el Derecho Continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del Derecho Privado Europeo?”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 15, 2007, p. 180.

13. M. TARUFFO. “Precedente y Jurisprudencia”, *Precedente, Anuario Jurídico*, p. 87. <<https://bit.ly/3AaQ4JV>>, (11/03/2021).

Según Cano, es en esta transformación histórica-jurídica, donde se encuentra el nacimiento y la posterior consolidación del *stare decisis*, para el Derecho continental, pues en algunas decisiones los jueces podían llegar a tener una función creadora del derecho, en similar sentido a la función que realiza el poder legislativo del Estado, reconociéndoles obligatoriedad y vinculatoriedad, momento desde el cual comienza a determinarse una más estrecha y casi inobservable línea divisoria, con su par en el *Common Law*¹⁴. Al respecto, Gascón manifiesta lo siguiente:

No puede sostenerse, a menos que consideremos una visión simplista o ficticia del papel de los procesos judiciales, que en los sistemas del Civil Law la jurisprudencia no tiene ningún valor vinculante; como tampoco se puede decir que en los sistemas del Common Law, el derecho legislado tiene un papel de menor relevancia que el precedente¹⁵.

Iturralde así lo confirma, pues es verificable como un número importante de países de tradición continental, que en un principio concibieron al *stare decisis* como fuente auxiliar del derecho con un carácter meramente persuasivo, actualmente se hayan inclinado por incorporar el estatus obligatorio a ciertas decisiones, confiriéndoles incluso, en algunas ocasiones un efecto *erga omnes*, cumpliendo por tanto, una verdadera función creadora del Derecho¹⁶.

Por ejemplo, en el sistema español, los tribunales judiciales ejercen una especie de función legislativa de carácter positivo y negativo respectivamente. Por un lado, mediante las denominadas “sentencias estimatorias de un recurso de interés de ley”, es posible crear o modificar normas existentes; y por otro lado, también se reconoce esta calidad en las denominadas “sentencias estimatorias de un recurso de inconstitucionalidad” cuyo objeto es la derogación o expulsión de una norma del ordenamiento jurídico¹⁷.

Taruffo destaca por su parte, que en el derecho brasileño los tribunales judiciales con ocasión de una acción de revisión

14. J. CANO *et al.*, “El Precedente en El Arbitraje Internacional”, *Revista de Derecho Universidad Nacional de Costa Rica*, Vol. 4, 2019, p. 7.

15. M. GARCÓN. “La Racionalidad y el (auto) Precedente: Breves consideraciones sobre el fundamento y las implicaciones de la regla del auto-precedente”, *Revista de Pensamiento Jurídico*, Madrid, 2011, p. 199.

16. V. ITURRALDE. N. 2, p. 199.

17. Ídem, p. 200.

constitucional deciden acerca de la interpretación que deberá darse a determinada norma jurídica jerárquicamente inferior, resolución de tipo general y abstracta con fuerza vinculante¹⁸. Este jurista italiano encuentra también en su país natal una similitud importante, cuando la Corte de Casación prevé el sistema de resoluciones denominadas “máximas”, que instituyen reglas jurídicas con diversas interpretaciones que dicho órgano ha conferido para una norma aplicable en determinado caso. Las máximas italianas, tienen el mismo carácter general y abstracto, similar a las decisiones judiciales vinculantes en los sistemas, español y brasileño, respectivamente¹⁹.

Lo cual parece asimilarse bastante bien al carácter vinculante del sistema de precedentes, únicamente existente en el Ecuador para la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral, con sus limitaciones formales y materiales respectivas. Se tratará esto con mayor profundidad más adelante.

En conclusión, dentro del *Civil Law*, si bien el principio *stare decisis* tuvo un origen tenue y desligado de su símil en el *Common Law*, desde el siglo XIX, ha ido adoptando semejantes características hasta volverse preponderante en los sistemas de esta tradición jurídica, donde su consolidación parece establecerse, sin embargo, para cierto tipo de resoluciones. Tal es el caso de los sistemas comparados que fueron descritos antes, y que con gran acierto la doctrina resalta. Dicho esto, corresponde ahora, analizar la naturaleza jurídica de la doctrina del *stare decisis* en el Ecuador, y su posible relación con su sistema arbitral.

3. POSIBLE RELACIÓN ENTRE STARE DECISIS Y LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE NACIONAL ECUATORIANO.

3.1 ¿Existe el *stare decisis* en el Ecuador? Una concepción escalonada.

La Constitución de Montecristi reconoce a las decisiones emitidas por la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia

18. M. TARUFFO. N. 13, p. 88.

19. Ídem, p. 89.

y el Tribunal Contencioso Electoral como fuente obligatoria y a su vez, creadora del Derecho, en las materias que por sus respectivas competencias, le corresponde a cada una. Dicho en otras palabras, el sistema constitucional ecuatoriano vigente, reconoce el carácter vinculante y obligatorio de ciertas resoluciones dentro de la justicia ordinaria, constitucional y electoral. El camino para encontrar el *stare decisis* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo determina efectivamente las condiciones normativas inherentes a cada una de ellas respectivamente.

Lo anterior es así, pues de conformidad con el numeral 8 del artículo 11²⁰ de la Constitución de la República, el contenido de los derechos debe desarrollarse progresivamente a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. Por otro lado, con base en el *in fine* del artículo 28²¹ del Código Orgánico de la Función Judicial, tanto los principios generales del Derecho, cuanto la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia, por tanto, se concede a los órganos jurisdiccionales la capacidad de interpretar y crear Derecho a través de la jurisprudencia y así, en teoría, cumplir con el mandato constitucional.

Sin embargo, en la justicia ordinaria, el papel creador del Derecho solamente es verificable cuando se dan los supuestos necesarios para lo dispuesto por el artículo 185²² de la Constitución de la República, esto es, una triple reiteración de fallos que coincidan en la misma opinión (*ratio decidendi*) sobre un mismo punto de Derecho, que al remitirse al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, por medio de cuyo pronunciamiento así lo declare, o sin tal pronunciamiento haya transcurrido el plazo establecido para tal cometido, constituirá jurisprudencia obligatoria con efecto *erga omnes* y con vinculatoriedad horizontal y vertical. En este orden de ideas, es importante mencionar que, para la justicia ordinaria no se reconoce la presencia del *stare decisis*, como su esencia lo requiere, conforme lo que ha sido descrito hasta el momento.

20. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11 (8), RO 449, 20/10/2008.

21. Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 28, RO Sup. No. 544, 09/03/2009.

22. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 185, RO 449, 20/10/2008.

Esto representa un verdadero problema para la efectiva compatibilidad de la doctrina del *stare decisis* en el Ecuador. Una serie de requisitos y trabas formales lo hacen indudablemente inviable, afectando gravemente al desarrollo de la jurisprudencia y obligando en la mayoría de los casos a remontarse a decisiones y fallos de triple reiteración de hace casi ya tres décadas. Precisamente frente a este gran problema, y dado que el sistema arbitral en parte también pretende mejorarse a sí mismo a partir de las deficiencias y flaquezas del sistema ordinario de administración de justicia, la incorporación del *stare decisis* a dicho sistema representaría una ventaja indiscutible, no solo por la sofisticación del razonamiento jurídico expuesto en las *rationes decidendi* de cada laudo, sino también por la dedicación, detenimiento y especialización de los tribunales arbitrales al resolver una controversia, misma que termina con un laudo, que casi en la totalidad de ocasiones, es verdaderamente plausible y cuya materialidad y contenido no debe perderse al fin de la controversia. Dicha ventaja será tratada con mayor detenimiento más adelante.

Frente al problema con la justicia ordinaria, la presencia del *stare decisis*, es mayormente verificable en materia electoral y constitucional, tal vez porque se encuentran libres de la serie de las formalidades prescritas para la Corte Nacional. En el primer caso, de acuerdo con el *in fine* del artículo 221²³ de la Constitución, se reconoce el carácter obligatorio y vinculante de las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral con efecto erga omnes, con la salvedad de que materialmente quedan reducidas a controversias exclusivamente en dicha materia. Para el segundo caso, el numeral 6 del artículo 436²⁴ de la Constitución, determina que la Corte Constitucional dentro de sus atribuciones, expedirá sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante sin otro formalismo ulterior, respecto de las acciones ordinarias y extraordinarias de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales para cuyo conocimiento tenga competencia. Puede decirse entonces, que la atribución conferida a este órgano, sí que constituye una aplicación verdadera del *stare decisis* en el Ecuador.

Basta con revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para verificar la consolidación del *stare decisis*, cuando dicho órgano

23. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 221, RO 449, 20/10/2008.

24. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 436 (6), RO 449, 20/10/2008.

manifiesta que las diversas magistraturas deben someterse a sus decisiones, pues caso contrario se pondría en riesgo principios como la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva²⁵.

En otra resolución, la Corte determinó con carácter de elemento esencial en un Estado de derechos y justicia el respeto a la regla del *stare decisis*, que vincula la decisión pasada a la resolución futura, con objeto de garantizar la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los derechos²⁶. Posteriormente, este órgano a través de una resolución ulterior, continuó fortaleciendo el *stare decisis* en el Ecuador sobre la base de dos grandes supuestos, por un lado, a modo general, ha ratificado que constituye un deber de los operadores de justicia para adherirse a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón debidamente fundamentada y; por otro lado, de forma concreta determina la existencia del principio *stare decisis* en los numerales 1 y 6 del artículo 436 de la *norma normarum* ecuatoriana²⁷.

La razón jurídica detrás de lo antes descrito, viene dada efectivamente por el carácter obligatorio que tiene el *stare decisis* en el sistema anglosajón, incorporado al actuar de la Corte Constitucional. Esto resulta a su vez, conciliable con lo sostenido por Oyarte, quien menciona que cuando la Corte Constitucional resuelve un asunto sometido a su conocimiento, primero debe decidir qué normas y principios son aplicables a los hechos del caso, y luego debe interpretar las normas a aplicar en el caso, pero lo hace con sujeción a los cánones de interpretación constitucional. Si la más alta magistratura en materia constitucional interpreta la norma de una forma determinada, no sería admisible que otros órganos apliquen su *ratio decidendi*, de forma diversa²⁸.

En tal virtud, de acuerdo con el constitucionalista ecuatoriano, estaríamos frente una situación de inseguridad jurídica si la Corte Constitucional no guarda consecuencia con sus propios fallos, pues

25. Corte Constitucional del Ecuador. Resolución No. 2, Sentencia No. 002-10-SCN-CC, RO Sup. No. 159, 26/03/2010.

26. Corte Constitucional del Ecuador. Resolución No. 40, Sentencia No. 040-14-SEP-CC, RO Sup. No. 230, 22/05/2014.

27. Corte Constitucional del Ecuador. Resolución No. 191, Sentencia No. 191-16-SEP-CC, RO Sup. No. 865, 19/10/2016.

28. R. OYARTE, *Derecho Constitucional*. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2da. Ed., 2016, pp. 98-99.

nunca se podría saber con certeza, cómo se fallarán asuntos que comparten identidad material u objetiva. Tal criterio también fue recogido en la sentencia No. 016-10-SEP-CC, en donde este órgano citando al tratadista Eduardo Espín, manifestó textualmente lo siguiente:

La seguridad jurídica, señala Eduardo Espín, ha de entenderse como la regularidad o conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho, por parte de las Administraciones Públicas y de los jueces y tribunales. Esta previsibilidad en la actuación de autoridades, entre ellos los jueces, excluye la posibilidad de modificación arbitraria de situaciones jurídicas preexistentes (...) ²⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, Oyarte también afirma que el sometimiento a esa modalidad ecuatoriana de *stare decisis* no puede ser irracional. La invocación de precedentes no puede ser mecánica, pues en virtud de este principio, el tribunal debe estar de acuerdo siempre con los motivos por lo que se dictaron las sentencias anteriores, es decir su *ratio decidendi*, además de determinar que el caso aparentemente análogo en realidad responda a los precedentes o, en su defecto, determinar si no han variado las circunstancias que deben motivar el fallo³⁰. Tal afirmación ha sido señalada con gran acierto por la Corte Constitucional, cuando ha reafirmado que el *stare decisis* si bien guarda cierta relación con la regla del precedente vinculante en el sistema anglosajón, no son en esencia lo mismo, en virtud de que, sus formalismos por definición, resultan diferentes para la aplicación de uno u otro³¹.

En definitiva, en el Ecuador el *stare decisis*, solamente guarda cierta relación cercana a su estructura antecesora del *Common Law*, en las resoluciones de la Corte Constitucional y del Tribunal Contencioso Electoral, no así para la justicia ordinaria, que más bien, se ha reservado al formalismo de su estructuración, a partir de la concepción de jurisprudencia clásica al más puro estilo del

29. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 016-10-SEP-CC, RO Sup. No. 202, 28/05/2010.

30. R. OYARTE, N. 28, p. 101.

31. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002-10-SCN-CC, RO Sup. No. 159, 26/03/2010. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 028-10-SCN-CC, RO Sup. No. 319, 12/09/2010.

Civil Law. Puede verse también que en el Ecuador la aplicación del *stare decisis* no implica obligatoriedad irracional, y en función del *distinguishing* o del *overruling*, no existe impedimento alguno para apartarse de una resolución anterior y favorecer a la actividad creadora del Derecho. Determinándose así la existencia del *stare decisis*, pero bajo una concepción verdaderamente escalonada.

3.2 ¿Existe una relación posible y conciliable entre la naturaleza jurídica del arbitraje en el Ecuador y el *stare decisis*?

La Constitución del Ecuador reconoce en su artículo 190³², al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos de solución de conflictos, determinando que sus respectivos procedimientos, se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

La Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 1³³ define al sistema arbitral como un mecanismo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes o *ad-hoc*.

En tal virtud, para someter una disputa a arbitraje, los artículos 5 y 6 de la referida Ley, establecen dos mecanismos. Primero, el convenio arbitral, que puede tener la modalidad de cláusula compromisoria, previa al conflicto, o de compromiso arbitral, cuando el conflicto se ha suscitado, solamente estableciendo el requisito de que conste por escrito³⁴. Segundo, cuando se pueda abstraer o resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, cuando el convenio no conste o no exista por escrito, o en su defecto, cuando presentada la demanda arbitral, por una parte, no sea objetada por la otra en su contestación³⁵. Una vez corroborada la intención de las partes de someterse al arbitraje,

32. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190, RO 449, 20/10/2008.

33. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 1, RO 417, 14/12/2006.

34. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 5, RO 417, 14/12/2006.

35. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 6, RO 417, 14/12/2006.

se despliega la inevitabilidad del arbitraje, desencadenando así, sus efectos negativo y positivo respectivamente³⁶.

Ahora bien, ciertamente en el Ecuador el arbitraje se fundamenta en la teoría mixta o híbrida, pues, por un lado reconoce el origen contractual y voluntario de las partes de pactar mediante un convenio -o abstraer a falta de aquel su existencia mediante cruce de comunicaciones-, someter sus disputas a dicho método de solución de controversias; y por otro, verificado lo anterior, confiere y designa al tribunal, una misión arbitral de conformidad al procedimiento elegido por las partes, o en su defecto, de conformidad al procedimiento establecido por una institución que lo administre³⁷.

Sin embargo, contrario a la generalidad jurídica de los sistemas arbitrales, en el arbitraje ecuatoriano se destaca un elemento de particular consideración a efectos del presente trabajo. A partir de la lectura del artículo 34³⁸ de la Ley de Arbitraje y Mediación, se desprende que la característica de confidencialidad del arbitraje en el Ecuador es facultativa y carece de obligatoriedad, lo cual se extiende también al supuesto en que las partes guarden silencio respecto a dicha característica en el convenio arbitral, o nada pueda abstraerse del intercambio de comunicaciones entre ellas. Es así llamativo que en el sistema arbitral ecuatoriano la publicidad sea la regla general y la confidencialidad su excepción.

Por lo mismo, al no exigirse legalmente que los arbitrajes en el Ecuador sean confidenciales, nada impide que tanto el procedimiento arbitral, como las resoluciones contenidas en los respectivos laudos tengan carácter público y sean, por lo tanto, accesibles a todo interesado. Entonces, de resultar posible conciliar lo sostenido por Caivano, respecto a que el arbitraje en Derecho es fundamentalmente una actividad relacionada con la interpretación y aplicación del derecho, en una concepción puramente jurisdiccional³⁹, podría inferirse sin problema, que esta particularidad del sistema arbitral ecuatoriano permitiría dar

36. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 7, RO 417, 14/12/2006.

37. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO. "Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Homenaje a Don Raúl Medina Mora", *Revista Universidad Iberoamericana de México*, p. 15. <<https://bit.ly/2VBXNBP>>, (11/03/2021).

38. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 34, RO 417, 14/12/2006.

39. R. CAIVANO. *Arbitraje*, Ed. AD-HOC, 2da. Ed., Buenos Aires, pp. 96-98.

cabida a un ordenamiento jurisprudencial de los fallos emitidos por los tribunales arbitrales de los distintos centros de Arbitraje e incluso de aquellos *ad-hoc*.

Sin duda alguna, de ser así, lo anterior denotaría una posible y conciliable relación con la aplicabilidad del *stare decisis* en el sistema arbitral ecuatoriano. Para tal efecto, es necesario determinar las características del laudo arbitral en el sistema ecuatoriano y encontrar la posibilidad de que este guarde relación conciliable con lo sostenido hasta el momento.

3.3 ¿El laudo arbitral en el Ecuador resulta conciliable como elemento que coadyuve a la viabilidad del stare decisis en el sistema arbitral ecuatoriano?

La resolución de la controversia por parte de un tribunal arbitral a través del respectivo laudo, tiene relevancia vinculante exclusivamente respecto de las partes protagonistas del conflicto. Con base en la Ley de Arbitraje y Mediación, se establecen algunas características del laudo arbitral, necesarias de ser destacadas. En primer lugar, el artículo 26⁴⁰ de la referida Ley, exige que el laudo -y demás decisiones del Tribunal- se expidan por mayoría de votos, y, que sean firmadas por todos los árbitros, permitiendo también la oportunidad de votos disidentes o inconformes con el de mayoría.

Segundo, el laudo arbitral es en esencia, inapelable. Contra un laudo arbitral no cabe más acciones que la acción extraordinaria de protección y; la de nulidad como efectivamente lo afirma el artículo 31⁴¹ de la referida Ley, y conforme las causales que dicha disposición establece. Finalmente, el laudo arbitral tiene el carácter de sentencia ejecutoriada, susceptible de ser ejecutado forzosamente en un procedimiento judicial⁴².

En virtud de lo anterior, puede verificarse que la Ley de Arbitraje y Mediación no menciona nada respecto de la aplicación del *stare decisis* en la resolución de controversias futuras, mucho menos respecto al desarrollo de la jurisprudencia arbitral, cuando

40. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 26, RO 417, 14/12/2006.

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

42. Código Orgánico General de Procesos, Artículo 363 (2), RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

claramente, al no ser obligatoria la confidencialidad, y como consecuencia de ello, el arbitraje sea generalmente de carácter público, podría bosquejarse de esta forma la base conceptual para una sistematización de recopilación de resoluciones arbitrales que contengan argumentaciones y razonamientos valiosamente especializados que podrían emanar del sistema arbitral y que difícilmente podrían encontrarse en la justicia ordinaria.

En consecuencia, si el principio de publicidad procesal, además de ser una garantía del debido proceso, constituye también la base para el nacimiento y desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de administración de justicia, nada debería impedir que pueda incorporarse al arbitraje nacional la misma modalidad recopilatoria de resoluciones con miras hacia una jurisprudencia arbitral que cumpla por un lado, el desarrollo del sistema arbitral ecuatoriano en virtud del rezago producido por la propia Ley de Arbitraje y Mediación, y por otro, favorecer al estudio analítico de las argumentaciones y razonamientos jurisdiccionales, desde un aspecto académico del arbitraje, mucho más aún si dicha Ley prevé esta posibilidad al sustraer la obligatoriedad de la confidencialidad del arbitraje en el Ecuador.

Definitivamente, las características del laudo arbitral en el sistema ecuatoriano junto con el procedimiento que lleva a su dictamen efectivamente prevén un régimen conciliable con todo lo sostenido en este trabajo, de manera que, se han encontrado puntos conciliables entre la doctrina tradicional del *stare decisis*, con la normativa nacional ecuatoriana y más estrechamente en las secciones precedentes, con respecto a su cercanía con su sistema arbitral. Sin embargo, resulta ahora necesario expandir el presente análisis a fin de verificar más puntos conciliables en el derecho arbitral comparado.

4. ¿ES VERIFICABLE LA APLICACIÓN DEL *STARE DECISIS* EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES? ¿PUNTOS CONCILIABLES CON EL SISTEMA ARBITRAL ECUATORIANO?

El valor del *stare decisis* en el arbitraje internacional de inversiones ha ido *in crescendo*. Hoy en día, resulta verificable en virtud de

la publicidad de los laudos emitidos en este tipo de arbitraje, ya que de la revisión de aquellos pueden evidenciarse innumerables referencias a otros laudos dictados con anterioridad, con el fin de imitarlos o apartarse de ellos, en función del *distinguishing* o bien, del *overruling*⁴³. En cualquier caso, la fundamentación expuesta para cada caso ha sido realmente plausible.

Lo anterior ha dado cabida a una práctica bastante destacable, en donde el *stare decisis* permite que el precedente arbitral, sea en reiteradas ocasiones utilizado incluso por las partes para fundamentar sus pretensiones, sobre la base del razonamiento expuesto por los diversos tribunales en sus *rationes decidendi*, sobre determinados puntos del Derecho de inversiones, precisamente porque abordan una calidad jurídica de sofisticada estructuración⁴⁴.

A diferencia del arbitraje comercial internacional, el arbitraje internacional de inversiones se caracteriza por ser una clase de jurisdicción internacional. Esto implica que, el árbitro decide en nombre de la comunidad internacional y, por tanto, el orden jurídico o *lex fori* del árbitro es el derecho internacional público⁴⁵. La misma internacionalidad se persigue en la elección del derecho aplicable y las normas de procedimiento.

Con respecto al valor especial que representa el contenido de los laudos correspondientes a este tipo de arbitraje y la importancia del *stare decisis*, Douglas ha destacado esa importancia, de forma comparativa, con la actividad de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), puesto que, un laudo o una decisión verdaderamente internacional, debe su existencia y fuerza vinculante al orden jurídico internacional y es indiferente a cualquier recurso ante un tribunal nacional y por lo mismo, solo un tribunal internacional es competente para conocer las reclamaciones relativas a la validez de un laudo arbitral verdaderamente internacional, en donde los fundamentos de dicha decisión, ciertamente no han sido corrientes

43. D. BENTOLILA. "Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, Décimo Aniversario, 2012, pp. 373-420.

44. Ídem, p. 374.

45. Z. DOUGLAS. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press. British Yearbook of International Law, Ed. BYIL, 2003, p. 151.

sino más bien, altamente sofisticados⁴⁶. De manera que, el papel o valor de cada laudo es sumamente importante, pues en un punto conciliable, los mismos responden en último término, no solo a las partes, sino también a la creación del Derecho de inversiones de la comunidad internacional⁴⁷.

Ahora bien, como menciona Gerhardt, podría discutirse la dificultad que supondría que los árbitros se sigan unos a otros en sus decisiones, debido a sus distintas nacionalidades, distintas tradiciones jurídicas o inclusive distintas profesiones, lo que no ocurriría en un tribunal permanente⁴⁸. Sin embargo, conforme lo sostenido por Wälde, el arbitraje está poco determinado por las culturas específicas o tradiciones legales nacionales y las reglas del arbitraje tienden a expresar una síntesis cuyo objeto ha sido conciliar progresivamente a los sistemas *Civil Law* y *Common Law*⁴⁹. Precisamente la obra de ese autor se centra en la publicidad de los laudos arbitrales en un contexto que favorezca a la construcción de una jurisprudencia arbitral en donde el *stare decisis* es elemento fundamental.

En el arbitraje de inversiones, los árbitros por lo general tienen acceso a las decisiones de otros tribunales ya que un gran número de laudos son públicos. Y esto ha producido un efecto bastante favorecedor tanto para este tipo de arbitraje, como para los arbitrajes comerciales internacionales, en los cuales, si bien la publicación del laudo depende del consentimiento de las partes, estas por lo general no se oponen a dicha publicidad⁵⁰ y permiten en consecuencia a los centros de arbitraje⁵¹ y a diversas revistas

46. Z. DOUGLAS. “The International Law of Investment Claims”, *Cambridge University Press*, 2009, p. 101. <<https://bit.ly/3EdGokc>>, (03/04/2021).

47. J. W. SALACUSE. “Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain”. Citado en: D. BENTOLILA. N. 43, p. 387.

48. M. J. GERHARDT, “The limited Path Dependency of Precedent”, *William & Mary Law School Publications, Faculty Publications*, Williamsburg, VA, 2005, p. 903. <<https://bit.ly/3A6mBRb>>, (15/04/2021).

49. T. WÄLDE. “Confidential Awards as Precedent in Arbitration. Dynamics and Implication of Award Publication”. Citado en: E. GAILLARD Y Y. BANIFATEMI. “Precedent in International Arbitration”, Ed. Juris Publishing Inc., Huntington, NY, 2007, pp. 113-135. <<https://bit.ly/3C-6F0hv>>, (21/04/2021).

50. Ídem, p. 123.

51. Cámara de Comercio Internacional, [CCI], “Collection of ICC Awards. Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration”. <<https://bit.ly/3nmnt0K>>, (22/04/2021). Citado en: D. BENTOLILA. N. 43, p. 388.

jurídicas especializadas que los publiquen⁵² y favorezcan su desarrollo progresivo.

En tal virtud, conviene en este momento analizar la aplicación del *stare decisis* por parte de los tribunales de este tipo de arbitraje, pues como se mencionó al inicio de esta sección, la aplicación del *stare decisis* en la construcción del precedente arbitral para la fundamentación y decisión de controversias ha ido, considerablemente *in crescendo*. Por ejemplo, en el caso *Sempra c. Argentina* el tribunal arbitral que decidió la controversia, se refirió al caso *Goetz, Enron y CMS*, en los siguientes términos:

Este Tribunal no tiene razones para apartarse de esa conclusión, aun cuando los elementos de hecho de cada controversia puedan tener algunas diferencias. Si el propósito del Tratado y los términos de sus disposiciones tienen la amplitud con que fueron negociados y aceptados no podrían ellos, como se ha señalado, ser desconocidos por el Tribunal pues privarían al Tratado de todo efecto útil⁵³.

Por otro lado, en el caso *SGS c. Filipinas*, a pesar de que el tribunal decidió adoptar una interpretación más amplia de la cláusula paraguas, se refirió también a ciertas decisiones precedentes a fin de distinguirlas con el caso en cuestión, explicando y argumentando por qué se apartaba de la resolución casi similar, emitida en el caso *SGS c. Pakistán*, resaltando los motivos de divergencia, analizando las razones aducidas por el tribunal en dicho caso, para dar en último término una interpretación más restrictiva al caso mencionado al inicio de este párrafo⁵⁴.

Ciertamente, en el arbitraje internacional de inversiones los tribunales han tratado con distinto valor a las decisiones arbitrales precedentes. A partir de un análisis de las controversias en materia de inversiones, tanto CIADI como ad-hoc, pueden abstraerse dos

-
52. International Law Materials, (JDI, ICA Yearbook). “International Law Reports”. <HYPERLINK “https://oxia.oupplaw.com/%3e;” https://oxia.oupplaw.com/>; <HYPERLINK “https://www.italaw.com/” https://www.italaw.com/>, (23/04/2021).
53. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI. No. ARB/02/16. *Sempra Energy International c. República Argentina*. Decisión sobre jurisdicción, 11/05/2005. <https://oxia.oupplaw.com/>, (25/04/2021).
54. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB/02/6. *SGS. Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*. Decisión sobre jurisdicción, 29/01/2004 (8 ICISD Rep. 518, 2005), pp. 120-124. <https://oxia.oupplaw.com/>, (25/04/2021).

grandes corrientes del valor del precedente arbitral resultante de la aplicación del *stare decisis*. En la primera corriente, el árbitro tiene la facultad de citar precedentes; para la segunda corriente, el árbitro tiene además el deber de desarrollar y respetar la jurisprudencia arbitral.

Con respecto a la primera corriente, dentro del caso *AES c. Argentina*, el tribunal declaró que la misión limitada del árbitro no le impide seguir precedentes arbitrales, pero que ello no se le impone⁵⁵. En dicho caso, Argentina opuso entre otras excepciones, que la accionista no tenía *ius standi* para reclamar por los daños de la sociedad en la que participa y que la diferencia no tenía relación directa con la inversión. Así, en contra de tales excepciones *AES* citó como parte de su argumentación jurídica los casos *Azurix*, *CMS*, *LG&E*, *Enron* y *Siemens A.G.*⁵⁶, en los que los tribunales habían admitido las demandas presentadas por los accionistas, con ocasión de ciertas medidas dirigidas contra la sociedad local.

Contra esa argumentación, Argentina alegó que dada la naturaleza especial de cada tratado y su carácter de *lex specialis*, el tribunal arbitral no puede seguir precedentes arbitrales ya que ello sería contrario al principio de consentimiento en que está basado el arbitraje⁵⁷. El Tribunal indicó que, si los casos y la base jurisdiccional en estos tribunales presentan un alto nivel de similitud o, aún más, una identidad, no está esencialmente prohibido, considerar la posición expresada por estos otros tribunales.

Dada la similitud entre los casos citados, el tribunal decidió seguir los precedentes presentados por la demandante, declarando

55. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB/02/17. *AES Corporation c. República Argentina*. Decisión sobre jurisdicción, 26/04/2005, p. 27, <<https://bit.ly/3ldfZdl>>, (25/04/2021).

56. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB/01/12. *Azurix Corp. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 8/12/2003; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB/02/1. *LG&E International Inc., c. Argentina*. Decisión sobre Jurisdicción, 30/04/2004; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB/01/08. *CMS c. Argentina*. Decisión sobre Jurisdicción, 17/06/2003, párrafos 36-65; y Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB/02/8. *Siemens A.G., c. Argentina*. Decisión sobre Jurisdicción, 3/08/2004. <<https://bit.ly/3A2mvdS>> (26/04/2021). Citado también en: D. BENTOLILA. N. 43, p. 391.

57. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB/02/17. *AES Corp., c. Argentina*. Decisión sobre Jurisdicción, 26/04/2005. <<https://bit.ly/3lflxDv>>, (26/04/2021).

sin embargo, que a pesar de que existan similitudes entre los casos, las bases de competencia y las reglas aplicables, cada tribunal sigue siendo independiente y puede emitir libremente una solución diferente para resolver el mismo problema⁵⁸, para lo cual como hemos visto, recurrirá al *distinguishing* o al *overruling*.

Para la segunda corriente, en la que el árbitro tiene el deber de desarrollar y respetar la jurisprudencia arbitral, en especial las soluciones establecidas en una serie consistente y relevante de casos anteriores, tales como *Austrian Airlines*, *Bayindir*, *Saipem* y *Burlington Resources*⁵⁹. Una particularidad adicional de todos ellos, es que sus tribunales estuvieron presididos por Gabrielle Kaufmann-Kohler, por lo que contienen un párrafo similar que, luego de la sección de dichos laudos titulada como: “La relevancia de otras decisiones u otros laudos arbitrales”, declara lo siguiente:

El tribunal considera que las decisiones de otros tribunales no son vinculantes. Al mismo tiempo, es de la opinión que debe considerar decisiones previas. El tribunal considera que, salvo motivos apremiantes en contrario, tiene el deber de adoptar las soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Asimismo, considera que, sujeto a las especificidades del tratado específico y de las circunstancias del caso concreto, tiene el deber de contribuir al desarrollo armonioso del derecho de las inversiones y, por tanto, de satisfacer las expectativas legítimas de la comunidad de estados y de inversores, en pos de la previsibilidad del estado de derecho⁶⁰.

Dicha posición ha sido compartida por otros tribunales y comités de anulación del CIADI. Por ejemplo, en la anulación del caso *MCI* -que fue repetido también por el comité de anulación en el caso *Enron*-, el tribunal arbitral, luego de mencionar el papel limitado de los comités *ad-hoc*, declaró que “la responsabilidad de asegurar consistencia en la jurisprudencia y de crear un cuerpo coherente de reglas reside principalmente en los tribunales de

58. Ídem, p. 30.

59. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB/08/5. *Burlington Resources c. Ecuador*. Decisión sobre Jurisdicción, 2/06/2012, (cita casos Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI *Austrian Airlines c. Eslovaquia*; *Bayindir c. Pakistán*). <<https://bit.ly/3k54u8V>>, (27/04/2021).

60. Ídem.

inversiones y no en los comités de anulación”⁶¹. De manera que, desde el punto de vista de los objetivos y fines del *stare decisis*, de conformidad con su aplicación en este tipo de arbitraje, se cumple tanto con la previsibilidad, cuanto con la seguridad jurídica.

Como sostiene Popelier, las expectativas legítimas de las partes respecto al resultado, así como la publicidad y claridad de sus decisiones, favorecen a que el recurso al precedente sea una facultad del tribunal arbitral con miras a la construcción de una jurisprudencia arbitral que caracterice al arbitraje de este tipo. Tal es así, que incluso las partes han sustentado sus argumentos en decisiones anteriores, exigiendo y demostrando en cambio, la presencia de cierta previsibilidad y una suerte de *status quo*, que recogen las mejores y más brillantes interpretaciones de Derecho, desde un contexto mayormente especializado, frente a posibles concepciones anacrónicas de la justicia ordinaria.

Finalmente, respecto a este tipo de arbitraje y también aplicado a la generalidad de los diversos procedimientos arbitrales, sean nacionales e internacionales, Bentolila⁶² precisa cuatro razones por las cuales los tribunales se citan o deberían citarse entre sí, basándose en la actividad reiterada de aquellos al incorporar el *stare decisis*. La primera razón consiste en su utilidad, pues los tribunales se refieren a su valor ilustrativo, instructivo⁶³, útil⁶⁴, o en general como fuente de inspiración para casos futuros⁶⁵.

La segunda razón tiene relación con la coherencia al momento de seguir lo establecido en una línea de casos a fin de velar por el desarrollo de las inversiones y su previsibilidad conflictual, sobre la

61. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB/03/16. *ADC Affiliate Ltd y ADC & ADMC Management Ltd c. Hungría*, Laudo, 27/09/2006, p. 293. <<https://oxia.oupplaw.com/>>, (26/04/2021).

62. D. BENTOLILA. N. 43.

63. K. KOHLER. *Arbitral Precedent*, Ed, International Economic Law: The State and Future of the Discipline, Picker, 2008, p. 270. Citado en: D. BENTOLILA. N. 43.

64. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB/01/12. *Azurix Corp. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 8/12/2003 <<https://oxia.oupplaw.com/>>, (27/04/2021).

65. Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional, Caso CNUDMI/UNCITRAL, *Gradn River Enterprises Six Nations Ltd., c. Estados Unidos de América*. Decisión sobre jurisdicción, 20/07/2006; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/1. *Marvin Roy Feldman Krapa c. Estados Unidos Mexicanos*. Laudo, 16/12/2002, P. 107. <<https://oxia.oupplaw.com/>> (28/04/2021). Citado en: D. BENTOLILA. N. 43, p. 392.

teoría económica de la “elección racional”⁶⁶ aplicada al derecho, a fin de analizar el comportamiento de los jueces y el impacto que el precedente tiene a la hora de decidir, tanto en este tipo de arbitrajes, cuanto en la generalidad de los mismos.

Las siguientes razones expuestas por Bentolila, se relacionan con sus efectos estratégicos y pragmáticos. Así, la tercera razón consiste en la incorporación de precedentes arbitrales en el sustento de las pretensiones de las partes, convirtiéndolo además en el lenguaje del proceso que legitima su referencia por el tribunal⁶⁷. Finalmente, la cuarta razón supone que el modo de decidir represente un consenso, en la medida de que los árbitros son libres de seguir precedentes o no, siendo la referencia o recurso a un precedente, una aceptación del criterio decisorio, un visto bueno sobre determinada *ratio decidendi*⁶⁸, previo a su incorporación en el caso concreto.

En conclusión, pueden observarse nuevamente puntos conciliables entre este tipo de arbitraje y el sistema arbitral ecuatoriano, principalmente guiados por la característica de publicidad de sus laudos y procedimientos, de manera que, marcan el punto de partida también para el conocimiento y estudio académico del arbitraje en general.

Por otro lado, marca también un factor determinante en la construcción de una jurisprudencia arbitral, elemento de necesaria consideración para el sistema arbitral ecuatoriano. Ahora es necesario observar la práctica verificable en el arbitraje comercial internacional y de ser posible, encontrar nuevos puntos conciliables a efectos del presente trabajo.

4.1 ¿Es asimismo verificable el *stare decisis* en el arbitraje comercial internacional? ¿Existen puntos conciliables con el sistema arbitral ecuatoriano?

En el orden de ideas expuesto, conviene ahora analizar si los tribunales arbitrales internacionales han optado, al momento de

66. R. POSNER. “Past- Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship”, *Chicago University Law Review*, 2000, p. 573.

67. D. BENTOLILA. N. 43, p. 400.

68. Ídem, p. 401.

decidir una controversia comercial, por fundamentar y sustentar sus decisiones observando resoluciones anteriores y análogas proferidas por otros tribunales, en el contexto materia del presente artículo respecto del *stare decisis*. El reconocido árbitro internacional Carlos Guaia, citando a Gary Born⁶⁹ señala lo siguiente:

(...)el arbitraje de derecho -cuando se trata de la referencia a un sistema jurídico determinado- en su más exacta concepción, sólo admite los límites que las partes puedan haber acordado en su convención arbitral cuando la solución del caso, con esas restricciones, sea compatible con la ley aplicable⁷⁰.

Fernández, por su parte señala la frecuencia creciente de los tribunales arbitrales al momento de recurrir a las resoluciones anteriores para fundamentar una decisión actual, apuntando a la construcción intencional o no de una jurisprudencia arbitral⁷¹. En este sentido, Merino y Chillón, indican que "(...) cada vez toma mayor cuerpo como fuente del arbitraje, especialmente en el de carácter internacional, la jurisprudencia elaborada por las cortes de arbitraje"⁷².

Sin embargo, frente a esa creciente tendencia a otorgarle un valor fundamental al *stare decisis* en el arbitraje comercial internacional Opertti ha expresado, en contrario, lo siguiente:

La ausencia de un principio de jerarquía, juega en contra de una verdadera jurisprudencia arbitral, aun cuando cabe reconocer que dificultades parecidas -aunque distintas- se dan en la jurisprudencia judicial, en especial cuando en ausencia de jueces internacionales son los de cada Estado los encargados de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales⁷³.

En contraste con lo referido por este autor, llama especial atención una sentencia emitida por el Consejo de Estado de Colombia en 2017, sobre la anulación de un laudo, emitido en esta clase de

69. G. BORN. "International Arbitration: Law and Practice", *Kluwer Law International*, 2014.

70. C. GUAIA. "Notas sobre arbitraje y jurisprudencia", *Revista de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 2014, pp. 139-145.

71. D. FERNÁNDEZ ARROYO. "El auge del Arbitraje frente al debate sobre su legitimidad", *Publicaciones Organización de Estados Americanos*, 2013, p. 271. <<https://bit.ly/3k5x4qP>>, (28/04/2021).

72. J. M. MERCHÁN Y J. C. MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*, Ed. Civitas, 3ra Ed., Madrid, 2006, p. 1118.

73. D. OPERTTI. "El Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Interamericano", *Departamento Asuntos Jurídicos Organización de Estados Americanos, Arbitraje Comercial Internacional*, 2006, p. 21. <<https://bit.ly/3k82WLF>>, (29/04/2021).

arbitraje internacional, en el que se utilizó como fundamento la teoría del *stare decisis*, señalando en lo pertinente lo que sigue:

(...) en criterio de la Sala los laudos arbitrales son decisiones de las cuales se deriva la existencia de precedentes judiciales habida consideración (i) de la asimilación que desde el punto de vista jurídico cabe realizar entre la sentencia judicial y el laudo arbitral, circunstancia determinante de que (ii) a los tribunales de arbitramento resulte exigible la observancia de idénticos principios constitucionales y derechos fundamentales que justifican, para los jueces, el deber de respetar sus propios precedentes, de suerte que los tribunales arbitrales se hallan en la obligación de tener en cuenta los precedentes derivados de las decisiones proferidas por otro(s) tribunal(es) de arbitramento⁷⁴.

Se recurre a este fallo, por un criterio de proximidad geográfica y porque resalta, a efectos del presente trabajo, que el deber de observancia del precedente por parte de los tribunales arbitrales justifica y garantiza el cumplimiento del principio de igualdad, seguridad jurídica, buena fe, tutela efectiva y publicidad, dejando claro que para acudir a la aplicación de una decisión anterior, el tribunal arbitral debe verificar primero el cumplimiento de los parámetros análogos para identificar los precedentes contenidos en laudos arbitrales anteriores, al respecto el mismo órgano colombiano de administración de justicia, determinó lo siguiente:

(...) el precedente judicial o arbitral, en tanto que elemento jurídico que ejerce una fuerza gravitacional que atrae hacia su contenido los casos concretos que deban ser resueltos en el futuro por el mismo juez, por sus subordinados funcionales – según que se trate de precedente horizontal o de precedente vertical, respectivamente- o por otro tribunal de arbitramento, solo puede estructurarse correctamente a partir de la inescindible conjunción entre (i) los hechos relevantes del caso a decidir, (ii) la subregla o criterio jurisprudencial en el cual se soporta la decisión adoptada por el juez o tribunal arbitral -la ya comúnmente llamada *ratio decidendi*- y (iii) la parte resolutive del correspondiente fallo o laudo -*decisum*⁷⁵.

74. Consejo de Estado de Colombia. Decisión sobre Anulación de Laudo Arbitral, causa No. 2016-00138, 8/02/2017. Citado en: J. CANO *et al.*, N. 14.

75. Ídem.

Lo anterior resulta relevante, pues refleja la tendencia que en algunos países, inclusive de tradición *Civil Law*, hacia la aceptación de la doctrina del precedente arbitral y en tanto, del *stare decisis*, en el arbitraje comercial internacional, a pesar de las barreras técnicas y jurídicas que han existido y que, anteriormente fueron irreconciliables. Como se manifestó en la sección anterior, la voluntad de las partes, de conferirle publicidad a sus procesos arbitrales, determina un carácter fundamental en la construcción de una jurisprudencia arbitral.

Al igual que en el caso del arbitraje internacional de inversiones, la publicidad de las resoluciones en arbitrajes comerciales internacionales, favorecen también a la construcción dogmática y pragmática del arbitraje en general, a la par que permite a sus protagonistas recurrir al *stare decisis* de su práctica jurisprudencial para sustentar de mejor forma, sus pretensiones y defensas en diversos casos.

A manera de conclusión, se puede afirmar que existe un gran debate entre la mayoría de los tribunales de arbitraje comercial internacional con respecto a aceptar la doctrina del precedente como fuente creadora del derecho, en función de la aplicación del *stare decisis*. Sin embargo, resulta evidente que cada vez se presenta con más fuerza la inclinación de los tribunales de arbitraje de fundamentar sus decisiones en laudos anteriores con un criterio que va más allá de la complementariedad y persuasión en los argumentos del laudo, al mismo tiempo que han demostrado una dificultad cada vez mayor a apartarse de decisiones anteriores predominantes sobre casos análogos. Huelga decir que, esta tendencia aún por materializarse se funda en el principio de publicidad procesal, principio igualmente incorporado a la legislación arbitral ecuatoriana.

5. ¿LA PRÁCTICA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA VERIFICA LA APLICACIÓN DEL *STARE DECISIS*? ¿QUÉ PUNTOS CONCILIABLES EXISTEN CON EL SISTEMA ARBITRAL ECUATORIANO?

De conformidad con el literal d) del artículo 38⁷⁶ del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones judiciales constituyen un medio auxiliar para la determinación de las reglas de

76. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38 (d), 01/07/1987.

derecho aplicables a un caso, sin perjuicio de que dichas decisiones solo sean obligatorias *inter partes* conforme el artículo 59⁷⁷ de dicho Estatuto.

Frente a una eventual duda respecto a qué tipo de decisiones se refiere el Estatuto, doctrinariamente es pacífico que, los precedentes a tomar en cuenta por parte de la Corte Internacional de Justicia son solamente los fallos internacionales y que las decisiones de los tribunales internos entrarían en la órbita del antes mencionado artículo, con la posibilidad de contribuir solo en la creación de una norma consuetudinaria⁷⁸.

De la lectura de dicho artículo, parecería que el término “decisiones judiciales” excluiría de su órbita las decisiones de los tribunales arbitrales. Sin embargo, la práctica de la Corte Internacional de Justicia demuestra efectivamente lo contrario, pues el precedente emitido a partir del caso *Alabama* se cita posteriormente en la sentencia sobre el caso *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*⁷⁹. Demostrándose así, un punto relevantemente conciliable que además verifica una coexistencia entre sistemas de solución de controversias, que emanan de la voluntad de las partes.

Con el nacimiento de distintas jurisdicciones internacionales, puede decirse que la jurisprudencia ha alcanzado un notable valor, según Sereni, esto ha contribuido a la formación de una jurisprudencia internacional basada en el principio *rerum perpetuo similiter iudicantium auctoritas*, es decir, la autoridad de las cosas juzgadas siempre del mismo modo⁸⁰. Según Lauterpacht, la práctica de la CIJ, confirma dicho principio, pues continuamente recurre a decisiones anteriores, tanto para recogerlas e interpretarlas previo a su incorporación a un caso concreto, cuanto para explicar la falta de similitud con el precedente para apartarse de él⁸¹.

77. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 59, 01/07/1987.

78. H. LAUTERPACHT. “The Development of International Law by the International Court”, *Stevens and Son*, Londres, 1958. Citado en: F. RAIMONDO. “Corte Internacional de Justicia, Derecho Internacional Humanitario y Crimen Internacional de Genocidio. El valor de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como verificadora del Derecho Internacional Humanitario y el Crimen Internacional de Genocidio”, *Instituto de Relaciones Internacionales Universidad de La Plata*, 2002. <<https://bit.ly/3hrKAD7>>, (29/04/2021).

79. Corte Internacional de Justicia. Caso *Nottebohm*. Sentencia, 18/11/1953, Recueil 1953, p. 119. <<https://bit.ly/3nr3Vbn>>, (29/04/2021).

80. A. P. SERENI. *Diritto Internazionale*, Ed. Dott. A. Giuffrè, Milán, 1956, p. 163.

81. H. LAUTERPACHT. N. 78.

Así, en la sentencia del caso *Nottebohm*, resulta importante resaltar la opinión disidente del Juez Read en un segundo dictamen de 1995, pues afirma la necesidad de apreciar que la práctica del precedente para tribunales arbitrales y judiciales, en función de la teoría del *stare decisis*, está tan generalizada que ha llevado a los jueces a pensar continuamente que, si en un determinado caso no se han invocado precedentes es porque ellos no existen⁸² y conviene crearlos.

Ahora bien, de acuerdo con lo sostenido por Shahabuddeen, existe consenso en la doctrina para reconocer a la CIJ el poder y la responsabilidad de desarrollar el derecho internacional y agrega que sería muy difícil visualizar un proceso de desarrollo del derecho internacional que en algún punto no culmine en creación y que este punto se encuentra precisamente en el proceso judicial mismo, representado justamente por las decisiones de la CIJ⁸³.

Por su parte, Manuel Díez de Velasco, determina que la función del precedente reviste un doble aspecto. Primero, como elemento de interpretación y medio de prueba, es decir, como verificador del Derecho, tal cual la forma que adopta el literal d) del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Segundo, tales decisiones constituyen el mejor medio para determinar qué es el Derecho, desde y para una esfera académica netamente⁸⁴.

Siguiendo esta línea, de acuerdo con Miaja, las decisiones de los tribunales internacionales constituyen un medio auxiliar de las fuentes del Derecho internacional que sirve a los fines de proclamar principios fundamentales del orden jurídico internacional, así como también para aplicar a otros supuestos las soluciones previamente ofrecidas por normas convencionales o consuetudinarias⁸⁵.

82. Corte Internacional de Justicia. Opinión Disidente Juez Read. *Caso Nottebohm*. p. 43. <<https://bit.ly/3nr3Vbn>>, (29/04/2021).

83. M. SHAHABUDEEN. "Precedent in the World Court", *Cambridge University Press*, Grotius Publications, 1996, p. 91.

84. M. D. DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, 10ma Ed., Madrid, 137.

85. A. MIAJA. *El principio de efectividad en Derecho Internacional*, Valladolid, 1958, p. 95. Citado en: F. RAIMONDO. "Corte Internacional de Justicia, Derecho Internacional Humanitario y Crimen Internacional de Genocidio. El valor de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como verificadora del Derecho Internacional Humanitario y el Crimen Internacional de Genocidio", *Instituto de Relaciones Internacionales Universidad de La Plata*, 2002. <<https://bit.ly/3tAJolO>>, (29/04/2021).

En consecuencia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional, el examen de la práctica de la CIJ corrobora en un modo convincente la importancia del precedente a través del *stare decisis*, como fuente auxiliar del derecho internacional. Si bien, la invocación de un precedente se presenta generalmente como un argumento entre otros adicionales, no parecen existir dudas de que las decisiones anteriores de los tribunales internacionales, y sobre todo de la CIJ en esta sección, producen una influencia notoria sobre el tribunal que conoce y resuelve determinado asunto.

La CIJ ha sido consecuente con sus decisiones anteriores e incluso cuando pretende no estarlo, se ha cerciorado de argumentar y explicar también, la necesidad de apartarse y emitir una nueva decisión, a partir de la diferencia existente entre precedentes vigentes frente a un nuevo caso concreto.

Ejemplo de lo antes referido, son las decisiones judiciales de la CIJ sobre las excepciones preliminares, en los casos del *Templo de Préh Vihéar*⁸⁶ y *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*⁸⁷, donde la CIJ precisó de manera muy acertada, las diferencias con el precedente existente, relativo al asunto sobre el *Incidente Aéreo Búlgaro-Israelí*⁸⁸, en relación con la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de su predecesora, la Corte Permanente Internacional de Justicia (CPIJ).

En este contexto, pueden apreciarse ciertos puntos conciliables adicionales verificables de la práctica de la CIJ con el arbitraje internacional de inversiones y tenuemente, pero con gran proyección en el arbitraje internacional comercial, con respecto al recurso a los precedentes sobre la base del *stare decisis*, como fundamento o medio auxiliar para encontrar la regla de derecho aplicable al caso concreto, o en su defecto, como explicación de las justificaciones (*distinguishing* u *overruling*), que motivarían alejarse de aquellos.

86. Corte Internacional de Justicia. Caso *Templo of Préh Vihéar*. Sentencia, 26/05/196, Recueil. 1961, p. 25. <<https://bit.ly/38ZyWuz>>, (30/04/2021).

87. Corte Internacional de Justicia. Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*. Nueva Aplicación: 1962. Sentencia, 24/07/1964), p. 27. <<https://bit.ly/3E-c1Ypm>>, (30/04/2021).

88. Corte Internacional de Justicia. Caso *Incidente Aéreo Búlgaro-Israelí (Israel c. Bulgaria)*. Sentencia, 26/05/1959), pp. 21-23. <<https://bit.ly/3k5uocH>>, (30/04/2021).

En ambos casos, se cumple una labor creadora del Derecho, que puede atribuirse entre otros factores, a que en el caso de la CIJ, los procesos no se caracterizan por ser confidenciales al ser aquellos de interés comunitario internacional, tal cual ocurre en el caso del arbitraje internacional de inversiones y comercial, en donde las partes al no pactar confidencialidad, coadyuvan a la publicidad de dichos procesos y de sus decisiones, razón por la cual, amerita su incorporación en casos futuros y en consecuencia, la concreción de argumentaciones, razonamientos y criterios que al irse unificando cumplen la antes dicha labor creadora sobre un contexto sofisticado y desarrollado de las instituciones jurídicas que resultan de cada relación entre partes. Similitud compartida, y que también se plasma entre estos sistemas debido a la obligatoriedad relativa del fallo, así como en su carácter definitivo e inapelable⁸⁹. Puntos definitivamente conciliables con el sistema arbitral ecuatoriano.

6. ¿ES VIABLE INCORPORAR EL STARE DECISIS EN EL ARBITRAJE NACIONAL ECUATORIANO A PARTIR DE LOS PUNTOS CONCILIABLES ANALIZADOS? PROPUESTA DE REFORMA DE LA LAM PARA EL ARBITRAJE EN DERECHO.

La ausencia de obligatoriedad legal, conforme el artículo 34⁹⁰ de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, respecto de la confidencialidad del proceso arbitral permite que el procedimiento arbitral sea esencialmente público, adaptando, por un lado, la característica constitucional de publicidad inherente a cualquier proceso judicial⁹¹ y por otro, una concreción más sólida de aquello, sustentada por el carácter supletorio de las normas procesales vigentes⁹², específicamente para el arbitraje en Derecho. En tal sentido, de conformidad al artículo 3⁹³ de la Ley referida, cuando el arbitraje sea en Derecho y no se pacte confidencialidad, además de que los árbitros decidan sobre principios y normas jurídicas en determinado caso, al ser este y su consecuente laudo de carácter público, puede incorporarse el *stare decisis*, sobre la base de dos formas concretas.

89. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 60, 01/07/1987.

90. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 35, RO 417, 14/12/2006.

91. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 168 (5), RO 449, 20/10/2008.

92. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 37, RO 417, 14/12/2006.

93. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 3, RO 417, 14/12/2006.

En primer lugar, tal cual la práctica de la CIJ y de los tribunales arbitrales internacionales de inversiones, y la tendencia potencial de los tribunales de arbitraje comercial internacional, puede considerarse que, al no existir confidencialidad, las partes libremente pueden designar que el laudo emitido con ocasión de su controversia sea posteriormente incorporado a un compendio físico o digital a cargo de un instituto especializado en el arbitraje, su estudio y desarrollo, a fin de que cumpla una finalidad dual: por un lado, facilitar el acceso público de los interesados a las decisiones de un proceso arbitral; y por otro, la sistematización de dichas decisiones, con miras al desarrollo de una jurisprudencia arbitral, que permita, como en efecto ocurre por ejemplo con el papel de los “*Yearbooks*” de la Cámara de Comercio Internacional para los sistemas antes analizados, en la recopilación de las *rationes decidendi* de dichos fallos, para desarrollo, estudio y debate, desde el ámbito académico, así como su consideración e incorporación en casos futuros similares, ya en la esfera arbitral de las controversias.

El ideal de *stare decisis* que necesita el sistema arbitral ecuatoriano no sería esencialmente vinculante sin posibilidad de crear un criterio distinto, pues por medio del *distinguishing* o del *overruling* favorecerá también a esta finalidad, al argumentarse y justificarse las razones que motivarían alejarse de aquel y dictar otra decisión en su lugar. Ambos aspectos, constituyen por igual, el cumplimiento de una labor creadora del Derecho arbitral ecuatoriano.

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿qué ocurre cuando las partes efectivamente han convenido la confidencialidad de su proceso arbitral? Previo a obtener una respuesta, conviene recalcar nuevamente que la confidencialidad si bien es inherente al arbitraje en general, en el sistema ecuatoriano aquello es una excepción particular, de manera que, en este caso igualmente podrían configurarse una vía concreta que de cabida al *stare decisis*, de una forma efectiva en el arbitraje nacional.

Una posible modalidad efectiva para este posible problema, podría representarse a la luz del siguiente ejemplo: un laudo que no se ha cumplido por la parte vencida y que ha sido objeto de un proceso judicial de ejecución forzosa⁹⁴, en el cual, adicionalmente,

94. Código Orgánico General de Procesos, Artículo 363 (3), RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

no se haya discutido sobre su nulidad. En este caso, desde el momento en que la eventual demanda de ejecución de un laudo originariamente confidencial es calificada y admitida a trámite, se reviste automáticamente del principio de publicidad establecido en la Constitución⁹⁵ por haberse judicializado, y que lamentablemente al no ser un proceso de conocimiento, se encuentra privado del eventual desarrollo jurisprudencial que pudiese tener en casación.

De manera que, resultaría óptimo que, cuando aquello suceda, el centro de arbitraje que administró el procedimiento, o en su defecto, el tribunal arbitral *ad-hoc* y sus colaboradores, si existiesen, tengan a bien adicionar este laudo al referido compendio sistematizado por parte de un Instituto Especializado de Arbitraje, que lo adicione junto a otros precedentes para su posterior recurso, con base en el *stare decisis*, incorporando su *ratio decidendi* en casos sucesivos o en su defecto, argumentando los motivos que justifican alejarse de ellos, y por tanto continuar la labor creadora del Derecho arbitral ecuatoriano.

En el caso del ejemplo anterior, conviene también preguntarse ¿qué ocurre en cambio, si el laudo arbitral es declarado nulo? Sin intención de caer en un pleonasma jurídico, vale resaltar que, en caso de declararse nulo un laudo arbitral, este no tendrá que ser considerado en una estructura sistemática de compendio de precedentes arbitrales, pues simplemente la nulidad de aquel se traduce en ineficacia de lo resuelto en su parte fundamental o *ratio decidendi*, por tanto, irreconciliable con su consideración en casos futuros.

En consecuencia, la inclusión del *stare decisis* en la conformación de la cultura del precedente en el ámbito creador del Derecho arbitral ecuatoriano, no encuentra su fundamento en el paradigma absolutamente obligatorio del Common Law, sino más bien como referencia e inspiración para la decisión de un caso concreto, incluso para encontrar determinada norma de derecho en determinada resolución precedente.

Lo anterior entonces, no solo que es necesario, para el desarrollo de precedentes arbitrales estructurados con base en los criterios

95. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 168 (5), RO 449, 20/10/2008.

anteriores, sino que además es posible y puede introducirse en el sistema arbitral nacional a través de una reforma a la LAM, que podría añadirse como inciso a los artículos 5 y 34, que cuya estructuración respectiva a cada uno de ellos, a manera de propuesta, podría ser de la siguiente forma:

Definición del convenio arbitral

Art. 5. – (...)

Inciso que podría incluirse después del segundo:

En el convenio arbitral, podrá constar también la manifestación inequívoca de las partes, que exprese su voluntad relativa a la incorporación del laudo que llegare a resolver su controversia, al sistema de precedentes arbitrales para el desarrollo de su jurisprudencia, en aplicación del principio *stare decisis*.

Confidencialidad del proceso arbitral y *stare decisis*.

Art. 34. – (...) inciso que podría añadirse a continuación de la disposición vigente:

En caso de no haberse convenido la confidencialidad del procedimiento arbitral, las partes pueden acordar libremente la inclusión del laudo que llegare a emitirse con ocasión de su controversia, al compendio de resoluciones existentes y desarrollados por la Institución Especializada de Arbitraje, que podrán ser aplicables, considerados e incorporados en casos futuros. La misma modalidad operará en el caso en que las partes no se hubieren pronunciado respecto de la confidencialidad en su convenio arbitral y en los casos de laudos que hayan sido judicializados con ocasión de una acción de ejecución.

Evidentemente, un laudo que ha sido objeto de una acción de nulidad o extraordinaria de protección no entrará en esta modalidad, hasta que la decisión sobre dichas acciones sea emitida. Finalmente, a fin de completar el presente trabajo, conviene ensayar un formato de cláusula arbitral que sería pertinente a efectos de ratificar el *stare decisis*, en función de la reforma propuesta anteriormente para la referida Ley, cuya estructuración sería de la siguiente manera:

En caso de suscitarse conflicto o disputa entre las partes, estas expresamente renuncian a la jurisdicción ordinaria, fuero y domicilio y acuerdan someter dicha controversia o controversias, al conocimiento y resolución de un Tribunal de Arbitraje de (centro de arbitraje escogido por las partes / o *ad-hoc*), que se sujetará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación; el Reglamento (fijado por las partes si es *ad-hoc* o el del centro de arbitraje escogido por ellas, si es administrado) y las siguientes normas: a) Los árbitros serán seleccionados conforme lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación (o de acuerdo a lo determinado por las partes si es *ad hoc*); b) Las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria, se obligan a acatar el laudo en derecho que expida el Tribunal Arbitral y se comprometen a no interponer ningún tipo de recurso en contra del laudo arbitral, salvo las acciones que por Ley sean pertinentes; c) Para la ejecución de medidas cautelares el Tribunal Arbitral estará facultado para solicitar a los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos su cumplimiento sin que sea necesario recurrir a juez ordinario alguno; d) El Tribunal Arbitral será integrado por (número de árbitros) quien/ quienes decidirán en Derecho; e) Dado que el procedimiento será (o no será) confidencial, las partes acuerdan que el laudo dictado en virtud de su controversia, sea público y forme parte de la estructura sistematizada de precedentes arbitrales, en virtud del principio *stare decisis*, a cargo del Instituto Especializado de Arbitraje para el desarrollo de la jurisprudencia arbitral, una vez que se encuentre ejecutoriado y ha sido cumplido voluntariamente, o se encuentre en trámite de ejecución forzosa (cursivas corresponden a la sección que podría incluirse en la cláusula arbitral); f) El lugar del arbitraje será en las instalaciones de (el centro de arbitraje administrado escogido por las partes; o el lugar del arbitraje *ad-hoc*).

7. CONCLUSIONES

El *stare decisis*, ha abandonado la concepción primigenia que tuvo en el *Common Law*, como elemento de rigurosidad y obligatoriedad sucesiva en casos futuros, a tal punto que, actualmente constituye un principio que no necesita de la complejidad estructurada y formalista del papel de la jurisprudencia en los sistemas *Civil Law* y que, sin tener necesariamente el carácter de precedente o

jurisprudencia obligatoria, cumple un papel fundamental en la argumentación jurídica y en la labor creadora del Derecho.

En el caso del Derecho arbitral internacional, sea de inversiones o comercial, se demuestra una aplicabilidad y tendencia, respectivamente a recurrir a resoluciones anteriores para fundamentar casos presentes o futuros, tal cual la práctica de la Corte Internacional de Justicia, y es precisamente el carácter voluntario para someter sus controversias a estos sistemas de resolución de conflictos, así como la ausencia del elemento de confidencialidad, puntos conciliables y semejantes entre dichos sistemas, que igualmente son semejantes con el modelo mixto guía el sistema arbitral ecuatoriano. Como se ha visto, no solo es necesaria su inclusión en el sistema arbitral ecuatoriano con miras a una jurisprudencia arbitral, sino que también es llamativamente posible. La propuesta de reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, así como el formato de cláusula arbitral, expuestos con ocasión del presente trabajo, así lo permitirían.

Finalmente y de forma precisa, se concluye que, la voluntad de las partes y la ausencia de obligatoriedad del carácter confidencial del arbitraje, permite la inclusión del *stare decisis* en el sistema arbitral ecuatoriano, y hace posible a su vez, el desarrollo de sus precedentes sobre todo porque la ratio decidendi que puede encontrarse en aquellos, deónticamente estaría provista de argumentos, razonamientos e interpretaciones normativas para el arbitraje en Derecho, que por la característica de especialidad que debería revestir a los árbitros respecto de determinadas materias, hacen necesario que sean plasmadas en resoluciones que al propio sistema arbitral no le conviene que permanezcan en forma privada y reservada, sino más bien, que a través de su publicidad, sea posible su recurso tanto para la argumentación y fundamentación de casos futuros semejantes, como también para justificar alejarse de ellos y así crear nuevas resoluciones.

En otra esfera de argumentación, podría concluirse *a fortiori* que si bien, la jurisdicción arbitral nace de la voluntad de las partes para someter sus controversias a arbitraje, nada impediría que sea la misma voluntad de las partes, la que también designar que los laudos emitidos en sus controversias den cabida a una necesaria jurisprudencia arbitral. En uno u otro caso, la función creadora del

Derecho arbitral, sobre la base de la teoría del *stare decisis*, en función de lo expuesto en el presente artículo, es sumamente beneficiosa, como efectivamente lo han verificado los tribunales internacionales. Si gracias a ellos, se tiene en gran medida el conocimiento académico y profesional sobre temas de arbitraje cabe preguntarse ¿qué le impide entonces al Ecuador tomar esa práctica y desarrollar un sistema arbitral sobre la base de las decisiones de sus tribunales y árbitros, cuando en forma semejante a dichos sistemas, las partes voluntariamente someten a su resolución sus controversias y aquellas no son esencialmente confidenciales? Evidentemente no existe, según se ha demostrado impedimento alguno.

Es igualmente fundamental que un Instituto Especializado en Arbitraje, pueda tomar como inspiración la labor de la Cámara de Comercio Internacional, a fin de que consolide los laudos emitidos bajo las consideraciones expuestas en el presente trabajo y sea quien comunique periódicamente al público las decisiones resueltas en arbitraje, así como la elaboración de un compendio periódico de fallos, denotando fundamentalmente sus *rationes decidendi* para lo cual será fundamental que los diversos centros de arbitraje o los tribunales *ad-hoc*, actúen coordinación directa con dicho Instituto, a fin de remitirle la materia prima (laudos) y a su vez, recibir el producto (reportes de jurisprudencia arbitral). Nada favorecería más al arbitraje y a su posible jurisprudencia para el sistema arbitral ecuatoriano.

El objetivo del presente artículo ha sido demostrar la viabilidad del *stare decisis* en el arbitraje nacional ecuatoriano, entre puntos conciliables respecto de los diversos sistemas que han sido analizados, para concluir definitivamente que aquello que impide su viabilidad se resume en una sola palabra: nada.

Adiós al principio *venire contra factum proprium* como fundamento de competencia en los arbitrajes nacionales cuando falta la autorización del Procurador General del Estado

Luis Germán Andrade Rivadeneira*

Recibido/Received: 07/10/2021
Aceptado/Accepted: 17/10/2021

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La cuestión primera: la importancia de contar con la autorización del Procurador General del Estado. 3. Una cuestión preliminar pero cardinal: ¿Es la autorización previa del Procurador un examen previo de contrato? 3.1 Etapa negociadora. 3.2 Etapa evaluadora. 3.3 Etapa de concesión de la autorización. 4. ¿Basta invocar el principio *venire contra factum proprium*? ¿Por qué invocarlo es improcedente? 5. La doctrina de los actos propios trata de convalidar lo imposible. ¿Por qué la nulidad prevalece como solución aportada por el legislador? 6. Conclusiones.

RESUMEN: El principio *venire contra factum proprium* es permanentemente invocado por los tribunales arbitrales en el Ecuador para justificar su competencia, sobre todo cuando falta la autorización previa del Procurador General del Estado. Este trabajo cuestiona la invocación a este principio. Enfatiza la importancia de la autorización otorgada por el Procurador, los límites inherentes al empleo de este principio, su carácter residual y, finalmente, su insuficiencia para confrontar la nulidad como remedio impuesto por el hacedor de leyes.

PALABRAS CLAVE: *venire contra factum proprium*, autorización, derechos, legítima expectativa, nulidad.

* Abogado por la Universidad Técnica Particular de Loja, Magíster en Litigio y Arbitraje Internacional por la Universidad San Francisco de Quito.



Goodbye to the principle venire contra factum proprium as a basis for jurisdiction in national arbitrations when the authorization of the State Attorney General is lacking

ABSTRACT: The principle *venire contra factum proprium* is permanently invoked by arbitration tribunals in Ecuador to justify their jurisdiction, especially when the prior authorization of the State Attorney General is lacking. This work questions its invocation, emphasizing the importance of the authorization granted by the General Attorney, the inherent limits to the use of this principle, its residual character; and, finally, its insufficiency to confront nullity as a remedy imposed by the lawmaker.

KEYWORDS: *venire contra factum proprium*, authorization, rights, legitimate expectation, nullity.

1. INTRODUCCIÓN

No es infrecuente que, cuando se pacta entre la administración pública y un particular una cláusula arbitral que rija en caso de desavenencia al interpretar y ejecutar un contrato, una vez que esta surge la entidad contratante (además de la propia Procuraduría General del Estado, PGE) alegue que la cláusula acordada es nula por el hecho simple y verificable de que falta la autorización previa del Procurador General del Estado. Esta circunstancia va a contramano de lo que exigen el artículo 190 de la Constitución (si hablamos de contratación pública, sobre todo) y el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM).

Ante esta situación que se suscita en arbitrajes locales, tampoco es desconocido que, para justificar su competencia, los tribunales arbitrales aleguen el principio *venire contra factum proprium*. Con este, justifican su propia competencia, so pretexto de impedir una injusticia para aquel (el particular), que espera que se le atienda su requerimiento. Argumentan, además, que la administración pública no puede beneficiarse de su propia negligencia, pues, si la administración no solicitó la autorización debiendo hacerlo, no puede recompensar su propia desidia abstrayéndose del arbitraje.

El argumento parece razonable: ¿por qué el particular debe ver frustrada su expectativa de arbitraje si la entidad co-contratante no cumple —negligente o maliciosamente— su obligación de solicitar autorización previa al Procurador?

No obstante, los tribunales arbitrales nacionales no siempre responden a las siguientes dudas: ¿por qué se le debe permitir a la entidad que no cumplió con su obligación de solicitar arbitraje terminar desobligada a practicar el principio de legalidad contemplado en el artículo 226 de la Constitución? ¿Es suficiente la sola cita del principio *venire contra factum proprium* para subsanar nulidades? ¿Cómo la única cita de este principio basta para desposeer a la Procuraduría General del Estado de su potestad-deber de realizar el examen previo de la cláusula arbitral, entendido esto último como control previo de un contrato?

2. LA CUESTIÓN PRIMERA: LA IMPORTANCIA DE CONTAR CON LA AUTORIZACIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Para entrar en contexto, es imperativo recordar la importancia de solicitar la autorización del Procurador General del Estado. La autorización previa de este tiene un rasgo particular: la cláusula arbitral es vista, para posibilitar alguna discusión jurídica, como un contrato autónomo en razón del principio de separabilidad¹. En consecuencia, la autorización previa del Procurador, que contiene análisis, recomendaciones u observaciones a una cláusula compromisoria, implica un acto de administración y un examen previo de contrato *per se*. Es importante resaltar lo anterior, pues el Procurador General del Estado perdió hace tiempo la competencia de examinar —de manera previa— los contratos que se generan en el quehacer diario de las instituciones, órganos o entidades que conforman el sector público².

-
1. El principio de separabilidad se evidencia en el Art. 5 de la LAM cuando señala: “La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”.
 2. La PGE ejercía esta potestad hasta antes de las derogatorias de la llamada Ley 1, publicada en el R.O. Suplemento 395, 04/08/2008. Se sabe, eso sí, que el Procurador General del Estado presentó el 19 de junio de 2019 al presidente de la Asamblea Nacional un proyecto de ley que, entre otras cuestiones, brega porque tal facultad les sea restituida. Boletín de prensa PGE-CI-U-CS-020, 19/06/2019. <<https://bit.ly/3BHrIbB>>

No obstante, ya que el artículo 190 de la Constitución vigente y el 4 de la LAM (inalterado desde su aparición en 1997) se han mantenido —en lo sustancial— sin cambio alguno, se deduce que tal política no afectó lo relativo al control previo en relación con la cláusula arbitral. Esta está destinada a comprometer en árbitros diferencias surgidas entre el sector público y el particular.

Que no se haya alterado sustantivamente el artículo 4 de la LAM pese a los cambios de orientación política en el manejo de las *res publica* desde 1997 hasta la actualidad ilustra la importancia de la autorización previa del Procurador. Además, enseña que no solo se trata de una mera autorización, sino que, gracias al principio de separabilidad de la cláusula arbitral, supone un control previo de contrato (aunque este aun no despliega sus efectos), que no compete realizar a los firmantes sino a un órgano de control como la PGE.

Todos los actores políticos, sin importar la bandera política, han coincidido en lo crucial de contar con la autorización previa del Procurador, así como que se respete la integridad del artículo 4 de la LAM. Debe considerarse, en este sentido, que desde 1997 al presente 2020 han transcurrido 23 años de tácito consenso, que se refleja en los levísimos acomodos que ha experimentado aquella norma. Es más, desde 2008 la necesidad de contar con la autorización no solo goza de consenso político y legislativo reflejado en la ley, sino que se elevó a rango constitucional.

Los tribunales arbitrales (cuando la disputa es nacional) no debían obviar este tema. Sin embargo, lamentablemente, muchas veces lo hacen, aunque autores como Juan Pablo Aguilar llegan a denominar la autorización previa del Procurador como un escollo fundamental³, es decir, como un limitante para acceder al arbitraje⁴.

No se comparte ese criterio. La autorización previa del Procurador supone un trámite (examen previo de contrato) para legitimar el arbitraje como mecanismo para solucionar controversias. Simplemente está diseñado para resguardar que, mediante este tipo

3. “El reconocimiento constitucional lejos de apuntar a un desarrollo del arbitraje, lo que pretende es limitar la alternativa al introducir un escollo fundamental: la autorización de la Procuraduría General”. J. P. AGUILAR. “Tres temas sobre Arbitraje y Administración Pública”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 4, 2012, p. 76.

4. Ídem.

de pactos, no se transgredan ni se busque eludir intereses de orden público y disposiciones previas del legislador que, por ser parte de ejercicio de potestad soberana del Estado, deben acatarse⁵.

Es decir, la autorización previa del Procurador General del Estado está prevista para que las instituciones y entidades del sector público obren conforme al principio de legalidad. Ello se reafirma si se reconoce que, en el Ecuador, cuando el arbitraje involucra a las instituciones públicas solo puede ser en derecho. Esto último debía interpretarse como un recelo del legislador de que el espíritu del principio de legalidad esté omnipresente no solo antes de pactar la cláusula sino cuando se resuelve un arbitraje conforme a ella. Esa decantación a obrar con rectitud durante la negociación y firma del pacto, así como durante la ejecución de la cláusula arbitral, debía leerse como una alusión irrestricta al derecho y a la ley.

En ese contexto, obrar en derecho es imperativo constitucional, legal y doctrinario; al ser absoluto, no es transigible ni subsanable. Esto llevará a discutir si la nulidad a la que se refiere el artículo 4 puede subsanarse con la sola cita (doctrinaria) de principios como el *venire contra factum proprium*. Interesa destacar que no se puede desligar a las entidades públicas de cumplir con el principio de legalidad. Como consecuencia, la necesidad de la autorización previa del Procurador es resguardar que aquello que se pacte esté acorde con ese principio. Por ejemplo, que la controversia surgida sea de naturaleza contractual⁶ o que la cláusula contenga los elementos mínimos que se recogen en el artículo 4 de la LAM.

No debe entenderse que la autorización previa del Procurador es lesiva para desarrollar el arbitraje, sino que se trata de un “escollo” para que las entidades integrantes del sector público no desatiendan el principio de legalidad que se recoge en el artículo 226 de la Constitución. En todo caso, sea con una connotación u otra,

5. Ya desde antaño se enseñaba lo que sigue y que aun está vigente: “El poder de hacer la ley es un atributo de la soberanía. Lo mismo puede decirse del poder de aplicarla”.

G. RIPERT Y J. BOULANGER. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, Ediciones La Ley, 1963-1965, p. 109.

6. Que la disputa sea de carácter contractual en términos forzosos parece alimentar la idea de que el principio de legalidad está presente en el artículo 4 de la LAM si consideramos la clásica definición de que un contrato es “ley para las partes”. Parece haber, por tanto, alusión por parte del legislador a que siempre debe predominar lo normativo.

en la actualidad, la autorización previa del Procurador para pactar arbitraje (o la falta de aquella) no se debería obviar con ligereza.

3. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR PERO CARDINAL: ¿ES LA AUTORIZACIÓN PREVIA DEL PROCURADOR UN EXAMEN PREVIO DE CONTRATO?

Como se manifestó, la autorización del Procurador no es solo un acto jurídico trascendente que ha gozado de consenso legislativo durante décadas. Esto es vital y bastaría para invitar a meditar a cualquier tribunal arbitral antes de indebidamente, declararse competente con la sola invocación del instituto *venire contra factum proprium*.

Si, como se sabe, la cláusula arbitral es un contrato autónomo e independiente (o al menos se habilita a que así sea tratado), alegando el principio de separabilidad, es dable concluir que cada vez que el Procurador emite una autorización efectúa un “examen previo de contrato”. Este hecho *sui generis* ha permitido a la PGE retener esta facultad que se ha suprimido en términos generales⁷.

En efecto, tomando en cuenta la esencia de las cosas más que las formas, cuando el Procurador otorga autorización no hace sino un examen previo de un proyecto de contrato o contrato aparente. Ello se confirma cuando se advierte que, del examen de cualquier autorización concedida, se aprecia que el Procurador examina si la cláusula arbitral tiene o no elementos que —potencialmente— puedan contrariar el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y si la materia está dentro de lo transigible o no. En consecuencia, emite la autorización, que puede contener meras recomendaciones u observaciones que la entidad solicitante (y el particular) deberán acatar, como condicionamiento para que la autorización produzca sus efectos. Esto último es capital, ya que, si la “producción de los efectos” queda supeditada a que se “efectivice la autorización”, el derecho (y/o la expectativa) solo nace cuando esta se concede, y solo entonces cabe hablar de legítimas expectativas que son, a su

7. Que el contrato se presume existir desde una perspectiva nominal o aparente con la única aceptación de las partes parece ser la solución del legislador cuando el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) permite plantear como excepción previa, en el artículo 153 numeral 10, la existencia de la cláusula o convenio arbitral.

vez, el elemento nuclear tanto del principio de buena fe como de la regla más concreta de los actos propios.

Es cierto que el principio de separabilidad, como expresión concreta del principio *pro-arbitri*, sirve para viabilizar el arbitraje antes que para limitarlo. Sin embargo, ¿en qué medida se puede invocar un principio proarbitraje con la finalidad de desproveer a una entidad estatal del ejercicio legítimo de su potestad soberana, como en este caso el control previo de un contrato? Una cosa es invocar los principios de derecho en general y del arbitraje en particular para ayudar a un tribunal a examinar su competencia y, de ser del caso, confirmarla, y otra muy distinta emplear principios creados para fomentar el arbitraje para un fin distinto: privar a entidades públicas (en este caso la PGE) de sus ejercicios competenciales. La PGE no puede dejar de ejercer competencias, ya que así lo manda el artículo 226 de la Constitución.

No es nueva esta discusión acerca de si los tribunales arbitrales deforman el derecho constitucional y administrativo, y comprometen el ejercicio de las facultades soberanas de los Estados cuando emplean mal los principios o reglas del derecho. Por ejemplo, en Colombia desde hace años se discute la cuestión. Entre otros, el autor colombiano Urueta Rojas alude al principio de innegociabilidad de la función pública. Indica que, por medio de este argumento, se afirma que en un Estado de derecho el ejercicio de potestades públicas, conferidas constitucional o legalmente a una autoridad específica, no pueden trasladarse a terceros, a menos que exista una autorización expresa para ello⁸.

La situación en nuestro medio pareciera ser más sensible que la descrita por Urueta, ya que no estamos ante un indebido traslado de competencias (pues el principio del *Kompetenz-Kompetenz* faculta a los tribunales a evaluar la situación *a priori*), sino ante un expolio de facultades estatales. Para conseguir tal propósito, ciertos tribunales aluden al imperativo (que no es tal si se invoca mal la doctrina) de atribuirse a sí mismos un rol vicariante para el particular en nombre de una supuesta justicia. En este sentido, legitiman su propio accionar, razonando sobre la base de la existencia de una “legítima

8. J. M. URUETA ROJAS. *El contrato de concesión de obras públicas*, Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 230.

expectativa del particular” que, como veremos, no ha surgido siquiera en tanto no nazca el derecho y el derecho no emerge sino con la autorización. Esto se confirma por el solo hecho de que, faltando aquella, la ley sanciona esa omisión con la nulidad.

La nulidad se abordará más adelante, pero es importante adelantar que, por lo general, los tribunales arbitrales en el Ecuador no se han cuidado en argumentar y demostrar algo fundamental. La sola existencia de principios generales del derecho y proarbitraje, con carta de ciudadanía según el ordenamiento nacional, hacen *ipso facto e ipso iure* convalidable algo que por ley no lo es.

De momento conviene señalar otro asunto. De forma análoga a cuando se invoca que la administración pública emplea la ley de forma sobredimensionada (abuso de poder) o para un fin distinto (desvío de poder), cuando un tribunal arbitral usa principios de derecho y del arbitraje para un fin o fines que le son ínsitamente ajenos, trasmite la noción de que está actuando de una forma cuando menos indebida, irracionalmente discrecional, y, en algunos casos, arbitraria⁹. Esta actuación se consuma cuando se impide a una entidad (la PGE) ejercer las competencias que le asignan las leyes¹⁰.

Los tribunales arbitrales deberían preguntarse si, cuando argumentan de forma descuidada, no están contribuyendo a consumir el despojo de la atribución competencial de relevancia constitucional, que le fue concedido al Procurador para examinar la cláusula arbitral. Si bien la entidad contratante inició el despojo (apalancado en la desidia del particular), cuando no solicitó la autorización, este se perfecciona cuando el tribunal cita doctrina

-
9. Esto conduce a la siguiente pregunta: ¿Puede un tribunal (particulares al fin al cabo) incurrir en abuso de poder en contra del Estado, siendo este último un poderoso Leviatán de nuestra era? La respuesta desde el derecho de inversiones se presume afirmativa. En efecto, si examinamos las causales de nulidad previstas en el artículo 51 (2) literal b del CIADI, encontramos, a título de causal de anulación, el de extralimitación de facultades por parte del tribunal arbitral. Esta causal se ha entendido configurada cuando, por ejemplo, tribunales arbitrales se han declarado total o parcialmente competentes sin serlo.
10. En ese sentido, URUETA ROJAS aduce que el Consejo de Estado colombiano ha señalado que “el estudio de la legalidad (...) es una potestad pública indelegable a particulares”. J. M. URUETA ROJAS. N. 9, p. 230. Esto trae a colación el hecho indiscutido de que las competencias (entre estas desde luego las de la PGE) son indelegables e intransferibles, por lo que un tribunal no puede ni negar ni suplir a la Procuraduría en su imperativo de examinar la cláusula arbitral.

inaplicable con claro afán de declararse competente como consigna a cumplir¹¹.

Es decir, no deja de existir cierta sensación de desprecio a la ley cuando algunos tribunales arbitrales invocan institutos jurídicos, sin atenerse a sus limitaciones consustanciales. Quizá este accionar poco riguroso de ciertos tribunales arbitrales radique en que, como denuncian algunos tratadistas, aun no se ha abordado de manera suficiente la responsabilidad de los árbitros en el Ecuador.

Como fuere, es indiscutible que la autorización previa del Procurador no es solo un mero acto administrativo, sino que es, además, un control previo de contrato que, por gozar de consenso legislativo perdurable en el tiempo, resguarda intereses estatales¹². Este control previo de contrato tiene su cariz reglamentario en el célebre “Instructivo 122”. Se condensa simplemente en un acto que, por su naturaleza, confiere derechos solo cuando tiene lugar. Así se lo enseñan tanto el ERJAFE como el COA, como se comprobará más adelante.

Por otra parte, hay que recordar que, desde la perspectiva (general) de la buena fe¹³, la regla mandatoria es que la oferta solo genera compromiso si no ha mediado en debida forma el retracto

11. Lo que delataría, además, en ciertos casos, un claro interés remuneratorio por parte de los tribunales, por encima del respeto a la ley y su prevalencia, así como a las partes procesales. Recordemos que es generalmente aceptado, así sea desde un punto de vista deontológico, que el tribunal está obligado a dar un laudo que sea ejecutable, represente utilidad para las partes o se lo expide en respeto, ante todo, a la ley. Con su laudo, el tribunal genera una expectativa razonable de que está inteligentemente fundamentado, y es doctrinaria y legalmente sostenible y defendible en caso de una hipotética acción de nulidad. Si bien un tribunal no puede garantizar su plena eficacia, sí se puede razonablemente esperar que el fallo que se expida sea sólido y honesto en argumentación.
12. Por cierto, y aunque esto escape del presente trabajo, hay que señalar rápidamente que cuando se solicita al Procurador autorización previa para transigir al amparo del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, al igual que en el caso de la cláusula arbitral, se le solicita un examen previo de contrato, ya que la transacción es definida de esta manera por el artículo 2348 de nuestro Código Civil. Este examen previo de contrato está reglamentado en artículo 31 literal b2 del Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Esta situación tiene que señalarse con cuidado, ya que puede alegarse que la transacción equivale a un examen previo de contrato solo cuando esta surge fuera de una disputa arbitral. Si, al contrario, la transacción surge en el ínterin de un arbitraje, parecería que, más que un cariz contractual, tiene la transacción la naturaleza ejecutoria de un laudo a tenor de lo que preceptúa el artículo 28 de la LAM.
13. MARIANA BERNAL señala que el principio de buena fe es un concepto general en tanto que la doctrina de los actos propios es una especificación de la primera. Citando a GUILLERMO BORDA, indica que “la teoría de los actos propios es una regla de derecho, no un principio, pues considera que los principios generales no admiten excepciones, abarcan una generalidad de situaciones y son base de una estructura que no acepta una idea más amplia”. Mariana Bernal Fandiño. “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, Universitas Bogotá N.º 1202010, p. 258.

y/o se ha culminado en efectiva aceptación por la contraparte. De ahí que, desde esa perspectiva, se prohíbe retractarse de la oferta cuando ya existe aceptación a aquella¹⁴. No obstante, esto último no obedece a la doctrina de los actos propios sino a la aplicación general de los principios generales de la ya citada buena fe que gobiernan a todo contrato, y que obligan a las partes a obrar con rectitud desde el momento en que se negocia¹⁵ y presentar ofertas con un grado de seriedad¹⁶. Sin embargo, el problema es que, en el Ecuador, cuando se trata de la autorización previa del Procurador, la sola existencia de oferta y aceptación reflejada en la tabulación del convenio arbitral (consentimiento) no puede de por sí generar expectativa legítima, ya que esta última está ligada a la existencia de un acto validante.

Un argumento práctico que confirma que la autorización del Procurador constituye efectivamente un examen propio de un contrato se encuentra en el propio accionar de tribunales arbitrales. Cuando estos examinan la cláusula compromisoria y se pronuncian sobre jurisdicción, lo hacen limitándose a examinarla con independencia de las restantes del contrato. Es decir, dan a esa cláusula un trato ajeno, independiente y suficiente para decidir la situación. En términos simples: los tribunales arbitrales aplican el principio de separabilidad, aunque no lo aluden ni lo invocan de forma expresa. Si los tribunales aplican el principio de separabilidad más allá de si se contó con la autorización, es porque ven a la cláusula arbitral como un contrato¹⁷. Si así lo hacen, están, con mayor razón, obligados a verificar si aquel contó con la autorización previa del Procurador General del Estado. En consecuencia, el proceso de autorización del Procurador es un examen anterior al contrato, y la

14. Es lo que intentan las entidades contratantes cuando alegan (paradójicamente) a su favor la falta de autorización del Procurador. Ciertamente es una actitud reprochable y contraria a la buena fe, pero no es igual a la doctrina de los actos propios; una cosa es irse contra la lealtad negocial y otra intentar desconocer el derecho.

15. “Así, la buena fe se encuentra presente desde el momento de la negociación del contrato, donde se exige un deber de lealtad de confidencialidad, de información, que se extiende al momento de celebrar el contrato y acompaña su ejecución y terminación”. M. BERNAL FANDIÑO, N. 14.

16. Para PARRAGUEZ, cuando falta la seriedad en el ítem negocial se carece del “aliento primordial” que da lugar al negocio jurídico. Véase L. S. PARRAGUEZ RUIZ. *El negocio jurídico simulado*, Ediciones Iuris Dictio, 2014, p. 32.

17. La cláusula arbitral se trata como un contrato solo para que se cuente con el presupuesto procesal que origine una discusión mínima. Es una situación putativa que se acepta con miras a dar pautas para dilucidar la discusión jurídica; no puede ser forzada como para concluir que hay derecho contractual propiamente si falta la autorización del Procurador.

aplicación tácita y expresa de los tribunales arbitrales del principio de separabilidad lo confirma¹⁸.

Ahora bien, no es lo mismo señalar que la autorización del Procurador implica un examen previo de un contrato que argüir que, por ser la pretendida cláusula arbitral en sí misma un contrato, ya produce efectos *ipso iure* al margen de la autorización. No es esta la solución que ha querido el legislador ecuatoriano. Si así fuera, las disposiciones en cuanto a la obligatoriedad de contar con las autorizaciones del Procurador no existirían. Y, en consecuencia, la noción de la arbitrabilidad y transigibilidad también perderían su sentido, puesto que no habría entidad que controle ni verifique, de forma previa, el respeto a aquellos conceptos y su esencia. Este último razonamiento es inconveniente cuando el contrato es pactado entre particulares y el Estado en el contexto del arbitraje internacional de inversiones, en el que las normas del derecho interno no pueden desobligar al Estado a cumplir obligaciones internacionales (TBI), y, además, se acepta que la cláusula arbitral pueda ser útil sin importar su soporte o solemnidad alguna.

En el contexto del arbitraje local, la situación cambia, pues, dada la aplicación forzosa la ley local, las salvedades que esta contenga deben respetarse. El principio de separabilidad permite que se trate a la cláusula compromisoria como un contrato, pero esto no quiere decir que por sí sola lo sea, y que, por ende, sea ya una situación consolidada que genera un derecho.

Cuando particular y administrado acuerdan la cláusula arbitral, no se espera solo que se asimile a un instrumento jurídico, sino que reúna los mínimos indispensables que se esperan de todo contrato. En el caso que nos ocupa, que contenga la autorización del Procurador. Solo ahí despliega el efecto jurídico relevante para aplicar la regla del *venire contra factum proprium*.

Si el principio de separabilidad fuera de tal fuerza que permitiera ver la cláusula como un contrato perfecto y prescindir de las otras prescripciones que manda la ley, no podría, por ejemplo,

18. Por otra parte, el principio de separabilidad se entiende aludido, en cierta medida, tácitamente por la PGE cuando este otorga la autorización, y se manifiesta con sumo celo y cuidado que aquella solo es concedida en relación con la cláusula objeto de la consulta y no en relación con las restantes del contrato que la contiene.

oponerse a cláusula arbitral alguna el hecho de que esta adolece de patologías que la tornan inviable. Esto demuestra que —con mayor razón en cláusulas que involucran al Estado y a particulares— confeccionar la cláusula y su trato formal como contrato (principio de separabilidad) no quiere decir que lo sea. Tampoco implica que, siéndolo, ya produce efectos por sí solo y, por consiguiente, derechos a ser protegidos. No se puede forzar un principio contra todas las prescripciones del legislador¹⁹.

Además, hay un asunto no menor que obvian los tribunales arbitrales nacionales cuando invocan principios jurídicos sin examinar sus límites inherentes. No solo no se pueden obviar los límites consustanciales al instituto *venire contra factum proprio*, sino que tampoco pueden obviarse las limitaciones ya existentes —de modo común y general— en los procesos de contratación en los que el Estado o sus dependencias son parte signatarias conjuntamente con un particular y que, como regla general, enseñan que hay ciertas constricciones sea de naturaleza explícita o implícita que no se pueden pasar por alto. Por ejemplo, en el Estado de Perú se ha determinado que:

el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no solo por límites explícitos, sino también implícitos; e) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poderse pactar contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede actuar sin un referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de derechos²⁰.

19. En el Ecuador, RAFAEL OYARTE indica que, en líneas generales y por disposición del Código Civil, los principios de derecho están “restringidos a una labor integradora y, básicamente de cubrir vacíos normativos”. Esto cobra relevancia cuando se habla del carácter residual del *venire contra factum proprio*. OYARTE añade: “En todo caso, la positivización de principios no les quita la sustancia de ser principios”, de lo que se colige que, aun si estos se encuentran positivados, como el caso que nos ocupa, no pueden aplicarse sin desnaturalizar su sustancia. Véase R. OYARTE MARTÍNEZ, “Comentarios Generales sobre el Código Administrativo”. En J. P. AGUILAR y V. CHIRIBOGA (Coors.). Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo, Cevallos Editora Jurídica, 2018, p. 79.

20. C. RUIZ MORALES. Summa de Contrataciones del Estado, Nomos & Tesis, 2019, p. 26.

Si bien se trata de una sentencia foránea y en contexto de la contratación pública, recoge la esencia de lo que debe ser el régimen de “contratación particular-Estado” medianamente aceptable para cualquier país civilizado. Esto es que no hay derechos ilimitados al contratar con el Estado, que deben respetarse las “restricciones” que se prevean en determinado ordenamiento legal, y que ningún acuerdo de voluntades puede carecer de referentes valorativos. En ese sentido, ya Aguilar señaló que la cláusula arbitral sería nula si se obvia, entre otras normas, el artículo 65 numeral 2 de la Ley Orgánica de Contratación Pública²¹.

Llegados a este punto, se puede anticipar y matizar que no cabe confundir la autorización del Procurador como proceso (que implica un examen previo de un contrato), y la autorización del Procurador como acto jurídico, que concede el derecho y asegura, por tanto, su eficacia jurídica.

Desde una perspectiva pedagógica, conviene explicar que, en el Ecuador, hay una suerte de proceso²² para la plena eficacia de la cláusula arbitral. Este proceso consiste en tres “etapas” o “fases”, por medio de las cuales nace la eficacia de la cláusula arbitral. i) La etapa negociadora se da entre las partes que pretenden firmar el acuerdo y culmina, luego de la oferta y aceptación, con la tabulación o escrituración de la cláusula. Es decir, se forma un contrato pero aun no puede desplegar efectos jurídicos porque falta el acto para que se respete su eficacia. En consecuencia, su existencia es no plena desde la perspectiva jurídica. ii) La etapa de examen de contrato corresponde a la PGE en virtud del consenso legislativo al que ya he referido. Se inicia con el pedido de la entidad pública (pero ello no faculta al particular a desatenderse del buen éxito de lo que se pacta). En esta etapa, la PGE examina que lo pactado no lesione intereses estatales, que no atente contra el ordenamiento jurídico y respete en esencia lo que el legislador ha definido como transigible. iii) Por último, en la etapa de concesión de la autorización surge el derecho a la eficacia. El contrato se vuelve jurídicamente exigible y,

21. J. P. AGUILAR. N. 4, p. 87.

22. Resaltar la autorización del Procurador como un proceso o procedimiento también permite, en términos generales, entender la importancia de contar con la autorización. Así se extrapola lo que señala DROMI: “El procedimiento es, en rigor, respecto de la voluntad administrativa, lo que el acueducto al agua, el conducto obligado por el que transita en términos de derecho toda actuación administrativa”. ROBERTO DROMI. *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*, Editorial Buenos Aires, 1998, p 28.

con su exigibilidad, la legítima expectativa además de la posibilidad de invocar las doctrinas de la buena fe y de los actos propios.

Las consecuencias de estas divisiones son notorias. Por ejemplo, cuando la entidad firmante de la cláusula compromisoria reniega de esta por ausencia de autorización previa del Procurador, no actúa necesariamente contra la regla de los actos propios, sino contra una exigencia de seriedad y rectitud negocial enmarcada dentro del principio de la buena fe, siempre y cuando, además, la contraparte signataria no haya tenido una actitud displicente²³. Para entender la trascendencia de este tema, se examinarán las “etapas” de este proceso con mayor grado de detalle.

2.1 Etapa negociadora

En primera instancia, ocurre una negociación entre las partes²⁴ (oferta-aceptación), que concluye en la redacción de una cláusula (o convenio arbitral según se prefiera). Esta, se presume, existe desde una perspectiva fáctica, pero aun no es exigible jurídicamente, mientras no se verifique que se acaten los requisitos contemplados en el artículo 4 de la LAM y el 190 de la Constitución cuando, como añadido, se trate de procesos de contratación pública, o en general cuando las leyes de forma directa o indirecta nos remitan al artículo 4 de la LAM.

De esta etapa interesa destacar cómo surge la cláusula arbitral, lo cual es vital para entender por qué ciertos tribunales arbitrales invocan de una manera inadecuada la regla de los actos propios. La cláusula arbitral no nace por imposición de una de las partes, sino por un acuerdo mutuo. Al menos esta es la posición que ha

23. Si vemos la autorización como un procedimiento, se puede observar que, en doctrina, se espera siempre una actitud proactiva de todas las partes involucradas en este: “Específicamente, el procedimiento indica las formalidades y trámites que deben cumplir tanto la Administración en el ejercicio de la función administrativa, como los administrados en su participación de gestión colaborativa para el ejercicio de la función administrativa”. R. DROMI. N. 22.

24. Por partes entiéndase sin participación de la Procuraduría. El convenio arbitral surge del consentimiento de aquellos *directamente interesados en la ejecución del negocio* (entidad pública-particular) y aun no hay participación del *interesado en la corrección del negocio* (PGE). Esto tiene sus implicaciones. No se puede achacar a la PGE omisión alguna que, aparentemente, los actos propios pudieran proteger. La Procuraduría General del Estado no puede saber en qué momento se está en tratativas entre una institución estatal y un particular con miras a pactar arbitraje, sabido es que este mecanismo de solución de controversias tiene cada vez mayor profusión en los sectores público y privado.

adoptado el legislador ecuatoriano cuando se lee el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación:

Art. 5.- El Convenio arbitral es el acuerdo escrito *en virtud del cual las partes deciden* someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (...)²⁵. [las cursivas son mías]

Debido a que *las partes deciden*, no es la mera voluntad la que genera la cláusula arbitral, sino el consentimiento²⁶, que es la base de cualquier negocio jurídico. Esto que parece obvio demuestra una cuestión adicional: como el consentimiento implica participación de dos o más partes²⁷, todas tienen igual responsabilidad en asegurarse el éxito del negocio jurídico que se proponen. Es decir, luego de la cláusula arbitral es consentida y teniendo claro que la responsabilidad en la formación de la cláusula es compartida, para el cabal éxito del negocio, ambas partes han de comprometerse en su feliz término. Además, queda claro que cuando la entidad demandada, así como la PGE, alegan falta de autorización del Procurador, no están actuando contra el principio de los actos propios (ya que aun no nace el derecho), sino, potencialmente, contra el principio general de la buena fe, en concreto contra el debido respeto a las aspiraciones de la contraparte.

La existencia del principio de la buena fe no desobliga a quienes participan en la confección del convenio arbitral a obrar diligentemente²⁸. Esto se explica porque el deber de lealtad es

25. Norma que también se ha mantenido inalterada desde 1997, y goza, por tanto, de ese consenso legislativo y político que no debería ser obviado por ningún tribunal arbitral.

26. PARRAGUEZ insinúa la diferencia entre la voluntad y el consentimiento cuando aborda, en términos generales, la problemática del negocio jurídico y lo que denomina la “base genética” de este: “tampoco puede perderse de vista que la voluntad, o el consentimiento, *según el caso*, es la médula esencial del acto jurídico”. Véase L. S. PARRAGUEZ RUIZ. N. 17.

27. PARRAGUEZ no solo afirma la diferencia, sino que la explica: “En sentido estricto, la expresión voluntad se reserva para aludir al querer individual, referido al de la única persona que interviene en los negocios jurídicos unilaterales, como el testamento, o al de cada una de las personas que concurre a la celebración de una convención, como el contrato [Por ejemplo, la voluntad de la parte que formula la oferta contractual y la voluntad, diferente, de quien la acepta]. Pero en este último caso las voluntades están llamadas a concentrarse necesariamente para la celebración del negocio que, por su bilateralidad, debe ser producto de ambas. Se habla entonces de consentimiento”. L. S. PARRAGUEZ RUIZ. N. 17.

28. En el Ecuador existen tribunales arbitrales que han señalado el deber de los particulares respecto de la problemática que me ocupa, pero con dos falencias fundamentales: i) obvian que, como aun no ha surgido el derecho, ante ausencia de autorización no caben invocarse siquiera ni la

recíproco²⁹. Ya que por razones de lealtad ambas partes están obligadas a ser diligentes, no se ve fundamento alguno para desnivelar el asunto. Un ejemplo lo ilustra: sabido es que en las contrataciones que se efectúan al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la entidad contratante espera que el oferente realice una oferta creíble y verosímil sobre la que no se retractará luego de manera unilateral. Ello no quiere decir que la entidad pública deba limitarse a esperar de forma razonable que el oferente obre con rectitud, sino que, forzosamente, pide la garantía de *seriedad de oferta*. Es decir, incluso en el marco de la buena fe, la entidad pública está obligada a tomar recaudos y no solo a prever razonablemente que la contraparte obre con pulcritud.

Cuando se lee el siguiente artículo del ERJAFE, se desprende que se espera un obrar diligente del particular:

Art. 96.- Actos propios. - Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por las entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado.

El actual COA también alude a un particular no desidioso:

Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad.

La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las

buena fe ni los actos propios; y, ii) que, en última instancia, ante falta de autorización la problemática debía abordarse en los términos generales de la buena fe y no desde la doctrina de los actos propios.

29. Para invocar este deber de recíproca lealtad, PARRAGUEZ, citando a JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, habla de una categoría denominada “solidaridad contractual”, que impone este obrar recíproco dentro de los límites de “un sacrificio razonable”. L. S. PARRAGUEZ RUIZ. N. 17.

administraciones puedan cambiar de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro.

Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.

Más aun, el reciente Decreto Ejecutivo 165 señala y cubre lo que desde antaño era ignorado por muchos tribunales arbitrales: un mínimo de diligencia por parte del particular en averiguar y de ser del caso presentar la cláusula arbitral para aprobación del Procurador³⁰. Con ello se reconoce de manera implícita que el principio *venire contra factum proprium* no era ni es interpretado adecuadamente en tiempos recientes.

Hay que recordar que lo contrario a una omisión es una participación activa, latente, perdurable, o cuando menos verificable, con miras a cumplir el propósito que se busca. Es complicado aceptar que una persona natural o jurídica que contrate al amparo de, por ejemplo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional Pública o la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en cuya virtud es signataria de contratos onerosos con cuantías significativas, no cuide dicho negocio, y para ello la cláusula de resolución de disputas que se pacte dentro de aquel.

Los tribunales arbitrales debían justificar por qué desde la perspectiva de la *buena o fe* y/o desde la perspectiva de los actos propios, el particular está desobligado a ser igualmente diligente³¹. Más aun si, como se ha señalado, el pacto arbitral surge del consenso. Además, el particular está interesado en la buena suerte del negocio que se pacta y no puede ignorar el carácter imperativo y generalísimo de la ley que, se presume, todos conocen.

30. Decreto Ejecutivo 165, 18/08/2021. Art. 5 numeral 2.

31. ANÍBAL TORRES VÁZQUEZ, al abordar la problemática desde la perspectiva del ordenamiento jurídico peruano, bajo la denominación de “Teoría de la Confianza” señala: “La teoría de la confianza no es de aplicación cuando el destinatario no ha puesto la debida diligencia que le habría permitido advertir la falta de voluntad en la declaración. Si no tenía razón para fiar y confiar en que la declaración corresponde a la declaración del declarante (...) no hay lugar para defender la validez de la declaración”. A. TORRES VÁZQUEZ. *Acto Jurídico*, Sexta Edición, Jurista Editores E.I.R.L. 2018, pp.182-183.

“Confía, pero comprueba”³² debe ser la actitud que uno u otro deben tener en torno a este tema. El particular, interesado como está en el éxito del negocio que se pretende (arbitraje), como mínimo podría oficiar de forma previa a la institución con la que pactará el arbitraje, a fin de que esta última informe si ha solicitado autorización y si ha sido concedida. La solicitud y respuesta que reciban obrarán (a futuro) como suficiente prueba de cuidado, esmero y diligencia por parte del administrado³³. Siendo tan fácil obtener el elemento probatorio, es desmesurado que un tribunal exonere al particular de ese mínimo de precaución y gestión. Esto es lo que consiguen los tribunales arbitrales cuando emiten sus laudos sin examinar con detalle la pertinencia de aludir al principio de la buena fe en general y los actos propios en particular.

De ahí que, en arbitraje nacional, para que un tribunal declare su competencia ante alegación de falta de autorización del Procurador, debe tener claros algunos temas. 1) Que debe evaluar la cuestión no desde el plano específico de los actos propios sino del general de la buena fe (y matizando las diferencias existentes cuando quien la alega es la entidad pública o la PGE)³⁴. 2) Que, aun si insisten en hacerlo desde la perspectiva de los actos propios, deben evaluar si la parte a quien pretenden beneficiar con dicho principio fue o no diligente³⁵. 3) Deberán evaluar si, ante falta de la autorización del Procurador, existe derecho que deba ser protegido. 4) Deberán evaluar si se puede emplear

32. Ronald Reagan popularizó este proverbio ruso en los ochenta, durante las negociaciones que su gobierno llevaba a cabo con la ex Unión Soviética y que denota un alto grado de diligencia que debe existir entre las partes negociadoras de un acuerdo. Si bien esta expresión surge en un contexto de política internacional, la he extrapolado en razón de que, como se ve, ejemplifica claramente el mandato de cuidado que las partes signatarias de un contrato deben tener. <<https://www.elpais.com.uy/opinion/columnistas/carlos-alberto-montaner/confia-verifica.html>>.

33. Inclusive un escrito dirigido tanto a la entidad cosignataria como al Procurador, después de firmada la cláusula, pero antes del inicio del arbitraje, puede dar pie a que el particular alegue que, antes durante y después de la firma del convenio arbitral, siempre estuvo preocupado por el buen término del negocio y que más bien la parte cocontratante nunca se ha preocupado en subsanar la omisión. Como se reitera, el grado de diligencia que se exige al particular no es insalvable como para ser dispensado. Se advierte que, aun demostrándose que el particular fue diligente, el tribunal tiene que constatar otra cuestión; que el legislador no haya propuesto distinta alternativa a la nulidad.

34. Recuérdese que, en estos casos, la PGE no solo alega en concordancia con la entidad demandada, sino que también reclama que no le desprovea a aquella de ejercer sus competencias obligatorias e indelegables que le asignan las leyes.

35. Parece difícil exonerar al particular de que sea mínimamente precavido en el negocio jurídico que se busca (arbitraje). Al igual que en el arbitraje internacional, no es irrazonable esperar que aquel sea acucioso en averiguar los pormenores jurídicos del ordenamiento vigente, con miras a asegurar la eficacia de la cláusula. Además, considerando que la problemática se da sobre todo en contratos que implican prestación de servicios o ejecución de obras de cierta envergadura pública, no da para pensar que el administrador y beneficiario de la adjudicación adolezca de una rusticidad que lo inmune de responsabilidad alguna. En todo caso, recuérdese que la rusticidad es una excepción.

la doctrina como solución, pese a que el legislador ya ha previsto una nulidad. 5) Corresponderá examinar y sustentar, con norma de por medio, como la sola alusión al principio de la buena fe (o los actos propios) vuelve subsanable algo que el legislador sanciona con nulidad.

2.2 Etapa evaluadora

Se inicia con la solicitud, realizada desde una perspectiva instrumental por la entidad pública, al Procurador de que conceda la autorización respectiva. De esta “etapa” o “fase” conviene resaltar dos cuestiones:

Esta es la etapa que sirve al Procurador para ponderar que el proyecto de convenio no transgreda norma jurídica alguna, y que las partes que pretenden sacar adelante el negocio jurídico respeten los límites establecidos por el legislador. En consecuencia, cuando un tribunal arbitral se declara competente invocando de mala manera el principio *venire contra factum proprium*, está desproveyendo a la PGE del ejercicio previo de control de contrato.

Lo segundo es señalar que no hay razones para concluir que esta fase es de exclusiva responsabilidad de la entidad pública que acude a la PGE sin margen alguno para el privado³⁶.

2.3 ETAPA DE CONCESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN

Se ha mencionado cómo la concesión de la autorización por parte del Procurador es un examen previo de contrato. Además,

36. Esto que se afirma proviene de una cuestión de meridiana lógica, puesto que, cuando la entidad pública pide autorización a la PGE, no solo lo hace por cumplir con el principio de legalidad, sino para la plena eficacia del negocio jurídico que se está realizando, algo en lo que ciertamente la contraparte está interesada. En consecuencia, si el interés de la eficacia jurídica del negocio acordado (arbitraje) es de ambas partes, es claro que cuando la entidad hace el pedido al Procurador no lo hace solo a su propio nombre.

Cuando la entidad pública realiza el pedido al Procurador en solitario, no es solo porque a esta le interese o no la buena marcha del negocio jurídico, sino por una cuestión de formalidad instrumental: la PGE solo brinda asesoría a las entidades y organismos del sector público. De ahí que, en razón de la naturaleza insita de la Procuraduría General del Estado, así como por razones utilitarias, se designe (mediante ley y el instructivo 122) simplemente a la entidad pública signataria de la cláusula arbitral, para que, mediando su accionar, se canalice el trámite. No obstante, que la función instrumental se asigne a una sola de las partes (antes de la vigencia del decreto 165), por razones de pragmatismo y por necesidad de simplificación de la gestión, es distinto del interés por el éxito del negocio, el cual es compartido.

los principios generales del derecho y los particulares del arbitraje no están diseñados para cercenar a las entidades estatales las potestades que surgen de la ley. Sin embargo, no es lo único que cabe considerarse en este tema. Conceder la autorización, de manera adicional, da origen al derecho a ser tutelado por el principio de la buena fe y, de manera más concreta, por la doctrina de los actos propios. Antes de ello, el contrato arbitral formalmente elaborado no despliega sus efectos. Es adecuado explicar esto con detalle: dado que conceder la autorización es un acto de autoridad administrativa de control, aquel acto está llamado a producir efectos con especialísimas particularidades e implicancias³⁷.

Además, basta comparar entre las disposiciones del ERJAFE y el COA para constatar que, indistintamente de ver la autorización del Procurador como un acto administrativo, un acto de simple administración, o un hecho administrativo, no cabe duda de que la premisa de aquellos institutos es producir efectos jurídicos. Esto no debe extrañar puesto que es impensado que una entidad pública dimane un acto carente de efecto alguno.

Cuadro 1. Comparación entre el ERJAFE y el COA

| Tipo de actividad | ERJAFE | COA |
|--------------------------|---|--|
| Acto administrativo | Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce <i>efectos jurídicos</i> de forma directa. | Es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce <i>efectos jurídicos</i> individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo. |

37. Implica un obrar diligente —pero previo— tanto de la entidad contratante como del particular. Antes de esto el rol de la Procuraduría es inexistente.

| | | |
|--------------------------------------|--|---|
| <p>Acto de simple administración</p> | <p>Es toda declaración unilateral interna o Inter orgánica, realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce <i>efectos jurídicos</i> individuales de forma indirecta, en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.</p> | <p>Es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en el ejercicio de la función administrativa que produce <i>efectos jurídicos</i> individuales y de forma directa.</p> |
| <p>Hecho administrativo</p> | <p>El hecho administrativo es toda actividad material traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas dentro de la función administrativa, productora de <i>efectos jurídicos</i> directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo.</p> | <p>Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en el ejercicio de la función administrativa, productora de <i>efectos jurídicos</i> directos o indirectos, sea que exista o no acto administrativo. (...)</p> |

Fuente: Elaboración propia a partir de A. MARTÍNEZ MOSCOSO, 2018³⁸.

Ahora, la pregunta es: ¿cuál es el efecto jurídico que, como proceso o individualmente considerada, produce la autorización del Procurador? La respuesta es simple: el derecho a que la cláusula compromisoria goce de legitimidad, de plena validez y eficacia jurídica, es decir, el efecto contrario a la nulidad, cuya sanción es tan grave que produce, *contrario sensu*, el efecto *ex-tunc*.

El principio de la buena fe y los actos propios trata de resguardar ese derecho o expectativa al goce de validez y eficacia. Antes de verificarse aquello, ni las partes ni tribunal alguno pueden invocar tales principios y reglas de derecho, puesto que no existe derecho (ni expectativa legítima) que proteger. De ahí que no se pueda demeritar la importancia de la autorización del Procurador

38. A. MARTÍNEZ MOSCOSO. “Las Formas de Actuación Administrativa en el Código Orgánico Administrativo”, en *Estudios Sobre el Código Orgánico Administrativo*, Editora Jurídica Cevallos, 2018, pp. 148-149.

asignándole —mediante el mal empleo de derecho y doctrina— un mero rol sacramental en el asunto. En este punto conviene recordar lo que señala el profesor Aguilar:

Si la Constitución establece un requisito previo para el pacto arbitral, el incumplimiento de ese requisito es causa de nulidad del pacto, pues no es admisible que se considere válidas actuaciones que no se han sometido a los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, con mayor razón si se trata de la administración pública, sometida al principio de legalidad³⁹.

4. ¿BASTA INVOCAR EL PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM? ¿POR QUÉ INVOCARLO ES IMPROCEDENTE?

Se ha visto la importancia de contar con la autorización del Procurador General del Estado y se observó que esta puede ser apreciada como un proceso o considerada como un procedimiento en solitario (la sola autorización). Sin embargo, independientemente de ello, el particular no está desobligado a ser esmerado en cuidar la buena suerte del negocio jurídico que le interesa, y que, de hecho, si se quiere otorgar a su favor dicho principio (o regla de derecho) debía demostrar que lo ha sido. Se ha advertido también que el derecho surge con dicha autorización⁴⁰. Ahora se explicará que es el derecho y no la sola diagramación de la cláusula, ni la sola incongruencia de actos, lo que el principio de buena fe y los actos propios protegen cuando las relaciones se tratan entre particular-sector público.

El citado artículo 96 del ERJAFE aborda claramente los actos propios que debían ser llevados a cabo en relación con las autorizaciones. Sobre esto caben dos reparos. i) Primero, que el

39. J. P. AGUILAR. N. 4, p. 76.

40. Aun si se discutiera que el derecho al arbitraje no surge con la autorización, como se sostiene, sino con la sola tabulación o redacción de la cláusula o convenio arbitral, considero que ello no da margen para invocar ni el principio de la buena fe, ni la doctrina de los actos propios. Independientemente de si se enfocan los contratos administrativos (si enfocamos la cláusula arbitral desde esa perspectiva) como “acto” (ERJAFE) o como “acuerdo de voluntades” (COA), lo capital es que deben hacerse de acuerdo con las “normas jurídicas aplicables” (ERJAFE) y “por el ordenamiento jurídico específico en la materia” (COA). Si no se actúa de esta forma, no se ve cómo la cláusula tendrá un derecho relevante a proteger. De hecho, todo contrato, incluyendo uno atípico o de naturaleza indeterminada, debe tener un mínimo de requisitos que respetar.

ERJAFE no gobierna el accionar de la PGE, por lo que la norma no lo alcanza; es un tercero que, por el contrario, debía gozar de la presunción de la buena fe y cuyo actuar (al gozar de autonomía) es definido por la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

ii) Segundo, y esto es lo que más interesa, aunque la ley no lo dice, se debe entender el énfasis en la gestión de una autorización en el contexto de que esta confiere derechos, que, una vez consolidados, no se pueden desconocer.

No se debe, por tanto, confundir el hecho (medio con el que, supuestamente, se pretende perjudicar al particular), que se ataca con la invocación del principio, con el derecho que este mismo resguarda (fin). Si no existe tal derecho, no hay doctrina que invocar. Un ejemplo muy común de esto ocurre en la contratación pública, en la cual, una vez aceptada la recepción provisional de la obra, no cabe que luego se pretenda desconocerla. Eso sucede porque la recepción provisional de la obra confiere derechos⁴¹ (entre estos el que se considere que se ha satisfecho parcial o plenamente la obligación), y por esa razón existe la doctrina y opera en las relaciones entre contratante y contratista⁴².

Igualmente, si una entidad pública confiere licencia, por ejemplo, para permitir cierta cantidad de tala de árboles en una zona protegida, luego la administración otorgante no podrá retirar, al menos no por sí sola, dicha licencia mediante nuevo acto, pues esa autorización ya confirió un derecho de explotar un área determinada. En estos casos, la legítima expectativa se vincula a que se espera que se respete el derecho surgido en virtud de la licencia.

41. Por ese emerger de derechos, es que con carácter previo la ley exige que, antes de que se practique la recepción provisional, se efectúen inspecciones físicas a las obras, ya que una vez practicado el acto, surge el derecho y nace la legítima expectativa, y con ello la invocabilidad del principio *venire contra factum proprium* a favor del particular. Este ejemplo ilustra cómo invocar la regla de derecho objeto de este ensayo protege el derecho consolidado, y que en estos casos se discutirá si existió actuar cauteloso de forma previa.

En el mismo sentido, desde la óptica de la sana lógica, cuando la Constitución y la ley determinan que la autorización del Procurador tiene que ser “previa”, el legislador y la norma no hacen sino reafirmar y ordenar que *primero hay que generar el derecho* (al conceder la autorización en sí), y solo entonces podrá discutirse si la cita del *venire contra factum proprium* puede o no prosperar.

42. Una contra excepción, en contratación pública, a la legítima expectativa que cabe plantearse en el campo de las recepciones, sean provisionales o de “pleno derecho”, es cuando existe la posibilidad de que estas hayan sido inducidas de mala fe.

Otro ejemplo de que la doctrina de los actos propios tiene por fin proteger derechos se puede apreciar en el campo del arbitraje internacional. Cuando un inversor reclama por lo que suele denominarse un “cambio intempestivo de la legislación”, reivindica, desde una perspectiva de actos propios, que con la nueva legislación los derechos que estaban consolidados bajo el antiguo régimen se diluyen o evaporan. En suma, el inversionista protesta por *el desvanecer de derechos* que lo indujeron a realizar la inversión. Algo similar pasa, además, con la llamada “oferta de ley” como vía al arbitraje internacional. Una vez realizada aquella (y aceptada por el inversionista), el Estado no puede ir contra su seriedad de oferta mediante un pretendido intento de nueva norma⁴³.

Retomando el contexto local y para mayor respaldo de este aserto, debe considerarse que el legislador nacional, mediante la expedición del COA, ha decidido, con mayor vigor, vincular la doctrina de los actos propios con el derecho. Recordemos que el párrafo final del artículo 22 de ese cuerpo de ley señala:

Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.

Las doctrinas y sentencias de ciertos países, sean o no de igual raigambre romanista que el nuestro, ya han abordado este enfoque. Así, desde hace ya tiempo, Ennecerus señalaba:

A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará *valer el derecho*, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las costumbres o la buena fe⁴⁴.

43. Desde la perspectiva internacional, se puede apreciar que la cita de los actos propios, cuando está involucrado el Estado o sus dependencias, solo procede cuando emerge el derecho y/u obligación. Así, en la demanda marítima entre el Estado Plurinacional de Bolivia vs Chile, la Corte Internacional de Justicia, al abordar el tema de las legítimas expectativas, señaló:

“La Corte nota que se hace referencia a las expectativas legítimas de ciertas sentencias arbitrales relativas a los diferendos entre un inversionista extranjero y el Estado huésped, [...] No se puede concluir de estas referencias la existencia internacional general de un principio que permitiera el surgimiento de una obligación basada en lo que podría considerarse una expectativa legítima”.

44. L. ENNCCERUS. *Tratado de derecho civil general*, Ed. Bosch Barcelona, p. 428, citado por M. BERNAL FANDIÑO. N. 14, p. 257.

De la misma manera, en sentencia colombiana encontramos que:

cuando la tutela, como en el presente caso, no es (dentro de la estructura de la acción de tutela) propiamente contra autoridad pública, entonces, con igual razón hay que proteger las determinaciones ya tomadas, que han constituido *un derecho adquirido* para el beneficiado y que no pueden ser modificadas sin la autorización del favorecido porque se ha consolidado en él una situación jurídica concreta, que al ser variada afecta a la buena fe y la seguridad jurídica⁴⁵.

Urueta Rojas, también en relación con Colombia, cita sentencia en idéntico sentido:

La aplicación del principio de la buena fe lo que significa es que la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten *derechos particulares consolidados* y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundado en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que den una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular⁴⁶.

Si se extrapola este razonamiento al Ecuador, también es dable ligar la buena fe y los actos propios al surgimiento del derecho, siempre y cuando, además, se funde en actos concluyentes. Sin embargo, la sola redacción y suscripción del compromiso arbitral no le da aun eficacia a lo pactado, adolece de esa firmeza y/o solidez que se requiere para que emerja la doctrina de la buena fe y su regla concretada de los actos propios⁴⁷.

45. Sentencia T-295 de 1999.M.P. citada por M. BERNAL FANDIÑO. N. 14, p. 262.

Por otra parte, la misma autora a pie de página 27, se refiere a la Sentencia T-336 del 15 de julio de 1997, citada previamente por JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, donde la Corte Constitucional de Colombia determina: “Como ya se ha señalado la Jurisprudencia, los particulares no tienen por qué correr con consecuencias negativas de los errores de las entidades públicas y, cuando tiene derechos a su favor, creados por actos de la administración-así estos provengan de equivocaciones cometidas por ella- se les debe garantizar, como lo hace el Código Contencioso Administrativo, que tales derechos permanecerán incólumes en tanto no haya una decisión judicial que los desvirtúe, previas reglas del debido proceso”. Se evidencia, una vez más, que en las relaciones entre administrados y particulares se protege el derecho.

46. J. M. URUETA ROJAS. N. 9.

47. En igual sentido conviene recordar que PARRAGUEZ, a pie de página de su obra “El negocio jurídico simulado”, cita sentencia extranjera en la cual se lee: “Los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter trascendental o por construir una convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a *crear, modificar o extinguir algún derecho*, por lo que el citado principio solo tiene aplicación cuando lo realizando se oponga actos que hubieran creado una relación o

Conviene matizar una vez más que esta lectura es operativa cuando está involucrada de alguna forma la administración (más aun si hay un tercero de buena fe como la PGE). Si se tratase entre particulares, es lógico que tal principio se flexibiliza, ya que no siempre hay que esperar a que surja el derecho ni es esto lo que necesariamente se tutela (basta que exista la legítima expectativa). Por su parte Zavala Egas señala:

En derecho administrativo la doctrina de los actos propios opera cuando la Administración, mediante actos válidos y con eficacia jurídica haya demostrado su intención de consolidar una situación jurídica⁴⁸.

Más delante, de forma aun más nítida, indica:

Por eso, en el Derecho público administrativo general, incluido el ecuatoriano, está prohibido que las resoluciones de la Administración pública declarativas de derechos a favor de particulares puedan ser revocados en sede administrativa, pues, como es obvio, ello implicaría, además de la especial prohibición normativa, un *venire contra factum proprium*⁴⁹.

Esto es importante, puesto que las declaraciones de una entidad solo comprometen en la medida en que basten por sí solas para producir efectos jurídicos o generar el derecho sin afectar a terceros. Sabido es que no se puede concertar a expensas de un tercero.

Cuando se trata de un contrato de curso común entre una entidad pública y un particular que no está sujeto a examen previo y concesión de autorización alguna, es claro que la situación se consolida *ipso facto e ipso iure*, dado que el derecho fecundó inmediatamente. En tal caso, la cita del *venire contra factum proprium* no es inconveniente e invocarlo efectivamente es procedente, a condición, claro está, de que el legislador no haya dispuesto otra solución. Esto se debe a que, como se señaló, el derecho a proteger aparece con inmediatez.

una situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla”.

L. S. PARRAGUEZ RUIZ.N. 17.

48. J. ZAVALA EGAS. “La regla de los actos propios y su aplicación en el derecho administrativo ecuatoriano”, *Juris Dictio. Revista de Derecho* Vol. (11), 2007, p. 105.

49. Ídem.

En el caso de la previa autorización del Procurador para pactar arbitraje y antes de que esta exista, no se tiene esa celeridad en los efectos a favor de la cláusula arbitral que nos permita aseverar que existe esa situación *declarativa de derechos* contra la que pueda operar la prohibición a la que alude Zavala Egas. Tan cierto es que, en tanto no se “concluya” el contrato (es decir en tanto no goce del derecho a considerarse válido), no puede considerarse la pertinencia de invocar los actos propios que nuestra Corte Suprema ha señalado:

Es inconcuso el principio de derecho universal, de recepción en todos los sistemas jurídicos, según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos-venire contra factum proprium-. El sujeto que voluntariamente ha celebrado un negocio jurídico se encuentra desposeído de todo poder de impugnación frente a un acto o contrato que concluyó y, por consiguiente, carece de debida legitimación sustantiva para presentarse como opositor a la ejecución del negocio en el que participó⁵⁰.

Aunque la sentencia no lo dice, es claro que la Corte, al emplear la expresión “concluir”, lo hace en el sentido de perfeccionar. Es decir, el principio del *venire contra factum proprium* solo resguarda derechos de contratos celebrados con todas las prescripciones de ley. Este escenario de perfección es inexistente en los casos en los que falta la autorización del Procurador.

Hay que advertir que Zavala Egas no reconoce que la nulidad puede ser interpuesta contra los actos propios, ya que, a su parecer, la regla del *factum venire contra proprium* se enfrasca en conductas y no en actos⁵¹. Sobre esto, independientemente de si la cláusula arbitral puede ser vista como un contrato administrativo o no, lo que importa es si aquella reúne todos los requisitos que exige la ley para ser considerada como contrato y si, por tanto, despliega sus efectos jurídicos, cuándo lo hace y si ese efecto implica gozar de un derecho. Cuando se citaron las normas del ERJAFE y del COA, sobre

50. Fallo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador Segunda Sala de lo Civil y mercantil R.O. N.º 2412/09/1996, citado en J. ZAVALA EGAS, N 55, p.106.

51. No se debe estimar que se enfrasque en conductas, sino en derechos (o legítimas expectativas de llegarlos a poseer), que se ven amenazados por la incongruencia de la conducta (u acto) posterior a la generadora de la situación jurídica que se pretende desconocer. No es la suma de actos incongruentes entre si lo que preocupa al venire contra *factum proprium*, sino si esta amenaza lo que se creía razonablemente consolidado.

los actos de administración, se lo hizo precisamente para relievar que, sin importar el rótulo del acto, lo trascendental es producir el efecto jurídico concretado en un derecho, ya que es esto lo que se resguardará. Lo mismo cabe decir de un contrato a condición de que esté debidamente perfeccionado.

No se puede compartir aquel criterio de que solo importa examinar la coherencia del acto o celebración del contrato, al menos no en casos como este, donde la eficacia depende de un tercero (PGE), ya se han consignado razones de que es el derecho lo que se tutela. Baste señalar que, si se traslada ese aserto formulado por Zavala Egas a la temática que nos ocupa, el legislador no habría tenido incentivo alguno en sancionar con nulidad la falta de autorización del Procurador, dado que la sola cita de esta regla de derecho tornaría sus esfuerzos legislativos en una empresa inútil. Es impensable que exista un consenso legislativo de más de 20 años de duración en el cual las distintas bancadas políticas del país acordaron expresar tal unidad de visión en ley, a sabiendas de que esta se tornaría fácilmente estéril y tan fútil, y que, sorpresivamente, aun la mantienen.

Sin embargo, otro elemento adicional complica de forma insalvable la cita del *venire contra factum proprium* por parte de tribunales arbitrales, y demuestra que su sola invocación es inapropiada ante la falta de autorización de Procurador. Se refiere al hecho lógico establecido por la doctrina colombiana, pero plenamente aplicable a la realidad nacional, de que esta regla de derecho es solo de aplicación residual, ya que “no se utiliza en casos en los que el ordenamiento determina una solución expresa”⁵² o, mejor dicho, que no puede ser establecida “haciendo un lado [...] la *voluntas legislatoris*”⁵³.

Esta parece ser la cuestión insalvable que, precisamente por serlo, rara vez los tribunales arbitrales en el Ecuador se cuidan de justificar. Más allá de discutir si los actos propios protegen o no un derecho exclusivamente, si este nace con la sola redacción de la cláusula, si recién el derecho ve la luz con la autorización del Procurador, qué tan presto fue o no el particular en cuidar el buen

52. M. BERNAL FANDIÑO. N. 14, p. 266.

53. Laudo Arbitral (Colombia) entre Occipetrol S.A. contra Lukoil Overseas Colombia Ltda. Citado en M. BERNAL FANDIÑO. N. 14, p. 266.

destino del negocio jurídico, aun si un tribunal lograra sortear aquellos reparos, tendrían que demostrar qué doctrina y/o qué ley les facultan a invocar sin reproches la doctrina que nos ocupa, y tener que justificar, cómo es que la pueden emplear como una suerte de “remedio contra el remedio” establecido por el legislador. El remedio al que referimos es, por supuesto, la nulidad. Que no guste el sabor del brebaje no habilita a los tribunales arbitrales a emplear soluciones cuando el legislador nacional ya ha previsto salida al problema⁵⁴.

Como se ha mencionado, el problema de la falta de la autorización del Procurador no es una supuesta existencia de legítima expectativa que, además, solo surge con la autorización. El problema es cómo evitar que (independientemente de cuándo nace el derecho) los intereses que se resguardan con la autorización por parte del Procurador General del Estado se vean afectados. Por tal razón, el legislador sanciona tal omisión con nulidad. Con ello se evita: i) que los particulares adopten una actitud desidiosa ante el negocio jurídico en el que tienen interés; ii) se recuerda a la administración su obligatoriedad de cumplir con la ley, y iii) no se desprovee ni se burla la facultad de la Procuraduría General del Estado de ejercer sus atribuciones y deberes asignados por ley, entre estos, examinar la cláusula como un contrato. Si estas son las soluciones dadas por el legislador, a estas hay que estar, ya que: “De buena fe no se puede querer lo que la ley no permite querer”⁵⁵.

Además, es criticable verificar que muchos tribunales no se cuidan de, por lo menos, intentar justificar por qué su solución (declararse competentes) es más adecuada o menos imperfecta que la diseñada por el legislador, la cual goza de un consenso legislativo de más de 20 años⁵⁶. Paradójicamente, cuando los tribunales arbitrales invocan este principio olvidan que, si la ley es clara, no caben más disquisiciones, ya que la buena fe, como enseña Diez-

54. Al considerar que se debe respetar siempre la voluntad del legislador y las soluciones que este determina, cabe considerar lo que enuncia nuestro Código Civil en su artículo 9: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

55. F. J. LÓPEZ DE ZAVALÍA. *Teoría General de los Contratos Tomo 1 Parte General*, Zavallía Editor, 1997, p. 450.

56. Ello no volvería invocables el principio de buena fe ni el *venire contra factum proprium*, porque no desvirtúan en derecho lo decidido por el hacedor de leyes, pero cuando menos reflejarían una legítima y sincera preocupación de los tribunales en torno a la problemática.

Picazo, implica interpretar dicho principio en armonía con la ley⁵⁷. Esto no ocurre si se aparta de la solución dada de forma categórica por el legislador.

Los tribunales arbitrales tampoco pueden olvidar que la buena fe es un instituto elástico y difícil de concretarse en fórmulas⁵⁸. Por eso, se suele sostener que este instituto, así como el de los actos propios, ha de invocarse con prudencia⁵⁹. Esa prudencia se da cuando se verifica si, en lo relativo a la cláusula arbitral, germinó el derecho a tutelar, si el particular fue pronto en cuidar el negocio jurídico y si el legislador no ha previsto otra solución. Hay otra cuestión que tiene que examinar un tribunal arbitral: si la sola cita del principio de buena fe y los actos propios vuelven convalidable lo que la ley sanciona con nulidad.

5. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS TRATA DE CONVALIDAR LO IMPOSIBLE. ¿POR QUÉ LA NULIDAD PREVALECE COMO SOLUCIÓN APORTADA POR EL LEGISLADOR?

Es obvio que, en el caso que nos ocupa, los actos propios no pueden ser invocados en tanto no surja el derecho a proteger (situación consolidada), el régimen de nulidades puede y debe ser aplicado sin inconveniente alguno. El efecto más notorio de la nulidad, según la doctrina, es que el acto o contrato no produce efectos jurídicos. Si la ley nacional, por expresa disposición de la Constitución y la LAM, declara la nulidad ante ausencia de autorización del Procurador, cabe preguntarse: ¿qué efectos jurídicos, (que originan el derecho a tutelar) tratan de resguardar los tribunales arbitrales cuando invocan la doctrina de los actos propios?

57. L. DIEZ-PICAZO. *La doctrina de los Actos Propios*, Thomson Reuters, 2014. Citado en A. C. DONOSO. “La doctrina de los actos propios como principio de buena fe”, *Revista Novedades Jurídicas* 2019., p. 9.

58. F. J. LÓPEZ DE ZAVALÍA. N. 61, p. 416.

59. MARIANA BERNAL FANDIÑO, a manera de conclusión, señala lo que, por su racionalidad, sería plenamente aplicable a nuestro sistema legal: “La prohibición de ir contra los propios actos ha sido utilizada desde el derecho romano (...) Si bien es una noción que *debe delimitarse muy claramente para evitar su abuso*, (...) puesto que siendo una doctrina que se deriva del principio de buena fe, *aplicada con mesura constituye una herramienta importante (...)*” y concluye: “Así, atender las circunstancias particulares de cada caso, no implica un atentado a la seguridad jurídica y en cambio se protege la justicia, siempre que se realice de forma prudente y como producto de un estudio juicioso y profundo”. M. BERNAL FANDIÑO. N. 14, p. 267.

No cabe que, como primera respuesta, se admita que los tribunales buscan proteger los efectos del contrato, porque la ausencia del cabal cumplimiento de requisitos que la misma ley dispone ocasiona que el instrumento no produzca ni goce del derecho a producir sus efectos. En efecto, como advirtió en su momento el doctor AGUILAR, al citar aquel el artículo 1698 Código Civil ecuatoriano: “La omisión de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para ciertos actos o contratos [...] produce nulidad absoluta”⁶⁰. No se puede, en consecuencia, proteger aquello que no existe, o, como señala cierta doctrina peruana: “lo nulo es aquello que nace muerto”⁶¹.

La propia PGE, al hablar de los efectos generales de la nulidad en el contexto de la acción de legalidad, postula: “Los actos administrativos con vicios inconvalidables por ser nulos de pleno derecho carecen de presunción de legitimidad y por tanto no pueden generar derechos subjetivos”⁶². En el caso de la cláusula arbitral, el razonamiento es el mismo. Al ser de nulidad (absoluta) evidente el contrato por falta de autorización, no goza la cláusula de esa presunción de legitimidad que pueda generar ni los llamados *derechos objetivos* ni los *derechos subjetivos* a reconocer y proteger. Este derecho subjetivo es la posibilidad de invocar la doctrina de los actos propios sea por las partes o los tribunales. Esta cita demuestra: i) que, como se ha mencionado a lo largo de este escrito, se protege mediante la doctrina de los actos propios el *derecho consolidado*, y ii) que el régimen de nulidades es tan fuerte que, en ausencia del derecho, no debe recibir embate alguno.

En relación con la noción de derecho subjetivo, conviene citar lo siguiente:

Para que una prescripción pueda ser estimada por el órgano jurisdiccional, escribe Gimeno Sendra, es menester, además de los presupuestos generales orgánicos (jurisdicción y

60. J. P. AGUILAR. N. 4, p. 87.

61. L. TABOADA CÓRDOVA. *Nulidad del Acto Jurídico*, Grijley, 2002, p. 14.

De ahí que el principio del *venire contra factum proprium* no podría aplicarse para revivir lo inerte. No es ese su propósito. El principio de los actos propios solo se emplea para que se respete lo consolidado, el cual, en el caso de particulares y administración por la autorización del Procurador, es el derecho. En cambio, si la controversia solo versare entre particulares, se tutela desde la expectativa real de que surja el derecho (y no solo el derecho en sí) atacando la inconsistencia repugnante entre el acto nuevo y el primitivo.

62. Procuraduría General del Estado Oficio N.º 02507, 02/09/2015.

competencia) y de las partes (capacidad procesal o *legitmatio ad procesum*) que estas se encuentren en determinada relación jurídico material con dicha pretensión.

[...] Se trata, en otras palabras, de ostentar efectivamente la titularidad del derecho subjetivo o interés legítimo en discusión y demostrar que esa titularidad es coherente con las consecuencias que se persiguen⁶³.

Es decir, si no existe el derecho (cosa que efectivamente sucede ante la falta de autorización del Procurador de cláusula arbitral), no puede constar un titular del derecho. Si no existe titular para reclamar, los tribunales arbitrales están en una situación embarazosa de tener que justificar por qué se inicia un proceso arbitral sin partes procesales propiamente dichas⁶⁴. Esto permite ir atisbando por qué el principio de los actos propios no puede convalidar lo que la ley no permite que lo sea.

¿Qué sucede si existiera el derecho subjetivo consolidado? Ya se anticipó el empleo residual de esta figura de derecho. Sin embargo, aunque no aplica por ser la solución establecida por legislador, igual aplicaría por defecto, en el caso que nos ocupa, porque no existe otra solución al problema ante la ausencia del derecho. Para expresarlo en términos más claros, se considera que la forma apropiada de invocar los actos propios, en términos más o menos generales, obra acorde con ciertas circunstancias⁶⁵:

- a. Si existen tanto el derecho a tutelar (que es lo realmente protegido), como la solución dada por el legislador, aplica la solución del legislador. Sea que esta solución sea general (nulidad prevista en norma común) o específica (que también puede ser la misma nulidad si ley específica expresa o tácitamente la alude —Art. 4 de la LAM—, u otra solución que el legislador disponga).

63. L. S. PARRAGUEZ RUIZ. N. 17, p. 250.

64. En el mismo sentido se pronuncia MARIANA BERNAL FANDIÑO: para que el acto propio pueda ser invocado debe existir un derecho subjetivo y un centro de interés. Véase M. BERNAL FANDIÑO. N. 14.

65. Aunque se argumenta que se protege el derecho consolidado que el nuevo acto trata de desconocer, estímate que es dable trazar algunos hipotéticos en los casos en donde no existe derecho surgido aun, pero sí la expectativa real y sería de que este surja, por eso las opciones que expongo son más extensas. No obstante, eso no desdice el argumento central.

- b. Si existe el derecho a tutelar, pero no existe solución específica del legislador, aplica la solución general del legislador (nulidad), presuponiendo que esta última exista.
- c. Si existe derecho a tutelar, pero existe solo solución específica del legislador a esta última hay que estar.
- d. Si existe derecho a tutelar, pero no existe solución ni específica ni general dispuesta por el legislador, *aplica la doctrina de los actos propios*.
- e. Si no existe derecho a tutelar por ser actos o contratos sin eficacia jurídica inmediata, ya que la está condicionada a un acto posterior que debe ejecutar un tercero, la solución al problema es la que de forma específica y/o general disponga el legislador, y solo a falta de aquella, *la regla del venire contra factum proprium podría considerarse una excelente herramienta resolutive*.
- f. Si no existe derecho a tutelar, pero sí expectativa sólida de que exista a futuro, se tiene que estar a la solución que disponga el legislador sea en la ley concreta y/o general.
- g. Si no existe derecho a tutelar, pero sí expectativa sólida de que exista a futuro, más el legislador no aporta solución alguna, nuevamente, *la doctrina de los actos propios puede ser invocada*.

Sobre esto, un punto adicional. Puede haber casos generales en los que el legislador haya dispuesto solucionar determinada circunstancia mediante ley; sin embargo, que decida que esa solución solo opere de forma supletoria atenta a la voluntad de las partes. Ya que la regla de los actos propios es una solución supletoria y está frente a una (igual) solución supletoria, se advierte un serio problema de resolución. Considérese que, en tal caso, habría que buscar la solución con un sentido de legalidad y oportunidad, amparándonos en la ley y los principios generales del derecho. En esa circunstancia, podría operar también el *venire contra factum proprium*. De todas maneras, esta circunstancia no existe cuando se trata de la

ausencia de autorización del Procurador para comprometer causa en árbitros.

En relación con las opciones propuestas, el supuesto de falta de autorización por parte del Procurador nos sitúa en el literal e), las razones ya han sido explicadas a lo largo de este escrito y no conviene sobreabundar en ello. Conviene, eso sí, matizar el tipo de nulidad al que se refiere el artículo 190 de la Constitución y el 4 de la LAM, ya que surge la duda de si aquellas son relativas y, por tanto, convalidables. Si tal fuere el caso, se señala que el *venire contra factum proprium* puede ser empleado (o al menos sería un efecto colateral), precisamente para subsanar dichos defectos, entre estos la falta de autorización del Procurador⁶⁶.

Ante este hipotético, bastaría con indicar que la discusión de si la falta de autorización del Procurador implica nulidad absoluta o relativa, desde una perspectiva de derecho administrativo, no debía suponer un mayor esfuerzo teórico. Como enseña CASAGNE, citado por AGUILAR, el interés general se encuentra presente en todos los supuestos de invalidez y más bien hay matices de intensidad⁶⁷. En función de ese interés, los tribunales no pueden desapegarse de la solución tabulada.

Ya se ha señalado, en términos generales, que el *venire contra factum proprium* solo puede emplearse cuando el legislador no ha previsto otra salida específica al problema o que la solución, de otra naturaleza, tenga carácter de subsidiario. Esto es importante, pues no hay que confundir la mera ilegalidad del acto con la nulidad como sanción. La ilegalidad, al igual que la nulidad, le restan eficacia o validez al acto o contrato; pero, si se trata de un caso de ilegalidad, hipotéticamente se admitiría que la regla de los actos propios podría, de acuerdo con las circunstancias, tener un efecto —colateral— convalidante.

La ilegalidad y la nulidad, según EFRAÍN PÉREZ, constituyen vicios que implican que se deje sin efecto el acto, hecho, contrato u

66. Esto solo delataría, una vez más, el mal empleo de esta regla de derecho, ya que el *venire contra factum proprium* no está para subsanar omisiones sino para evitar un actuar sinuoso de una de las partes en desmedro de la otra, cuando tal actuar afecta un derecho consolidado.

67. J. P. AGUILAR. “Nulidad y Revocatoria de los Actos Administrativos”, en *Estudios Sobre el Código Orgánico Administrativo*, Editora Jurídica Cevallos, 2018, pp. 238-239.

omisión. Todo acto nulo, continua el autor, es ilegal, por eso se ha expresado con razón que la ilegalidad es el género y la nulidad es la especie⁶⁸. De ahí que PÉREZ señale a manera de refuerzo:

Como “la ilegalidad es el género y la nulidad la especie”, se encuentra corrientemente la demanda con la pretensión de que se declare “ilegal y nulo” (...) sin que los jueces estimen esta solicitud como inapropiada, pues la CNJ ha explicado la diferencia y su compatibilidad⁶⁹.

Con todo, el escenario ante la falta de autorización del Procurador nos sitúa ante la nulidad como especie, por lo que no caben intentos de emplear el *venire contra factum proprium* como herramienta convalidante. No estamos ante una solución general y/o supletoria que nos permita discernir tan siquiera su factibilidad.

Incluso si esto no bastara, es necesario hacer una disección para establecer si las nulidades a las que refieren los artículos 190 de la Constitución y 4 de la LAM son de carácter absoluto a relativo. Sobre el artículo 190 de la Constitución, no cabe duda de que la nulidad prescrita es de carácter absoluto, dado que es impensable que una actuación al margen de la Constitución pueda producir efecto alguno.

El artículo 4 de la LAM genera más dudas, puesto que, en muchas ocasiones, los tribunales arbitrales se han declarado competentes, pese a que, por ejemplo, no se establece en el pacto arbitral la forma de selección de los árbitros tal cual dicha norma lo exige. Para hacerlo, se apalancan en principios como el *contra proferentem* y en el hecho de que existe norma (pensada para pacto entre particulares) que permite subsanar dicha omisión con la sola remisión a las reglas del centro si este está especificado (Art. 16 LAM). La indebida cita del principio *contra proferentem* en aquellos casos solo es eso, una mala cita. Nada dice ello sobre el tipo de nulidad que establece el artículo 4.

De igual manera, ignorar que el artículo 16 de la LAM aplica cuando se trata de particulares no solo es una mala cita, sino una

68. E. PÉREZ CAMACHO. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Segunda Edición, Editorial Temis 2020, p. 70.

69. Ídem, pp. 72-73.

actuación carente de buena fe, ya que si el legislador dispuso que la falta de precisión en la designación de los árbitros se sancione con nulidad tal solución debe respetarse. No cabe pensar que el legislador redactó una disposición que se volvería inútil con solo invocar el artículo 16 de la LAM, no es lógico. Si esa era la intención del hacedor de leyes, le bastaba con no incluir aquella disposición en el artículo 4 de la LAM, que justamente regula el pacto de cláusula arbitral entre entidades del sector público y particulares. Una interpretación errada y carente de sentido nada dice sobre la clase de nulidad que la ley prescribe. Finalmente, las razones que delatan que estamos ante una nulidad de carácter absoluto cuando hablamos del artículo 4 de la LAM son los siguientes:

Primero, porque, como lo prescriben tanto la Constitución, nuestro derecho administrativo y el Código Civil, los actos y contratos celebrados al margen de las solemnidades esenciales que estas establecen son de nulidad plena, algo que recogen a de manera coincidente tanto el ERJAFE como el COA. Esto ilustra, de paso, como el régimen de nulidades no puede ser debilitado ni dejado de lado solo por una mera alusión a una regla o principio de derecho.

Segundo, las nulidades absolutas se distinguen porque permiten a un tercero alegarlas⁷⁰. Esto sucede cuando la PGE interviene y reclama que no tiene por qué ser exonerado de sus obligaciones constitucionales y legales por una conducta descuidada de los redactores de la cláusula. Este hecho revela que, tanto en el artículo 190 de la constitución como en el artículo 4 de la LAM, estamos ante una nulidad absoluta tan evidente que, el legislador no vio necesidad en abonar lo obvio⁷¹.

70. Sobre la cuestión del tercero que alega, RIPERT y BOULANGER desde una perspectiva civilista, pero extrapolable al régimen de nulidades del derecho administrativo explican: “Cuando la nulidad es absoluta, toda persona que tiene interés en ello puede hacerla valer. El interés colectivo está presentado ante los tribunales por el ministerio público, que, como parte del proceso, puede requerir la anulación. Pero la ley encuentra auxiliares en todos aquellos que tienen interés (...) en la anulación del acto. De esto se sigue que cada una de las partes, pueda utilizar la nulidad como medio para desembarazarse del acto que, aparentemente, habría generado derechos contra ella”. G. RIPERT y J. BOULANGER. N. 6, p. 455.

71. Si bien en nuestra legislación dispone, en cuanto a nulidades, que debe estar tabulada en ley, algunas veces habría que examinar la ley concreta para extraer el tipo concreto de nulidad que dispone el legislador.

Hay que estar claros entonces: la nulidad, en nuestro país, tiene que ser impuesta de forma expresa por ley, pero ello no manda a que forzosamente el legislador estatuya su tipo de forma prolija, ya que este confía que se sabrá reconocer la absoluta de la relativa en función de los

La importancia de la autorización del Procurador y lo que un examen previo de contrato implica y resguarda dan pie a sostener que una nulidad relativa sería insuficiente para asegurarse de que se cumpla su alto propósito, por lo que, nuevamente, revela que el legislador estatuyó la nulidad absoluta de acuerdo con los intereses públicos en juego. El legislador no tiene que perder tiempo en reafirmarse en lo que ya es explícito⁷². De paso, la palabra “acarreará”, que consta en el artículo 4 de la LAM, indica además que la nulidad tiene que sancionarse de forma imperativa.

En este orden de ideas, la esencia de la nulidad revela por qué esta predomina sobre el pretendido uso del *venire contra factum proprium*. RIPERT y BOULANGER indican que la nulidad es “el medio práctico de que dispone la ley para asegurar el respeto de su autoridad”⁷³, o, como subraya CLARO DEL SOLAR, la nulidad está diseñada para “defender la moralidad y el prestigio de la ley”⁷⁴. De ahí que, cuando se exige la nulidad como sanción ante falta de autorización del Procurador, no se pide que se falle a favor de ninguna de las partes involucradas en litigio (aunque ciertamente tienen un interés en ello), se pide que se resuelva a favor de la ley. Ya que el arbitraje entre particulares y Estado se da *en derecho*, como lo dispone el ordenamiento jurídico, no se ve cómo los tribunales no deban defender la norma consensuada y aprobada por el legislador.

Por otra parte, y para aclarar por qué la sola robusta naturaleza de la nulidad sobrepasa la impotente regla del *venire contra factum proprium*, debe considerarse que dicha regla de derecho es elástica e imprecisa, de aplicación residual, no diseñada para revivir lo inerte, lo inexistente o lo inválido. Además, ante nuestro ordenamiento jurídico, el *venire contra factum proprium* es un instituto débil per se. En efecto, si a manera de ejemplo examinamos la figura de la

particulares hechos que la norma regula. El artículo 4 de la LAM es un ejemplo paradigmático de esto.

Sobre la prohibición de analogía y/o interpretación extensiva, véase R. OYARTE MARTÍNEZ. N. 20, pp. 83-84.

72. Es oportuno recordar que, en legislaciones como la peruana, por ejemplo, la doctrina enseña, al igual que en el Ecuador, que las nulidades pueden ser de dos tipos: absolutas o relativas. Sin embargo, en esas latitudes se añade que la forma de ser estas impuestas a la sociedad han de devenir de forma expresa o tácita (virtual), y señalan que, en todo caso, no hay que confundir el tipo de nulidad con la forma como esta se estatuye. La esencia de las cosas, es sabido e indiscutido, no desaparece por las formas. Al respecto véase L. TABOADA CÓRDOVA. N. 61, pp. 119-120.

73. G. RIPERT y J. BOULANGER. N. 6, p. 451.

74. CLARO DEL SOLAR citado por JUAN PABLO AGUILAR. N. 67.

acción de legalidad (nulidad) estatuida por el legislador, vemos que esta opción surge a favor de extinguir los actos que la propia administración ha generado, cuando en estos se encuentren vicios que no pueden ser convalidados ni subsanados. Es decir, vicios contrarios al orden jurídico imperante.

Retomemos el ejemplo en el que una entidad pública, ahora un GAD, otorgó licencia para tala de bosques y advirtamos que la entidad concedente nota que fue otorgada pese a los vicios no subsanables que la aquejan. En tal caso, es posible revocar la actuación mediante la acción ya señalada. La acción empleada por razones de legalidad procede efectivamente y con su sola ejecución revela que el *venire contra factum proprium* es una regla frágil del derecho, puesto que solo opera en especialísimas circunstancias, siempre y cuando estas se lo permitan.

En efecto, la figura de la acción de legalidad nos confirma y demuestra que los actos (elemento integrante de la figura que nos ocupa), si son hechos al margen de la ley no generan derechos al particular, y que, por tanto, el Estado no queda irrevocablemente vinculado a aquellos, es más: ni siquiera originan derecho alguno, a favor del particular, de indemnizar. Lo irregular jamás podrá volverse regular. No solo eso, sino que evidencia que, *prima facie*, ya que la entidad concedente es suficiente por sí sola para dejar sin efectos un acto mediante el empleo de la acción de legalidad, lo cual delata que tal es la fragilidad del *venire contra factum proprium* que ni siquiera se necesita, insisto *prima facie*, auxilio de un tercero para inutilizarlo.

Si la cuestión sube de instancia y llega a sede judicial, eso nos permite verificar que una pretendida alegación de los actos propios no impide el legítimo accionar de terceros, el cual es el mismo caso de la PGE cuando se opone a constituir un arbitraje local cuando no se contó con su autorización.

Desde el punto de vista de la *acción de oportunidad* (lesividad, Art. 368 del COOTAD y 115 del COA), incoada por la misma entidad promotora del acto, también desnuda las flaquezas del instituto que nos ocupa. Aunque en menor medida, ya que las reglas de la prescripción cierran eventualmente esta vía. Fuera de ello, la sola naturaleza de la acción de lesividad enseña que, aunque existieran

derechos subjetivos consolidados derivados de un acto, estos (y por ende la regla de los actos propios) pueden ceder ante imperativos de orden público, salvando desde luego el derecho a indemnizar al particular⁷⁵. Esto se traduce en una manifiesta demostración práctica del *carácter residual* de la regla de los actos propios.

Cuando se trata de la acción de lesividad, el COA, además, impide que la propia administración revoque el acto que generó y se exija, más bien, que participe un tercero⁷⁶ (Tribunal Contencioso Administrativo). Esto confirma que la doctrina de los actos propios, aun si fuere invocable, no puede ser opuesta a terceros y que estos sí están habilitados para dejar sin efecto el acto primario y generador del derecho⁷⁷.

Por otra parte, si solo hubiere actos más no derechos consolidados (o que aun no se consolidan), la cuestión es más penosa para la regla del *venire contra factum proprium*, ya que la acción de lesividad es imposible tan siquiera de plantearse, pues ni siquiera atrae su interés. Ello sucede por la debilidad del acto o, lo que es lo mismo, por la endeble posición para que la administración examine siquiera la acción de lesividad como opción.

En términos generales, la única alusión a la posibilidad de emplear la acción de legalidad o la de lesividad (soluciones del legislador, al fin al cabo), so pena de, para la administración y el administrado, abrir hipótesis de que se configure el escenario de los actos propios ilustra por qué debe predominar la solución del hacedor de leyes. Además, demuestra que el *venire contra factum proprium* no solo está diagramado como herramienta supletoria o de invocación marginal, sino que fue diseñado como un dispositivo

75. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sostiene JUAN PABLO AGUILAR, la revocatoria de los actos administrativos por razones de oportunidad, se sustenta en el principio constitucionalmente reconocido de prevalencia del interés público. Véase J. P. AGUILAR. N. 3, p. 253.

La acción de lesividad demuestra, nuevamente, que cualquier pretensión particular surgida de un acto de administración (indemnización o “solución del legislador”) está supeditada a la existencia de un derecho. Tácitamente se deja clara la idea de que hay otros principios (ya no siquiera normas), como el de prevalencia del orden público, que podrían prevalecer sobre la regla de los actos propios.

76. J. P. AGUILAR. N. 67.

77. La sola declaración de lesividad, hecha por la propia administración generadora del acto e interesada en desactivarlo, como paso inicial de lo que es la acción propiamente dicha, no vulnera tampoco los actos propios. Esto fue defendido por el experto en derecho guatemalteco J. L. AGUILAR SALGUERO en su informe pericial del 1 de octubre del 2010, en el caso CIADI N.º ARB/07/23 entre Railroad Development Corporation y Guatemala.

del derecho, para incentivar a las partes a escoger lo resuelto por el legislador, no para alejarse de él. Esto, aunque repetimos, las soluciones del hacedor de leyes no siempre gusten o incomoden⁷⁸.

Este enfoque restringido del *venire contra factum proprium* a escala nacional guarda sintonía con el hecho de que, en arbitraje internacional y de manera más o menos reciente, se ha rechazado un uso desprolijo del concepto de las denominadas “legítimas expectativas” —elemento crucial de la regla. Sobre esto se señala que “las legítimas expectativas deben evaluarse con todo cuidado debido y tienen que interpretarse de manera restrictiva y, por tanto, no invasiva”⁷⁹.

En resumen, la fortaleza de la nulidad, que es la razón de que el legislador la haya elegido como solución cuando falta la autorización del Procurador, radica en su simpleza: aparece apenas se transgrede de forma descarnada la ley⁸⁰. Su efecto es claro: negar el surgimiento de efecto alguno al acto o contrato, disponiendo la retroactividad como sanción⁸¹. La regla de los actos propios, en cambio, débil como es, solo puede ser invocada de acuerdo con

78. Si enfocamos la cuestión desde la perspectiva del derecho administrativo, es forzoso considerar que aplicar la norma administrativa es de derecho estricto, más aun si esta disciplina una sanción, como en este caso la nulidad. Por otro lado, aun enfocando la cuestión desde una perspectiva civilista solamente, conviene recordar a los tribunales arbitrales que, antes de intentar siquiera deformar el principio del *venire contra factum proprium* manifestando la sola existencia de una situación incómoda, debía considerarse que una interpretación de la ley acorde al principio de la buena fe obliga a considerar lo que señala el Art. 18 numeral 15 del Código Civil: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La interpretación que deba darse a la ley se determinará por su genuino sentido”. La conclusión no puede ser más obvia, pues, de una forma u otra (o ambas), no tienen los árbitros caminos para rehuir lo decidido por el legislador.

79. STEAG GMBH contra el Reino de España Caso CIADI N.º ARB/15/4 Opinión disidente del Profesor Pierre Marie Dupuy del 8 de octubre del 2020, p. 28 p. 8. Esta opinión disidente también deja en claro que no todo acto o cumplimiento de norma por el solo hecho de verificarse generan derecho, ya que no siempre constituye (la ley) promesa específica (véase párr. 15 p. 4-5). El voto disidente guarda mucha armonía con el fallo del tribunal de aquel caso, que sostuvo: “No se puede establecer como regla general que normas de rango legal sean siempre de generar legítimas expectativas. Pero tampoco puede afirmarse, como regla general, que las normas de rango legal puedan generar legítimas expectativas o cristalizar compromisos específicos. *Todo depende del caso concreto*”.

80. La nulidad es, además, un instituto dúctil. Cuando se trata de las nulidades absolutas (en derecho administrativo), como el presente caso, no es subsanable por el mero paso del tiempo, por lo que, independientemente de si es invocada como acción o como recurso, puede ser pronunciada siempre. Esta versatilidad del empleo de la nulidad es más evidente aun en la esfera civil, donde puede utilizarse como acción o como excepción. En todo caso, la nulidad como sanción al caso que nos ocupa denota que el legislador se inclinó por una solución ágil y de forma inequívoca.

81. Se espera que la sola hipótesis de caer en el escenario gaseoso de los actos propios incentive a las partes a eludirlo de la única forma posible: cumpliendo las partes con las sólidas prescripciones de la ley o la *voluntas legislatoris*. Esta característica del principio en sí, estimulante o

las circunstancias que ya se han descrito, siempre que se respete, además, su naturaleza y propósitos inherentes.

6. CONCLUSIONES

La importancia de la necesidad de contar con autorización previa del Procurador antes de iniciar un proceso arbitral no puede ser ignorada; hay un consenso legislativo perdurable en el tiempo y su cumplimiento está ligado al principio de legalidad.

La autorización previa del Procurador General del Estado equivale a un examen previo de contrato realizado por aquel, es un deber del cual no puede ser dispensado. Su propósito es validar el acuerdo entre las partes.

Por lo anterior, la invocación del principio *venire contra factum proprium* por tribunales arbitrales debe meditarse, puesto que, en tanto no exista contrato cabal, no puede decirse que exista expectativa o derecho a tutelar por medio de este principio.

Esta actitud de cautela por parte de los tribunales arbitrales se sustenta, en primer orden, porque el principio de los actos propios no exonera a la contraparte de un mínimo de diligencia para concluir el negocio jurídico. En segundo, por la aplicación residual que este principio debe tener, de acuerdo con la doctrina. En este sentido, si el legislador ha dictaminado solución expresa al problema, esta debe respetarse. Por tanto, es cuestionable invocar este instituto a terceros de buena fe, en este caso la PGE.

Finalmente, el *venire contra factum proprium* no es un principio lo suficientemente sólido para derrocar el régimen de nulidades previsto por la legislación nacional; debe recordarse que el artículo 4 de la LAM es de carácter absoluto. En conclusión, se debe repensar cómo se emplea este principio, a fin de racionalizar su sola cita dentro de un litigio arbitral en el escenario nacional.

disuasiva (como se prefiera abordarlo), nos enseña cómo debe entenderse este, y cómo debe citarse y emplearse.



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 Lariva

hgarcia@cplaw.ec
Av. Naciones Unidas E 20-30 y Nuñez de Vela
Edif. Metropolitano, oficina 1107 - Quito
+ 593 2 395 9590

Veinticuatro años de la acción de nulidad de laudos: un análisis empírico

*Xavier Andrade Cadena **
*Gabriela Rivadeneira Chacón ***
*Carolina Arroyo Aguirre ****
*Estefanía Fierro Valle *****
*Sol González Vallejo ******

Recibido/Received: 23/08/2021
Aceptado/Accepted: 11/10/2021

SUMARIO: 1. Introducción y resumen de los hallazgos. 2. La muestra de la investigación. 3. Los hallazgos. 3.1 Los árbitros son buenos guardianes del debido proceso. 3.2 La acción de nulidad es una extensión del litigio principal propiciada por el demandado. 3.3. Las incongruencias *extra* y *ultra petita* son las causales preferidas de los accionantes. 3.4 Otras causas disfrazadas de incongruencias son una importante causa de anulación de laudos arbitrales. 3.5. La mayoría de las causales son resueltas de forma adecuada. 3.6. Los laudos pueden ser anulados por la Corte Constitucional por causales distintas a las de la LAM cuando se trate de vulneración de derechos constitucionales. 3.7 Las accio-

* Socio de la firma AVL Abogados; profesor de la Universidad San Francisco de Quito; abogado y doctor en jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; LL.M. por McGill University; M.A. in Economics por el King's College London.

** Asociada de la firma AVL Abogados, Abogada por la Universidad San Francisco de Quito; Máster en Litigio y Arbitraje Internacional por la Universidad San Francisco de Quito; Máster en Fiscalidad Internacional por la Universidad Internacional de la Rioja; candidata a la Maestría en Derecho con mención en Planificación Tributaria y Fiscalidad Internacional por la Universidad Andina Simón Bolívar.

*** Asociada Senior de la firma AVL Abogados; profesora de la Universidad San Francisco de Quito, L.L.B.B.A. en Administración de Empresas por la Universidad San Francisco de Quito, M.B.A. por Bucerius Law School, WHU Otto Beisheim School of Management.

**** Asociada Senior de la firma AVL Abogados, Abogada por la Universidad San Francisco de Quito; Máster en Derecho por la Universidad de McGill; Diploma in EU Competition Law por el King's College London.

***** Abogada por la Universidad San Francisco de Quito.



nes de nulidad son resueltas extemporáneamente. 3.8 Otros hallazgos. 4. Consideraciones previas sobre la acción de nulidad. 5. Análisis cuantitativo. 5.1. ¿Cuántas acciones de nulidad han sido presentadas a nivel nacional? 5.2. ¿Quiénes inician las acciones de nulidad? 5.3. ¿Cuáles son las causales más invocadas? 5.4 ¿Cuáles son las causales más aceptadas por las cortes provinciales? 5.5 ¿Cuánto tarda en resolverse una acción de nulidad en Ecuador? 5.6. ¿Quiénes son demandados en una acción de nulidad? 5.7. Correlación con número de procesos arbitrales presentados en los distintos Centros y las acciones de nulidad iniciadas. 6. Análisis Cualitativo. 6.1. Casual a). 6.2. Casual b). 6.3 Casual c). 6.4. Casual d). 6.5. Casual e). 6.6 ¿Se ha declarado la nulidad de un laudo arbitral por causales no contempladas en el artículo 31 de la LAM? 7. Conclusiones.

RESUMEN: Este artículo realiza un análisis cualitativo y cuantitativo de las acciones de nulidad de laudos arbitrales presentadas en Ecuador desde la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación en el 1997, con el objetivo de contrastar las normas legales con la práctica judicial. Esta aproximación nos ha permitido detectar los aciertos y las falencias de las resoluciones de las cortes provinciales sobre la acción de nulidad.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, acción de nulidad, laudos arbitrales.

Twenty-four years annulment action of awards: an empirical analysis

ABSTRACT: This article undertakes a qualitative and quantitative analysis of the setting aside applications against arbitral awards brought in Ecuador since the enactment of the Arbitration and Mediation Law in 1997, with the aim of confronting the law with the courts' practice. This approach has allowed us to identify the strengths and shortcomings of the decisions of the provincial courts on the actions for setting aside awards.

KEYWORDS: arbitration, annulment, awards.

1. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN DE LOS HALLAZGOS

La acción de nulidad es un punto de inflexión para el arbitraje. Es la frontera procesal donde lo privado se encuentra con lo público. Si la acción de nulidad no es bien administrada por las cortes estatales, las bondades del arbitraje se desvanecen, pues de poco sirve obtener un laudo jurídicamente sólido, dictado por árbitros idóneos, en tiempos razonables, si luego es anulado erróneamente por las cortes. Bien administrada, la acción de nulidad es un medio efectivo de tutela de los derechos de las partes procesales, especialmente del debido proceso y el derecho a la defensa.

Existe extensa doctrina nacional y comparada sobre la acción de nulidad, por lo que este artículo no pretende ahondar sobre los estudios doctrinarios existentes. En contraste, pretende demostrar empíricamente los efectos reales de la acción de nulidad desde la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante la “LAM”) en 1997. Esta aproximación nos permitirá desmitificar ciertos temores sobre asuntos que son menos relevantes de lo que pensábamos –y que son objeto de intensos debates académicos– y alertar sobre otros que tienen la capacidad de desnaturalizar a la acción de nulidad si no son corregidos a tiempo.

Para tal efecto, luego de explicar la muestra analizada en este estudio (sección 2), explicaremos los principales hallazgos acompañados de las interpretaciones de los autores (sección 3). Después de contextualizar a la acción de nulidad (sección 4), emprenderemos un análisis cuantitativo (sección 5) y cualitativo (sección 6) de dicha acción, para finalmente alcanzar ciertas conclusiones (sección 7).

2. LA MUESTRA

La muestra de este estudio consiste en 259 sentencias judiciales que resuelven acciones de nulidad de laudos arbitrales expedidas a nivel nacional en los últimos 20 años (desde 2001 hasta el 2020). Utilizamos dos fuentes: (i) todas las sentencias disponibles en el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (en adelante

“SATJE”¹ y (ii) ciertos expedientes físicos a los que hemos tenido acceso. La muestra es estadísticamente significativa porque considera el 100% de sentencias que pueden obtenerse en el SATJE².

3. LOS HALLAZGOS

En el proceso de investigación tratamos de identificar varias correlaciones (i.e. relación lineal y proporcional entre dos variables) considerando diversos elementos y datos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad. Hemos descartado varias correlaciones, dejando solo aquellas que son lógicas y estadísticamente plausibles. A continuación resumimos los principales hallazgos encontrados.

3.1. Los árbitros son buenos guardianes del debido proceso

Se estima que entre el 10% de los laudos arbitrales son impugnados vía acción de nulidad. Este porcentaje no es preciso porque no existen cifras oficiales ni públicas del universo de procesos arbitrales que han concluido en Ecuador a partir de la expedición de la LAM. Adicionalmente, la información de los centros que administran arbitrajes es limitada y se desconoce el número de procesos *ad hoc*.

En todo caso, se estima que, de todas las acciones de nulidad propuestas, solo el 9% son aceptadas; es decir, apenas el 1% total de laudos arbitrales son finalmente anulados.

Estos porcentajes no son preocupantes y se encontrarían acordes con la media mundial³, lo cual nos lleva a pensar que la

1. El Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano se implementó a partir del año 2011, después del referéndum de 7 de mayo de 2011 y del estado de excepción de la Función Judicial mediante el decreto 874 de 5 de septiembre de 2011. Este sistema registra y permite realizar un seguimiento en tiempo real de las actividades desarrolladas en cada una de las causas de todas las judicaturas a nivel nacional.

2. Esto no quiere decir, sin embargo, que el 100% de sentencias de nulidad hayan sido consideradas, pues enfrentamos varios obstáculos en la recolección de los datos, entre ellos, (i) el SATJE fue implementado a partir del 2011 y antes de ello no era posible hacer búsquedas por tipo de acción; (ii) podrían existir potenciales errores en la categorización de la información por parte del SATJE; y (iii) casos no actualizados, no digitalizados, entre otros errores del SATJE y de quienes lo alimentan.

3. Con el objetivo de comparar el porcentaje de anulación de laudos arbitrales en Ecuador se ha investigado el porcentaje de anulación de laudos en los principales Centros de Arbitraje del

acción de nulidad, en principio, no constituye un peligro real para el sistema arbitral, como en ocasiones se propone en círculos académicos y profesionales. Esto se debe, en gran medida, a que las cortes provinciales han sabido contener los intentos de las partes procesales de volver a la acción de nulidad una instancia más de litigio. No obstante, existe el riesgo de que esta realidad cambie si las cortes provinciales continúan interpretando ciertas causales de manera errónea, como comentaremos más adelante.

Estos números también indican que los árbitros, en su contundente mayoría, son buenos guardianes del debido proceso. El hecho de que solo el 1% de los laudos sean anulados es una muestra inequívoca de que los árbitros rara vez incurren en errores *in procedendo*. En consecuencia, no debe quedar duda de que en el sistema arbitral las garantías procesales y constitucionales son celosamente resguardadas.

3.2. La acción de nulidad es una extensión del litigio principal propiciada por el demandado

El 75% de las acciones de nulidad son propuestas por quien fue demandado en el arbitraje y solo el 25% por el actor.

Estos porcentajes permiten intuir que los demandados encontrarían en la acción de nulidad una oportunidad para continuar litigando el caso y retardar la ejecución de la decisión. Esta es la única explicación plausible que encontramos, pues sería irrazonable pensar que las violaciones al debido proceso, sobre las que versan las causales de nulidad, perjudican en su gran mayoría a la parte demandada (75%) y en menos medida a la parte actora (25%).

La estrategia del demandado, sin embargo, se ve seriamente truncada por el efecto devolutivo (no suspensivo) de la acción de

mundo y en varias jurisdicciones. A continuación, se resumen los porcentajes de anulación de laudos arbitrales:

- Según las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional, desde el año 2015 hasta el año 2019 se han presentado 223 acciones de nulidad y únicamente se han aceptado 27 acciones.
- En el caso del CIADI, la anulación de laudos tiene un enfoque más restrictivo. Entre el 2001 y el 2010 las estadísticas evidencian que el porcentaje de anulación fue del 13%, mientras que en el período de 2011 a 2020 el porcentaje de anulabilidad de laudos fue del 3.1%.

nulidad, pues el laudo puede ser ejecutado a menos de que se haya solicitado su suspensión rindiendo caución suficiente, conforme dispone el artículo 31 de la LAM. En la práctica, la suspensión es raramente solicitada por el costo disuasivo que implica presentar una caución.

A lo anterior se debe añadir que el porcentaje de éxito de una acción de nulidad, como fue explicado, es mínimo (9%). Entonces, la aventura de demandar la nulidad de un laudo, bajo un análisis costo beneficio, es onerosa y poco prometedora, especialmente cuando el demandado conoce que su acción no tiene futuro. Retardar la agonía de la parte vencida, incurriendo en mayores costos (ej. honorarios de abogados) hasta que la corte provincial deseche la acción de nulidad en pocos meses, no es una estrategia acertada.

3.3. Las incongruencias *extra* y *ultra petita* son las causales preferidas de los accionantes

Del universo de sentencias analizadas, en el 44% de ellas se invocó la causal d) del artículo 31 de la LAM que se refiere a las incongruencias *extra petita* (i.e. resolver sobre cuestiones no sometidas a arbitraje) y *ultra petita* (i.e. conceder más allá de lo reclamado). Solo en Pichincha –provincia donde más casos de arbitraje existen y, correlativamente, de acciones de nulidad– casi la mitad de las acciones de nulidad se fundamentan en dicha causal. ¿Por qué esta causal es tan popular? Simple: porque los jueces se han extralimitado en sus funciones y han permitido que esta causal se convierta en un cajón de sastre. Volveremos sobre esta afirmación en el acápite siguiente.

Preocupa también que causales distintas a las previstas en el artículo 31 de la LAM sean también populares a nivel nacional y, en provincias como Guayas y Azuay, sean las segundas más invocadas. Del 100% las acciones presentadas en estas provincias, el 22% se refieren a vulneraciones al debido proceso, específicamente por la vulneración al derecho a ser juzgado por un juez competente, por violaciones al derecho a la defensa y por falta de motivación del laudo.

3.4. Lo más preocupante: los asuntos misceláneos, disfrazados de incongruencias *extra* y *ultra petita*, configuran la principal causal de nulidad de laudos en Ecuador

La causal (d) del artículo 31 de la LAM (incongruencias *extra* y *ultra petita*) no le debe su popularidad a que los árbitros incurran frecuentemente en estas incongruencias, sino a que los jueces han permitido que en ella se cuele un surtido listado de causas que no tienen relación con la norma. No nos encontramos, entonces, ante el análisis de una causal definida, sino ante una serie de causales que han permitido que la acción de nulidad extienda furtivamente su alcance gracias al ingenio de los accionantes y la extralimitación de los jueces. En consecuencia, la gran demanda que tiene esta causal en el mercado no debe sorprendernos, pues, mientras más asuntos permeen en esta causal, mayor será el universo de accionantes.

En las motivaciones que han aceptado las cortes provinciales para anular laudos, mal utilizando la causal (d) del artículo 31 de la LAM, se observan dos vertientes:

Errores de derecho: por ejemplo, sobre i) la inarbitrabilidad de la disputa, especialmente sobre actos administrativos⁴; ii) la interpretación de un contrato; iii) la orden de pago a favor del socio de una compañía sin que haya precedido un proceso de liquidación⁵; iv) la declaratoria de validez de una escritura pública sin haber estado facultado el Tribunal para ello en el convenio arbitral⁶; y v) no haber imputado apropiadamente el valor de un anticipo a una deuda⁷.

Errores en la valoración de la prueba: por ejemplo, sobre la orden de un tribunal a pagar daños sin considerar un informe pericial⁸ y

4. Proceso 17100-2013-0042, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 16 de mayo de 2018; y proceso 17100-2018-00006, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 2 de agosto de 2018.

5. Proceso No. 17100-2018-0032, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 13 de febrero de 2019.

6. Proceso No. 09100-2018-00016, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 8 de agosto de 2018.

7. Proceso No. 09100-2019-00013, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 17 de septiembre de 2019.

8. Proceso No. 17113, 2014, 1296, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 10 de octubre de 2014.

ii) la falta de valoración de una prueba que habría dejado al actor en indefensión⁹.

Del 100% de laudos anulados bajo la causal bajo análisis, estimamos que la mitad se refieren realmente a las incongruencias *extra y ultra petita*. Esta conclusión es alarmante porque ello implicaría que, en realidad, una de las principales causales para anular laudos en Ecuador –a la que podemos denominar la causal “misceláneos”– no se encuentra prevista en la ley.

Esta realidad inquieta, no solo porque los jueces se han extralimitado en la aplicación de la LAM, sino porque la causal “misceláneos” se refiere mayormente a asuntos de fondo sobre los cuales no tienen competencia las cortes provinciales, como ellas mismas lo han advertido¹⁰.

El actuar de las cortes provinciales está supeditado al marco jurídico ecuatoriano, lo cual implica que se ven compelidas, por un lado, a admitir a trámite únicamente las causales previstas taxativamente en el artículo 31 de la LAM y, por otro lado, a rechazar de plano toda causal que se refiera a la aplicación del derecho y a la valoración de las pruebas, pues las partes del convenio arbitral le han otorgado esa facultad, de manera exclusiva y excluyente, a los árbitros.

Especial mención merecen los casos donde, con el pretexto de analizar la causal (d), las cortes provinciales han entrado a analizar la arbitrabilidad de la materia sometida al arbitraje, cuando esta valoración es una prerrogativa exclusiva de los árbitros¹¹. El artículo 22 de la LAM determina que los árbitros resolverán su propia

9. Proceso No. 09100-2014-0166, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 9 de diciembre de 2014.

10. Proceso No. 17100-2015-00003, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 17 de noviembre de 2015: “[...] *sin que sea competencia de esta Autoridad el revisar el fondo de tal pronunciamiento, puesto que como ya se manifestó, la acción de nulidad de laudo arbitral no es una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo...*”.

Véanse también los siguientes procesos: Proceso No. 17100-2018-00027, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 6 de mayo de 2019; No. 17100-2019-00003, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 15 de mayo de 2019; Proceso No. 09100-2014-0005, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 18 de febrero de 2014.

11. En otras legislaciones esta prerrogativa es compartida con los jueces cuando una de las causales de nulidad de un laudo es la inarbitrabilidad de la materia o por razones de orden público. En Ecuador tales causales no existen.

competencia en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, para lo cual deberán necesariamente examinar si la materia que conocen es transigible o no. Realizar este análisis de manera *ex post*, por parte de un órgano judicial que carece de competencia, despojando a los árbitros de sus facultades y sin norma que lo permita, implica una violación a la garantía constitucional del debido proceso¹².

Parecería innecesario explicar en qué consisten las inconsistencias *extra* y *ultra petita* de las que trata la causal (d) del artículo 31 de la LAM –las mismas cortes provinciales se han encargado de hacerlo con claridad¹³– y por qué estas inconsistencias no tienen relación alguna con la arbitrabilidad de las controversias. Bastaría por resaltar que mientras las primeras exigen un examen de errores *in procedendo* de competencia exclusiva de las cortes provinciales, la segunda implica un examen *in iudicando* de competencia exclusiva de los árbitros.

3.5. El resto de las causales, en la mayoría de los casos, son resueltas de manera apropiada

La resolución de las demás causales de nulidad se realiza de manera adecuada por las cortes provinciales debido a que los jueces se basan en exámenes adecuados para que proceda cada causal, alcanzando cierta predictibilidad sobre el alcance de las causales de nulidad y su aplicación en la práctica.

12. Constitución de la República, artículo 76(7)(k): “Ser juzgado por una jueza o juez... competente”. Véase también la Sentencia No. 1737-16-EP/21 de 21 de julio de 2021: “*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*”.

13. Proceso No. 17100-2018-00006, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 2 de agosto de 2018: “*La incongruencia se produce cuando la porción dispositiva del laudo ha incorrectamente considerado la dinámica entre pretensiones y excepciones respecto de su contenido y ha fallado sobre asuntos distintos o mayores a los restringidamente resultantes de la interacción de esas pretensiones o excepciones. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, e) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita o infra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda, la contestación y la parte dispositiva de la sentencia*”.

Véanse también los siguientes procesos: Proceso No. 17100-2014-0059, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 7 de enero de 2016; proceso No. 17100-2018-00029, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 3 de diciembre de 2018.

3.6. Los laudos pueden ser anulados por la Corte Constitucional por causales distintas a las previstas en la LAM cuando estas configuren violaciones constitucionales

En el año 2019 la Corte Constitucional emitió dos sentencias en las que se refirió a la necesidad de agotar la acción de nulidad previo a iniciar una acción extraordinaria de protección, evitando así que esta última sea desnaturalizada.

La Corte Constitucional enfatizó en dichas sentencias que la acción de nulidad es *“un medio de impugnación extraordinario por errores in procedendo en el arbitraje y vicios de extra petita en la decisión, relacionados al debido proceso arbitral y establecidos taxativamente...”*¹⁴. Este medio extraordinario no puede interponerse a menos de que verse sobre una vulneración de derechos que no esté concebida como causal de nulidad en la LAM¹⁵. En la práctica, esta posibilidad es limitada, pues las causales de nulidad de la LAM salvaguardan ampliamente el derecho constitucional a la defensa de las partes.

3.7. Las acciones de nulidad son resueltas extemporáneamente

El artículo 31 de la LAM dispone que las cortes provinciales deberán resolver la acción de nulidad *“dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa”*. Si bien el término previsto por el legislador parecería ser apretado, no podemos dejar de mencionar que esta disposición ha sido ampliamente ignorada.

3.8. Otros hallazgos

Este artículo contiene otros hallazgos que arrojan los datos de las sentencias estudiadas, entre otros, si los árbitros son demandados en las acciones de nulidad.

14. Corte Constitucional, Sentencia No. 31-14-EP/19 de 19 de noviembre de 2019.

15. Corte Constitucional, Sentencia No. 31-14-EP/19 de 19 de noviembre de 2019: *“En consecuencia, por las consideraciones expuestas, esta Corte Constitucional determina que las causales establecidas expresamente en el artículo 31 de la LAM deben ser agotadas cuando la vulneración que se pretende alegar en la acción extraordinaria de protección se enmarque en una de ellas. Sin que ello signifique que otras vulneraciones que no encuentren sustento en la acción de nulidad puedan ser presentadas de forma directa ante esta Corte a fin de que estas tengan una tutela constitucional que las garantice”*.

4. CONSIDERACIONES PREVIAS

La acción de nulidad de un laudo arbitral es una acción contemplada en el artículo 31 de la LAM que tiene por objeto anular un laudo por las razones expresamente previstas en dicho artículo. Se trata de una acción autónoma –no un recurso vertical– que puede ser presentado por cualquiera de las partes procesales.

La acción de nulidad debe interponerse ante tribunal arbitral que dictó el laudo en el término de 10 días contados desde la fecha de ejecutoría del laudo¹⁶. La parte que interpone la acción de nulidad puede solicitar la suspensión de la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo podría causar a la otra parte. El árbitro o tribunal arbitral, en el término de 3 días, debe fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo si esta es rendida¹⁷.

El tribunal arbitral debe remitir el proceso al presidente de la Corte Provincial del lugar en donde fue dictado el laudo, quien deberá verificar si la acción fue interpuesta dentro del término. De ser así, el presidente de la Corte Provincial pondrá la acción de nulidad en conocimiento de la contraparte para que la conteste dentro de un término de 5 días¹⁸. De lo contrario, inadmitirá la acción de nulidad.

En una sentencia del año 2020, la Corte Constitucional señaló que quien debe determinar si la acción de nulidad fue presentada dentro del término es el tribunal arbitral.

La acción de nulidad conforme el ordenamiento jurídico debe ser presentada ante el árbitro o tribunal arbitral para que este pueda calificar su oportunidad. En caso de ser oportuna, remitirá el proceso al presidente de la Corte Provincial respectivo. Contrario sensu, los árbitros deberán declarar la extemporaneidad de la acción y tenerla como no interpuesta, pues debe procurarse una oportuna y consecuente ejecución del laudo arbitral conforme a la ley una vez que ha fenecido el

16. Artículo 1, Reglas a aplicarse en el trámite de acción de nulidad de laudo arbitral, Resolución de la Corte Nacional de Justicia 8, Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.

17. Artículo 31, Ley de Arbitraje y Mediación.

18. Artículo 1, Reglas a aplicarse en el trámite de acción de nulidad de laudo arbitral, Resolución de la Corte Nacional de Justicia 8, Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.

término para interponer la única acción legal que se puede interponer contra este con potencialidad de suspender sus efectos¹⁹.

El presidente de la Corte Provincial debe resolver la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa, luego convocará a las partes a una audiencia para que presenten sus posiciones. En dicha audiencia se practicarán las pruebas que hubieren sido anunciadas al proponer la acción de nulidad²⁰ y se dictará la sentencia de manera oral y motivada²¹.

No se podrán interponer recursos en contra de la sentencia que dicte el presidente de la corte provincial respecto de la acción de nulidad de laudo²².

5. ANÁLISIS CUANTITATIVO

En esta sección se realizará un análisis cuantitativo sobre el número de acciones de nulidad de laudos arbitrales [5.1]; el porcentaje de las acciones iniciadas por los actores o demandados [5.2]; las causales de nulidad más invocadas [5.3]; las causales de nulidad más aceptadas por las cortes provinciales [5.4]; el tiempo aproximado de resolución de una acción de nulidad [5.5]; análisis respecto de quiénes han sido los sujetos de las acciones de nulidad en la práctica [5.6]; y se analizará la correlación entre los arbitrajes administrados por los principales centros de arbitraje del país y el número de acciones de nulidad iniciados anualmente [5.7].

5.1. ¿Cuántas acciones de nulidad han sido presentadas a nivel nacional?

Desde el año 2001 hasta la fecha de cierre de esta investigación, el número de acciones de nulidad presentados por año ha sido diverso. Los años en que más acciones se han presentado fueron

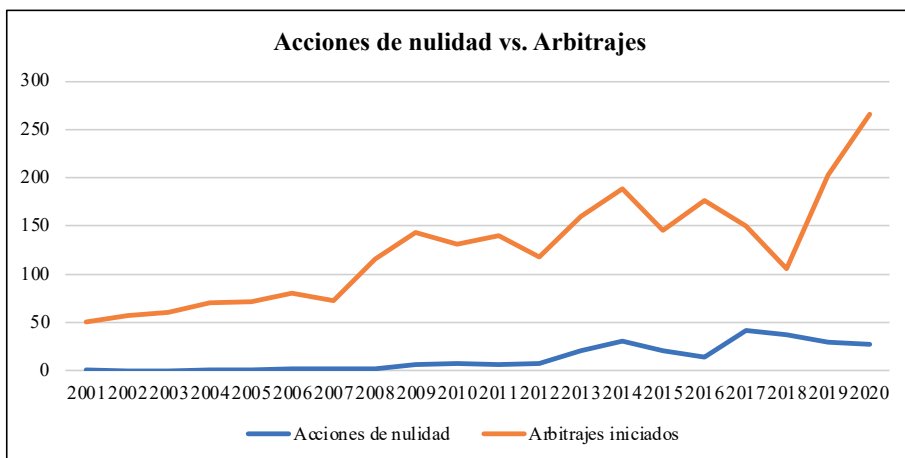
19. Corte Constitucional, Sentencia No 308-14-EP/20 de 19 de agosto de 2020.

20. Artículo 1, Reglas a aplicarse en el trámite de acción de nulidad de laudo arbitral, Resolución de la Corte Nacional de Justicia 8, Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.

21. Artículo 3, Reglas a aplicarse en el trámite de acción de nulidad de laudo arbitral, Resolución de la Corte Nacional de Justicia 8, Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017. Ver también, Artículo 79, Código Orgánico General de Procesos.

22. Artículo 4, Reglas a aplicarse en el trámite de acción de nulidad de laudo arbitral, Resolución de la Corte Nacional de Justicia 8, Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.

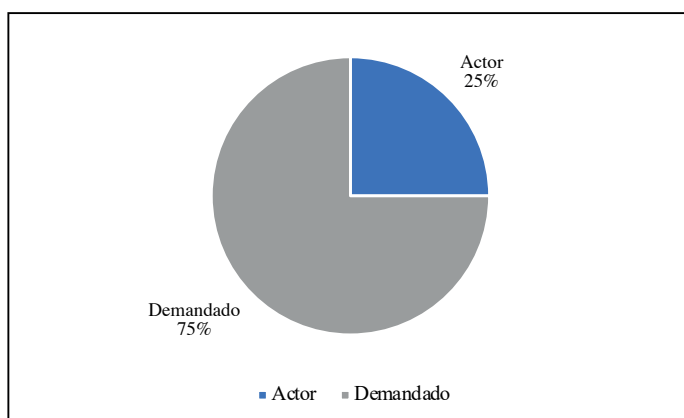
2014, 2017, 2018, 2019 y 2020 tal como se detalla en el gráfico que consta a continuación:



El aumento en el número de las acciones de nulidad iniciados parecería guardar cierta relación proporcional con el aumento de arbitrajes por año. Sin embargo, por las limitaciones de la información disponible, no es posible atribuir conclusiones inequívocas.

5.2. ¿Quiénes inician las acciones de nulidad?

Del análisis realizado se desprende que en la mayoría de los casos son los demandados en el proceso arbitral quienes recurren a la acción de nulidad:

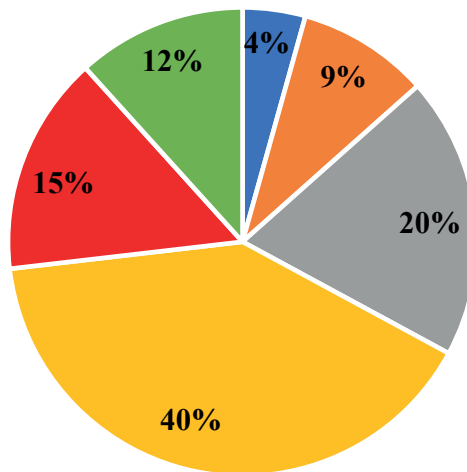


El 75% de las acciones de nulidad presentadas a nivel nacional corresponde a las partes que actuaron en calidad de demandados en el arbitraje. Esto demuestra que la acción de nulidad tiene más relación con la intención del demandado de retardar la ejecución del laudo, que con la impugnación de la decisión arbitral por motivos procesales genuinos.

5.3. ¿Cuáles son las causales más invocadas?

De las acciones de nulidad analizadas para la provincia de Pichincha, para las cuales ya existe una sentencia disponible que permita conocer las causales invocadas por la parte accionante, se desprende que la causal d) es la causal más invocada, seguida de la causal c). El porcentaje de veces que fueron invocadas estas causales ya sea de manera independiente o conjunta, se muestra a continuación:

Causales más invocadas en Pichincha

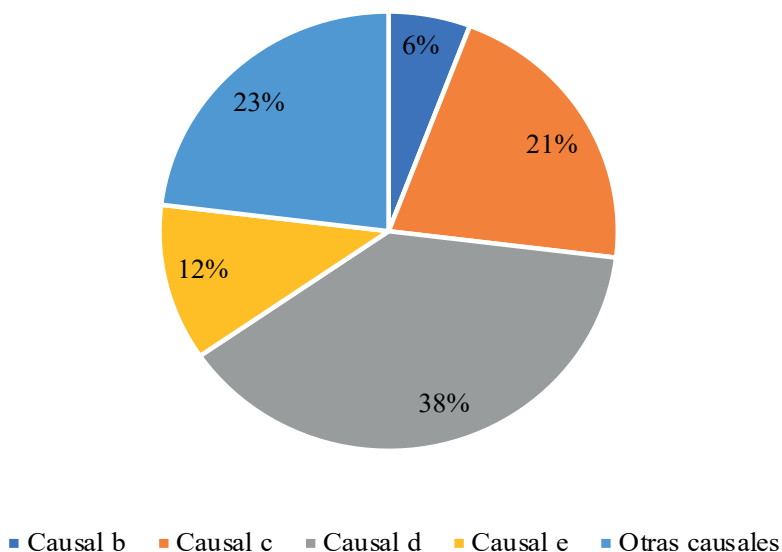


■ Causal a) ■ Causal b) ■ Causal c) ■ Causal d) ■ Causal e) ■ Ninguno

Las “otras causales” invocadas están relacionadas con vulneraciones del derecho al debido proceso, la emisión del laudo fuera del plazo, así como la vulneración al derecho de petición.

En el caso de la Provincia del Guayas, de las 63 acciones de nulidad resueltas se desprende que la causal más invocada es la causal d) con un 38%²³. Sin embargo, en el 23% de las acciones analizadas, fueron invocadas otras causales no previstas en la LAM. El porcentaje de veces que fueron invocadas las causales ya sea de manera independiente o conjunta se muestra a continuación:

Causales más invocadas en Guayas



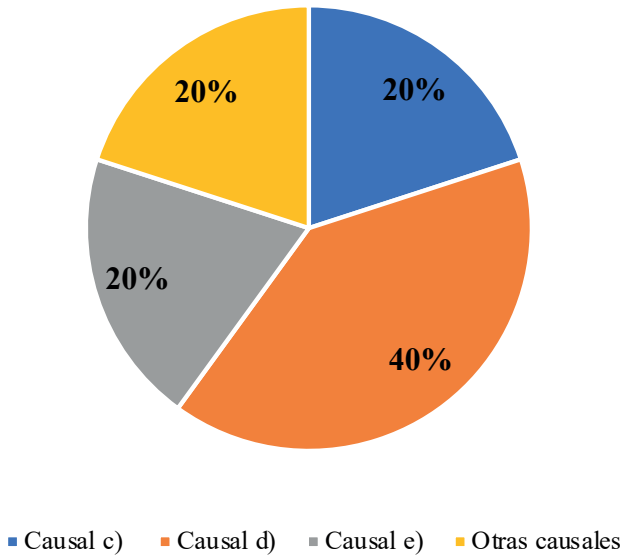
Entre las “otras causales” invocadas por la parte accionante se encuentran: i) haber transgredido el derecho de petición de una de las partes; ii) falta de motivación del laudo; iii) violación al debido proceso; iv) “motivación absurda” del laudo; y v) la vulneración al derecho de ser juzgado por un juez imparcial y competente.

En los casos resueltos por la presidencia de la Corte Provincial del Azuay, en el 40% de las 5 acciones de nulidad resueltas se invocó

23. En provincias como Tungurahua o Manabí, no ha sido posible identificar las acciones.

la causal d); en un 20% la causal e); en el 20% la causal c); y en un 20% la falta de motivación del laudo, como se muestra en el siguiente gráfico:

Causales más invocadas en Azuay



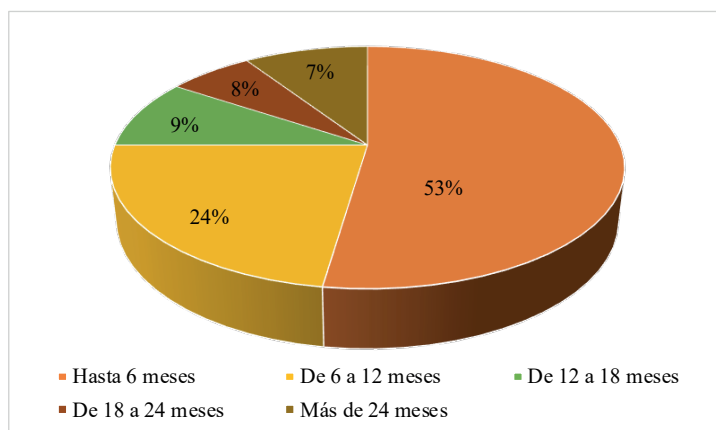
5.4. ¿Cuáles son las causales más aceptadas por las cortes provinciales?

En las provincias de Pichincha y Guayas, que son estadísticamente las más representativas, la causal más invocada y además más aceptada por la presidencia de la Corte Provincial fue la d).

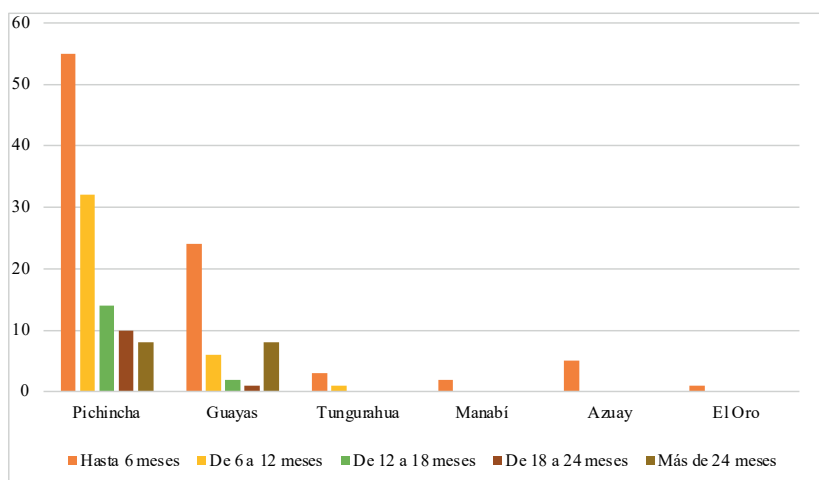
5.5. ¿Cuánto tarda en resolverse una acción de nulidad en Ecuador?

El artículo 31 de la LAM establece que las acciones de nulidad deben ser resueltas en el término de 30 días desde que la presidencia de la Corte Provincial avoca conocimiento de la causa. Pese a esto, en la práctica, las acciones de nulidad en el Ecuador no son resueltas en este término.

Hasta la presente fecha se han resuelto 188 acciones de nulidad desde la promulgación de la LAM. El 53% de ellas son resueltas dentro de los 6 meses desde su presentación; existen un número ínfimo de casos en los que la acción de nulidad fue resuelta dentro de los 30 días previstos en la LAM. Asimismo, como se puede observar en el gráfico; el 24% de las acciones han sido resueltas entre los 6 y 12 meses; el 9% de los casos en 12 a 18 meses; el 8% en 12 a 24 meses. Solamente el 7% de las acciones de nulidad son resueltas en más de 24 meses.



Esta tendencia se mantiene en cada una de las cortes provinciales a nivel nacional. Como se demuestra en el siguiente gráfico, las acciones de nulidad son resueltas mayoritariamente dentro de los primeros 6 meses desde su presentación.



5.6. ¿Quiénes son demandados en una acción de nulidad?

La Corte Nacional de Justicia y las cortes provinciales se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre la legitimación de las acciones de nulidad enfatizando que estas deben oponerse en contra de los titulares del derecho de contradicción; es decir, *“en contra de quienes son los sujetos procesales del primer proceso que se ven directamente afectados por la declaratoria de nulidad en caso de producirse”*²⁴. Consecuentemente, el tribunal arbitral que dicta el laudo no es el llamado a contradecir una acción de nulidad.

Este criterio fue compartido por la Corte Constitucional en la sentencia No. 308-14-EP/ 20 en la que señaló que la legitimación pasiva de una acción de nulidad le corresponde a la parte del arbitraje que no interpuso la acción de nulidad y no a los árbitros o a la institución administradora del arbitraje²⁵.

Pese a lo anterior, en los casos analizados se pudo evidenciar que en el 25% de los casos se demandó a los árbitros que dictaron el laudo objeto de la anulación y en el 1% de casos se demandó al centro de arbitraje.

5.7. Correlación entre el número de procesos arbitrales y de acciones de nulidad

El porcentaje de las acciones de nulidad parecería estar estrechamente relacionado con el número de arbitrajes. A manera

24. Proceso No. 17100-0069-2008, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 8 de febrero de 2010.

Véase además el proceso No. 17100-2014-0068, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 20 de marzo de 2015.

25. Corte Constitucional, Sentencia No 308-14-EP/20 de 19 de agosto de 2020:

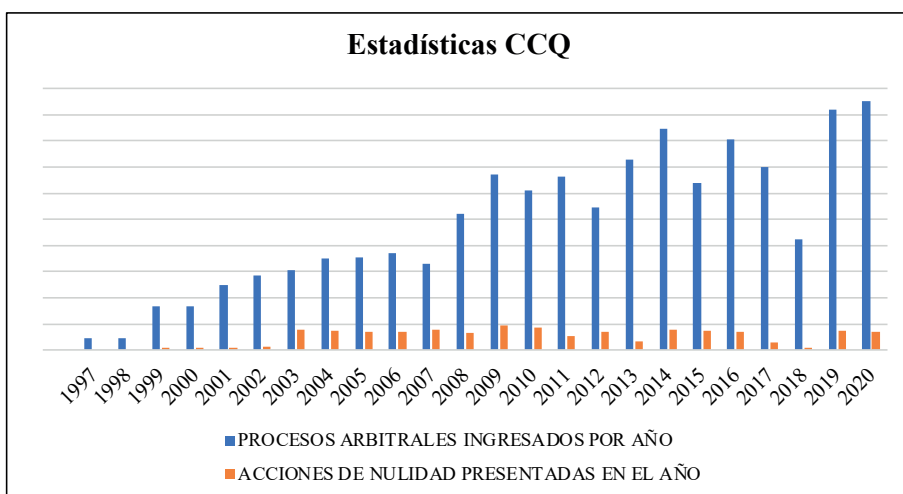
“A pesar de la indeterminación en la norma legal en cuanto a la legitimación pasiva, debe entenderse que la declaratoria de nulidad de un laudo arbitral puede afectar directamente a la contraparte del arbitraje, a quien ya se le confirió certeza sobre determinada controversia por la autoridad de cosa juzgada del laudo arbitral. Por lo cual, la parte procesal del arbitraje que no presentó la acción de nulidad del laudo arbitral es la llamada a contradecir la pretensión de nulidad, en tanto dicha decisión tiene la potencialidad de alterar su situación jurídica.

En este punto, cabe precisar que 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”.

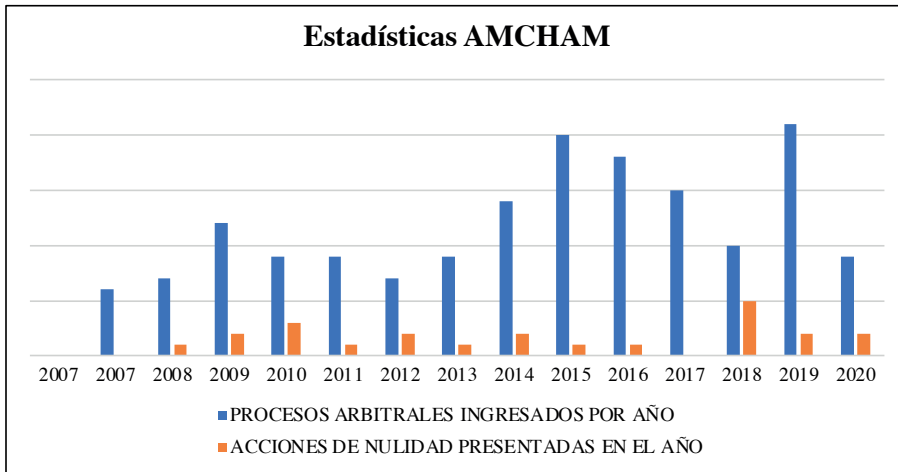
de ejemplo, hemos seleccionado los datos de dos de los principales centros de arbitraje del país con el objetivo de determinar dicha correlación:

Del análisis de los datos de: i) Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito; ii) el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana se desprende que, de los 2378 procesos arbitrales tramitados, se presentaron 271 acciones de nulidad; es decir, en un 11,4% de los casos.

En los gráficos que se muestran a continuación se evidencia la mencionada correlación. En el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, el porcentaje acciones de nulidad interpuestas desde el año 1997 al año 2020 es del 11% en comparación con el número de arbitrajes:



En el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, la relación entre los arbitrajes y las acciones de nulidad interpuestas en el período del 2007 y 2020 es del 19%:



Estas estadísticas estarían acordes a la media mundial, tal como fue señalado anteriormente²⁶.

6. ANÁLISIS CUALITATIVO

A continuación, se expondrán los principales criterios adoptados por las presidencias de las cortes provinciales para verificar las causales de nulidad previstas en el artículo 31 de la LAM [6.1-6.5]. Finalmente, se examinarán los casos en que se han anulado laudos por una causal distinta a las previstas en el artículo 31 de la LAM [6.6].

6.1. Causal a): que no se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se haya seguido y terminado en rebeldía.

La LAM exige el cumplimiento de los siguientes presupuestos para que se verifique esta primera causal:

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 haga valer sus derechos y, además, que el

26. N. 8.

demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia.

Con el fin de determinar si esta causal se verifica, los presidentes de las cortes provinciales analizan si existe documentación que respalde la citación o que demuestre que el demandado no tuvo la oportunidad de intervenir en el proceso arbitral y oponer excepciones²⁷.

Entonces, esta causal prosperará únicamente si se verifican de manera conjunta todas las condiciones previstas en la LAM: (i) la falta de citación al demandado o que la citación no se hubiera realizado en forma legal; (ii) que el juicio haya iniciado y terminado en rebeldía; (iii) que el demandado no haya presentado excepciones debido a la falta de citación; y (iv) que el demandado hubiere reclamado la falta de citación al intervenir en el proceso. Estos cuatro requisitos fueron resumidos a sentencia de la Corte Provincial de Pichincha:

En este orden de ideas, para invocar esta causal, el artículo 31 de la LAM establece como requisitos la concurrencia simultánea de cuatro hechos, sin los cuales la acción no podría prosperar, estos son: a) Que no se haya citado la demanda al demandado o que dicha citación no fuere legal; b) Que el juicio haya seguido y terminado en rebeldía; c) Que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca excepciones o haga valer sus derechos; d) Que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia²⁸.

27. Proceso No. 17100-2017-00007, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 1 de septiembre de 2017: “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”; es decir, esta causal tiene por objeto que el órgano jurisdiccional anule un laudo dictado en un proceso arbitral, cuando se viole una solemnidad sustancial, de por sí insubsanable, como es la falta de citación de la demanda y por causar indefensión a la parte demandada, al no permitirle conocer su contenido y poder ejercer su derecho de defensa”.

Véase también proceso No. 17100-2017-00024, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 17 de noviembre de 2017.

28. Proceso No. 17100-2018-00025, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 11 de diciembre de 2018.

Ver también proceso No. 17100-2018-00022, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 18 de enero de 2019; proceso No. 17100-2018-00004, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 13 de septiembre de 2018.

En nuestra opinión, el análisis que los presidentes de las Cortes Provinciales realizan sobre esta causal es el adecuado, puesto que, para determinar su verificación basta determinar documentalmente si se ha citado al demandado y si este ha comparecido o no al proceso.

6.2. Causal b): que 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

La causal contenida en la letra b) del artículo 31 de la LAM procede en los casos en los que *“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”*.

La importancia de esta causal radica en que la notificación es una forma de comunicación entre las partes y los árbitros y, en consecuencia, permite que las partes puedan ejercer su derecho a la defensa y contradicción. En palabras del presidente de la Corte Provincial de Pichincha: *“[...] resulta importante considerar que la notificación de las providencias no solo sirve como mecanismo de comunicación entre los árbitros y las partes, sino que también activa el principio de contradicción que permite al actor o al demandado exponer sus observaciones respecto al proceso arbitral que se está desarrollando”*²⁹.

Las cortes provinciales al analizar esta causal han establecido la necesidad de que concurran tres requisitos: (i) que exista una providencia emitida por el tribunal arbitral; (ii) que la providencia no haya sido notificada a las partes; y (iii) que la falta de notificación haya afectado el derecho a la defensa de las partes³⁰.

29. Proceso No. 17100-2018-00011, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 25 de octubre de 2016.

Ver también proceso No. 17100-2017-00005, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 19 de agosto de 2017; proceso No. 17100-2017-0006, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 9 de noviembre de 2017; proceso No. 17100-2017-00039, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 12 de abril de 2018; proceso No. 17100-2015-0001, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 13 de enero de 2016; proceso No. 17100-2019-00005, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 14 de agosto de 2019.

30. Proceso No. 17100-2015-00016, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 3 de agosto de 2016: *“La causal de nulidad de la letra b) del artículo 31 de la LAM, es muy clara, para que esta opere deben confluír tres elementos fundamentales, primero, debe existir una providencia emitida por el Tribunal Arbitral, es decir, se trata de una providencia emitida una*

Al estar esta causal estrechamente relacionada con el derecho a la defensa y contradicción de las partes. La jurisprudencia ha determinado que para que proceda esta causal debe: (i) existir una providencia emitida por el tribunal arbitral que no haya sido notificada a las partes; (ii) y que debido a la falta de notificación se haya menoscabado efectivamente el derecho a la defensa.

De nuestro análisis se desprende que el control efectuado por los presidentes de las cortes provinciales es adecuado, en la medida en que la falta de notificación no implica necesariamente una vulneración al derecho al debido proceso, siendo necesario para ello verificar que efectivamente se haya vulnerado el derecho a la defensa de una de las partes.

6.3. Causal 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

Otra de las causales de anulación consiste en la falta de notificación de la convocatoria a la práctica de pruebas o de la práctica misma de las pruebas. En este sentido, la letra c) del artículo 31 de la LAM establece que cabe la nulidad de un laudo arbitral 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”*.

En la misma línea de las demás causales, los presidentes de las cortes provinciales de justicia estudian el expediente para determinar

vez que se encuentre debidamente sorteado y posesionado dicho Tribunal; segundo, debe existir falta de notificación a una de las partes con dicha providencia, lo cual se puede verificar de la revisión de los recaudos procesales; y finalmente esta falta de notificación debe limitar el derecho a la defensa de la parte; entonces, únicamente cuando se produzcan estos tres presupuestos se puede alegar nulidad por esta causal, solo de esta forma se puede hablar de que se está afectando al derecho a la defensa, violentando el principio de contradicción, y consecuentemente, transgrediendo el debido proceso, el cual también abarca al principio de inmediación, prohíbe la indefensión y garantiza la defensa de los sujetos procesales en todas las etapas del procedimiento, conforme lo señalan los artículos 75 y 76.7.a de la Constitución de la República”.

Ver también proceso No. 17100-2015-00019, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 20 de junio de 2016; proceso No. 17100-2017-00005, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 19 de agosto de 2017; proceso No. 17100-2017-00039, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 12 de abril de 2018; proceso No. 17100-2019-00005, sentencia dictada por la Corte Provincial de 14 de agosto de 2019.

si existe la convocatoria, la notificación de la convocatoria y la posterior práctica de una prueba solicitada³¹.

En este ejercicio, los presidentes de las cortes provinciales parten de la premisa de que la prueba es una *“actividad/etapa necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho ocurrido, su existencia o contenido según sea el caso”*³².

La jurisprudencia ha sido enfática en que esta causal no puede ser invocada con el fin de que el presidente de la corte provincial se pronuncie sobre la forma en que se practicó la prueba y mucho menos sobre la valoración que hubiere realizado el tribunal arbitral sobre ella³³.

Adicionalmente, en un caso basado en esta causal, se ha establecido que, en los casos en los que una de las partes hubiere alegado *“error esencial”* para una prueba pericial, pero no hubiere justificado el error dentro del término fijado por el tribunal arbitral, no será posible iniciar una acción de nulidad bajo esta causal³⁴. Asimismo, se ha mencionado que si el tribunal arbitral solicita a

31. Proceso No. 17100-2017-00008, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 1 de septiembre de 2017: *“Esta causal puede desglosarse en tres hechos que pueden causar la nulidad del laudo. Tomando en cuenta la redacción de la norma, el primero sería cuando no se hubiera convocado una prueba que fue solicitada por una de las partes; el segundo hecho es que no se haya notificado la convocatoria; y, el tercer hecho sería cuando luego de convocada no se hubiere practicado la prueba, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse. En este caso, las pruebas sí fueron convocadas y ordenadas, sin embargo no fueron practicadas por alguna razón imputable al Tribunal, hecho que deja a la parte en indefensión, ya que si no se practican las pruebas solicitadas, no puede fundamentar sus argumentos y pretensiones”*.

Véanse los siguientes procesos: proceso No. 17100-2017-00037, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 23 de noviembre de 2017; proceso No. 17100-2013-0081, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 7 de diciembre de 2014; proceso No. 17100-2018-00021, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 9 de enero de 2019; proceso No. 17100-2019-00008, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 28 de octubre de 2019; proceso No. 17100-2019-00001, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 2 de mayo de 2019.

32. Proceso No. 17100-2015-00002, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 14 de julio de 2015.

33. Proceso No. 17100-2017-00047, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 11 de abril de 2018; proceso No. 17100-2019-00001, sentencia Pichincha el 2 de mayo de 2019: *“En consecuencia, la valoración del árbitro o tribunal arbitral, no se subsume al vicio de procedimiento contenido en el artículo 31 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación, como ha cuestionado el accionante. Haciéndose hincapié en que no le corresponde a esta Autoridad realizar pronunciamiento respecto a la forma en que se realizó la prueba, o la forma en que el árbitro la analiza o valora al momento de resolver, corresponde a la autoridad pronunciarse, únicamente en caso de que la misma no se haya convocado o convocada no se la haya realizado”*

34. Proceso No. 17100-2011-0028, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 15 de noviembre de 2011.

las partes que justifiquen las razones por las que no se acompañó la prueba a la demanda o a la contestación a la demanda y las partes no lo hacen, no pueden invocar esta causal para anular el laudo³⁵.

Finalmente, la jurisprudencia ha señalado que, si la accionante no especifica las pruebas que no se pudieron practicar, o no fundamenta los hechos que la prueba estaba dirigida a probar³⁶, no procede la acción de nulidad.

En conclusión, el análisis realizado por los presidentes de las cortes provinciales es correcto, en la medida en que se debe realizar un análisis de la prueba solicitada por las partes, la prueba admitida y la prueba que fue efectivamente practicada durante el proceso. Consideramos acertado que los presidentes de las cortes provinciales no lo analicen.

6.4. Causal d): que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado

Como ha sido mencionado anteriormente, la causal de la letra d) ha sido la más invocada por las partes al plantear una acción de nulidad y la que más veces ha sido aceptada por las presidencias de las cortes provinciales al momento de anular un laudo. A continuación presentamos un análisis sobre cómo esta causal ha sido interpretada.

El artículo 31 de la LAM prevé que se pueda iniciar una acción de nulidad cuando *“el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”*.

La Corte Provincial de Pichincha ha anulado laudos bajo esta causal en los siguientes casos:

a) Un tribunal arbitral declaró la nulidad relativa de oficio, pese que esta debía ser declarada a petición de parte y la parte correspondiente no la solicitó³⁷.

35. Proceso No. 17100-2019-00005, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 14 de agosto de 2019.

36. Proceso No. 17100-2019-00008, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 28 de octubre de 2019.

37. Proceso No. 17100-2013-0116, sentencia de 2 de junio de 2015.

b) Los daños y perjuicios establecidos en el laudo se fijaron sin considerar el cálculo del informe pericial³⁸.

c) Un laudo se refirió a actos administrativos y, por lo tanto, a asuntos (a criterio del presidente de la Corte Provincial de Pichincha) no arbitrables, ya que los actos administrativos deberían ser impugnados mediante la interposición de recursos administrativos y acciones judiciales, mas no en procesos arbitrales.

De esta manera, en un primer caso, el presidente de la Corte Provincial de Pichincha determinó que el acto unilateral por el cual la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) solicitó a la empresa OTECEL S.A. el pago de una suma de dinero, tenía como antecedente las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUPERTEL) y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y, por lo tanto, constituía un acto administrativo emitido dentro de la actividad jurídica de la administración. Al tratarse de una decisión unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que producía efectos jurídicos individuales y directos, según el presidente de la Corte, no se trataría de una simple recaudación de valores impuestos contractualmente por los efectos de una cláusula penal, como alegó OTECEL S.A., sino que se trataría de un acto administrativo que solo podía ser impugnado mediante la interposición de recursos administrativos y acciones judiciales³⁹. Por tal razón se verificaba la causal de la letra d) y el laudo debía ser anulado.

En un segundo caso, el presidente de la Corte Provincial de Pichincha determinó que la resolución No. 223 del gerente general de la CAE, que impuso una multa equivalente a 40 veces la tarifa correspondiente al 1% que COTECNA cobró a la importación de AFABA por servicios prestados, sería un acto administrativo sancionatorio y no una multa contractual como alegó COTECNA en el proceso arbitral. Dicho acto administrativo habría ordenado el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al Estado por la importación realizada por AFABA. En consecuencia,

38. Proceso No. 17113, 2014, 1296, sentencia de 10 de octubre de 2014. En este caso, la Sala de lo Civil y mercantil de la Corte Provincial dejó sin efecto la decisión del presidente de la Corte Provincial y declaró la validez del laudo, considerando que el tribunal arbitral se alejó del cálculo establecido en el informe pericial, en aplicación del principio de la sana crítica.

39. Proceso 17100-2018-00006, sentencia de 2 de agosto de 2018.

al igual que en el caso anterior, al tratarse de una declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa no podría ser sometida a arbitraje. El presidente de la Corte Provincial determinó que la imposición de una multa por parte de un funcionario público es la consecuencia del ejercicio de una potestad pública derivada del supuesto incumplimiento de un contrato y no puede someterse a la jurisdicción convencional las controversias no susceptibles de transacción. De esta manera, al verificarse la causal de la letra d) del artículo 41, el laudo debía ser anulado⁴⁰.

d) Un tribunal arbitral resolvió sobre un asunto que no fue motivo de la *litis* arbitral, como resolver sobre la cesión de derechos litigiosos alegada por una de las partes, sin que en el contrato en disputa se hiciera referencia alguna a la cesión de los derechos litigiosos a favor de un beneficiario⁴¹.

e) Un laudo habría incurrido en un vicio de incongruencia *extra petita* cuando, pese a que la parte accionante solicitó que se extinga un registro de una deuda para el periodo comprendido entre los años 2000 y 2005, el tribunal arbitral al dictar el laudo consideró los periodos 2012 y 2016⁴².

f) Un tribunal arbitral resolvió algo distinto a la pretensión de la parte actora, pues la parte actora presentó la demanda para constituir en mora a la parte demandada y el tribunal arbitral ordenó el pago del canon de arrendamiento incumplido⁴³.

g) Un tribunal arbitral ordenó el pago de una cantidad de dinero a uno de los socios de una compañía, sin que previamente hubiere ordenado la liquidación de la sociedad, como había solicitado la parte actora⁴⁴.

Por su parte, en la provincia del Guayas ha declarado la nulidad de laudos arbitrales, con base en causal bajo análisis, en los siguientes casos:

40. Proceso 17100-2013-0042, sentencia de 16 de mayo de 2018.

41. Proceso No. 17100-2007-133, sentencia de 6 de marzo de 2008.

42. Proceso No. 17100-2018-00026, sentencia de 1 de febrero de 2019.

43. Proceso No. 17100-2018-00012, sentencia de 12 de abril de 2019.

44. Proceso No. 17100-2018-0032, sentencia de 13 de febrero de 2019.

a) El árbitro único no analizó lo manifestado por la parte accionante sobre la prueba solicitada, por lo que esta no habría sido practicada ni valorada, lo que habría dejado en indefensión al actor y vulnerado el debido proceso⁴⁵.

b) Un tribunal arbitral dictó un laudo sin resolver la totalidad de las pretensiones, lo cual configurarían un vicio de incongruencia⁴⁶.

c) Un tribunal arbitral se pronunció sobre la validez de una escritura pública de poder general, sin que esta facultad hubiere estado prevista en la cláusula compromisoria y, por lo tanto, al hacerlo, se ha vulnerado el derecho constitucional de los intervinientes en la escritura pública de la referencia, incluido el notario público correspondiente. Esto implicaría la violación al derecho a ser juzgados por autoridad competente, con observancia de las reglas específicas de cada procedimiento, y sobre todo a ser escuchados en igualdad de condiciones, y poder presentar los descargos respectivos⁴⁷.

d) Un tribunal arbitral acumuló dos tipos de responsabilidades respecto a una misma situación jurídica y entre las mismas personas a causa de una infracción contractual, sin que las partes hubieren acordado someter a arbitraje la responsabilidad civil por daños morales⁴⁸.

e) Un laudo que incurrió en un error de cálculo en la parte dispositiva, sin que el tribunal considere un saldo sobre el monto del anticipo en disputa⁴⁹.

Según la jurisprudencia existente, esta causal se habría verificado en los siguientes casos:

i) Cuando el laudo recae sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral; de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, considerando los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria

45. Proceso No. 09100-2014-0166, sentencia de 9 de diciembre de 2014.

46. Proceso No. 09100-2016-00021, sentencia de 3 de agosto de 2016.

47. Proceso No. 09100-2018-00016, sentencia de 8 de agosto de 2018.

48. Proceso No. 09100-2019-00021, sentencia de 19 de agosto de 2019.

49. Proceso No. 09100-2019-00013, sentencia de 17 de septiembre de 2019.

o pacto arbitral tomando en consideración el límite material del arbitraje (materia transigible); o ii) cuando el laudo recae sobre puntos no pedidos en la demanda o en su contestación, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente⁵⁰.

La jurisprudencia también ha señalado que esta causal se verifica cuando el tribunal arbitral concedió a alguna de las partes más de lo solicitado (*ultra petita*), algo distinto a lo solicitado (*extra petita*) o cuando se haya omitido la resolución de una de las pretensiones o excepciones de las partes (*infra petita*)⁵¹.

El examen que realizan los presidentes de las cortes provinciales para establecer si un laudo tiene un vicio de incongruencia consiste en comparar las pretensiones y excepciones de las partes con lo resuelto en el laudo. Es decir, es necesario realizar una “*comparación entre el petitium de la demanda, las excepciones y reconveniones presentadas, y lo resuelto en la sentencia*”⁵².

-
50. Proceso No. 17100-2018-00027, sentencia de 6 de mayo de 2019: “*La incongruencia se produce cuando la porción dispositiva del laudo ha incorrectamente considerado la dinámica entre pretensiones y excepciones respecto de su contenido y ha fallado sobre asuntos distintos o mayores a los restringidamente resultantes de la interacción de esas pretensiones o excepciones. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, e) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita o infra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda, la contestación y la parte dispositiva de la sentencia*”. Véanse los siguientes procesos: proceso No. 17100-2018-00026, sentencia de 1 de febrero de 2019; proceso No. 17100-2018-00016, sentencia de 21 de noviembre de 2018; proceso No. 17100-2018-00012, sentencia de 12 de abril de 2019; proceso No. 17100-2018-00009, sentencia de 1 de octubre de 2018; proceso No. 17100-2018-00038, sentencia de 16 de abril de 2019;
51. Proceso No. 17100-2018-00006, sentencia de 2 de agosto de 2018; proceso No. 17100-2014-00059, sentencia de 7 de enero de 2016; proceso No. 17100-2018-00029, sentencia de 3 de diciembre de 2018;
52. Proceso No. 17100-2014-0078, sentencia de 15 de julio de 2016. Véanse los siguientes procesos: proceso No. 17100-2015-00002, sentencia de 14 de julio de 2015; proceso No. 17100-2015-00003, sentencia de 17 de noviembre de 2015; proceso No. 17100-2015-00007, sentencia de 9 de agosto de 2016; proceso No. 17100-2015-00016, sentencia de 3 agosto de 2016; proceso No. 17100-2016-00002, sentencia de 14 de noviembre de 2016; proceso No. 17113-2014-1296, sentencia de 10 de septiembre de 2014; proceso No. 17100-2017-00005, sentencia de 19 de agosto de 2017; proceso No. 17100-2017-00006, sentencia de 9 de noviembre de 2015; proceso No. 17100-2017-00039, sentencia de 12 de abril de 2018; proceso No. 17100-2017-00017, sentencia de 31 de agosto de 2017; proceso No. 17100-2017-00017, sentencia de 31 de agosto de 2017; proceso No. 17100-2017-00030, sentencia de 8 de noviembre de 2017; proceso No. 17100-2017-00024, sentencia de 17 de noviembre de 2017; proceso No. 17100-2017-00021,

La jurisprudencia de las cortes provinciales incurre, a nuestro criterio, en tres errores:

a. Los jueces no tienen competencia para resolver asuntos sustantivos ni entrar a analizar asuntos de competencia exclusiva de los árbitros, pues la acción de nulidad ha sido universalmente concebida para verificar errores adjetivos o *in procedendo* exclusivamente. En la mayoría de los casos analizados, los jueces se han extralimitado al analizar los méritos de la causa, llevándolos a analizar la transigibilidad de la controversia, valorar nuevamente las pruebas o interpretar un contrato. Especial mención merecen las decisiones sobre la inarbitrabilidad de los actos administrativos que no tienen relación genuina con la causal de incongruencias *ultra y extra petita*. La arbitrabilidad y transigibilidad de la materia sometida a arbitraje son asuntos sustantivos (no adjetivos) en Ecuador, definidos especialmente en la Constitución ecuatoriana y en el Código Civil (i.e. contrato de transacción). Por otro lado, la arbitrabilidad de la disputa (i.e. competencia *ratione materiae*) es un asunto que debe analizar privativamente el árbitro en la audiencia de sustanciación, sin que las cortes provinciales puedan asumir dicha tarea so pretexto de examinar una causal que no tiene relación con la arbitrabilidad de la controversia, como ha aclarado tajantemente la Corte Constitucional⁵³.

sentencia de 17 de noviembre de 2017; proceso No. 17100-2017; proceso No. 17100-2017-000018, sentencia de 11 de septiembre de 2017; proceso No. 17100-2015-00014, sentencia de 3 de marzo de 2016; proceso No. 17100-2015-0001, sentencia de 13 de enero de 2016; proceso No. 17100-2016-0003, sentencia de 10 de noviembre de 2017; proceso No. 17100-2017-00036, sentencia de 27 de julio de 2017; proceso No. 17100-2018-00006, sentencia de 2 de agosto de 2018; proceso No. 17100-2014-0038, sentencia de 14 de noviembre de 2014; proceso No. 17100-2014-0038, sentencia de 14 de noviembre de 2014; proceso No. 17100-2014-0010, sentencia de 1 de agosto de 2015; proceso No. 17100-2014-0010, sentencia de 7 de agosto de 2015; proceso No. 17100-2014-0070, sentencia de 28 de junio de 2016; proceso No. 17100-2014-0059, sentencia de 7 de enero de 2016; proceso No. 17100-2017-00047, sentencia de 15 de agosto de 2014; proceso No. 17100-2018-00030, sentencia de 3 de diciembre de 2018; proceso No. 17100-2018-00029, sentencia de 3 de diciembre de 2018; proceso No. 17100-2018-00032, sentencia de 13 de febrero de 2019; proceso No. 17100-2019-0008, sentencia de 13 de febrero de 2019; proceso No. 09100-2016-00021, sentencia de 3 de agosto de 2016; proceso 17100-2014-0071, sentencia de 24 de agosto de 2015.

53. Sentencia No. 1737-16-EP/21 de 21 de julio de 2021: “*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*”.

Incluso en el escenario de que un laudo se refiera a asuntos no transigibles, el laudo no sería anulable bajo esta causal, pues las incongruencias extra y ultra petita no tienen relación con el alcance del convenio arbitral, sino con el cotejo procesal entre las pretensiones y excepciones de las partes, y lo resuelto por el tribunal. En otros países este tipo de escenarios podrían llevar a la nulidad de un laudo bajo las causales de inarbitrabilidad o de violación al orden público, las cuales, en Ecuador, no existen.

b. Los presidentes de las cortes provinciales están permitiendo que en la causal (d) se cuelen varias alegaciones y defensas que no tienen conexión con las incongruencias extra y ultra petita. En general, los errores de derecho o de valoración de la prueba de los árbitros, que son asuntos sustantivos en Ecuador, no pueden ser admitidos bajo una causal que está concebida para otro tipo de incongruencias. Lo mencionado es relevante si consideramos que aproximadamente la mitad de las sentencias analizadas que se sustentan en esta causal no tienen realmente relación con incongruencias extra y ultra petita. Si consideramos que (i) esta es la causal más invocada en Ecuador, (ii) la mitad de los casos se refieren a asuntos “misceláneos” inconexos con esta causal y (iii) existen otras causales que han sido aceptadas por ciertas cortes⁵⁴, el resultado matemático es preocupante, pues la causal “misceláneos” se estaría erigiendo como el principal motivo para anular laudos, sin estar permitida en la ley.

c. Finalmente, la causal (d) no incluye a la incongruencia infra petita, no obstante lo cual existen laudos anulados por esta incongruencia. No sugerimos que esta incongruencia no sea relevante, sino que las causales de nulidad son taxativas y no pueden ser ampliadas mediante jurisprudencia.

Es indispensable que los presidentes de las cortes provinciales revean su actuación respecto de esta causal, mediante un análisis apegado a derecho que no genere abusos de derecho de los litigantes, extralimitaciones de funciones de los jueces y una desnaturalización de la acción de nulidad.

54. N. 6.6.

6.5. Causal e): cuando se hayan violado los procedimientos previstos por la ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral

Finalmente, la última causal que establece la LAM para que una acción de nulidad sea procedente es la relacionada a la indebida constitución del tribunal arbitral: *“cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.”*

La causal de indebida constitución del tribunal arbitral ha sido recurrentemente invocada por los accionantes, en al menos 40 ocasiones.

Para resolver la procedencia de esta causal, los presidentes de las cortes provinciales han analizado el proceso de selección, sorteo y designación de los árbitros con el objetivo de verificar si estas etapas cumplieron con el procedimiento establecido en la LAM o en los respectivos convenios arbitrales.

La jurisprudencia ha establecido que para que la constitución del tribunal sea legal es necesario que se cumpla con el procedimiento establecido en los artículos 16 y 17 de la LAM. Por ejemplo, la Corte Provincial de Pichincha ha considerado que la posesión de un tribunal arbitral en un arbitraje administrado debe realizarse ante el presidente del centro de arbitraje y no ante su delegado⁵⁵.

En el caso de arbitrajes *ad-hoc*, la jurisprudencia ha establecido que el proceso de selección, designación y posesión del tribunal arbitral deberá seguir lo dispuesto por el artículo 17 de la LAM o el acuerdo de las partes. Así, la Corte Provincial de Guayas ha declarado la nulidad de un laudo cuyo tribunal arbitral fue designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, pese a que el convenio arbitral establecía un proceso *ad-hoc*⁵⁶.

55. Proceso 17113-2014-1359, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 15 de agosto de 2016.

56. Proceso 09100-2017-00032, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 24 de julio de 2018: *“En tal virtud y sin profundizar en las demás alegaciones que la accionante ha establecido en su acción, a criterio de este Juzgador habiéndose respetado las garantías al debido proceso, al considerar que se ha adecuado entre las pretensiones de la parte accionante la causal e) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, lo que conlleva a expresar que desde*

En conclusión, las cortes provinciales aceptan la causal prevista en la letra e) de la LAM únicamente en los casos en los que existe una manifiesta violación de los procedimientos para constituir el tribunal. Esta causal ha sido adecuadamente aplicada por las cortes provinciales, existiendo únicamente los dos casos comentados en los que la causal prosperó.

6.6. ¿Se ha declarado la nulidad de un laudo arbitral por causales no contempladas en el artículo 31 de la LAM?

En 8 casos gestionados en la Provincia de Pichincha, se invocaron las siguientes causales no contempladas en el artículo 31 de la LAM: (i) vulneración al derecho de petición; (ii) desistimiento; (iii) falta de motivación del laudo; (iv) el derecho a ser juzgado por un juez competente e imparcial; (v) artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto a la interpretación prejudicial y el artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la consulta obligatoria de normas; (vi) falta de motivación; y (vii) el laudo emitido fuera del plazo⁵⁷.

Afortunadamente, en ninguno de los casos en los que se invocó una causal distinta a las previstas en el artículo 31 de la LAM se aceptó la acción de nulidad propuesta. Los argumentos del presidente de la Corte Provincial de Pichincha para rechazar la acción de nulidad en estos casos fueron los siguientes:

a) La acción de nulidad pretende corregir los vicios de procedimiento, así como *extra* y *ultra petita* en los que pueda incurrir el tribunal de arbitraje y, por lo tanto, está supeditada exclusivamente a las causales previstas en el artículo 31 de la LAM. La acción de

*un inicio el Tribunal Arbitral estuvo mal conformado, pues no se los designó como se había pactado en el Art. 14 de los contratos de reaseguros de Cuota Aparte y Primer excedente, lo que deviene como procedente la acción planteada*⁵⁷.

57. Véanse los siguientes procesos: Proceso No. 09100-2014-0170, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 19 de diciembre de 2014; proceso No. 17100-2017-00026, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 21 de septiembre de 2017; proceso No. 17100-2018-00016, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 21 de noviembre de 2018; proceso No. 17100-2018-00037, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 9 de abril de 2019; proceso No. 17100-2019-00005, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 14 de agosto de 2019; y proceso No. 17100-2019-00004, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 12 de septiembre de 2019.

nulidad no es el mecanismo que permita examinar cuestiones fuera de las referidas en el mencionado artículo⁵⁸.

b) El control constitucional de los laudos arbitrales debe realizarse mediante una acción extraordinaria de protección⁵⁹.

c) La supuesta vulneración al ordenamiento jurídico andino no configura una de las causales previstas en el artículo 31 de la LAM⁶⁰.

d) Es ilógico que se pida la nulidad parcial del laudo arbitral por indebida motivación, ya que esta garantía constitucional incide en la totalidad de la sentencia y no solo en la parte que le beneficia al actor⁶¹.

e) La falta de motivación del laudo no está prevista como una causal de nulidad en el artículo 31 de la LAM y para determinar si el laudo es nulo por este vicio basta contrastar las pretensiones del actor en la demanda arbitral con lo resuelto por el tribunal de arbitraje⁶².

f) Se verificó que el árbitro no había excedido el plazo para la emisión del laudo⁶³.

Por otro lado, en 12 de los casos analizados de la provincia del Guayas, se invocaron las siguientes causales: (i) transgresión al derecho de petición; (ii) vulneración al derecho a la defensa; (iii) falta de motivación del laudo; (iv) vulneración al debido proceso; (vi) violación al debido proceso...". Por favor, eliminar el número vi y que conste lo siguiente: "en 12 de los casos analizados de la provincia del Guayas, se invocaron las siguientes causales: (i) transgresión al derecho de petición; (ii) vulneración al derecho a la defensa; (iii) falta de motivación del laudo; (iv) vulneración al debido proceso; y (v) vulneración al derecho de contradicción y defensa. En ninguno de ellos se declaró la nulidad

58. Proceso No. 17100-2018-00037, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 9 de abril de 2019.

59. Proceso No. 17100-2018-00037, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 9 de abril de 2019.

60. Proceso No. 17100-2018-00037, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 9 de abril de 2019.

61. Proceso No. 17100-2018-00037, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 9 de abril de 2019.

62. Proceso No. 17100-2018-00016, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 21 de noviembre de 2018.

63. Proceso No. 17100-2019-00004, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 12 de septiembre de 2019.

del laudo⁶⁴. Los argumentos del presidente de la Corte Provincial de Guayas en estos casos fueron los siguientes:

(a) El tribunal arbitral al emitir el laudo resolvió la petición de la parte actora y la declaró improcedente, por lo que no existe violación al derecho de petición ni de defensa⁶⁵.

(b) El laudo no contiene “motivación absurda”, puesto que la información que brindó una de las partes al Tribunal, que se refería a otro caso, fue empleada como mecanismo de defensa en el caso bajo conocimiento de los árbitros y eso, a criterio del presidente de la Corte Provincial del Guayas no constituía un razonamiento carente de lógica⁶⁶.

(c) El tribunal arbitral se pronunció sobre temas que fueron puestos a su conocimiento sin exceder su competencia y el accionante fundamentó la nulidad en la causal de “valoración de la prueba”, lo cual no constituye una causal según el artículo 31 de la LAM⁶⁷.

(d) La falta de motivación de la providencia de prórroga del plazo para la emisión del laudo arbitral, que fue el argumento invocado por una de las partes como falta de motivación, no habría sido impugnada por ninguna de las partes, además de

-
64. Véanse los siguientes procesos: Proceso No. 09100-2014-0170, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 19 de diciembre de 2014; proceso No. 09100-2014-0172, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 24 de diciembre de 2014; proceso No. 09100-2015-00033, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 20 de noviembre de 2015; proceso No. 09100-2015-0002, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 19 de diciembre de 2014; proceso No. 09100-2015-0003, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 27 de marzo de 2015; proceso No. 09100-2016-00021, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 19 de diciembre de 2014; proceso No. 09100-2016-0001, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 4 de abril de 2016; proceso No. 09100-2017-00025, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 13 de noviembre de 2017; proceso No. 09100-2017-00028, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 13 de noviembre de 2017; proceso No. 09100-2017-00031, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 16 de noviembre de 2017; proceso No. 09100-2017-00029, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 22 de noviembre de 2017; y proceso No. 09100-2019-00021, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 19 de agosto de 2019.
65. Proceso No. 09100-2014-0170, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 19 de diciembre de 2014.
66. Proceso No. 09100-2014-0172, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 24 de diciembre de 2014.
67. Proceso No. 09100-2015-00033, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 20 de noviembre de 2011.

que es perfectamente posible prorrogar la duración del proceso arbitral⁶⁸.

(e) El laudo no sufre de motivación absurda si la demanda se refirió a la violación de la obligación de mantener el arbitraje confidencial, ya que la confidencialidad no es absoluta y no puede estar por encima del derecho a la defensa⁶⁹.

(f) Existe un vicio de incongruencia cuando el tribunal arbitral dicta un laudo sin resolver la totalidad de las pretensiones⁷⁰.

(g) Existe una afectación al debido proceso y se afecta directamente a la parte que quiere interponer un recurso de nulidad del laudo dentro del término previsto en el artículo 3 de la LAM, si la secretaria del tribunal arbitral sienta la razón de la ejecutoría del laudo arbitral sin esperar que transcurran los días previstos en la ley para la ejecutoría y sin esperar la resolución del recurso horizontal de aclaración y ampliación⁷¹.

Finalmente, en dos de los casos analizados de la Provincia del Azuay en los que se invocaron la violación al artículo 76 de la Constitución y la falta de motivación del laudo como causales para la anulación del laudo, en ninguno de ellos se declaró la nulidad del laudo, ni se aceptaron las causales invocadas⁷². El razonamiento del presidente de dicha corte provincial fue que en uno de los casos, el laudo estaba debidamente motivado y el tribunal arbitral no concedió más allá de lo reclamado, ni se pronunció sobre asuntos no sometidos a arbitraje. En el otro caso, el accionante no presentó una demanda, sino que únicamente interpuso un recurso de nulidad, lo cual no es posible en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

68. Proceso No. 09100-2015-0002, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 7 de abril de 2015.

69. Proceso No. 09100-2015-0003, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 27 de marzo de 2015.

70. Proceso No. 09100-2016-00021, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 3 de agosto de 2016.

71. Véanse los procesos No. 09100-2017-00025, sentencia dictada por la Corte Provincial de Guayas el 13 de noviembre de 2017; proceso No. 09100-2017-00028, sentencia dictada por la Corte Guayas el 13 de noviembre de 2017; y proceso No. 09100-2017-00031, sentencia dictada por la Corte Provincial de Pichincha el 16 de noviembre de 2017.

72. Véanse los siguientes procesos: proceso No. 01100-2014-0017, sentencia dictada por la Corte Provincial de Azuay el 20 de mayo de 2015; y proceso No. 01100-2017-00004G, sentencia dictada por la Corte Provincial de Azuay el 8 de febrero de 2017.

7. CONCLUSIONES

Tomando en consideración las acciones de nulidad recopiladas y analizadas, los fundamentos de cada causal y los criterios que han sido empleados para resolver las acciones de nulidad de laudos arbitrales por los presidentes de las cortes provinciales, podemos emitir las siguientes conclusiones a nuestro estudio:

Primero, el aumento en el número de acciones de nulidad propuestas parecería tener relación con el incremento proporcional en el número de causas arbitrales que denota una clara tendencia creciente.

Segundo, el estudio realizado evidencia que en el 75% de casos la parte vencida del arbitraje es quien interpone la acción de nulidad en contra del laudo que no le fue favorable, buscando impugnar la decisión del tribunal y en algunos casos tratando de entorpecer la ejecución del laudo.

Tercero, a nivel nacional, las causales de nulidad más invocadas son las contempladas en las letras c) y d) del artículo 31 de la LAM. Sin embargo, existe un preocupante número de casos en que se alegan causales que no están previstas en la LAM y que se han disfrazado bajo la causal d).

Cuarto, la jurisprudencia ha desarrollado ciertos presupuestos que deben verificarse para que proceda cada causal. Así, con excepción de la causal d), el test definido por las presidencias de las cortes provinciales es adecuado –aunque existan las extralimitaciones comentadas–, puesto que se basa en el estudio del expediente para verificar: (i) si la citación se ha realizado en legal y debida forma y si el demandado ha comparecido o no al proceso; (ii) si existe una providencia que no haya sido notificada y que haya afectado el derecho a la defensa de las partes; (iii) si se ha notificado a la práctica de las pruebas y si las pruebas anunciadas y admitidas por el tribunal fueron practicadas; y (iv) si se constituyó al tribunal arbitral en apego a la voluntad de las partes y a la ley.

Quinto, el análisis de la causal d) ha generado problemas en la práctica puesto que ha sido empleada para que los presidentes de las

cortes provinciales se pronuncien sobre el fondo de la controversia. En estos casos se ha evidenciado una intromisión judicial en los méritos de la controversia que son de competencia exclusiva del tribunal arbitral.

Finalmente, en *sexto lugar*, existe un número considerable de casos en los que se han iniciado acciones de nulidad por causas no previstas en la LAM. Afortunadamente, se observa una tendencia de los presidentes de las cortes provinciales de no aceptar acciones de nulidad que no se encuentren previstas expresamente en la LAM.

Disputas mineras en Chile y su caracterización como potenciales arbitrajes internacionales

Álvaro Awad Sirhan*

Recibido/Received: 08/07/2021

Aceptado/Accepted: 11/10/2021

SUMARIO: 1. Los riesgos de la actividad minera. 2. Minería y arbitraje. 3. El arbitraje de minería en América Latina. 4. La solución de disputas mineras en Chile. 4.1. Chile: un país minero. 4.2. Disputas domésticas. 4.3. Disputas internacionales. 4.4. El proceso constituyente en curso. 4.5. Un contraste con América Latina. 5. Conclusiones.

RESUMEN: La industria minera presenta riesgos y peculiaridades que la distinguen de otros sectores económicos propensos a la controversia. El sistema arbitral ofrece ventajas para la solución de disputas en la materia. El arbitraje de minería empieza a convertirse en un área de práctica especializada. Si bien a nivel global algunos expertos sugieren la existencia de una *lex mineralia*, cada región tiene sus desafíos propios. En América Latina los conflictos sociales y ambientales destacan como fuente de conflictos, y suelen dar lugar a arbitrajes de inversión. En el caso de Chile, las disputas mineras que no pueden resolverse localmente presentan potencial para canalizarse por la vía de arbitrajes internacionales comerciales o de inversión. La escasa experiencia chilena en esta última categoría de procesos contrasta dramáticamente con las tendencias globales y la mayor incidencia de controversias mineras de alcance internacional. ¿Es Chile realmente tan distinto a los demás países de la región?

PALABRAS CLAVE: Arbitraje de minería, Chile, América Latina.

* Socio de Contreras Velozo. Profesor de Derecho Civil, Arbitraje y Litigación Oral de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado *summa cum laude* de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Master en Derecho por la Universidad de Chicago.



Mining disputes in Chile and their characterization as potential International Arbitration procedures

ABSTRACT: The mining industry has risks and peculiarities that distinguish it from other economic sectors prone to controversy. Arbitration provides advantages for the resolution of such industry-specific disputes. Mining arbitration is beginning to evolve into a specialized practice area. Although at a global level some experts suggest the existence of a *lex mineralia*, each region has its own distinct challenges. In Latin America, social and environmental conflicts stand out as an important source of disputes, and usually lead to investment arbitrations. In the case of Chile, mining disputes that cannot be resolved locally may ultimately be adjudicated via international commercial or investment arbitrations. The dearth of national experience in the latter category of proceedings dramatically contrasts with the global trends as well as with an increased incidence of mining disputes with an international reach. Is Chile so different from other countries in the region?

KEYWORDS: Mining Arbitration, Chile, Latin America.

1. LOS RIESGOS DE LA ACTIVIDAD MINERA

La minería es una industria proclive al riesgo, y el riesgo verificado suele convertirse en conflicto cuando no ha sido bien distribuido. Según veremos, los riesgos en la actividad minera pueden ser intrínsecos al proyecto —piénsese, por ejemplo, en el riesgo propio de la exploración que no llega al resultado esperado— o bien extrínsecos —como el riesgo de conflictuar con una comunidad local cercana al yacimiento. Del mismo modo, los riesgos aparecen en las distintas etapas del proyecto minero, desde el diseño de la inversión hasta la comercialización del producto.

Por un lado, nótese desde luego que el emprendimiento minero depende fuertemente de la cooperación de parte del Estado en que tiene lugar. Esta colaboración debe mantenerse por largos períodos de tiempo. Como es obvio, hay en ello un evidente *riesgo político*, bajo

el cual la inversión de una empresa minera puede verse afectada por nacionalizaciones, expropiaciones o regulaciones cambiantes¹.

Se trata de una industria con una participación importante de entidades públicas. En efecto, habitualmente es el Estado quien entrega en concesión o licencia el derecho de explorar o explotar el mineral. Al tratarse de proyectos de largo plazo, altamente sensibles al cambio político y regulatorio, la interferencia estatal a lo largo de un proyecto puede ser fatal para la viabilidad económica del mismo.

La necesidad de metales y minerales ha incentivado la inversión extranjera directa, con una presencia significativa en países en vías de desarrollo. En tal sentido, y en lo que refiere a la situación de la industria minera en la actualidad, debe considerarse que minerales y metales como el cobre, el cobalto, el litio, el silicio, el zinc y el níquel, entre otros, juegan un rol fundamental en el crecimiento de la energía limpia y la tecnología². Mientras el cobre se utiliza para la conducción de electricidad, el cobalto, el litio, el zinc y el níquel se aplican en la fabricación de baterías de automóviles eléctricos y dispositivos electrónicos portátiles. Por su parte, el silicio se usa en paneles solares³.

Como puede suponerse, los proyectos mineros exigen una inversión inicial sustantiva, que solo es recuperada luego de un período extenso. En razón de ello, los conflictos mineros usualmente involucran cuantías muy relevantes⁴. Es el *riesgo de la inversión*. Muchas veces los Estados son presionados a actuar en contra de un proyecto minero en atención a la situación ambiental, social o de derechos humanos vinculada al mismo. Es el *riesgo social*⁵.

-
1. Los inversionistas extranjeros suelen revisar la historia del país antes de decidir si invertir o no. En caso que un inversionista resuelva invertir en un país que tiende a la expropiación, asume un riesgo mayor.
 2. J. FRY Y L. BRET (Eds.). *The Guide to Mining Arbitrations*, Law Business Research, 2019, p. iii.
 3. Ídem, p. 2.
 4. Para graficar en extremo este punto, véase el arbitraje de inversión iniciado por Tethyan Copper Company c. la República Islámica de Pakistán, en que el tribunal dictó un laudo condenando a esta última al pago de aproximadamente 5.800 millones de dólares, por el rechazo de la licencia minera para explotar oro y cobre en el proyecto Reko Diq, ubicado en la provincia de Balochistán (*Tethyan Copper Company Pty Limited c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/12/1). A la fecha de redacción de este trabajo, el laudo se encontraba en proceso de cobro, por un lado, y en proceso de anulación ante un Comité ad hoc del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), por el otro.
 5. Hoy en día es usual que los inversionistas realicen un “*due diligence* de derechos humanos”, para identificar potenciales conflictos con antelación. La Oficina del Alto Comisionado de las

Si a ello se suma la volatilidad en los precios del recurso respectivo, vemos que un Estado puede verse naturalmente tentado a caer en una conducta oportunista: si el precio sube, intenta renegociar las reglas del juego con la empresa minera para recibir una cuota mayor de la ganancia. En cambio, si el precio baja, un Estado puede buscar aumentar la carga tributaria o el *royalty* aplicable, de modo de compensar la caída en sus utilidades⁶. En casos más extremos, los Estados pueden revocar o no renovar las concesiones o licencias, o bien intentar formas de expropiación directa o indirecta de los activos involucrados⁷.

Por otro lado, las ubicaciones de los proyectos suelen ser remotas y sus múltiples etapas de suministro son terreno fértil para *riesgos comerciales* de toda índole. Se trata de un mercado con un eslabonamiento extenso y una cadena de valor compleja, en la que participan diversos tipos de proveedores y clientes. A todo ello debe sumarse la incertidumbre propia de la industria, y especialmente la volatilidad de precios de los productos básicos.

Los riesgos del sector que hemos relatado hasta aquí acostumbran llevar a las compañías mineras a buscar estrategias de estabilización de las reglas del juego aplicables durante toda la vida del proyecto. Estos mecanismos se incluyen a nivel legislativo, en los tratados o acuerdos de inversión, o bien en los contratos celebrados entre empresas y Estados o entidades estatales. Por ejemplo, en su minuto se utilizaron intensamente las denominadas “cláusulas de intangibilidad”, que lisa y llanamente prohibían al Estado cambiar de cualquier forma las reglas del contrato. Actualmente, es más común encontrar “cláusulas de congelamiento”, por ejemplo, para

Naciones Unidas para los Derechos Humanos cuenta con material al respecto, <<https://bit.ly/3k7uOPz>>, (05/07/2021).

Por su parte, sobre la denominada “licencia social para operar” o *SLO* por su sigla en inglés, véase M. BARNES. The ‘*Social License to Operate*’: An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals, *Journal of International Dispute Settlement*, 10, 2019, pp. 328-360. Ernst & Young identificó a esta licencia como el principal riesgo comercial del sector minero en los años 2019 y 2020 (véase Q. SMITH, I. TORTEROLA Y D. GOSIS. *Can Foreign Investment in Latin American Mining Meet the Challenge of the Green Energy Revolution? Law.com Daily Business Review*, <<https://bit.ly/2VBjjXc>>, (05/07/2021)).

6. J. FRY Y L. BRET. N. 2, p. 3.

7. Por cierto, el Estado receptor de una inversión minera está facultado para proteger el bienestar social, el medioambiente y los derechos humanos. Aún más, es su deber hacerlo. Sin embargo, debe cumplir este deber cuidando de no afectar la viabilidad de largo plazo de los proyectos válidamente iniciados y los derechos adquiridos, o bien ofrecer la debida compensación en caso de expropiación u otra conducta de efectos equiparables.

extender un régimen tributario durante un cierto lapso de tiempo, no obstante haber sido modificado por la ley del país respectivo; o bien “cláusulas de adaptación”, que permiten ajustar los acuerdos financieros entre un inversionista minero y un Estado de manera balanceada, manteniendo así el equilibrio del contrato⁸.

Como adelantábamos, también es posible clasificar los riesgos asociados a la minería según las distintas etapas del proyecto en que se presentan. Inicialmente, cabe resaltar los riesgos geológicos o de exploración, como también los riesgos ambientales, sociales y políticos. En efecto, el manejo y la relación con el medio, la población local y las eventuales comunidades indígenas de la zona son de la mayor relevancia⁹.

Más adelante, luego de procesos de extracción, chancado, concentración o lixiviación, etc., según el recurso en cuestión, la refinación y venta de minerales y metales también tiene sus propios trances. Como hemos indicado, en esta actividad la volatilidad de los precios juega un rol mayor, de manera que los acuerdos de compra a largo plazo pueden dar lugar a una serie de disputas.

En resumidas cuentas, los conflictos pueden darse en materia de precios, suministro, volumen, calidad, transporte, *royalties*, reparto de utilidades, fuerza mayor, entre otros¹⁰. A modo ejemplar, si desaparece un índice y hay discrepancia sobre el nuevo método de determinación de precios, o bien si se activa una cláusula de ajuste de precios¹¹.

Para los fines de este trabajo, entenderemos por *disputa minera* cualquier clase de controversia vinculada directamente a la actividad minera en sí misma, a los derechos o permisos para llevarla a cabo,

8. J. FRY Y L. BRET N. 2, p. 4.

9. Instrumentos como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), reconocen el deber del Estado de realizar consultas y obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas cuando sus derechos puedan verse afectados.

10. Como puede imaginarse, la pandemia del Covid-19 tuvo un impacto relevante en incontables proyectos mineros a nivel mundial durante el año 2020. Ahora bien, se espera una recuperación exitosa en el corto plazo (véase D. KURTZ, Mining sector prospers after short-lived Covid-19 shock, GlobalData, <<https://bit.ly/3tEV1Ze>>, (05/07/2021)).

11. J. FRY Y L. BRET. N. 2, p. 7.

o bien a los contratos requeridos para desarrollar cada etapa del negocio minero, sea con entidades públicas o privadas.

Desde otra perspectiva, los conflictos mineros propiamente tales tienen ciertas particularidades. Entre ellas, cabe destacar que la valorización de un proyecto es dificultosa en comparación a la tasación de, digamos, una central eléctrica. ¿Cómo tasar una mina antes de su entrada en producción?

A diferencia de lo que ocurre con el gas y el petróleo, puede ser muy difícil determinar con anticipación las propiedades geológicas y físicas de un depósito mineral sin antes realizar cuantiosas inversiones en perforación, testeo e ingeniería¹². Lo anterior lleva a que la cuantificación de daños pueda ser compleja en un proyecto que se encuentra en sus etapas iniciales, esto es, en el importante lapso de tiempo previo a su operación¹³.

Así y todo, ya han surgido estándares técnicos y reglas internacionales emanados de diversas entidades reconocidas de la industria¹⁴. Si tradicionalmente se utilizaba una valorización en base a los costos —para compensar así el costo hundido de un proyecto— actualmente empieza a ser posible identificar precios de mercado con base en los futuros ingresos —con el conocido método del *discounted cash flow* o flujo de fondos descontados (“DCF”)¹⁵. La tendencia es usar el DCF cuando los proyectos ya tienen alguna prueba de los ingresos futuros esperados. En cambio, si se trata de proyectos respecto de los cuales aún no se tiene un verdadero registro de ganancias futuras, se tiende a considerar exclusivamente el monto invertido. Cuando los distintos riesgos antes referidos no se manejan adecuadamente surgen las disputas. Pues bien, ¿cómo canalizar toda esta conflictividad potencial?

12. Ídem, p. 6.

13. A veces de hasta una década.

14. E.g. en Australia y Canadá, con el Australasian Joint Ore Reserves Committee (JORC) y el Canada Institute of Mining (CIM), respectivamente (J. FRY y L. BRET. N. 2, p. 6).

15. Se ha identificado una tendencia de los tribunales arbitrales en el sentido de dar mayor peso a la habilidad de un proyecto para seguir operando rentablemente en el futuro que al análisis de su desempeño en el pasado (véase M. LESPIAU. *Future Profits vs Cost: When do Tribunals Consider a Damages Claim Too Speculative?*, Ernst & Young UK, Kluwer Arbitration Blog (2019), <<https://bit.ly/3ljioDQ>>, (05/07/2021)).

2. MINERÍA Y ARBITRAJE

Una herramienta que ha probado ser conveniente para atender disputas vinculadas a la minería es el arbitraje, un método de resolución de controversias que permite hacer efectivos los derechos y dar certeza en un mercado oscilante.

En efecto, en el sistema arbitral las partes pueden someterse a la decisión de un especialista o grupo de especialistas en el asunto objeto del pleito. La complejidad de la inversión en minería y del negocio minero es terreno fértil para la formación de expertos en el área¹⁶, usualmente mejor preparados en dichas materias que los jueces estatales, quienes disponen de conocimientos más bien generalistas.

Asimismo, y sin pretender hacer aquí una exposición acabada de las ventajas del arbitraje frente a otros medios de solución de disputas, nótese que la dedicación de los árbitros provee mayor celeridad que los sistemas judiciales estatales. Una vez dictado el laudo arbitral, su cobro suele ser más expedito que el de una sentencia judicial común y silvestre, puesto que las sentencias arbitrales rara vez pueden ser apeladas y su revisión está muy restringida¹⁷. Por otro lado, el arbitraje permite pactar expresamente la confidencialidad del proceso —por ejemplo, en un caso comercial en que las empresas involucradas prefieran mantener en reserva un conflicto específico. De igual forma, en el arbitraje hay más herramientas para asegurar la independencia e imparcialidad de quienes son llamados a juzgar, lo que se vuelve especialmente importante en una controversia minera internacional, cuando se busca un foro ecuánime ante el cual ventilar la disputa.

Todo ello explica que los Estados consientan en acudir a un arbitraje internacional en caso de conflicto con inversionistas extranjeros, con el fin de constituir un tribunal neutral y así promover la inversión¹⁸. Las características de la industria minera

16. J. FRY Y L. BRET. N. 2, pp. 223-224.

17. La facilidad de ejecutar un laudo internacional se debe especialmente a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), conocida como la Convención de Nueva York, con 168 Estados signatarios, y al Convenio de Washington que creó el CIADI (1965), con 164 Estados signatarios.

18. A mayor abundamiento, las reglas de arbitraje son flexibles vis-à-vis los intrincados vericuetos de las reglas procesales propias de cada jurisdicción. Si bien en el arbitraje hay que pagar por

indicadas en la sección anterior permiten explicar que el sector se haya transformado en uno de los usuarios principales del arbitraje internacional. El primer arbitraje de inversión vinculado a un proyecto minero fue en 1992¹⁹. Desde entonces, se reportan al menos noventa y cinco casos de inversión minera, sin considerar los iniciados en el último año²⁰. A nivel global, los arbitrajes mineros se han vinculado principalmente a decisiones estatales dirigidas a incrementar impuestos y *royalties*, o bien a hacer más exigente la regulación ambiental. Sin embargo, según tendremos ocasión de revisar, a veces la sola existencia de disturbios sociales —por ejemplo, por ubicarse el proyecto en un área sensible desde el punto de vista ecológico o cultural— puede dar lugar a un arbitraje de inversión.

Al respecto, debe considerarse que la jurisprudencia de países típicamente mineros, como Australia y Canadá, ha jugado un rol significativo en la definición de principios aplicables a la solución de controversias en la industria. Está documentado que los tribunales de arbitraje internacional han considerado estos principios en casos similares²¹. Por lo demás, la inversión en el resto del mundo por parte de empresas originadas en estas sedes, como también las contribuciones de entidades internacionales —incluyendo la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Naciones Unidas y el Banco Mundial— han permitido ir desarrollando un verdadero conjunto de principios internacionales del sector. Estos abarcan, incluso, la relación entre minería y derechos humanos²².

los servicios de los árbitros y, en su caso, de la institución arbitral que administre el proceso, las instituciones líderes en el mercado suelen mantener tablas de costos preestablecidos. Estos permiten cuantificar las expensas de un potencial litigio arbitral con anticipación.

19. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI N° ARB/92/1. *Vacuum Salt Products Ltd. c. República de Ghana*. Ahora bien, el caso fue rechazado por falta de jurisdicción.
20. A. ALI et al., *Mining Arbitration in Latin America: Social and Environmental Issues in Investment Arbitration Cases*, en J. FRY y L. BRET. N. 2, p. 201.
21. J. FRY y L. BRET. N. 2, p. 8.
22. Las controversias sobre derechos humanos propiamente tales no suelen ventilarse ante tribunales arbitrales, pero el tema está haciéndose cada vez más presente en acuerdos internacionales de inversión. Por lo demás, existe al menos un caso en que un tribunal arbitral decidió que tenía jurisdicción para conocer una demanda reconvenional del Estado en contra del inversionista por la presunta violación de sus obligaciones relativas al derecho humano de acceso al agua (Caso CIADI No. ARB/07/26. *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. la República de Argentina*).

A juicio de algunos autores, la práctica del arbitraje de minería, conjugada con los estándares propios de la industria, el derecho internacional y la jurisprudencia en la materia, han venido a configurar una *lex mineralia*. Si bien esta se encuentra en una etapa temprana de desarrollo, probablemente se incremente junto al número de casos en el mediano plazo²³. Con todo, y más allá de este incipiente derecho internacional minero, cada región presenta sus singularidades y desafíos propios. Veamos a continuación lo que podemos advertir en la región latinoamericana, para pasar posteriormente al análisis del caso chileno.

3. EL ARBITRAJE DE MINERÍA EN AMÉRICA LATINA

El último auge en el sector minero latinoamericano empezó en la década de los noventa²⁴. Este se explicaría por la demanda creciente de economías emergentes como China e India, y por las reformas a favor de la iniciativa privada en toda la región, dirigidas a combatir el grave endeudamiento público y la hiperinflación de décadas anteriores²⁵. Nótese que, en 2019, América Latina recibió el 28% del presupuesto global para exploraciones mineras, y solo seis países concentraron el 90% de esa participación, a saber, Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, México y Perú²⁶.

Para tener una idea sobre la relevancia de la industria en la región cabe considerar que, de acuerdo al Servicio Geológico de Estados Unidos, Chile tiene las mayores reservas del mundo de cobre y litio, y la séptima mayor reserva de plata. Perú tiene la mayor reserva del mundo de plata, la tercera mayor de cobre, la tercera mayor de zinc, la cuarta mayor de níquel y la quinta mayor de oro. México tiene la cuarta mayor reserva de zinc, la quinta mayor de plomo, la sexta mayor de cobre, la sexta mayor de plata y está entre los diez mayores productores de oro. Por último, Brasil tiene las

23. H. BURNETT Y L. BRET. *The Arbitration of International Mining Disputes*, Oxford University Press, 2017, pp. 299-300.

24. G. BRIDGE. *Mapping the Bonanza: Geographies of Mining Investment in an Era of Neoliberal Reform*, *The Professional Geographer*, Vol. 56, 3, 2004, pp. 406-421.

25. B. SCHORR. *Oportunidades desiguales: empresas y Estado en conflictos sobre la minería en Chile*, *Estudios Atacameños*, 57, pp. 239-255, 2018, p. 240.

26. Informe de S&P Global, citado en <<https://bit.ly/2YJ95Fq>>, (05/07/2021).

segundas mayores reservas de hierro, la tercera mayor de níquel, la cuarta mayor de estaño y la séptima mayor de oro²⁷.

Fuera de las características propias de cada jurisdicción en lo que respecta al arbitraje doméstico, la situación del arbitraje internacional minero en América Latina ha estado marcada principalmente por el arbitraje de inversiones²⁸, destacando aquellas controversias derivadas de asuntos sociales o ambientales²⁹. En estas últimas nos concentraremos. Los arbitrajes de inversión minera en la región nacen por diversas razones, desde una abierta denegación de los permisos por parte de las autoridades a cargo hasta situaciones de conflicto social agudo con compromiso de la seguridad y el orden público³⁰.

De los noventa y cinco casos de arbitraje de inversión minera que citábamos en la sección anterior, al menos veintinueve han involucrado proyectos latinoamericanos³¹. En diecisiete de estos últimos ya se ha dictado un laudo. Excluyendo las ocho demandas rechazadas por falta de jurisdicción del tribunal u otro motivo, o bien transadas o discontinuadas, de los nueve casos restantes —en los que se revisó el fondo de la controversia— ocho concluyeron con una indemnización de perjuicios a favor del inversionista³² y

27. <<https://latam-investor.com/2019/07/latin-american-mining/#>> (05/07/2021).

28. Por cierto, los países latinoamericanos también han sido sede de arbitrajes comerciales internacionales relativos a la minería. Un ejemplo reciente fue el caso *Carbones del Cerrejón*, que se litigó conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con la sede del arbitraje en Colombia, y cuyo proceso de anulación concluyó en diciembre de 2018 a favor de la empresa minera.

29. Hace aproximadamente una década que los centros de estudios proyectaban esta clase de controversias (véase el comentario a las predicciones de 2013 del *think-tank* Chatham House en N. LISNEY, *Arbitration: An Effective Tool for Resolving Investor-State Disputes in the Extractive Industries?*, Herbert Smith Freehills, Kluwer Arbitration Blog, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/12/24/arbitration-an-effective-tool-for-resolving-investor-state-disputes-in-the-extractive-industries/>> (05/07/2021)).

Esta tendencia se encuentra en línea con el pronóstico de oficinas destacadas en el área del arbitraje internacional. Por ejemplo, según un reciente informe de Freshfields Bruckhaus Deringer, los conflictos arbitrales mineros, tanto comerciales como de inversión, irán al alza en materias vinculadas al medioambiente, derechos humanos, impuestos y controles aduaneros (Freshfields Bruckhaus Deringer, *International Arbitration. Illuminating the top trends in 2020*, p. 15, <<https://bit.ly/3oQLaz3>> (05/07/2021)).

30. A. ALI et al., N. 20, p. 202.

31. Ídem, p. 201.

32. *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N° ARB(AF)/09/1), *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI N° ARB/06/2), *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador* (Caso PCA N° 2012-2), *Crystallex International c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N° ARB(AF)/11/2), *Rusoro c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI

uno terminó con el rechazo de todas sus pretensiones³³. En al menos cinco de nueve casos los asuntos sociales y ambientales fueron particularmente relevantes³⁴.

Los cambios normativos de las últimas décadas han cumplido un papel en esta litigiosidad y deben ser considerados, por lo menos, como telón de fondo para el análisis. A modo ejemplar, en Ecuador la propia Constitución de 2008 otorga a las comunidades indígenas el derecho a una consulta previa y obligatoria sobre cualquier plan o proyecto que pueda tener un impacto ambiental o cultural en sus tierras, el derecho a recibir parte de los beneficios de los referidos proyectos, como asimismo a obtener una reparación por cualquier daño social, cultural o ambiental que pueda ser causado por proyectos extractivos³⁵. Como es evidente, una disposición constitucional de este tipo podría tener un efecto considerable en materias mineras.

Bolivia, Chile, Colombia, Perú y Venezuela, todos países con actividad minera significativa, han adoptado en el último tiempo una serie de reglas similares, tendientes a proteger el medioambiente y los derechos de las comunidades locales, con especial énfasis en las comunidades indígenas³⁶.

En particular, en el caso de la canadiense *Gold Reserve*³⁷ un tribunal de inversiones consideró que la revocación de un permiso de construcción por parte de Venezuela fundada en el impacto en el ambiente y las comunidades locales, sí podía constituir una violación al estándar de Trato Justo y Equitativo —consagrado en incontables tratados bilaterales de inversión— si el inversionista ya había cumplido con las obligaciones que le imponía la concesión.

No. ARB(AF)/12/5), *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú* (Caso CIADI No. ARB/14/21), *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso PCA No. 2013-15) y *Dominion Minerals Corp. c. República de Panamá* (Caso CIADI No. ARB/16/13).

33. *Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB(AF)/14/1).

34. A. ALI et al., N. 20, p. 202.

35. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 57, RO No. 449, 20/10/2008.

36. A. ALI et al., N. 20, p. 201. Por ejemplo, en Colombia destaca la Constitución Política de 1991 (Artículo 330); en Venezuela tanto la Constitución de 1999 (Artículos 119 al 126) como la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005 (Artículos 10-18); en Chile, el Convenio 169 antes citado entró en vigencia en 2009, sin perjuicio de lo que se dirá en la sección siguiente sobre la nueva normativa constitucional en ciernes; en Perú se dictó la Ley 29.785 de 2011 sobre derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios; y en Bolivia se dictó la Ley 535 de 2014 sobre Minería y Metalurgia (Artículos 19, 40, y del 207 a 213).

37. *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*.

Para cuantificar los daños, el tribunal utilizó el método DCF. De un total de 1.700 millones de dólares reclamados, el tribunal concedió 713 millones.

Otro tribunal de inversiones juzgó en el caso de la chilena *Quiborax*³⁸ que Bolivia había expropiado ilegalmente 11 concesiones mineras, violado el estándar de Trato Justo y Equitativo, y adoptado medidas arbitrarias y discriminatorias luego de cancelar una licencia ambiental y revocar una concesión minera para explotar ulexita en el Salar de Uyuni. Todo ello tras graves protestas. Al igual que en el caso anterior, el tribunal cuantificó los daños aplicando el método DCF. De los 151 millones de dólares reclamados, el tribunal condenó al pago de casi 49 millones.

En el caso de la canadiense *Copper Mesa*³⁹, marcado por la fuerte resistencia social y una serie de episodios violentos, el inversionista reclamó por expropiación y violación de Ecuador a los estándares de Trato Justo y Equitativo, Protección y Seguridad Plenas, y Trato Nacional, en relación a sus concesiones en Junín, Chaucha y Telimbela. El tribunal de inversiones estimó que había existido una expropiación arbitraria y sin compensación de las concesiones de Junín, y asimismo una expropiación indirecta de las concesiones de Chaucha. Nótese que el proyecto aún estaba en etapa de exploración. Al momento de cuantificar los daños, el tribunal consideró especialmente la conducta del inversionista, quien habría sido en parte responsable de sus propios perjuicios, tras enfrentarse violentamente a la población local. El tribunal usó un método basado en los costos del proyecto. Así, estimó que la minera había contribuido a su propio daño en al menos un 30%. En definitiva, se condenó a Ecuador al pago de aproximadamente 20 millones de dólares.

En el caso *South American Silver*⁴⁰, las comunidades Aymara y Quechua se opusieron fuertemente a un proyecto minero en Bolivia. La violencia del conflicto incluyó secuestros, con al menos un fallecido. El Estado boliviano canceló la concesión minera de la compañía constituida en Bermudas. El tribunal castigó al inversionista por

38. *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia.*

39. *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador.*

40. *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia.*

contribuir al agravamiento del conflicto social, generando discordia entre distintos grupos indígenas. En consideración a ello, el Estado habría estado justificado para cancelar la concesión, como en una expropiación legal. La única infracción declarada fue la falta de una compensación adecuada. Ahora bien, la indemnización se limitó a los costos del proyecto. De casi 386 millones de dólares reclamados, el tribunal condenó al pago de aproximadamente 19 millones.

En Perú, los violentos conflictos sociales entre el inversionista canadiense *Bear Creek*⁴¹ y las comunidades indígenas Aymara — incluyendo al menos seis manifestantes fallecidos— llevaron a la autoridad a revocar un decreto que permitía explotar las concesiones mineras en Santa Ana, cerca de la frontera con Bolivia. El inversionista demandó alegando una expropiación indirecta. Al igual que en el caso *Copper Mesa*, aún no se contaba con estudios de impacto ambiental y social, pues faltaban los acuerdos con las comunidades locales. Con todo, el tribunal consideró que la revocación del decreto no se justificaba por el conflicto social, en atención a que el gobierno había apoyado las acciones del inversionista. En consecuencia, se decidió que había existido una expropiación indirecta, la que había impactado económicamente en la inversión y violado las legítimas expectativas del inversionista. Ahora bien, debido a la magnitud del conflicto, el tribunal no pudo concluir que el proyecto fuera viable en el corto plazo. De esta manera, solo ordenó compensar por los costos y no por la futura rentabilidad del proyecto. De los más de 522 millones de dólares reclamados, se condenó al pago de aproximadamente 18 millones.

Se ha afirmado que los riesgos sociales y ambientales podrían incluso llegar a afectar la jurisdicción de un tribunal arbitral internacional. En efecto, si una inversión no se realiza de acuerdo a la normativa local sobre autorizaciones sociales o ambientales, un Estado podría verse inclinado a negar la protección que ofrezca el tratado aplicable⁴².

De igual forma, según hemos visto en los casos relatados, el inversionista minero puede ver reducida su indemnización por la conducta que haya tenido frente a las comunidades locales y,

41. *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*.

42. A. ALI et al., N. 20, pp. 208-209.

asimismo, de acuerdo a la viabilidad del proyecto, todo ello según la convicción que alcance el tribunal en el caso concreto⁴³.

La violencia de los conflictos y las cuantiosas condenas indemnizatorias en casos como los antes señalados y otros fuera del ámbito minero, han generado múltiples críticas al sistema de protección de inversiones en América Latina⁴⁴.

El tema es sensible en la región, considerando que el Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965, que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) fue denunciado por Bolivia en 2007, por Ecuador en 2009 y por Venezuela en 2012⁴⁵. Estos últimos países se dedicaron con especial ahínco a deshacer sus tratados bilaterales de inversión. Y si bien en su oportunidad esto pareció un regreso a la "Doctrina Calvo"⁴⁶, en una nota más optimista se puede destacar que tanto Ecuador como Bolivia ya han redactado nuevos modelos de tratados bilaterales de inversión, que Ecuador volvió a firmar el Convenio del CIADI en junio de 2021, y que Chile, México y Perú negociaron el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), uno de los esquemas de integración económica más relevantes en el Asia Pacífico.

En lo que respecta a la tarea propia de los Estados latinoamericanos, se ha dicho que, junto con promover la protección social y ambiental frente a proyectos mineros, deberían tener un rol activo en el acercamiento de las empresas con las comunidades locales, de manera que las inversiones sean socialmente aceptadas⁴⁷.

43. Ídem, pp. 209-210.

44. Por ejemplo, un Informe de 2019 titulado "*Casino del Extractivismo*", de J. MOORE Y M. PÉREZ ROCHA (Mining Watch, Institute for Policy Studies y Center for International Environmental Law-CIEL) estudió 38 demandas de arbitraje de inversión. En el Informe se explica que un tercio de los casos ha estado relacionado a los derechos indígenas y el consentimiento local, al tiempo que en más de la mitad de los casos se habrían impugnado acciones de autoridades que se tomaron por razones ambientales o sanitarias. El Informe propone priorizar la protección de los derechos humanos y en particular de pueblos indígenas y el medioambiente, por sobre los derechos de inversionistas extranjeros.

45. Por lo demás, Brasil nunca ha suscrito el Convenio de Washington, decidiendo buscar otras formas de atraer la inversión extranjera, tales como su trayectoria sin expropiaciones, un Poder Judicial independiente, una regulación favorable al arbitraje.

46. Conforme a la cual los extranjeros deben someterse a los tribunales locales.

47. A. ALI et al., N. 20, p. 211

Como se advierte hasta aquí, el arbitraje de minería en América Latina ha estado marcado por conflictos sociales violentos, jugando un rol relevante la protección de las comunidades indígenas y el medioambiente. Habiendo relatado a grandes rasgos la situación regional, entremos de lleno a la revisión del estado de cosas en Chile.

4. LA SOLUCIÓN DE DISPUTAS MINERAS EN CHILE

4.1. Chile: un país minero

La minería es favorecida en Chile por su geografía y conformación geológica. Se ha llegado a afirmar que el porvenir de sus habitantes está indisolublemente ligado al acierto con que se regule e impulse el progreso de la actividad minera⁴⁸. Esta última se convirtió ya en el siglo XIX en el sector más importante de la economía chilena⁴⁹, y es aún hoy una de las principales fuentes productoras de divisas⁵⁰. Además, es esencial para el empleo en zonas apartadas de las principales urbes del territorio nacional.

El rubro de la industria más desarrollado es la minería del cobre⁵¹, respecto de la cual Chile es el primer productor mundial y el mayor exportador. El rubro tiene una historia controversial. Hace exactamente medio siglo, el año 1971, las empresas extranjeras que formaban la denominada "Gran Minería del Cobre" fueron expropiadas mediante la Ley 17.450. El Estado de Chile dispuso que el monto de la indemnización podría reducirse en base a las "rentabilizadas excesivas" que hubieren obtenido las empresas nacionalizadas, y pagarse en un plazo de hasta treinta años. Por su parte, el Decreto Ley 1.350 de 1976 reguló la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO), empresa estatal con personalidad jurídica y patrimonio propios, que ejerce los derechos que adquirió el Estado en las empresas expropiadas⁵².

48. S. LIRA. *Curso de Derecho de Minería*, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 12.

49. B. SCHORR. N. 25, p. 242.

50. A pesar de la crisis del Covid-19, en 2020 la minería significó exportaciones por 37.409 millones de dólares al 15 de diciembre (lo que representa un 2,6% más que en 2019), en un marco de exportaciones totales por 67.416 millones de dólares (Fuente: Banco Central de Chile).

51. De los 37.409 millones de dólares por exportaciones mineras antes indicados, el cobre fue responsable de 33.876 millones.

52. Entre ellas, Anaconda, Kennecott Copper Corporation y Cerro Corporation. CODELCO es actualmente la empresa productora de cobre más grande del mundo. Asimismo, es la empresa que más contribuye a la economía chilena (véase <<https://bit.ly/3azzacA>> (06/07/2021)).

Al cobre le siguen en importancia el molibdeno, el oro, la plata, el litio, el hierro, el plomo, el zinc y el manganeso. En la minería no metálica cabe mencionar al salitre y el yodo, entre otros. Si bien la Ley 17.450 estableció el dominio del Estado sobre las minas, dejando a los propietarios mineros como meros concesionarios, lo cierto es que más tarde la Constitución Política de 1980 dispuso un *dominio especial* del Estado sobre los minerales, restableciendo la solidez de los derechos de particulares⁵³. A partir de entonces la materia se reguló ampliamente en la Ley 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras de 1982, la Ley 18.248 que contiene el Código de Minería de 1983 y su Reglamento de 1987.

Una característica relevante del derecho chileno es que todos los derechos mineros se constituyen y extinguen por resolución judicial, y no por vía administrativa como ocurría en la normativa anterior a 1980. Ello permite separar el otorgamiento y la extinción de derechos mineros de las decisiones de funcionarios de la administración, comúnmente vinculados al gobierno de turno.

La Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras reconoce al titular de la concesión un derecho de propiedad sobre esta, y dispone que la privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias objeto de concesión constituye una privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de la misma⁵⁴. Se remarca además el derecho del concesionario para defender su concesión por todos los medios que franquea la ley, tanto respecto del Estado como de particulares⁵⁵.

Esta institucionalidad probó ser efectiva para incentivar la minería. Por ejemplo, entre 1990 y 2001, Chile fue el mayor recipiente de inversiones privadas en minería de toda la región, con un total de un 18%⁵⁶. Según explicamos en la sección introductoria, la industria minera es propensa a conflictos de toda índole, y por ello es que estos han existido no obstante la sólida normativa vigente en materias mineras. Revisemos, en primer lugar, lo ocurrido a nivel

53. S. LIRA. N. 48, p. 30.

54. Ley 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, Artículo 6.

55. Ídem, Artículo 9.

56. G. BRIDGE. N. 24.

local, con disputas sometidas al derecho interno, para luego pasar al análisis de las disputas internacionales.

4.2. DISPUTAS DOMÉSTICAS

Desde ya cabe resaltar que ha habido disputas mineras significativas resueltas a nivel nacional, e incluso ante tribunales estatales (esto es, no arbitrales), a pesar de comprometer capitales extranjeros. A modo ejemplar, puede mencionarse el litigio entre la estatal CODELCO y la inglesa Anglo American en el año 2011, probablemente el juicio de mayor cuantía de la historia judicial chilena⁵⁷.

La filial de Anglo American en Chile pretendía vender a la japonesa Mitsubishi un porcentaje relevante de sus acciones en la compañía minera ex Disputada de Las Condes (hoy mina Los Bronces⁵⁸), lo que presuntamente habría vulnerado un derecho de opción de compra otorgado a CODELCO en 1978. El juicio concluyó con un acuerdo transaccional: Anglo American mantuvo el control de la mina, pero el 29,5% fue adquirido por un *joint venture* entre CODELCO y la también japonesa Mitsui.

Nótese que Anglo American es una empresa cuya matriz se encuentra en Reino Unido. La inversión de la compañía inglesa estaba amparada en el ya derogado Decreto Ley 600, que a la sazón contenía el Estatuto de la Inversión Extranjera⁵⁹. En 1997, Chile había firmado un Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones con el Reino Unido, el que se encontraba vigente y que, de hecho, incluía una “cláusula paraguas”, esto es, aquella que exige al Estado receptor de una inversión cumplir cualquier compromiso contractual asumido con un inversionista de la otra parte. Así y todo, la controversia fue litigada ante un tribunal estatal chileno⁶⁰, sin llegar a instancias internacionales.

57. Sobre los 6.700 millones de dólares.

58. Se trata de un yacimiento de cobre y molibdeno, ubicado en la zona central de Chile, en el límite entre la Región Metropolitana y la Región de Valparaíso.

59. Esta normativa especial permitía al inversionista extranjero celebrar un contrato con el Estado de Chile, a través del Comité de Inversiones Extranjeras, a fin de asegurar los derechos del inversionista (no discriminación, acceso al mercado cambiario formal, invariabilidad tributaria, entre otros).

60. Causa Rol C-35893-2011 seguida ante el 14° Juzgado Civil de Santiago.

En cuanto al arbitraje propiamente tal⁶¹, el arbitraje de minería en Chile también es relevante a nivel doméstico. Por ejemplo, la institución arbitral más importante del país, a saber, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), reporta que los casos de arbitrajes nacionales vinculados a materias de minería y energía han representado hasta un 10% del total de casos⁶².

Por otro lado, nótese que en 2021 la Cámara Minera de Chile anunció la creación de un Centro de Arbitraje y Mediación Minera, especializado en disputas de la industria.

Por ejemplo, en 2012 hubo una licitación por la recuperación del cobre y molibdeno del relave⁶³ de la División Andina de CODELCO, en la Región de Valparaíso. El proceso fue adjudicado a Minera Valle Aconcagua, vinculada al Grupo italiano Astaldi junto con inversionistas locales. La planta que prestaría el servicio de maquila no presentó los niveles de recuperación proyectados. Luego de una serie de intentos de mejoras sin mayor resultado, Minera Valle Aconcagua demandó en sede arbitral —por mejoras y gastos— 38 millones de dólares, más pérdidas operativas y financieras por 20 millones más. Por su parte, CODELCO presentó cuatro demandas subsidiarias contra Minera Valle Aconcagua. La empresa estatal argumentó que no se había dado término a la planta y por lo mismo se le adeudaba una compensación, insistiendo en el incumplimiento de los niveles de recuperación. Adicionalmente, CODELCO pidió la aplicación de multas y valorizó el cobre no recibido en el proceso de maquila. El total del pago exigido por CODELCO ascendía a 120 millones de dólares. El árbitro local rechazó las demandas de CODELCO. En efecto, solo accedió a que fuera indemnizada en dos millones de dólares, ordenando que en definitiva fuera la estatal quien pagara a Minera Valle Aconcagua la suma de 41 millones de dólares. Ambas partes recurrieron ante la Corte de Apelaciones de Santiago, pero finalmente llegaron a un acuerdo transaccional.

61. Chile tiene un sistema de arbitraje dualista, esto es, con normativa diversa para el arbitraje local y el internacional.

62. Estadística 2014-2015 versus Estadística 2020 del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

63. El relave es un sólido finamente molido, que es descartado en operaciones mineras.

4.3. DISPUTAS INTERNACIONALES

Como se sabe, en el plano del arbitraje internacional corresponde distinguir sus dos variantes: el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones. Revisemos en forma sucinta las reglas aplicables a cada uno para luego abordar la experiencia chilena.

Por una parte, el arbitraje comercial internacional está regulado en Chile en la Ley 19.971, que reproduce la Ley Modelo sobre la materia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), aunque sin las modificaciones del año 2006. De acuerdo a esta normativa, en Chile se considera que el arbitraje es internacional si las partes del acuerdo de arbitraje tienen sus establecimientos en Estados diferentes al momento de su celebración⁶⁴; si la sede del arbitraje o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tiene una relación más estrecha se encuentra en un país distinto a aquel donde las partes tienen sus establecimientos⁶⁵, o —finalmente— si las partes acuerdan que el objeto del arbitraje está relacionado con más de un Estado⁶⁶. En relación a esta última hipótesis, como vimos, es usual que empresas extranjeras operen en Chile mediante sociedades relacionadas constituidas localmente, de manera que perfectamente podrían tener interés en pactar un arbitraje comercial internacional para el caso que surja una controversia⁶⁷.

Por su parte, la expresión “comercial” se interpreta en sentido amplio, abarcando todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Por ejemplo, en lo que podría interesar a las disputas mineras, se incluye cualquier operación de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdos de distribución, representación o mandato comercial, arrendamiento de bienes con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, seguros, acuerdo o concesión de explotación,

64. Ley 19.971, Artículo 1 No. 3) letra a). Si una de las partes tiene más de un establecimiento, se considera el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje (Artículo 1, No. 4 letra a).

65. Ídem, Artículo 1 No. 3) letra b) numerales i) y ii).

66. Ídem, Artículo 1 No. 3 letra c).

67. E. MEREMINSKAYA. *Arbitraje Comercial Internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, Thomson Reuters, 2014, pp. 21-23.

asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera⁶⁸.

Como se advierte, Chile es un país favorable al arbitraje internacional. En 1975 ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, conocida como la Convención de Nueva York. Por lo demás, es de hacer notar que, a la fecha, ninguna acción de nulidad⁶⁹ ha sido acogida en Chile por las cortes superiores de justicia.

Por otra parte, en lo que respecta al arbitraje de inversiones, Chile es parte del Convenio de Washington que creó el CIADI en 1965, el que fue ratificado el 24 de septiembre de 1991. Adicionalmente, el país ha suscrito varias docenas de tratados bilaterales y acuerdos multilaterales de inversión, junto con otras tantas de tratados de libre comercio que incluyen disposiciones relativas a la protección de inversiones⁷⁰.

Al respecto, en el caso de inversionistas que hubieren procedido a suscribir un contrato con el Estado receptor, la infracción de lo pactado por parte de un Estado podría dar pie al arbitraje acordado contractualmente y, asimismo, provocar una demanda ante un tribunal arbitral establecido a través de un acuerdo en materia de inversión extranjera⁷¹.

Lo anterior era perfectamente cierto para el ámbito minero chileno hasta la entrada en vigencia en 2016 de la Ley 20.848, que fijó un nuevo marco legal para la inversión extranjera directa⁷². En virtud de la nueva normativa, la autoridad a cargo de la inversión extranjera ya no puede celebrar contratos con inversionistas en

68. Ley 19.971, Artículo 2 letra g).

69. Ídem, Artículo 34.

70. Véase <<https://bit.ly/2YO9yXp>> (06/07/2021).

71. E. MEREMINSKAYA. N. 67, p. 183. Cfr. G. TAWIL. *The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview*, Montreal: Conferencia dictada en el International Council for Commercial Arbitration (ICCA) Congress 2006 – *International Arbitration: Back to Basics?*

72. Si bien la normativa interna chilena impedía someter los contratos de inversión extranjera del Decreto Ley 600 a tribunales extranjeros (Decreto Ley 2.349 de 1978, Artículo 7), dichas disposiciones estaban superadas por los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile.

Cabe señalar, además, que el derogado Decreto Ley 600 contenía una garantía de invariabilidad tributaria especial con respecto al impuesto específico a la actividad minera (Artículo 11 ter).

representación del Estado de Chile⁷³. Con todo, la nueva ley dispuso la conservación de los derechos y obligaciones contemplados en los contratos de inversión extranjera suscritos con anterioridad al año 2016.

En general, el elemento principal que debe ser ponderado para determinar si la conducta del Estado puede ser discutida ante un tribunal arbitral de inversiones es si la disputa surgió de una inversión. Típicamente, si hay un mero intercambio de bienes a cambio de un precio se estima que solo hay una compraventa comercial y no una inversión. En cambio, si hay una cierta duración de la relación contractual, un volumen relevante de la contribución, presencia del factor-riesgo asumido por el inversionista, y eventualmente —aunque es particularmente discutido— una contribución al desarrollo del Estado receptor, entonces se puede considerar que se está efectivamente ante una inversión⁷⁴.

En el caso de Chile, los denominados “Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones” estilan incluir un concepto amplio y no taxativo de lo que se entiende como inversión. En tal sentido, múltiples tratados incluyen explícitamente dentro de los tipos de inversión protegidos a las concesiones, incluidas aquellas para explorar, extraer o explotar recursos naturales. La mayoría establece como inversión, en términos incluso más amplios, a los derechos contractuales en general, sin que necesariamente se sitúen en el marco de una concesión.

La doctrina anticipa que, en cada situación concreta, habrá que discutir si se presentan o no los límites inherentes al concepto de inversión, lo que será más fácil en el caso de los contratos de concesión, en atención a su envergadura y la participación de los poderes públicos en su perfeccionamiento⁷⁵. El asunto, entonces, se debe discutir caso a caso, y la clave usualmente está en revisar

73. Nótese que, a partir de 2016, Chile pasó cinco años sin grandes inversiones mineras realizadas desde cero o *Greenfield*. Solo hubo inversiones *Brownfield*, que son aquellas que aprovechan instalaciones ya existentes, tales como expansiones o bien un paso a los sulfuros por agotamiento de óxidos. En cambio, otros países de la región —como Perú— sí desarrollaron proyectos nuevos en el mismo período.

74. E. MEREMINSKAYA. N. 67, pp. 186 y ss., donde se explica el conocido “test Salini”, sus desarrollos y críticas posteriores (*Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/4, decisión sobre la jurisdicción de 16 de julio de 2001).

75. Ídem, p. 191.

si el proyecto o actividad objeto de análisis cumple con la noción de inversión contenida en el acuerdo o tratado de inversiones respectivo.

En simple, para que exista un arbitraje comercial la regla generalísima es que haya existido un incumplimiento contractual⁷⁶. Pues bien, sobre la base de ese mismo incumplimiento se podría intentar llegar a un tribunal arbitral de inversiones, en caso que la conducta constituya también una infracción del tratado de inversiones correspondiente, esto es, una vulneración del derecho internacional. Naturalmente, además del contenido del contrato, habrá que atender a las partes del mismo. En efecto, solo hay arbitraje inversionista-Estado cuando ha intervenido el Estado o una entidad estatal, en la medida que así sea recogido por el tratado respectivo. Asimismo, en principio una violación del tratado exigiría una actuación agravada y soberana del Estado, salvo que exista una cláusula paraguas que permita extender responsabilidad internacional por incumplimientos contractuales de cualquier índole⁷⁷.

¿Cuál ha sido la experiencia específica de Chile con el arbitraje de minería internacional? Ya hemos hecho referencia a la extensa cadena de suministro que aplica en el negocio minero. Pues bien, si se presenta uno de los supuestos contenidos en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, podrían surgir procesos internacionales en contratos mineros de toda clase, desde consultoría e ingeniería hasta cooperación industrial.

En los últimos años, el litio ha jugado aquí un rol importante. Desde 1979 que el litio está declarado como un recurso estratégico en Chile⁷⁸. La agencia gubernamental denominada Corporación de

76. Teóricamente, también puede acordarse un arbitraje para resolver una disputa extracontractual.

77. E. MEREMINSKAYA. *Demandas contractuales ante los tribunales internacionales a la luz de los APPIs suscritos por Chile*, *Revista de la Sociedad de Derecho Internacional de Chile*, 2010, N° 1, p. 52.

Si bien se discute si una cláusula de solución de controversias incluida en el contrato puede limitar la jurisdicción del tribunal de inversiones propio del tratado, una forma novedosa de aclarar toda duda y evitar la existencia de procesos paralelos consiste en exigir al inversionista una renuncia de su derecho para iniciar o continuar un procedimiento relativo a los mismos hechos que causan la controversia, en forma previa a proceder al arbitraje internacional de inversiones. Así lo exigen, por ejemplo, los Tratados de Libre Comercio de Chile con Canadá y Estados Unidos (Ibid., p. 61).

78. Decreto Ley 2.886 de 1979.

Fomento de la Producción (CORFO) es la dueña de las pertenencias mineras en el Salar de Atacama. Ahora bien, hay dos empresas privadas que operan en el Salar en virtud de contratos especiales de operación⁷⁹. Se trata de la norteamericana Albemarle y la chilena SQM⁸⁰. Ambas suscribieron contratos con CORFO a partir de los años ochenta.

En el caso de SQM, esta ha tenido controversias con CORFO, entre otras materias, por el pago de regalías, siendo objeto de un arbitraje local en el CAM Santiago y concluyendo con un acuerdo conciliatorio en 2018⁸¹. Ahora bien, la nueva presencia relevante de inversionistas extranjeros podría abrir la posibilidad de un arbitraje de inversiones en el futuro⁸².

En el caso de Albemarle, el asunto efectivamente escaló al nivel internacional. En efecto, desde 2018 que el Gobierno de Chile amenazaba con iniciar un arbitraje comercial internacional conforme a las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), acordadas por las partes en la cláusula de resolución de controversias del contrato vigente, por el presunto incumplimiento de la minera de litio respecto de un anexo celebrado en 2016. Pues bien, la solicitud de arbitraje fue presentada en febrero de 2021. En particular, según trascendió, se habría acusado a Albemarle de no pagar royalties, adeudando aproximadamente 15 millones de dólares en comisiones al Estado. En el pasado se había acusado a la misma Albemarle de incumplir su obligación de proporcionar un precio preferencial respecto del 25% de su producción anual a las compañías que producen materiales para baterías en Chile⁸³.

Como se aprecia, queda abierta la posibilidad de que la relación entre estas empresas privadas y el Estado chileno escale incluso al

79. Según lo autoriza el Artículo 8 del Código de Minería

80. En 2018 la china Tianqi adquirió una participación del 24% de SQM de manos de la canadiense Nutrien, en la mayor operación realizada en la historia de la Bolsa de Comercio de Santiago a esa fecha. El remate superó los 4.000 millones de dólares.

81. El arreglo implicó, entre otros, el pago de aproximadamente 20 millones de dólares a CORFO, la modificación del contrato para aumentar la renta de arrendamiento al nivel del contrato que tenía Albemarle, la reserva de hasta un 25% de la producción para su venta a interesados en agregar valor al litio en Chile, el aumento de la cuota autorizada de extracción, el cumplimiento irrestricto de la normativa ambiental, la restitución de derechos de agua y mineros al Estado, y un cambio del gobierno corporativo de la compañía.

82. Cabe señalar que el acuerdo conciliatorio mantuvo una cláusula de solución de controversias conforme al Reglamento de Arbitraje del CAM Santiago.

83. Véase <<https://bit.ly/2YKWfqE>> (06/07/2021) y <<https://bit.ly/3ashcZE>> (06/07/2021).

ámbito del arbitraje inversionista-Estado. En lo que refiere a este tipo de procesos, interesantemente Chile no ha tenido controversias mineras ante tribunales internacionales. De los cinco casos en que se ha visto involucrado el Estado chileno⁸⁴, ninguno ha versado sobre materias de minería.

La escasa participación de Chile en arbitrajes de inversión impresiona en comparación a la situación de otros países en la región. Por vía de ejemplo, Venezuela ha sido demandada en más de 40 ocasiones y Argentina en más de 60.

Como es dable concluir hasta aquí, la potencialidad de casos de arbitraje de inversión minera en Chile es evidente. En efecto, fuera de los importantes capitales nacionales —estatales y privados— involucrados en el desarrollo de la minería en el país, existen grandes inversionistas mineros provenientes de Australia, Canadá, China, Estados Unidos, Japón, Reino Unido, Suiza, entre otros. Estos inversionistas bien podrían aprovechar los derechos que les corresponden por tratados bilaterales de inversión o acuerdos equiparables⁸⁵ en caso que el Estado chileno los infrinja, todo ello sujeto al cumplimiento de los requisitos aplicables al caso específico.

Cabe señalar, además, que el país ya tiene experiencia con las temáticas litigiosas que abundan en América Latina y que hemos relatado en la sección anterior⁸⁶. A modo ejemplar, en septiembre de 2020 un Tribunal Ambiental del norte de Chile confirmó el cierre definitivo del proyecto minero Pascua Lama, propiedad de la canadiense Barrick, junto a una multa de nueve millones de dólares⁸⁷. Se trataba de un proyecto binacional en la frontera

84. *Victor Pey Casado y Fundación Española Presidente Allende c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/98/2); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7); *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/04/7), *Carlos Ríos Velilla y Francisco Javier Ríos Velilla c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/17/16) e *Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/21/27). Por su parte, entre los casos mineros vinculados a inversionistas chilenos en el extranjero se encuentran los de Tethyan Copper y Quiborax, ambos ya citados.

85. La totalidad de los países citados tienen acuerdos de protección de inversiones con Chile.

86. Al cierre del primer semestre del año 2021, el denominado “Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina” reportaba un registro histórico de 284 casos de conflicto en la región, de los cuales al menos 49 habrían involucrado o involucrarían actualmente a Chile.

87. El proyecto no cumplió con su Resolución de Calificación Ambiental, lo que llevó a la aplicación de diversas sanciones por infracciones calificadas como graves y gravísimas, relativas al monitoreo de glaciares y glaciaretes, el monitoreo y descarga de aguas de contacto al río Estrecho, y la utilización de una metodología de cálculo de niveles de alerta de calidad de aguas

chileno-argentina, al sur del Desierto de Atacama, por más de 8.000 millones de dólares. El yacimiento de oro, plata y cobre, iniciado en 2001, estaba cerrado desde 2013 por orden de la Superintendencia de Medioambiente, ratificada por la Corte de Apelaciones de Copiapó⁸⁸.

Ha llamado la atención el contraste entre el devenir del proyecto Pascua Lama, privado, vis-à-vis el proyecto El Salvador de CODELCO, estatal, ambos ubicados en la Región de Atacama. Se ha planteado que la diferencia se explicaría por el contexto local, pero especialmente por el origen y la propiedad de la compañía minera involucrada en uno y otro caso⁸⁹. ¿Por qué Barrick no continuó a instancias internacionales, por ejemplo, para asegurar un tribunal independiente e imparcial? De acuerdo a la información pública, la compañía pareciera haber descartado la existencia de un reclamo en tal sentido. Desde luego, aceptó la decisión del Tribunal Ambiental sin reparos, al no apelar de la misma. En el segundo semestre de 2020, el director ejecutivo de la compañía señaló que buscarían plantear un nuevo proyecto en la zona, que cumpliera con todos los aspectos técnicos, económicos y sociales⁹⁰.

En fin, nótese que inversionistas chilenos en el extranjero sí han acudido al arbitraje de inversión en materias mineras⁹¹.

4.4. El proceso constituyente en curso

Es indudable que una de las grandes virtudes del sistema legal chileno en las últimas décadas ha sido la certeza jurídica otorgada a los derechos mineros luego de la crisis de expropiaciones de 1971.

no autorizada, que utilizaba niveles más permisivos que los contemplados en la calificación ambiental.

88. Un acuerdo entre la empresa minera y la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco —río que abastecía a comunidades indígenas— fue objeto de un arbitraje doméstico ante el CAM Santiago. En 2016, la Junta de Vigilancia demandó el incumplimiento de las aportaciones anuales de tres millones de dólares de Barrick al Fondo de Compensación Ambiental, luego de la suspensión temporal del proyecto. Barrick había comprometido en 2005, en el marco del Protocolo de Compensación Ambiental, un pago de 60 millones en 20 años. Finalmente, se llegó a un acuerdo transaccional por el cual Barrick se obligó a pagar aproximadamente 20 millones.

89. B. SCHORR. N. 25.

90. Véase <<https://bit.ly/3mO5kXx>> (06/07/2021) y <<https://bit.ly/3FE5gCl>> (06/07/2021).

91. Por ejemplo, Antofagasta Minerals es parte del consorcio Tethyan Copper, demandante en el arbitraje contra la República de Pakistán ya citado.

Ahora bien, tras protestas ciudadanas y una serie de graves actos de violencia acontecidos en el país a partir del mes de octubre de 2019, la ciudadanía aprobó el inicio de un proceso constituyente, con el fin de elaborar una nueva Constitución. El texto constitucional será elaborado por una Convención electa democráticamente en mayo de 2021 y se someterá a un plebiscito de aprobación o rechazo en 2022.

Como es evidente, el proceso constituyente en curso introduce un elemento de incertidumbre en el ámbito de los derechos mineros en Chile, garantizados en las últimas décadas a nivel constitucional y orgánico constitucional, según se vio⁹².

La propia regulación del proceso de elaboración de la nueva Carta Fundamental deja a salvo los tratados internacionales ratificados y que se encuentren vigentes⁹³. Con todo, el Estado chileno deberá manejar con especial cuidado la nueva normativa constitucional y su posterior implementación, considerando que existen múltiples grupos de interés buscando una participación estatal aún mayor en la explotación de recursos naturales, y particularmente en el manejo del recurso hídrico, indispensable en los proyectos mineros. Asimismo, el movimiento a favor de la nueva Constitución ha estado marcado por grupos indigenistas⁹⁴.

Un descuido por parte de las autoridades chilenas podría configurar casos de infracción al Trato Justo y Equitativo y otros estándares propios del derecho internacional de inversiones, ya puestos a prueba en materia minera a nivel regional.

4.5. Un contraste con América Latina

¿Qué explica que en Chile no exista el mismo nivel de litigiosidad minera internacional que en el resto de América Latina? Por cierto, la actividad presenta los mismos riesgos conceptuales que en el resto del mundo. Los problemas que genera la industria en las cercanías de sus instalaciones son los mismos, y el país mantiene vigentes

92. El proceso no es nuevo en la región. Ya han existido Asambleas Constituyentes en Honduras (1982), Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

93. Constitución Política de Chile, Artículo 135.

94. Las reglas de la Convención Constitucional aseguraron 17 escaños reservados para representantes de pueblos originarios, de un total de 155 convencionales.

una serie de normas tendientes a proteger el medioambiente y los derechos de las comunidades locales, con especial énfasis en las comunidades indígenas. Como queda de manifiesto en el caso Pascua Lama, las comunidades afectadas pueden ser igual de conflictivas que en otros países de la región.

Por su parte, en Chile se presentan las materias y discusiones propias de la *lex mineralia*, como por ejemplo de qué manera cuantificar la paralización de un proyecto minero o bien la forma de calcular los *royalties* o comisiones aplicables⁹⁵. En tal sentido, los distintos grupos mineros mantienen y negocian toda clase de estrategias de estabilización de las reglas del juego.

Por lo demás, hemos visto que la institucionalidad para canalizar la solución de disputas por vía arbitral está preparada. De igual forma, existen múltiples expertos en minería, abogados con conocimiento de la normativa sectorial y peritos con amplia experiencia en el sector. Con todo, salta a la vista como nota distintiva la importante participación empresarial directa del Estado en la explotación del cobre, por lejos el mineral más importante en el país.

Asimismo, el riesgo de que surjan conflictos de inversión minera por denegación de permisos está fuertemente mitigado en la medida que son los tribunales, y no los funcionarios de la administración de turno, los encargados de constituir y extinguir las concesiones mineras, todo lo cual reduce la arbitrariedad.

Por último, la industria ha probado ser seria y está tan desarrollada que sus intervinientes parecieran apostar siempre al largo plazo. Obviamente, ello reduce la conflictividad y obliga a redoblar esfuerzos para alcanzar acuerdos transaccionales. Lo anterior se aprecia de manera transversal en distintas disputas aquí revisadas, desde el acuerdo CODELCO-Anglo American hasta las controversias del litio⁹⁶.

95. En paralelo al proceso constituyente, se encuentra actualmente en tramitación un ambicioso proyecto de ley que busca establecer un nuevo royalty a la minería en Chile. Al respecto, nótese que durante el segundo trimestre de 2021 el cobre alcanzó su máximo *peak* histórico, transándose en 4,26 dólares la libra.

96. Lo mismo resulta de la propia experiencia de este autor. En efecto, incontables controversias vinculadas al ámbito minero son transadas regularmente, con miras al desarrollo de uno o más proyectos futuros.

5. CONCLUSIONES

El arbitraje de minería empieza a configurar a nivel global un ámbito de práctica especializada, que atiende a los riesgos y peculiaridades de este sector. Las controversias mineras pueden ser adecuadamente canalizadas a través del sistema arbitral, gracias a la especialidad, dedicación, rapidez y neutralidad del tribunal, sumadas a la revisión restringida del laudo y otros beneficios propios del arbitraje como método de solución de disputas.

A nivel latinoamericano, los conflictos sociales y ambientales han constituido la fuente principal de disputas transfronterizas, destacando los conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de capitales.

En el caso de Chile, importantes disputas mineras han sido resueltas a nivel doméstico, ya sea ante tribunales estatales o mediante arbitrajes locales. A pesar de la relevancia de la industria en el país, a la fecha no han existido grandes arbitrajes internacionales mineros más allá de los referidos en este artículo. Si bien la actividad presenta los mismos riesgos que en el resto de la región, la importante participación directa del Estado en la explotación del recurso minero y la sólida normativa a favor de los particulares tiende a diluir la conflictividad, apreciándose una tendencia a favor de la transacción de las disputas.

No obstante, tanto el marco normativo vigente como la disponibilidad de expertos en la materia para actuar como árbitros y peritos permiten afirmar que la vía arbitral es conveniente para resolver las controversias del sector. Si a lo anterior sumamos la presencia significativa de capitales extranjeros, las tendencias de la región latinoamericana en el ámbito de los conflictos mineros y el proceso constituyente actualmente en curso en el país, se aprecia que están dadas las condiciones para canalizar las disputas mineras que surjan en lo sucesivo por la vía del arbitraje internacional comercial y de inversiones.



PINO/ELIZALDE
A B O G A D O S

www.pinoelizalde.com

Arbitraje estatutario en Ecuador: recientes reformas legislativas con errores de bulto

*Eduardo Carmigniani**
*Carla Cepeda Altamirano***
*Bernarda Muriel Bedoya****

Recibido/Received: 13/09/2021
Aceptado/Accepted: 11/10/2021

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Arbitraje societario en Ecuador. 2.1. Desarrollo histórico. 2.2. Postura de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. 3. Formas de incorporación. 3.1. Incorporación en la fundación. 3.2. Incorporación posterior a la fundación. 3.3. Transferencia de acciones. 4. Reformas recientes. 5. Conclusiones.

RESUMEN: El arbitraje estatutario es un mecanismo para solventar controversias societarias entre los diferentes actores en el desenvolvimiento de una compañía como socios, accionistas, administradores, fiscalizadores, entre otros. En Ecuador, la habilitación legal y constitucional para acudir a arbitraje estatutario ha existido desde hace décadas. Sin embargo, poco o nada se ha empleado esta figura. En nuestro criterio, por falta de difusión. Desde 2019 se promovieron reformas a la Ley de Compañías incluyendo normativa relacionada con esta materia. Creemos que el ánimo del legislador era promover el arbitraje intra-societario. No obstante, los textos aprobados merecen severos reparos

PALABRAS CLAVE: arbitraje estatutario (societario), disputas societarias, reformas legales.

* Socio de CARMIGNIANI PÉREZ ABOGADOS. Abogado por la Universidad Católica de Guayaquil. Correo electrónico: ecarmi@cplaw.ec

** Asociada de CARMIGNIANI PÉREZ ABOGADOS. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. LLM por la Universidad de Stanford. Correo electrónico: ccepeda@cplaw.ec

*** Asociada de CARMIGNIANI PÉREZ ABOGADOS. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: bmuriel@cplaw.ec



Statutory arbitration in Ecuador: recent legislative amendments with some cardinal mistakes

ABSTRACT: Statutory arbitration is an efficient mechanism to solve disputes arising between shareholders, board members, managers, and the company itself, among others. In Ecuador, the legal and constitutional entitlement to execute an arbitration agreement for this matter has existed for decades, moreover, its use has been poorly. The reason under our opinion is the lack of its diffusion. In 2019, legal amendments to the Companies Law were announced, which included statutory arbitration. We believe the legislator aimed to promote this mechanism to solve company-related disputes. However, the final approved text deserves to be commented.

KEYWORDS: statutory arbitration, corporate disputes, legislative amendments.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje estatutario es aquel “que se constituye mediante la incorporación de una cláusula en el pacto social que establece la solución de los conflictos societarios mediante la utilización del proceso de arbitraje”¹. El convenio arbitral como parte del estatuto, entonces, i) dependiendo del ámbito derivado de su extensión, de un lado, y ii) de la adhesión de las distintas voluntades en juego, de otro, puede vincular tanto a la sociedad como a sus socios, administradores, fiscalizadores, etc., en todo lo relacionado con derechos transigibles conectados con la actividad social.

Hace poco más de un año, se anunciaban reformas a la Ley de Compañías en el Ecuador y que una de las posibles “innovaciones” se referiría a arbitraje en materia societaria. Advertimos, en su momento, que los cambios legislativos en este campo no siempre pueden resultar necesarios, pues, el arbitraje –al ser esencialmente

1. 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.

negocial– ya estaba permitido para esta materia². En este sentido, el tratar de reconocer una situación que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no prohíbe, sería solamente una añadidura de bulto que, inclusive, podría generar confusiones innecesarias.

Asimismo, pusimos sobre la mesa que la falta de uso del arbitraje –como un mecanismo idóneo para resolver controversias societarias– no se debía a una falta de reconocimiento expreso en la ley. Por el contrario, afirmamos que el problema de fondo era la falta de difusión sobre la habilitación legal existente y la ausencia de publicidad sobre sus beneficios.

Poco después, la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros (SCVS) anunció las reformas en esta materia, las cuales –como lo adelantamos– acarrearán “aclaraciones” innecesarias. Creemos en la buena intención del legislador al tratar de incentivar el arbitraje intra-societario. Sin embargo, los textos adoptados no son prolijos. Por el contrario, resultan inoficiosos. Querían niña y salió niño.

Con estos antecedentes en mente, consideramos que para entender por qué las últimas reformas no aportan al objetivo buscado, es fundamental (ii) recapitular el desarrollo del arbitraje estatutario en el Ecuador; (iii) analizar los momentos de incorporación del convenio arbitral en un estatuto social y sus implicaciones; para luego, (iv) estudiar los textos adoptados en las reformas legislativas. Finalmente, (v) expondremos nuestras conclusiones.

2. ARBITRAJE SOCIETARIO EN ECUADOR

2.1. Habilitación legal del arbitraje estatutario previo a las reformas a la Ley de Compañías

Previo a la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 (LAM), en Ecuador se encontraba vigente la Ley de Arbitraje

2. Ver, E. CARMIGNIANI Y B. MURIEL. “Arbitraje Estatutario (societario) en Ecuador”, *Revista de Derecho Societario*, No. 13, Edino, Guayaquil, 2019 y E. CARMIGNIANI, “Arbitraje Societario”, *El Expreso*, 13/02/2020 <<https://www.expreso.ec/opinion/columnas/eduardo-carmigniani/arbitraje-societario-5192.html>>.

Comercial dictada por Decreto Supremo 735, del 23 de octubre de 1963. La Ley de Arbitraje Comercial en sus considerandos establecía que su finalidad era la simplificación del manejo de conflictos en operaciones comerciales, siendo el arbitraje una herramienta que cumplía esta finalidad, proporcionando “mayores garantías para esta clase de operaciones y facilitando a los contratantes la solución de litigios, conforme a las actuales exigencias de la actividad comercial”³.

Es de fácil comprensión que los conflictos intra-societarios son en esencia de naturaleza comercial. Por consiguiente, se encontraban dentro del ámbito de la Ley de Arbitraje Comercial, pues su artículo 1 se refería precisamente al arbitraje de “controversias comerciales existentes o futuras”⁴.

Luego, con la entrada en vigor de la LAM en 1997, sin duda, el reconocimiento –en general– del arbitraje se consolidó. A partir de este momento, esta institución ha adquirido especial relevancia para garantizar la agilidad comercial y la resolución de disputas en dicho ámbito. Previo e independientemente del reconocimiento expreso que las nuevas reformas a la Ley de Compañías han realizado sobre el arbitraje estatutario, este ya se encontraba habilitado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esto por lo siguiente:

Primero, es incuestionable que para recurrir a arbitraje debe existir un acuerdo entre las partes, con arreglo al artículo 5 de la LAM. Este criterio no difiere en el arbitraje intra-societario (estatutario), pues las potenciales partes en un conflicto de esa naturaleza tienen plena libertad para pactarlo al no existir disposición alguna en contrario.

Segundo, en lo que se refiere a los límites *ratione materiae*, el artículo 190 de la Constitución “reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”⁵. Por su parte, el artículo 5 de la LAM prevé que para someter una disputa a arbitraje,

3. Ley de Arbitraje Comercial, Considerandos, Decreto Supremo No. 375, RO No. 90, 28/10/1963.

4. Ídem, Artículo 1.

5. Constitución del Ecuador, Artículo 190, R.O. 499, 20/10/2008.

estas debe ser “susceptible de transacción”⁶. De estas disposiciones es claro que el arbitraje es un mecanismo eficaz para dirimir toda controversia que sea transigible. Entonces, cabe analizar qué debe entenderse por transigibilidad y si las controversias intra-societarias corresponden o no a esta naturaleza.

El artículo 2348 del Código Civil define a la transacción como “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”⁷. Y el artículo 2349 agrega que “No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”⁸. Entonces, la transigibilidad como requisito de arbitrabilidad se refiere a derechos u obligaciones de libre disposición.

Las disputas que pueden surgir en el mundo intra-societario son –generalmente– de dicha naturaleza. Esto es evidente porque tales controversias surgen esencialmente en el ámbito de derecho privado. Así, por ejemplo, los conflictos relacionados con los derechos de voto, información, asistencia, representación, privilegios, etc. o los conflictos relacionados con los deberes y obligaciones de los administradores y directivos de la compañía innegablemente son dispositivos. Es decir, las partes pueden exigirlos, negociar sobre ellos e incluso abstenerse de su ejercicio, pues forman parte de su propiedad privada y de sus intereses individuales.

Para mayor ilustración, exponemos como referencia algunas circunstancias o disputas que podrían manifestarse en el contexto de una relación intra-societaria. Estos ejemplos han sido tomados de la guía sobre conflictos arbitrables que se encuentra en el Informe sobre Arbitraje Societario en España, del Club Español de Arbitraje. Entre ellos se encuentran los siguientes:

-Los conflictos en torno a la constitución de la sociedad (acciones de responsabilidad contra quienes actuaron en nombre de la sociedad antes de su inscripción, responsabilidad de los fundadores, nulidad de la sociedad);

6. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 5, R.O. No. 145, 04/09/1997.

7. Código Civil, Artículo 2348, R.O. Sup. No. 46, 24/06/2005.

8. Código Civil, Artículo 2348, R.O. Sup. No. 46, 24/06/2005.

-Los conflictos en torno a las aportaciones dinerarias y no dinerarias y su desembolso, a los dividendos pasivos y a las prestaciones accesorias;

-Las impugnaciones de acuerdos de la junta general y del consejo de administración, incluyendo las aprobaciones de cuentas;

-Los conflictos relacionados con los derechos de los socios (voto, información, asistencia, representación, privilegios);

-La responsabilidad de los administradores (acción social, acción individual);

-Los conflictos y controversias que puedan suscitarse entre socios o con administradores a propósito de la convocatoria de la junta general y del consejo de administración; en estos casos, el conflicto –incluyendo la convocatoria judicial de la junta en los supuestos previstos por la ley– puede ser resuelto mediante arbitraje;

-La impugnación de una fusión u otra operación societaria, siempre que los estatutos de la sociedad absorbente, de la sociedad de nueva creación o de la sociedad superviviente incluyan la sumisión a arbitraje; y

-Los conflictos sobre separación y exclusión de socios, sobre valoración de participaciones o acciones y sobre la transmisión de acciones o participaciones⁹.

Este listado referencial de potenciales conflictos es concordante con los requisitos de arbitrabilidad en razón de la materia previstos en la Constitución y la LAM. Esto, pues responden al ámbito privado de la relación negocial y al ejercicio libre de derechos y obligaciones dispositivos. En definitiva, bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano es posible arbitrar controversias societarias e incluir un convenio arbitral en el estatuto social de cualquier compañía, independientemente de que ahora existiese o no un reconocimiento expreso para ciertas figuras sociales.

9. Informe sobre Arbitraje Societario en España del Club Español de Arbitraje, pp. 40-41.

Esta conclusión, es importante porque el actual reconocimiento legal expreso del arbitraje estatutario para ciertas figuras sociales en Ecuador i) no excluye su aplicación en otras figuras societarias no reguladas y ii) no deben entenderse como un limitante o restrictivo de derechos, pues no establece prohibición alguna. Entonces, las reformas legales que se analizan en este artículo simplemente constituyen un reconocimiento, digamos, para mayor abundamiento, de lo que en Ecuador ya era permitido.

2.2. HABILITACIÓN DEL ARBITRAJE ESTATUTARIO EN LA PRÁCTICA

Con la promulgación de la LAM, también se formó una comunidad académica y profesional encaminada a promover y fortalecer el arbitraje como institución. La comunidad arbitral se encuentra en constante campaña para garantizar y fortalecer las cualidades de este sistema y proteger sus características esenciales, como la especialidad, celeridad, flexibilidad, independencia e imparcialidad. No obstante, poco –o nada– se había discutido sobre el arbitraje societario (estatutario) hasta las reformas empezadas a tramitar en el 2019 en el Ecuador.

Así, se ignoraba un ámbito *ratione materiae* del arbitraje que en otras jurisdicciones era derecho vivo, pues ciertamente responde a las necesidades empresariales contemporáneas. Por ejemplo, en 2011 España reformó su Ley de Arbitraje, incorporando expresamente el arbitraje estatutario para resolver los conflictos que se planteen “en las sociedades de capital”¹⁰, aclarando así ciertas dudas que se habían presentado sobre su aplicación¹¹. En España, la arbitrabilidad de disputas societarias contaba con gran raigambre, al punto que estaba prevista en el Código de Comercio de 1829 en su artículo 323 como el mecanismo idóneo para su resolución: “toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase ó no estipulado así en el contrato de sociedad”¹².

10. Ley de Arbitraje, Artículo 11 *bis* ‘Arbitraje estatutario’, BOE No. 309, 26/12/2003.

11. Informe sobre Arbitraje Societario en España del Club Español de Arbitraje, p. 19.

12. Código de Comercio de España, Artículo 323, 30/05/1829.

Otro ejemplo es el caso de Chile. El artículo 4(10) de la Ley No. 18.046 dispone que la escritura de constitución de una sociedad anónima debe expresar:

La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador¹³.

En su artículo 125 se agrega el texto a continuación, el cual denota que el legislador chileno se decanta por una opción preferencial por el arbitraje para solucionar conflictos intra-societarios:

En los estatutos sociales se establecerá la forma como se designarán el o los árbitros que conocerán las materias a que se refiere el No. 10 del artículo 4° de la presente ley. En caso alguno podrá nominarse en ellos a una o más personas determinadas como árbitros. El arbitraje que establece esta ley es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria¹⁴.

Podemos apreciar que en otras jurisdicciones –desde hace tiempo– es común incluir convenios arbitrales en los estatutos de una compañía. Esto responde a los amplios beneficios que el arbitraje ofrece en comparación con el sistema judicial ordinario¹⁵. Así, este mecanismo es el único suficiente para que los conflictos societarios se resuelvan: i) de manera confidencial, para evitar los impactos negativos que una controversia entre socios, con la sociedad o con la administración puede generar en sus consumidores o clientes; ii) de manera eficiente, diseñando un proceso flexible que se ajuste a las necesidades particulares de cada caso; iii) ante árbitros expertos en temas corporativos y comerciales; y, iv) de manera definitiva, evitando posteriores instancias y reclamaciones que provoquen un retardo excesivo.

13. Ley No. 18-046 Sobre Sociedades Anónimas, Artículo 4(10), Diario Oficial, 22/10/1981.

14. Ídem, Artículo 125.

15. G.BORN. *International Commercial Arbitration*. Second Edition. Kluwer Law, 2014, p.134; pp. 1503-1504.

Sin embargo, en el Ecuador, estas ventajas pasaron desapercibidas por muchos años, posiblemente como consecuencia de dos claros defectos en nuestro sistema. Primero, por la formación equivocada de un prejuicio que se ha formado respecto de que la materia societaria debe ser altamente regulada, controlada y de (supuesto) orden público, pese a que en verdad es el núcleo del derecho de los negocios. Segundo, por una errada noción de practicantes que tercamente se limitan a las formalidades y a la regulación expresa y, de esta manera, descartan el principio esencial del derecho privado por el cual todo se encuentra permitido, mientras no exista prohibición expresa.

3. FORMAS DE INCORPORACIÓN DEL ARBITRAJE ESTATUTARIO

Hemos dicho que la incorporación de un convenio arbitral estatutario responde a la autonomía de la voluntad. Pero hay que diferenciar los distintos momentos en que dicho pacto puede desplegar efectos, pues dependiendo de eso distintos serán tanto sus requisitos como su alcance.

3.1. Incorporación en la fundación

Para la Ley de Compañías una compañía mercantil surge de un contrato por el que “dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”¹⁶. Si, surgiendo las compañías mercantiles de un contrato, y siendo este el que incorpora el estatuto que regula su funcionamiento, un convenio arbitral estatutario inserto en el acto fundacional contiene la voluntad unánime de los socios fundadores.

Desde esta perspectiva, respecto de los socios fundadores no puede haber duda de que están vinculados al convenio arbitral estatutario, pues expresamente declararon su voluntad en el acto fundacional del que fueron parte. En el estatuto existe, en torno a los socios fundadores, el “acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto

16. Ley de Compañías, Artículo 1, R.O. No. 312, 05/11/1999.

de una determinada relación jurídica”¹⁷, exigido por la LAM para que exista convenio arbitral.

Distinto es el caso de los administradores. Como estos no necesariamente forman parte del contrato que da origen a la sociedad, para que queden vinculados a un convenio arbitral estatutario que mande a arbitrar conflictos sociedad-administradores o socios-administradores, es necesario que se adhieran al convenio arbitral. Para ello, solo basta que estos acepten su designación. Esto es aplicable, *mutatis mutandis*, a los convenios arbitrales incluidos vía reforma de estatutos, a los que nos referiremos en la sección siguiente.

3.2. Incorporación posterior a la fundación

La incorporación de un convenio arbitral en los estatutos luego de constituida la sociedad también es posible por la vía de reforma estatutaria. Pero la reforma abre la discusión sobre si quedan o no vinculados al convenio arbitral los socios ausentes de la sesión de junta general en que se aprobó la reforma, o incluso quienes estando presentes votaron en contra.

Sostenemos que los socios ausentes y los disidentes quedan vinculados por el convenio arbitral incorporado en el estatuto vía reforma. Participar en una sociedad implica aceptar las decisiones sometidas a votación y por ende, los resultados derivados de la mayoría. Como dice Mantilla Serrano, al seguir las reglas contenidas en el estatuto:

Se está aceptando el fenómeno de decisión por la mayoría, si se respetan esas mayorías al realizar una reforma estatutaria que permita incluir un acuerdo de arbitraje, aunque haya votado en contra, el socio minoritario, quedaría vinculado por el pacto arbitral por el mero hecho ser socio¹⁸.

Esa es la línea que sigue la Ley de Compañías cuando dice que: “Las resoluciones de la junta general son obligatorias para todos

17. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 5, R.O. No. 145, 04/09/1997.

18. F. MANTILLA SERRANO. “El Arbitraje en Materia Societaria”, p. 31, 16/05/2009, citado en F. CARRASCO FERNÁNDEZ. “Arbitraje Societario”, *Anuario Jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, p. 358.

los accionistas, aun cuando no hubieren concurrido a ella, salvo el derecho de oposición en los términos de esta Ley”¹⁹.

Respecto del derecho de oposición, el artículo 215 de la Ley de Compañías establece que:

Los accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social podrán impugnar, según las normas de esta ley y dentro de los plazos que establece, los acuerdos de las juntas generales o de los organismos de administración que no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o el estatuto social, o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía²⁰.

Como puede observarse, el derecho de impugnación no es abierto, no basta la simple inconformidad de la minoría. Se requiere, para su procedencia, que la decisión respectiva: i) no se hubiere adoptado de conformidad con la ley; o ii) no se hubiere adoptado de conformidad con el estatuto social; o iii) que lesione, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía. Consecuentemente, en el caso particular de la inclusión en el estatuto social de un convenio arbitral, se debe hacer hincapié en que de haber sido aprobada la reforma estatutaria siguiendo los procedimientos aplicables (lo que descarta las dos primeras hipótesis de impugnabilidad), difícilmente puede tener éxito, en un análisis abstracto, sostener que incorporar al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas intra-societarias cause *per se* un perjuicio a la sociedad en beneficio de uno o varios socios.

3.3. Transferencia de acciones

¿Qué efecto tiene el pacto arbitral estatutario existente respecto de quien recién se incorpora como socio de una compañía comercial? ¿La cesión de posición contractual que como socio hace el tradente al adquirente conlleva la cesión de la posición contractual del tradente frente al convenio arbitral estatutario? Opinamos que sí.

19. Ley de Compañías, Artículo 245, R.O. No. 312, 05/11/1999.

20. Ídem, Artículo 215.

El contrato de constitución de una compañía comercial, su estatuto y sus posteriores reformas, son actos sujetos a publicidad registral. La cesión de la posición de socio, lo que implica el traslado de derechos y obligaciones inherentes a esa calidad, que está gobernada por el estatuto de la sociedad, no deja espacio para la duda de que el adquirente queda vinculado, en todos sus aspectos por aquel, incluyendo el convenio arbitral estatutario, de haberlo.

Sostenemos entonces que la declaración de voluntad del adquirente de adherirse al convenio arbitral previamente existente en los estatutos, se manifiesta cuando acepta la calidad de socio, con todos los derechos y obligaciones que le son inherentes precisamente conforme a esos estatutos. Esa manifestación de voluntad cumple además, en el ordenamiento ecuatoriano, con el requisito exigido por el artículo 5 de la LAM de constar por escrito, tanto en la adquisición de participaciones en una compañía de responsabilidad limitada²¹, como en la adquisición de acciones de una compañía anónima²².

Como dice Tarrío:

Una vez inscrito el convenio arbitral estatutario, configurador de la posición de socio, vincula a los socios presentes y a sus sucesores, quienes al adquirir la acción o participación social se han adherido a los instrumentos contractuales que rigen el funcionamiento de la sociedad de la que pretenden formar parte y, si dentro de ellos está una cláusula compromisoria, quedarán vinculados por ella [...] toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria²³.

En resumen, la inclusión de un convenio arbitral para solventar disputas societarias transigibles entre los diferentes *agentes* que participan en una compañía puede darse en distintos momentos: desde la celebración del acuerdo de los socios o accionistas, y de

21. Ídem, Artículo 113.

22. Ídem, Artículos 188 y 189.

23. M. TARRÍO BEJARANO. “La Cláusula Estatutaria para la Sumisión a Arbitraje de la Impugnación de los Acuerdos Sociales Esquema de Situación”, *Consejo General del Notariado*, No. 56, 2011, p. 135.

manera posterior a través de una reforma. Asimismo, en caso de una transferencia de acciones o participaciones, el cesionario se encuentra también vinculado al convenio arbitral.

4. REFORMAS RECIENTES

Siendo claro que la inutilización del arbitraje estatutario en Ecuador ha obedecido a falta de difusión y no a un innecesario “reconocimiento expreso” en la ley, estudiaremos las reformas recientes en esta materia.

4.1. La primera reforma

El 28 de febrero de 2020 se promulgó la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación²⁴, que incorporó a las sociedades por acciones simplificadas como una nueva especie societaria (en adelante SAS). La Disposición Reformatoria Octava de dicha ley regula el funcionamiento de las SAS y además incluye de manera expresa la posibilidad de resolver disputas a través de arbitraje (en adelante identificada como la Primera Reforma). A continuación, su texto:

[l]as diferencias que surjan entre los accionistas, la sociedad o los administradores de una sociedad por acciones simplificada, que tengan relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva, así como el abuso del derecho, podrán ser resueltas a través de una mediación.

En caso de no llegarse a un acuerdo amistoso, las diferencias mencionadas en el inciso anterior podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta en el estatuto social. En este último caso, al dorso de los títulos de acciones constará una mención de la correspondiente cláusula compromisoria, incorporada al estatuto de la sociedad. Cumplido aquel requerimiento, se entenderá que el cesionario de una transferencia de acciones ha aceptado, de manera expresa, someterse al convenio arbitral previsto en el estatuto social²⁵.

24. Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, R.O. Sup. No. 151, 28/02/2020.

25. Ídem, Disposición Reformatoria Octava a la Sección VIII de la Ley de Compañías, Artículo Innominado.

De la Primera Reforma podemos destacar los siguientes elementos:

Primero, la norma reconoce que el alcance del convenio arbitral estatutario *–ratione personae–* puede abarcar controversias entre: i) accionistas; ii) accionistas y la sociedad, iii) accionistas y administradores y iv) sociedad y administradores. Esto es positivo.

Segundo, sobre el objeto de la controversia que puede someterse a arbitraje, la norma se refiere en general a aquellas que tengan relación con la existencia y funcionamiento de la compañía. Esto es también positivo, debiendo entenderse que el listado que agrega²⁶ es ejemplificativo y no limitativo.

Tercero, del texto parecería que el arbitraje estatutario debía seguir un proceso escalonado de resolución de disputas. Así, el artículo disponía que: “[e]n caso de no llegarse a un acuerdo amistoso, las diferencias mencionadas en el inciso anterior podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta en el estatuto social”. Consideramos que tal entendimiento era equivocado, pues estaba llamado a generar demoras innecesarias. Como se ha expresado, la posibilidad de pactar arbitraje en el estatuto social deviene del principio de libertad contractual.

De hecho, la propia reforma lo confirma al prescribir: “si así se pacta en el estatuto social”. Entonces, no es que el arbitraje es admisible por el reconocimiento expreso dado en la Primera Reforma, sino por los principios generales y normas que garantizan el ejercicio libre de las relaciones negociales. Por este motivo, es posible someterse a arbitraje estatutario sin tener que agotar la etapa previa de mediación obligatoria que prevé la Primera Reforma. Esto, considerando además que el propio proceso de arbitraje previsto en la LAM ya contiene una mediación intraprocesal²⁷. En síntesis, la referencia a una resolución amistosa o mediación previa es un derecho/obligación de la naturaleza (no de la esencia). Por lo tanto, se puede disponer en forma distinta en el estatuto social. Vale

26. “Incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva, así como el abuso del derecho”.

27. “Una vez contestada o no la demanda o la reconvención, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes”, Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 15, R.O. No. 145, 04/09/1997.

decir que esta disposición fue corregida, actualmente se encuentra eliminada con una reforma que se analizará más adelante.

Cuarto, la inclusión de un convenio arbitral estatutario genera debate sobre qué sucede en caso de una transferencia o cesión de acciones a un tercero, considerando que el nuevo accionista no fue parte, no suscribió, ni consintió en el convenio arbitral que consta en el estatuto. La respuesta a este escenario es intuitiva. Al adquirir la calidad de accionista, y por ende los derechos y obligaciones que como tal surgen del estatuto que contiene una cláusula arbitral, el que era tercero ajeno a la relación social se convierte en parte contractual y por ello se encuentra vinculado al convenio arbitral, sin que se requiera la firma de otro documento particular. En efecto, y como ya mencionamos:

[I]a voluntad de las partes de someterse a arbitraje aunque no hayan participado en la redacción de los mismos [estatutos], deriva de la propia condición de socio, con subrogación en la posición del anterior, quedando vinculadas como, se han dicho, por el contenido de los estatutos sociales, lo que no significa que no se respete la autonomía de la voluntad de las mismas, que podrán modificar posteriormente los Estatutos Sociales²⁸.

La Primera Reforma trajo una inconveniente solución distinta. Así, dispuso que para que un cesionario de acciones se encuentre vinculado al arbitraje previsto en el estatuto, los títulos de acciones deberán contener una mención específica sobre la existencia del convenio arbitral. Solo así se entendería su aceptación. Esta disposición establece un requisito adicional conceptualmente innecesario, que parte de la premisa de que la escrituración del convenio en el estatuto y la publicidad de este negocio jurídico en el Registro Mercantil serían insuficientes. Sobra decir que discrepamos con tal entendimiento. Este error legislativo tuvo que ser corregido, y esta disposición también fue eliminada con una reforma posterior, que se analizará más adelante.

28. M. SÁNCHEZ PONS. La Cláusula Arbitral Estatutaria: Breves apuntes sobre su validez y eficacia, Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral, Tomo II, Universidad Javeriana e Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 183.

Además de las observaciones de fondo que hemos planteado sobre la Primera Reforma, el principal problema con dicho reconocimiento expreso es que se encuentra limitado a las SAS. Esto, en lugar de promover el arbitraje estatutario, generó dudas y creativas tesis, que sostenían que la posibilidad de arbitrar disputas intra-societarias en otras especies de compañías no sería permitido a falta de similar reconocimiento expreso, nuevo síntoma de la paranoia de invadir áreas del derecho privado con supuestos lineamientos y limitaciones de orden público.

4.2. La segunda reforma

Para tratar de resolver las dudas que generó la Primera Reforma, en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías de diciembre de 2020²⁹, se incluyó nuevos reconocimientos expresos sobre la validez de incluir convenios arbitrales, esta vez en los estatutos sociales de las compañías limitadas (artículo 137.2) y las compañías anónimas (artículo 146.1). Veamos los textos:

Artículo 137.2: El estatuto social podrá incluir una cláusula compromisoria como un mecanismo para resolver desacuerdos entre los miembros de la sociedad, siempre que el conflicto recayere sobre materia transigible. En tal caso, procederán los mecanismos alternativos de solución de conflictos en derecho, conforme a las condiciones establecidas en la Ley y lo convenido por las partes.

Si no se hubiere pactado arbitraje para la resolución de conflictos societarios, o si la controversia versare sobre materia no transigible, la competencia para su resolución recaerá sobre el Juez de lo Civil del domicilio principal de la compañía de responsabilidad limitada [o anónima].

De efectuarse una cesión de participaciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula compromisoria prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario.

Artículo 146.1: El estatuto social podrá incluir una cláusula compromisoria como un mecanismo para resolver desacuerdos entre los miembros de la sociedad, siempre que

29. Ley de Modernización a la Ley de Compañías, R.O. Sup. No. 347 de 10/12/2020.

el conflicto recayere sobre materia transigible. En tal caso, procederá el arbitraje en derecho, conforme a las condiciones establecidas en la Ley y en el convenio arbitral.

Si no se hubiere pactado arbitraje para la resolución de conflictos societarios, o si la controversia versare sobre materia no transigible, la competencia para su resolución recaerá sobre el Juez de lo Civil del domicilio principal de la sociedad anónima.

De efectuarse una transferencia de acciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula compromisoria prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario³⁰.

Las diferencias entre estas disposiciones son mínimas. Por un lado, el artículo 137(2) se refiere a compañías limitadas y establece –de manera general– la posibilidad de someterse a mecanismos alternativos de resolución de disputas. Por otro lado, el artículo 146(1) es aplicable a las compañías anónimas y en su primer inciso dispone específicamente la posibilidad de someterse a arbitraje. No obstante, para objeto del análisis de fondo, trataremos a las dos normas como la “Segunda Reforma”, pues –en esencia– su contenido es el mismo.

Primero, el texto de la Segunda Reforma parece intentar limitar su aplicación a controversias entre los miembros de la sociedad. Es decir, entre los socios o accionistas, excluyendo las disputas: i) entre socios y sociedad; ii) entre socios y administradores; o iii) entre sociedad y administradores. Esto, no obstante que la Primera Reforma, de pocos meses antes, aplicable a las SAS, es mucho más amplia: “[l]as diferencias que surjan entre los accionistas, la sociedad o los administradores de una sociedad por acciones simplificada, que tengan relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad”. Es inexplicable este giro restrictivo, que abre espacio a innecesarias discusiones sobre arbitrabilidad.

Segundo, la Segunda Reforma pretende imponer que el arbitraje solo pueda resolverse en derecho, eliminando al arbitraje en equidad como alternativa. No encontramos lógica o motivo alguno para esta restricción, que constituye una inconstitucional intromisión

30. Ídem, Artículos 137.2, 146.1.

en la libertad negocial. Además es inconveniente. El arbitraje en equidad puede ser en ciertas circunstancias atractivo para dirimir conflictos mercantiles por la necesidad de una resolución apegada a la evolución y requerimientos particulares de cada actividad de comercio.

Tercero, la Segunda Reforma corrige el error de la primera respecto del requisito de incluir al dorso de los títulos de acciones la mención de la cláusula compromisoria estatutaria para vincular a un cesionario. El nuevo texto reconoce el principio de que los nuevos accionistas se vinculan a todas las disposiciones del estatuto –incluyendo el convenio arbitral– con la simple aceptación de la cesión de acciones y debido a la publicidad del estatuto.

No obstante, establece una absurda salvedad: el cesionario – nuevo socio o accionista– puede desvincularse del convenio arbitral si existe “pacto expreso”. Dado que la adquisición de participaciones o acciones no implica pacto del adquirente con la compañía sino con el tradente, ese tal “pacto expreso” solo pudiera ser con este último. Esa posibilidad de desvinculación unilateral del estatuto (del nuevo socio o accionista) abre un peligrosísimo boquete, que quiebra el principio de que todos los socios o accionistas, por el hecho de serlo, están vinculados a aquel.

Cuarto, la Segunda Reforma no incluye el procedimiento escalonado de resolución de disputas previsto en la Primera Reforma para las SAS. Esto es acertado porque –como lo mencionamos– un procedimiento escalonado no es un requisito de la esencia del arbitraje y de hecho en nuestro sistema –que ya contempla una mediación intraprocesal– resulta innecesario.

4.3. La Tercera Reforma

Finalmente, la Ley de Modernización a la Ley de Compañías de diciembre de 2020, además de reconocer expresamente el arbitraje para otras especies sociales, reformó la ya existente para las SAS. El texto actual es el siguiente:

Las diferencias que surjan entre los accionistas de una sociedad por acciones simplificada, entre estos y la compañía

o sus administradores, o entre la sociedad con las personas que la administraren, podrán ser resueltas a través de una mediación. Estas diferencias deberán tener relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad por acciones simplificada, incluida la impugnación de determinaciones de la asamblea o Directorio, así como el abuso del derecho.

Las diferencias mencionadas en el inciso anterior también podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta en el estatuto social. De efectuarse una transferencia de acciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula arbitral prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario.

[...]

Se deberá incluir a la cláusula arbitral al momento de extender un nombramiento a favor de los administradores de la sociedad por acciones simplificada. De aceptar el nombramiento bajo dichas condiciones, los administradores quedarán sujetos a la cláusula arbitral. Caso contrario, estos no quedarán obligados por el convenio.

En caso de conflictos intrasocietarios, el levantamiento del velo societario también podrá ser ordenado por un tribunal arbitral, de así determinarlo el estatuto social³¹.

Esta, a la que denominaremos “Tercera Reforma” trata de corregir algunos de los errores que ya hemos destacado. No obstante, sigue la misma línea restrictiva, imponiendo requisitos o formalidades innecesarias.

Primero, la Tercera Reforma corrige –específicamente para el caso de las SAS– el error de la primera respecto del requisito de incluir al dorso de los títulos de acciones la mención de la cláusula compromisoria estatutaria para vincular a un cesionario, con la misma desatinada salvedad de la Segunda Reforma.

Segundo, elimina el procedimiento escalonado de resolución de disputas previsto en la Primera Reforma, lo cual, ya hemos dicho, es acertado.

31. Ley de Modernización a la Ley de Compañías, Artículos 68, 69, R.O. Suplemento No. 347, 10/12/2020. Énfasis añadido.

Tercero, establece una nueva restricción a los conflictos entre: i) sociedad-administradores; y, ii) accionistas-administradores. La Tercera Reforma exige que, para vincular a los administradores de las compañías con el convenio arbitral, su nombramiento incluya una réplica de este. Un error de bulto.

Nuevamente, los derechos y obligaciones –previstos en el convenio arbitral estatutario– surgen de: i) la propia existencia de dicho instrumento social; ii) su aceptación integral; y, iii) la publicidad de su contenido. En síntesis, toda persona que se vincule a la compañía y que mantenga derechos y obligaciones previstos en el estatuto, está vinculada al mecanismo de resolución de controversias previsto en dicho instrumento. No se requiere una ratificación posterior de su voluntad. Este nuevo requisito es contrario a la libertad negocial y entorpece el carácter normativo del estatuto para los administradores³². Sin duda, esta disposición generará confusiones sobre su aplicación, una serie de controversias sobre su alcance e incluso, decisiones contradictorias –en sede judicial y arbitral–. Lo que abunda, sí daña.

Cuarto, la Tercera Reforma dispone que podrán resolverse disputas relacionadas con el levantamiento del velo societario en arbitraje. Sin embargo, esta alternativa debe constar expresamente en el estatuto social. Una vez más, el legislador se entromete en una decisión exclusiva de los árbitros respecto de su competencia en razón de la materia. Además, lo hace de manera arbitraria y descuidada. Como mencionamos, una disputa es arbitrable si la materia de la *litis* es transigible, no por reconocimiento del legislador.

5. CONCLUSIONES

Sigue pendiente el trabajo de promover el arbitraje estatutario en Ecuador, quizá con más desafíos que antes de su incorporación expresa en la legislación. Esto debido a las claras ventajas que ofrece este mecanismo en comparación con la justicia ordinaria –eficiencia, flexibilidad, confidencialidad y experticia de los árbitros–. Su fundamento esencial es el principio de autonomía de

32. Si se requiere una ratificación de la voluntad del convenio arbitral del estatuto para vincular a los administradores, por qué no se requeriría de otra obligación prevista en dicho instrumento social. Esta es una duda que la reforma genera innecesariamente.

la voluntad y su reconocimiento constitucional –artículo 190 de la Constitución–. Las disputas intra-societarias son –en general– de naturaleza transigible, pues responden a intereses privados. Por lo tanto, salvo que se trate de cuestiones no transigibles, ninguna ley puede limitarlo.

Las últimas reformas a la Ley de Compañías, si bien reconocen de manera expresa al arbitraje estatutario, lo hacen de manera incorrecta. Lo que abunda sí daña porque, al menos, causa confusión.

Aspiramos que lo expuesto sirva para continuar el proceso de promoción del arbitraje como el mecanismo idóneo para resolver controversias intra-societarias y para aclarar las dudas o trabas que las “innovadoras” reformas traen en esta materia.

Tras bastidores del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación

Hugo García Larriva*
Bernarda Muriel Bedoya**

Recibido/Received: 11/10/2021
Aceptado/Accepted: 13/10/2021

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La naturaleza negocial del arbitraje y la suplencia de la normativa procesal ordinaria. 3. El arbitraje con el sector público. 3.1. Suscripción de convenios arbitrales con el sector público. 3.2. Arbitrabilidad en disputas con el sector público. 3.3. La autorización del Procurador General del Estado. 4. La acción de nulidad de laudos arbitrales. 4.1. Principios aplicables al procedimiento de nulidad. 4.2. Tramitación de la acción de nulidad por las Cortes Provinciales. 5. La ejecución de laudos arbitrales internacionales. 6. Regulación de la justicia cautelar. 6.1. Reconocimiento de la figura del árbitro de emergencia. 6.2. Medidas preventivas y la justicia ordinaria. 7. Temas misceláneos. 7.1. La confidencialidad del arbitraje y su alcance. 7.2. La responsabilidad de los árbitros. 7.3. Competencia de los árbitros y el plazo para dictar el laudo. 7.4. Regulación del arbitraje internacional. 7.5. Extensión del convenio arbitral.

RESUMEN: El presente trabajo estudia el recién expedido Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Se analiza cada tema a través de una recapitulación de las disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento y la jurisprudencia relevante. Concluimos que las normas del Reglamento constituyen, por un lado, una recopilación

* Socio de Carmigniani Pérez Abogados. Profesor Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador. Magíster en Derecho de Empresa por la USFQ. LL.M. en Derecho Internacional por la Universidad de Cambridge. Correo electrónico: hgarcia@cplaw.ec

** Asociada de Carmigniani Pérez Abogados. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: bmuriel@cplaw.ec



de las mejores prácticas en arbitraje que ya se habían consagrado en muchas decisiones de cortes y tribunales arbitrales, y, por otro lado, un desarrollo progresivo de las normas legales en materia arbitral.

PALABRAS CLAVE: Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, modernización, autonomía de la voluntad, justicia arbitral.

Behind the scenes of the Regulations to the Arbitration and Mediation Law

ABSTRACT: This paper studies the recently issued Regulations to the Arbitration and Mediation Law (“Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación”). Each topic is analyzed through a recapitulation of the provisions in force in our legal system and the relevant jurisprudence on the subject. Concluding that the Regulations, on one hand, is a compilation of the best practices in arbitration that have already been enshrined in many court decisions and arbitrations tribunals; and on the other hand, a progressive development of the legal norms in arbitration matters.

KEYWORDS: Regulations to the Arbitration and Mediation Law, modernization, party autonomy, arbitral justice.

1. INTRODUCCIÓN

El año de 1799 fue un año, digamos, peculiar. En enero, el gobierno de su majestad Jorge II del Reino Unido impuso, por primera vez, un impuesto a la renta. En marzo, los rusos y turcos toman de los franceses la estratégica isla de Corfú. En julio se descubre la Piedra de Rosetta que permitirá, muchos años luego, descifrar los jeroglíficos egipcios. En noviembre, Napoleón derriba el Directorio, establece el Consulado y se convierte en Primer Cónsul. En 1799 sucedió, además, un hecho curioso. En una fría y lluviosa mañana londinense llegó al despacho del doctor George Shaw en el Museo Británico una caja. Adentro de ella había un nuevo espécimen que venía desde Australia. Al abrirlo el doctor Shaw vio algo que le parecía típico de la época: una farsa creada por aventureros mercaderes. No era raro que a su despacho lleguen supuestas sirenas, que no eran nada más que la unión de una cola

de pescado al torso de algún primate de menor tamaño. Por eso, con decisión, no dudó en usar el escarpelo para descartar alguna charlatanería. Pero, ¡oh sorpresa! Este caso era distinto. Su reseña decía: pico de pato; patas palmadas; aguijón en las patas; cuerpo y cola de castor; pone huevos, pero tiene mamas. Al presentarlo en la comunidad académica británica hubo varias reacciones. Algunos lo llamaron embustero y farsante. Otros, que él atentaba contra la ciencia. Aquellos más audaces decían que se trataba de una especie antigua de patos. Sus contrarios, que era un castor con pico. El doctor Shaw muy probablemente llamó a la cordura. “¡Nada de eso!”, seguramente gritó. No era embuste alguno. Se trataba de un nuevo espécimen, un marsupial que lo bautizó “*Platypus anatinus*”: el ornitorrinco.

Lo relatado no llama la atención. Imagínense la Inglaterra de esa época. Ver un animal que a nuestros ojos es desconocido, pero se parece a algo que sí conocemos, sea un pato o un castor. Seguro y también agarrábamos el escarpelo para encontrar el hilo o la goma que unían el pico al cuerpo del roedor. Y eso no sería sino normal. Es una tendencia natural del ser humano el describir la realidad a la que se aboca a partir de su conocimiento previo. Es inherente a nuestra condición y no lo podemos evitar. Aplicamos a nuevas fenomenologías las categorías pertenecientes a nuestro conocimiento acumulado. Pero es asimismo natural al proceso de conocimiento el que creemos nuevas categorías cuando un fenómeno escapa, en todo o parte, a las preexistentes. El arbitraje no es ajeno a lo anterior.

El arbitraje en el Ecuador es fundamentalmente una institución nueva¹. Luego, no es raro que el primer acercamiento que se realizó al arbitraje fue desde la práctica y con los ojos del litigio en cortes ordinarias. El lenguaje usado por directores de centros y árbitros suelen estar empapados del argot judicial. Las formas, ritos y protocolos de la normativa procesal ordinaria fueron, en la práctica, traspasados al arbitraje. Y es que al presentar el arbitraje a la comunidad legal ecuatoriana, esta la vio como un juicio ordinario frente a personas privadas. Nada más. Esto, además, provocó cierto recelo en la esfera de lo público que miró al arbitraje como producto

1. Si bien ha estado reconocido desde principios de la República, su verdadera expansión y práctica intensa comienza con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997.

de un inexistente conflicto con lo privado. Con la expansión del arbitraje en Ecuador, su estudio profundo y el contacto con prácticas internacionales, hemos interiorizado que el arbitraje no es un juicio ordinario ni una artimaña creada por aventureros mercaderes -como algunos políticos-, en su momento, lo quisieron pintar. Es sin lugar a dudas, una nueva especie: un ornitorrinco.

En este devenir del arbitraje, el Ecuador ha pasado de no tener virtualmente arbitraje a ser un sistema absolutamente consolidado. No obstante, el camino recorrido no ha estado ajeno de amenazas, vacíos e inconsistencias. En el foro arbitral, luego de más de 20 años de expedida la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”), existía un consenso general sobre la necesidad de una actualización normativa que de respuesta a esas amenazas, vacíos e inconsistencias. En este contexto, mediante Decreto Ejecutivo No. 165 de 18 de agosto de 2021, se expidió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (el “Reglamento”) que por un lado, es una recopilación de las mejores prácticas en arbitraje que ya se habían consagrado en muchas decisiones de cortes y tribunales arbitrales, y, por otro lado, es un desarrollo progresivo de las normas legales en materia arbitral.

A lo largo de este trabajo, analizaremos los principales temas abordados por el Reglamento y, principalmente, nos enfocaremos en esclarecer los efectos de sus disposiciones. Para este fin, haremos un ejercicio integrativo con disposiciones ya existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y citaremos casos relevantes que ilustran la necesidad e importancia de la promulgación del Reglamento. Concluiremos que el Reglamento no ha hecho otra cosa sino, desarrollar la LAM, consolidar ciertas prácticas arbitrales y fomentar la institucionalización del sistema arbitral.

2. LA NATURALEZA NEGOCIAL DEL ARBITRAJE Y SUPLENCIA DE LA NORMATIVA PROCESAL ORDINARIA

Desde su concepción constitucional y posterior desarrollo legal, es incuestionable que el pilar angular del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes. Esto, sin renegar de su raigambre jurisdiccional, lo convierte en una institución de carácter negocial. Esto, en palabras de la Corte Constitucional “[posibilita] el acceso a este mecanismo mediante un respaldo a la autonomía de las

persona[s], [lo que] implica un pleno reconocimiento de un sistema 'alternativo' con normas y procedimiento propios"².

En esta línea, la LAM consagra expresamente la aplicación concreta del principio de autonomía de la voluntad, por ejemplo, al reconocer que se puede optar entre un arbitraje: (i) administrados o *ad-hoc*, (ii) público o confidencial; (iii) con tribunales unipersonales o conformado por tres árbitros; (iv) en derecho o equidad³. Además, concretamente, respecto a facultad de las partes para acordar las normas procedimentales y alejarse de las normas rígidas de los procesos judiciales, el artículo 38 de la LAM prescribe que “[e]l arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento [determinadas] en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables”⁴.

Precisamente, esta característica –entre otras– diferencian al arbitraje de la justicia ordinaria, pues, sacando a la normativa procesal de la esfera clásica del Derecho público indisponible, “permite que las partes pacten y diseñen reglas que más convengan a su particular relación [generando un proceso] espontáneo: la ausencia de planificación, de rigidez y de inmutabilidad”⁵. Esta particular naturaleza del Derecho procesal arbitral ha sido ratificada por la Corte Constitucional, quien ha resuelto que “[d]ebido a su origen contractual, las partes gozan de amplia flexibilidad para determinar las reglas que consideren eficaces y adaptar la estructura del procedimiento en función de su naturaleza y complejidad” y “adaptar el procedimiento a las particularidades del caso concreto”⁶. De igual forma, los tribunales arbitrales han sido consistentes en reconocer la naturaleza negocial de las normas procesales en

2. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 323-13-EP, Sentencia No. 323-13-EP/19, 19/11/2019, pp. 33-34.

3. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículos. 2, 3, 5, 7, 10, 27, 34, RO No. 145, 04/09/1997.

4. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 3, Artículo 38.

5. A. GALINDO Y H. GARCÍA, “Relación entre el Código Orgánico General de Procesos y el procedimiento arbitral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 56. Ver, B. CREMADES, “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”, *Tratado de Derecho Arbitral* Carlos Alberto Soto Coaguila El Convenio Arbitral, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 665.

6. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 2573-17-EP, Sentencia No. 2573-17-EP/21, 25/08/2021, pp.59-68. Ver, Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 177-15-EP, Sentencia No. 177-15-EP/20.

materia arbitral y la facultad que tienen las partes de diseñar su propio procedimiento⁷.

Ahora bien, esta facultad tampoco implica que las partes pueden, a guisa de invocar su libertad de configuración interna del negocio jurídico, hacer tabla llana con los principios fundamentales que garantizan el debido proceso arbitral. La autonomía de la voluntad y la libertad negocial también observan un límite en el orden público⁸. Así también lo han reconocido tanto la Corte Constitucional⁹ como los tribunales arbitrales¹⁰.

Ahora, la pregunta de qué hacer cuando las partes han guardado silencio sobre un asunto procedimental ha generado, de alguna forma, una controversia menor. Un minoritario sector ha considerado que en estas circunstancias un tribunal arbitral se ve en la obligación de aplicar a raja tabla las disposiciones del Código General de Procesos (“COGEP”). Como veremos, nada más alejado de la realidad. Y es que el asunto de vacíos normativos durante el proceso arbitral se resuelve de manera simple: (i) con la potestad que tiene el tribunal arbitral para dirigir el proceso y

7. Proceso Arbitral CCQ No. 079-16, Árbitros: Francisco Santillán, Ernesto Albán y Marcos Ponce, Decisión de 29/03/2017: “En Ecuador la normativa procesal en el arbitraje es de naturaleza negocial. Según el artículo 38 de la LAM, un arbitraje en el Ecuador se rige (i) por la LAM, (ii) por las disposiciones de los Reglamentos pactados, (iii) el acuerdo de las partes o en su defecto la decisión de los árbitros, y, en silencio de lo anterior (iv) las normas supletorias, cuando sean aplicables”. Proceso Arbitral Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Ambato y Cámara de Comercio de Industrias de Tungurahua No. 004-2016, Árbitros: Hugo García Larriba, Nelly Paredes y Julio Paredes, Orden Procesal 6, 18/05/2017: “El artículo 38 de la LAM reconoce cuales son las fuentes normativas para regular un procedimiento arbitral: LAM, Reglamento, acuerdo de las partes, y, en lo que no esté previsto en estas disposiciones, las normas supletorias. Es importante notar que, al reconocer el artículo 38 de la LAM al acuerdo de las partes como una fuente normativa, se reconoce que la naturaleza jurídica de las normas procesales en el arbitraje es negocial y no de Derecho público. Esto está en la esencia del arbitraje pues es lo que le permite ser flexible y distinto a los procesos judiciales”.
8. L. PARRAGUEZ, *Régimen Jurídico del Contrato*, Editorial Jurídica Cevallos, 2021, p. 101. Ver, Código Civil, Artículo 1477, RO No. Sup. No. 46, 24/06/2005.
9. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 2573-17-EP, N. 6, p. 59: “Ahora, 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”.
10. Proceso Arbitral Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Ambato y Cámara de Comercio de Industrias de Tungurahua, No. 004-2016, N. 7: “Es importante notar que, al reconocer el artículo 38 de la LAM al acuerdo de las partes como una fuente normativa, se reconoce que la naturaleza jurídica de las normas procesales en el arbitraje es negocial y no de Derecho público. Esto está en la esencia del arbitraje pues es lo que le permite ser flexible y distinto a los procesos judiciales. Esto no quiere decir que estas normas negociales no observen un límite común al del Derecho Público, esto es, las garantías al debido proceso y el derecho a la defensa”.

(ii) un entendimiento adecuado de la supletoriedad de las normas procesales ordinarias.

Sobre el primer punto, la capacidad del tribunal arbitral para dictar normas de procedimiento para la conducción del arbitraje, esta potestad es simplemente una consecuencia natural del encargo de árbitro que las partes otorgan. Específicamente, es una potestad –y a la vez obligación– implícita que deviene de la naturaleza del contrato *receptum arbitri* que se entiende incorporado en el mismo por disposición de los artículos 1460 y 1562 del Código Civil. Esto pues, las partes –en razón de la confianza– confieren a los árbitros “potestades suficientes para dirimir su controversia y para establecer o delimitar las reglas bajo las cuales se regirá el procedimiento arbitral”¹¹. Además que, bajo inspiración de la Ley Modelo CNUDMI¹² y la Convención de Nueva York en el artículo V(1)(d)¹³, la LAM en su artículo 17 segundo párrafo reconoce expresamente la facultad del presidente del tribunal arbitral de sustanciar y dirigir el proceso.

Sobre el segundo punto, esto es, sobre la supletoriedad de las normas procesales ordinarias, la referencia que el artículo 37 de la LAM realiza debe entenderse en este contexto negocial de las normas procesales en materia de arbitraje. La mentada supletoriedad no conlleva, como algunos han sostenido, una obligatoriedad de aplicar el COGEP en el arbitraje, sino simplemente una oportunidad para que, frente a un vacío, aquellas normas supletorias se apliquen adaptadas a la realidad del arbitraje y siempre y cuando no contravengan su espíritu y principios. En palabras de la Corte Constitucional:

-
11. E. CARMIGNIANI, C. CEPEDA, “Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, p. 357. Ver, E. PICAND ALBÓNICO, *Arbitraje Comercial Internacional*, Tomo I, Editorial Jurídica Chile, 2005, p. 324. Citado por C. CORONEL JONES, “Arbitraje y Procedimiento”, *Juris Dictio*, No. 11, USFQ, 2007, p. 38.
 12. Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 (2008), Artículo 19(2): “la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes”.
 13. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, (1958), Artículo V(1)(d): “[a] falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la determinación, admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”.

En 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 ordinaria¹⁴.

En este sentido, el Reglamento al plasmar en sus artículos 1 –numerales 3 y 4¹⁵ y 10¹⁶ (i) la naturaleza negocial de las normas procesales en arbitraje; (ii) la potestad de las partes de diseñar directamente su proceso y, en su ausencia; (iii) reconocer la potestad del tribunal arbitral para ordenar el procedimiento; (iv) aclarando que el COGEP no es directamente aplicable al arbitraje, solo ha desarrollado la habilitación legal existente codificando las decisiones y principios anteriormente mencionados.

3. ARBITRAJE CON EL SECTOR PÚBLICO

Que una entidad pública pueda suscribir un convenio arbitral, sea al celebrar un contrato o en un momento posterior, no debería llamar la atención. En Ecuador, ese no es el caso. Desde el 2006 el arbitraje con el sector público fue objeto de trabas y hasta hostilidades. La ideologización del arbitraje llegó al punto de que, desde la propia Secretaría Jurídica del expresidente Rafael Correa, se emitió un oficio circular a las entidades públicas donde casi se proscribía el arbitraje. Si a esto se suma la rígida interpretación sobre el requisito de autorización previa que la Procuraduría General del Estado mantuvo

14. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 2573-17-EP, N. 6, p. 59.

15. Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, “Art. 1.- En los arbitrajes regulados por la Ley de Arbitraje y Mediación se aplicarán los siguientes principios.- ... 3. En la interpretación y aplicación de las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación y de este Reglamento, se tomará en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, así como sus principios, usos y prácticas. 4. Asimismo, las cuestiones que no estén expresamente previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación o en este Reglamento, serán resueltas por el tribunal arbitral tomando en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, así como sus principios, usos y prácticas”, RO No. 524, 26/08/2021.

16. Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, N. 15: “Art. 10.- Libertad de regulación de las actuaciones.- 1. Las partes podrán pactar y determinar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones, sea directamente o por referencia a un reglamento arbitral. A falta de acuerdo o en ausencia de una disposición aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso pudiendo para esto recurrir a los principios y prácticas de uso común en materia arbitral. 2. Supletoriamente, cuando no contravenga los principios del arbitraje y si el tribunal estimare oportuno, se podrán aplicar las disposiciones contenidas en el Código Orgánico General de Procesos”.

y los problemas constantes sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos de ejecución contractual –entre otros–, el resultado es que el arbitraje con el sector público se volvió virtualmente inexistente. Las cifras hablan por sí solas. En el año 2016, de 53.692 procesos de contratación pública, solamente se autorizaron 3 convenios arbitrales¹⁷. El 2017 fue aún peor, de 53.399 procesos de contratación, solo se autorizó 1 convenio arbitral¹⁸. En el 2018 algo parecido, de 55.897 proceso solo 3 convenios arbitrales autorizados¹⁹. En el 2019 algo mejoraron, de 47.293 procesos, 17 aprobaciones de arbitraje²⁰. Tal vez el mejor año fue el 2020 donde se aprobaron 31 convenios arbitrales en 40.910 procesos de contratación²¹. En total, de 251.191 procesos contractuales desde el 2016, únicamente se aprobaron 55 convenios arbitrales. Eso quiere decir que la cantidad de convenios arbitrales autorizados no llega ni al 0,022% de los contratos suscritos por entidades públicas dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública. Si ampliásemos la data –que no la tenemos– a los contratos que se firman fuera de ese sistema, el panorama sería, francamente, más patético, por decir algo.

Para que el arbitraje con el sector público resurja era necesario una alineación normativa clara que, además, permee como un mensaje directo a la administración pública: el arbitraje no es el enemigo. En este contexto, el Reglamento viene a dar nuevos aires en la materia, particularmente en relación a (i) el uso del arbitraje en disputas relacionadas a contratos públicos; (ii) la arbitrabilidad objetiva en contratación administrativa; y, (iii) la autorización previa del Procurador General del Estado para suscribir convenios arbitrales.

3.1. Suscripción de convenios arbitrales con el sector público

Sin arbitraje toda disputa contractual con el sector público termina en la justicia ordinaria, específicamente en los ya de por sí congestionados Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Esto genera al menos cuatro serias consecuencias. Primero, que los costos

17. Fuente, Portal del Servicio Nacional de Contratación Pública y información sobre aprobación de convenios arbitrales para arbitraje doméstico de la Procuraduría General del Estado.

18. Ídem.

19. Ídem.

20. Ídem.

21. Ídem.

relacionados con el proceso de resolución de esas disputas no sean externalizados en quien mejor puede soportarlo –el privado–, sino que sean cargados a los escasos recursos que el Estado destina para la administración de justicia y que bien podrían liberarse para que la Función Judicial atienda casos con mayor sensibilidad e impacto social. Segundo, sobrecarga de trabajo a la justicia administrativa cuya esencia no es resolver disputas de carácter contractual, sino proteger a los ciudadanos frente a los abusos y desviaciones del poder público²². Tercero, esta sobrecarga genera innecesarias demoras que tienen nefastos efectos. Por ejemplo, la tardía tutela de un derecho de un administrado que se ve afectado por un acto ilegítimo de poder público. Cuarto, la sobrecarga y consecuente demora genera, además, inexcusables costos transaccionales para el Estado y los administrados. No es ciencia oscura el hecho de que el dinero en el tiempo tiene un costo. En este sentido, mientras más se demora el Estado o el administrado en resolver una disputa contractual que en esencia es patrimonial, mayores costos transaccionales se generan. Si el Estado tiene la razón, es mejor que se la den rápido. Si el administrado tiene la razón, no hay motivo de demorar la reparación de su derecho subjetivo. Una decisión tardía solo implica más perjuicios para quien tiene la razón, perjuicios que si se los genera al administrado debe pagar el Estado, o mas bien, todos lo ciudadanos con los impuestos que pagamos.

Las anteriores razones –entre otras– justifican que el Estado promueva el que las disputas contractuales de las entidades públicas sean resueltas mediante arbitraje. El Estado así lo ha entendido y a través de la reforma a la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, Estabilidad y Equilibrio Fiscal (la “**Ley de Fomento Productivo**”) que reformó el COPCI se añadió el artículo innumerado primero luego del artículo 16 que dispone “[e]l estado ecuatoriano deberá pactar arbitraje nacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley”. El Reglamento, en esta misma línea, (i) promueve expresamente que los pliegos contractuales contemplen la posibilidad de arbitraje²³ y (ii) que en aquellos

22. Es importante recordar que solo recientemente los Tribunales de lo Contencioso Administrativo asumieron competencia para conocer disputas relacionadas con la responsabilidad civil de las entidades públicas. Antes lo conocían los jueces de lo civil. Ver Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Artículo 6(b), RO No. 338, 18/03/1968 (derogada).

23. Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, N. 15, Disposición transitoria cuarta.

contratos que ya se han suscrito, se incorpore un convenio arbitral. Sobre el segundo punto, es importante detenerse un poco sobre el proceso que debe seguirse para suscribir dicho convenio arbitral y la consecuencia de la inacción de los funcionarios administrativos. El artículo 5(1) del Reglamento reza:

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.

Si bien en materia negocial el silencio no conlleva una declaración afirmativa o negativa de la voluntad, sino manifiesta ausencia de la misma, una norma jurídica sí que puede calificarlo y otorgarle un valor, sea de aceptación o de negativa. Esto es lo que precisamente hace el Reglamento, califica al silencio de la administración y le da una consecuencia específica: la aceptación presunta del convenio arbitral. Esto genera un consentimiento tácito por parte de la administración pública cuyo efecto negocial no es otro que el perfeccionamiento del convenio arbitral. Ahora, cuando el convenio arbitral requiera aprobación del Procurador General del Estado, bastaría que el administrado solicite dicha aprobación fundamentado en el consentimiento presunto de la entidad pública para que se proceda con dicha autorización.

3.2. Arbitrabilidad en disputas con el sector público

La principal consecuencia de que la Constitución y la Ley habiliten pactar arbitraje con el sector público es que en esta sede puedan resolverse todas las controversias que se encuentren relacionadas con un contrato en específico. Dado que la administración pública solo puede interactuar en una relación contractual a través de actos o hechos administrativos, es solo natural que las disputas a ser resueltas en arbitraje giren, entonces, alrededor de la validez o

juridicidad de dichos actos y las consecuencias –económicas o no– que despliegan en el contrato. Así enmarcada la cosa, no puede sino entenderse que la habilitación constitucional para pactar arbitraje en contratos con el sector público conlleva necesariamente una habilitación para que los árbitros puedan resolver sobre la legalidad de los actos administrativos de naturaleza contractual. De no ser así, dicha habilitación –la de pactar arbitraje– quedaría vaciada de contenido pues muy difícilmente encontraremos disputas que no envuelvan de una u otra forma actuaciones administrativas dentro de la relación contractual²⁴. Así lo ha entendido con unanimidad la doctrina ecuatoriana²⁵.

Sin embargo, no son pocos los casos en los que las entidades públicas –tanto en sede arbitral como al interponer diferentes recursos– han alegado que al resolver los árbitros sobre la base de actos administrativos de ejecución contractual, estos han excedido la competencia que el ordenamiento jurídico les otorga. Lamentablemente esta posición no ha dejado de tener eco en decisiones aisladas de tribunales y cortes. La principal falacia usada para objetar dicha competencia era que dado que los actos administrativos son resultado de un ejercicio de una potestad administrativa que no puede ser objeto de transacción, estos –los actos– son inarbitrables. Mezclar la causa eficiente –potestad– con el resultado –acto administrativo– es absurdo. Cuando un árbitro resuelve sobre la legalidad de un acto administrativo no está “transigiendo” sobre una potestad pública. La potestad pública está y sigue ahí, inalterada. Lo único que se realiza es el control de legalidad del ejercicio de dicha potestad. Esta tarea es la misma que realizaría un juez ordinario y a nadie se le ocurriría insinuar

24. Proceso Arbitral CIAM No. 001-2020, Decisión de competencia, 10/11/2021, pp. 194, 195: “Nótese que, si se siguiera la línea interpretativa propuesta por la Demandada, no se llega a advertir qué tipo de disputas podrían las Partes someter a arbitraje conforme a lo que ellas mismas convinieron en la cláusula 68 del Contrato. Siendo [la entidad estatal demandada] una persona jurídica de derecho público, de seguirse aquella interpretación (que el Tribunal no comparte) su actuación durante la ejecución del Contrato se exteriorizará a través de actos y conductas que, cualquiera sea su calificación (actos administrativos, actos de la Administración o meros pronunciamientos administrativos o hechos administrativos) quedarían excluidos de la jurisdicción arbitral previamente pactada, lo que contradice el texto claro de la cláusula 68 del Contrato. El Tribunal entiende que una interpretación de buena fe de la referida cláusula –principio rector tanto para los contratos privados como los públicos– es aquella que permite darle pleno efecto al acuerdo de las Partes, sin vaciarlo de contenido”.

25. Ver J. P. AGUILAR, “Derecho Administrativo y transigibilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014. F. LARREA, “Arbitrabilidad de Actos Administrativos Contractuales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2014.

que el Tribunal Contencioso Administrativo está, de alguna forma, transigiendo con las potestades públicas.

El análisis es más simple. La arbitrabilidad de los actos administrativos surge de la habilitación constitucional y legal para conocer disputas en materia de contratación con el sector público²⁶. Simple. Además, no solo la constitución y la ley consagran dicha habilitación, sino que existe todo un corpus normativo al respecto:

a) El artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manda que: “[l]as multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral”²⁷.

b) La Codificación de Resoluciones del Servicio de Contratación Pública prevé en su artículo 48(2) que:

Art. 48.- Rehabilitación del incumplimiento.- La compañía o empresa de seguros, banco o institución financiera declarada como incumplida, podrá rehabilitarse y en esa medida ser excluida del Registro de Incumplimientos, en los siguientes casos: [...]

2. Que exista sentencia ejecutoriada, resolución de órgano judicial competente, acta de acuerdo de mediación o laudo arbitral que deje sin efecto el acto administrativo que originó la inclusión en el Registro de Incumplimientos [...]²⁸.

c) El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión (“**COPCI**”) expresamente reconoce que los actos administrativos de ejecución contractual relacionados con el (in)cumplimiento y resolución de contratos administrativos son arbitrables:

En el caso en el que el Estado pacte arbitraje internacional en derecho, el contrato de inversión hará referencia a que toda controversia resultante de la inversión o del contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, será resuelta, a

26. J. P. AGUILAR, N. 25, pp. 261-262. F. LARREA, N. 25, p. 288.

27. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, RO Sup. No. 395, 04/08/2008.

28. Codificación Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, Artículo 71, RO Ed. Esp. 245, 29/01/2018.

elección del reclamante, mediante arbitraje²⁹.

Adicionalmente, la justicia administrativa ha confirmado que los tribunales arbitrales gozan de competencia exclusiva para conocer la impugnación de actos administrativos de ejecución contractual. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca en dos casos de manera clara ha resuelto que:

Surgida la controversia no existe a juicio del juzgador otra vía que el someter el acto administrativo dictado por el Gerente General del FISE, terminación unilateral anticipada del contrato a la instancia pactada en el convenio, que no es otra que el sistema de arbitraje y al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de la ciudad de Quito³⁰.

Estos pronunciamientos fueron ratificados por la Corte Nacional de Justicia resolviendo que “no existe el vicio alegado por el recurrente por cuanto la cláusula vigésimo tercera del contrato suscrito el 30 de junio de 2004, establece con claridad el sometimiento a arbitraje de las controversias surgidas en razón del mismo”³¹.

Las normas y pronunciamientos judiciales citados van en línea también con lo que los tribunales arbitrales han resuelto. Por ejemplo, en el caso Fondo de Inversión Social de Emergencia FISE en contra de la Fundación Centro de Planificación y Estudios Sociales CEPLAES, el tribunal arbitral resolvió:

Es imprescindible tener presente que si bien la declaración de resolución anticipada y unilateral del contrato es un acto unilateral de naturaleza administrativa porque supone el ejercicio de las facultades de que está investida la administración respecto del contrato administrativo por ella celebrado, es en todo caso un acto administrativo que está íntimamente vinculado a la relación jurídica contractual en la que incide de modo decisivo, pues se trata de una facultad que nace con tal contrato y sigue su suerte hasta que desaparece

29. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, tercer artículo innumerado luego del artículo 16, RO Sup. No. 351, 29/12/2010.

30. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la Ciudad de Cuenca, Procesos No. 295-2007, 07/07/2009 y No. 296, 21/09/2009.

31. Corte Nacional de Justicia, Recurso de casación No. 493-2009, 31/10/2012. Ver Corte Nacional de Justicia, Recurso de casación No. 387-2009, 01/11/2012. Ver además, Corte Provincial de Pichincha, Proceso No. 17113-2014-2362, 14/01/2020.

con la extinción o terminación del contrato administrativo al cual se halla indisolublemente ligado. Si la Constitución y la ley permiten y facultan que las controversias derivadas de los contratos que celebra la administración pública se ventilen en arbitraje, no es lógico ni jurídicamente admisible que de la controversia se aísle el acto administrativo que da por terminado unilateral y anticipadamente el contrato, porque se fracturaría la continencia de la causa en perjuicio de la paz social, de la correcta administración para dar por terminado el contrato, si la controversia surgida entre las partes radica o nace precisamente de tal decisión y las partes expresamente y por permisión constitucional y legal, convinieron en resolver por arbitraje sus controversias nacidas del contrato. En síntesis, el momento en que se suscribe un convenio arbitral en un contrato celebrado por la administración pública, de conformidad con lo previsto por los artículos 7 y 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pierden competencia para conocer de las controversias relacionadas con tal contrato, los jueces de lo Contencioso Administrativo. Si la Constitución de la República y la ley amparan la posibilidad de que en los contratos administrativos se pueda convenir arbitraje como el medio idóneo para solucionar las controversias que por tal contrato se presenten entre las partes, [...] obvio es considerar que el Tribunal Arbitral está plenamente autorizado por el ordenamiento jurídico para determinar si un acto administrativo ligado a la relación contractual, como el que es materia del presente proceso arbitral, es conforme o disconforme con el Derecho. En suma, si la Constitución y la Ley amparan la posibilidad de que en los contratos administrativos se pueda convenir en arbitraje, esto implica que los árbitros se hallan facultados para que en arbitraje pueda dejarse sin efecto la decisión administrativa que termina unilateralmente el contrato³².

En este sentido, el Reglamento en su artículo 4, tercer inciso³³, al reconocer la arbitrabilidad de los actos administrativos únicamente

32. Proceso Arbitral CCQ No. 077-09, Laudo, 06/07/2011, p. 8.2.

33. Reglamento, No. 15: "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".

desarrolla los principios consagrados en la normativa vigente y, por otro lado, codifica las decisiones de tribunales y cortes.

3.3. La autorización del Procurador General del Estado

La autorización del Procurador General del Estado para que entidades públicas puedan suscribir convenios arbitrales no es de reciente cuño. De hecho, antes de la promulgación de la Constitución de 2008, tanto la LAM como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado ya la contemplaban en dos casos: el primero, cuando el convenio arbitral se suscribe con posterioridad al surgimiento de la disputa³⁴; y, el segundo, cuando el arbitraje sea de carácter internacional, salvo que este mecanismo estuviere previsto en instrumentos internacionales³⁵. La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado En esta materia la Constitución de 2008 no agregó nada, por lo que la referencia a “conforme las condiciones establecidas en la ley” que realiza el segundo párrafo del artículo 190 al tratar la autorización previa del Procurador General del Estado no puede sino entenderse a los dos supuestos señalados antes³⁶.

Pese a lo anterior, parte del foro ecuatoriano ha sostenido constantemente que el artículo 190 de la Constitución obliga en todos los casos a requerir autorización previa para suscribir convenios arbitrales en contratos regulados por la Ley Orgánica

34. Ley de Arbitraje y Mediación, No. 3, Artículo 4: “Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento [...]”. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Artículo 11(2): “Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado”, RO No. 312, 13/04/2004.

35. Ley de Arbitraje y Mediación, No. 3, Artículo 42: “Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes”. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, No. 34, Artículo 11(2).

36. E. NEIRA, “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.

del Servicio Nacional de Contratación Pública y, por fuera de estos, cuando el arbitraje sea de carácter internacional. Esta posición ha sido sostenida con particular vehemencia por la Procuraduría General del Estado³⁷. Sin embargo, como lo veremos, (i) esta tesis no tiene sustento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y (ii) ha sido rechazada por cortes y tribunales arbitrales.

Sobre el primer punto, es importante regresar al texto del artículo 190 de la Constitución que condiciona la exigibilidad de la autorización del Procurador General del Estado a “las condiciones establecidas en la ley”. Como vimos estas son dos –existencia de la disputa de manera previa y carácter internacional de la controversia–. Varias disposiciones del ordenamiento jurídico así lo confirman:

a) El artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado prescribe:

Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio³⁸.

b) El artículo 162 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé:

Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del

37. Por ejemplo, la Procuraduría General del Estado en sus oficios circulares No. 09258 y 10623 alegaba que “Se requiere el pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado, para proceder a la suscripción **de todo convenio arbitral**, en materias reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” y “De no solicitarse la autorización prevista en el artículo 190 de la Constitución Política de la República en el plazo previsto, **y siendo dicha autorización un requisito esencial para la validez** del convenio arbitral, tales convenios estarán sujetos a las consecuencias legales que esta omisión acarrea”.

38. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, No. 34, Artículo 11.

Estado. En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo³⁹.

c) El artículo 2 del “Instructivo para solicitar al Procurador General del Estado, autorización para el sometimiento a Arbitraje Nacional, Internacional, Ley y Jurisdicción Extranjeras” determina que:

En los casos en los que no se haya pactado el sometimiento a arbitraje, sin importar la naturaleza de la relación contractual, una vez surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público que vayan a someter la controversia a arbitraje, deberán solicitar previamente autorización al Procurador General del Estado⁴⁰.

Sobre el segundo punto, esto es, sobre las decisiones que han rechazado la tesis de la Procuraduría General del Estado, vale la pena señalar dos ejemplos. El primero es un proceso de nulidad sustanciado ante el Presidente de la Corte Provincial de Manabí, donde las alegaciones de nulidad de laudo arbitral por falta de autorización del Procurador General del Estado fueron rechazadas de plano:

De lo anotado podemos determinar con estricta claridad que en el evento de suscribirse un contrato con una institución pública, se puede establecer una cláusula arbitral **sin** necesidad de que la Procuraduría General del Estado brinde su autorización, siendo necesaria tal autorización únicamente cuando se ha suscitado una controversia y se busca que el proceso sea sometido a arbitraje; o, cuando se trate de someterse al arbitraje internacional. [...]

Respecto a todas estas alegaciones, es necesario esclarecer que el legislador ha previsto que la acción de nulidad de laudo arbitral se encuentra limitada a los supuestos taxativamente señalados en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; por lo tanto al no haberse previsto por el legislador a la “falta de motivación”, “la incompetencia”, “la falta de Legítimo

39. Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 162, RO Sup. No. 588, 12/05/2009.

40. Procuraduría General del Estado, Resolución No. 122, Artículo 2, 07/05/2014.

Contradictor”; “la indebida acumulación de acciones; ni la “Prescripción” como causas para sustentar la acción de nulidad de laudo arbitral, esta autoridad se halla impedida de revisar por esta vía tales alegaciones⁴¹.

El segundo ejemplo que vale la pena traer a colación es la decisión sobre jurisdicción y competencia del tribunal arbitral conformado por los doctores Luis Parraguez Ruiz, Alfredo Corral Borrero e Íñigo Salvador Crespo –actual Procurador General del Estado–, que, frente a una objeción por inexistencia de la aprobación previa del Procurador General del Estado, concluyó que:

Del texto transcrito [Artículo 190 de la Constitución] se desprende que en ambos incisos dicha norma constitucional se remite a la ley. La expresión utilizada en el inciso segundo, “conforme a las condiciones establecidas en la ley”, la entiende el Tribunal referida a la Ley de Arbitraje y Mediación [...]

Así, pues, el inciso segundo del artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación distingue dos situaciones muy diferentes: la primera, relativa a los convenios arbitrales pactados con anterioridad al surgimiento de la controversia (lo resaltado es énfasis del Tribunal), como es el presente caso en el que el convenio arbitral se pactó en el mismo contrato de fecha 20 de noviembre de 2008); la segunda, que se refiere a los convenios pactados una vez surgida la controversia (lo resaltado es énfasis del Tribunal), que según la norma legal transcrita requieren la consulta y dictamen del Procurador General del Estado [...]⁴².

Así, el Reglamento, nuevamente, ha desarrollado la habilitación legal y codificado las decisiones existentes en la materia, confirmando en su artículo 4(2) que solo se requiere autorización previa del Procurador General del Estado para suscribir un convenio arbitral en dos circunstancias: cuando ya ha surgido la controversia o cuando el arbitraje sea de carácter

41. Presidencia de la Corte Provincial de Manabí, Proceso No. 13100-2019-00005, 06/01/2020. Ver además, los siguientes casos en los que tampoco prosperó la acción de nulidad propuesta por el Estado: (i) Proceso No. 17100-2013-0054 en el que el entonces Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual alegó incompetencia del tribunal arbitral; y, (ii) Proceso No. 17100-2015-00013 en el que la entonces Superintendencia de Bancos y Seguros y la Procuraduría General del Estado alegaron incompetencia del tribunal arbitral y también invocaron la causal d) del artículo 31 de la LAM por incongruencia de *extra petita*.

42. Proceso Arbitral CIAM No. 006-2017, Acta de Audiencia de Sustanciación, 18/05/2018.

internacional, salvo que este mecanismo estuviere previsto en instrumentos internacionales, como sería el caso, por ejemplo, de una cláusula arbitral que establezca arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**”), creado al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“**Convenio CIADI**”).

4. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES

El artículo 31 de la LAM prevé que cualquier parte podrá interponer la acción de nulidad en contra del laudo dictado conforme a los siguientes términos:

Art. 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.

Por muchos años, existió una discusión sobre la taxatividad o no de las causales de nulidad del artículo 31 de la LAM. Por

un lado, se alegaba que los casos previstos por el legislador eran *numerus clausus*. Por otro, se argumentaba que los laudos arbitrales no estaban exentos del cumplimiento de otras normas y garantías constitucionales, luego, cabía interponer la acción de nulidad por otros motivos como la falta motivación, seguridad jurídica, falta de competencia, entre otros.

La contraposición de posturas se incrementó con la expedición de decisiones contradictorias no solo entre presidencias de Cortes Provinciales del país, entre decisiones de la Presidencia de una misma Corte Provincial, pero además, por fallos de la Corte Constitucional⁴³.

Por fortuna, la nueva Corte Constitucional zanjó la discusión existente a través de las sentencias 323-13-EP/19 y 0031-14-EP/19, en las cuales expresamente expuso, respectivamente, que:

La taxatividad de estas causales de nulidad se justifica en que esto brinda certeza en torno las exactas situaciones jurídicas que podrían suponer la anulación de una decisión que, al tener efectos de cosa juzgada, ha generado una legítima confianza en las partes procesales sobre determinada situación jurídica. Es por esto que, en materia de nulidades procesales, rige el principio de especificidad, principio que implica que: no hay nulidad sin texto; no hay nulidad sin ley⁴⁴.

En la ley deben establecerse expresamente aquellos motivos por los cuales una autoridad judicial está habilitada para militar una decisión que goza de cosa juzgada y que, por tanto, ha generado en las partes procesales una certeza sobre determinada situación jurídica.

La nulidad del laudo es una sanción y como sucede con toda sanción, la infracción que la genera debe estar establecida expresamente en la ley, conforme lo establece el numeral 6 del artículo 76 de la CRE [...].

Las causales no expresamente previstas en la ley, no pueden ser objeto de revisión dentro de la acción de nulidad, pues la competencia del juez que conoce dicha acción se encuentra

43. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0080-13-EP, Sentencia No. 302-15-SEP-CC, 16/09/2015.

44. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 323-13-EP, N. 2, p. 32.

limitada por las cinco causales taxativamente contenidas en la ley de la materia⁴⁵.

No cabe duda entonces que las causales de nulidad bajo el derecho ecuatoriano se reducen a aquellas contempladas en el artículo 31, pues esto garantiza el principio de intervención judicial mínima en el arbitraje. En palabras de la Corte:

A este respecto, es preciso que la Corte Constitucional efectúe una aclaración, pues la sentencia constitucional No. 302-15-SEP-CC, determinó que existió vulneración de derechos por parte del juzgador de justicia ordinaria dentro de una acción de nulidad de laudo, por considerar que la falta de competencia y de motivación constituyen causales de nulidad que, aunque no están expresamente contempladas en el artículo 31 de la LAM, deben ser analizadas de oficio durante cualquier acción de nulidad.

[...]

Sin embargo, este Organismo se aparta de este criterio (incompetencia y falta de motivación como causales de nulidad) por cuanto este atenta contra la taxatividad que tienen las causales de la acción de nulidad y que constituyen un efecto del principio de intervención judicial mínima que precisamente limita la interferencia injustificada de la justicia ordinaria en el arbitraje⁴⁶.

Ahora, hemos sido específicos al hablar de que la taxatividad de las causales de nulidad bajo el derecho ecuatoriano se limitan a aquellas contempladas en el artículo 31 de la LAM, pues a nivel comunitario existe una causal adicional que ha sido introducida por el Tribunal Andino de Justicia: la falta de interpretación prejudicial de la normativa andina⁴⁷. Pese a ser un asunto que merece un mayor análisis, el contenido ni los contornos de la causal de nulidad comunitaria son objetos de este estudio por lo que, a continuación, analizaremos las disposiciones del Reglamento respecto a [§ 4.1.]

45. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0031-14-EP, Sentencia No. 0031-14-EP/19, 19/11/2019, p. 48.

46. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 323-13-EP, N. 2, pp. 31-32.

47. Ver, entre otros, Proceso 03-AI-2010, Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, (ETB S.A. E.S.P) c. la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, pp. 34-35.

los principios aplicables a la sustanciación de este proceso y [§ 4.2.] el trámite a seguirse.

4.1. Principios aplicables al procedimiento de nulidad

El Reglamento llega para aportar al desarrollo de la figura de la nulidad del laudo arbitral en nuestro país, al determinar cuáles son los principios que rigen a esta acción. El artículo 13 del Reglamento establece que:

1. Para resolver la acción de nulidad se deberán observar los principios de alternabilidad del arbitraje, mínima intervención, especificidad, conservación, convalidación, preclusión y trascendencia, en particular:

a. Que la parte afectada haya reclamado de manera inequívoca y oportuna al tribunal arbitral al momento de la ocurrencia del hecho o actuación que genera el reclamo.

b. Que la anulación se circunscribirá a los pronunciamientos del laudo afectados por la causal de nulidad, siempre que estos puedan separarse de los demás, caso contrario, la anulación será total.

c. Que en caso de duda, deberá preferirse la validez del laudo.

d. Que la mera existencia de una causal sin que exista perjuicio cierto e irreparable no genera nulidad.

e. Que no procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada en el proceso y la parte interesada no cumplió con solicitarlo.

En términos generales, esta norma codifica y desarrolla los principios generales de la nulidad procesal y el de mínima intervención jurisdiccional en el arbitraje. Busca que la declaratoria de nulidad del laudo arbitral sea de *ultima ratio*, garantizando así no solo la decisión tomada por los árbitros, pero además, el sistema arbitral en su conjunto, y, el derecho constitucional de las partes de ser juzgadas por la autoridad que han escogido, con todo lo que ello implica. Veamos brevemente a qué se refieren estos principios.

Respecto al principio de mínima intervención de los jueces ordinarios en la justicia arbitral, la Corte Constitucional ha dicho que debido al “reconocimiento constitucional a la naturaleza convencional y alternativa del arbitraje, su efectividad también depende de un deber de respeto e independencia por parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje”⁴⁸. Sobre el principio de especificidad, ya observamos que la Corte Constitucional lo ha resumido en que “no hay nulidad sin ley”⁴⁹.

En palabras de Edgar Neira Orellana, la alternabilidad del arbitraje emana del reconocimiento del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias de la Constitución y la definición de arbitraje del artículo 1 de la LAM, y:

[S]e predica del arbitraje como tal, esto es, del sistema arbitral en su conjunto, sin excluir a ninguno de los elementos que lo conforman: los árbitros, el procedimiento y el laudo que pone fin a la controversia, son los elementos sistémicos que integran el arbitraje y vienen investidos todos ellos de alternabilidad respecto de los jueces, cortes y tribunales, del procedimiento civil y del régimen de impugnación de los decretos, autos y sentencias que expiden los jueces⁵⁰.

En lo que respecta al principio de conservación, se busca salvaguardar no solo el convenio arbitral pactado por las partes, pero también el proceso arbitral derivado de este acuerdo, y consecuentemente, el laudo dictado por los árbitros. María Elena Jara dice al respecto que:

[N]os referiremos en lo posterior al principio favor arbitri o favor arbitralis, como una directriz que orienta la formulación y la aplicación de normas que en última instancia precautelan el derecho a tutela efectiva de los ciudadanos mediante la conservación de la vigencia del convenio arbitral o del laudo

48. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 323-13-EP, N. 2, p. 34.

49. Ídem, p. 28. Ver adicionalmente, O. SANTOS DÁVALOS, “La Acción de nulidad de los laudos arbitrales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, pp. 407-408.

50. E. NEIRA ORELLANA, “La Relación Procesal entre Organos de Administración de Justicia y Tribunales de Arbitraje”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 4, 2012, pp. 52-53. Ver, Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 323-13-EP, N. 2: “El texto constitucional, en su artículo 190, reconoce al arbitraje alternativo para la solución de conflictos, cuestión que además de hacer este mecanismo mediante un respaldo a la autonomía de las personas, implica un pleno reconocimiento de un sistema ‘alternativo’ con normas y procedimientos propios”.

arbitral frente a intervenciones de la justicia estatal⁵¹.

Oswaldo Santos Dávalos, es preciso al determinar a qué se refieren los principios de trascendencia y convalidación, veamos:

Trascendencia. No cualquier infracción procesal acarrea la nulidad del laudo porque el proceso no es un fin en sí mismo. Para que haya nulidad no basta 'la infracción a la norma, sino que, dicha infracción haya producido un efectivo perjuicio a los derechos del sujeto procesal interesado'. En materia de nulidad de los laudos, se ha dicho que la afectación causada por el vicio procesal debe ser sustancial.

Convalidación. Los actos procesales irregulares pueden convalidarse cuando, por ejemplo, no se ha alegado la nulidad en el tiempo oportuno. La normativa colombiana establece que ciertas causales de nulidad aplican si es que la parte afectada 'hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia'. Como se dijo en un fallo, 'el momento para objetar la competencia del Tribunal Arbitral; y, solicitar la nulidad de la cláusula arbitral estipulada era dentro del procedimiento arbitral'. También se ha dicho que hay ciertas alegaciones sobre la validez del proceso que deben formularse previo a la emisión del laudo: '[e]l Árbitro Único resolvió de manera motivada el pedido de nulidad de la actora, en la etapa procesal correspondiente, dejando saneado el procedimiento previo para poder continuar con el saneamiento'⁵².

Consideramos que el principio de convalidación y preclusión se encuentran estrechamente ligados. En caso de que la parte que alega la nulidad del laudo arbitral no haya reclamado oportunamente al tribunal el hecho o acto sobre el cual pretende anular el laudo, se ve impedida de hacerlo, pues el momento adecuado ya feneció.

La incorporación de todos estos principios a través de una norma expresa son una guía tanto para el juez sustanciador de la causa, como para las partes que pretenden anular el laudo; nos explicamos. Las partes intervinientes en un arbitraje, conscientes de la alternabilidad de este mecanismo, debe respetar su curso

51. M. E. JARA, "Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis", Universidad Andina Simón Bolívar, 2013, pp. 6-7.

52. Ver, O. SANTOS DÁVALOS, N. 49, p. 408.

y la decisión que fue tomada por el tercero dirimente en el que depositaron su confianza. Sin perjuicio de que existen casos en los que amerita una nulidad de laudo, otras ocasiones, se busca relitigar el proceso a través de maniobras jurídicas para no ser condenados porque la decisión no es de su agrado.

Si tomamos como referencia un estudio realizado en años pasados por Oswaldo Santos Dávalos, donde el número de procesos analizados fue 61, queda comprobado que el porcentaje de acciones de nulidad que prosperan es del 11,48%, mientras que el 88,52% no son aceptadas⁵³ –54 de 61–. Este resultado llama la atención, pues consideramos que el que no se haya declarado la nulidad está estrictamente ligado a la falta de bases sólidas y argumentos en derecho.

Por este motivo, se hace hincapié en que la nulidad no será declarada si: (i) la parte que interpone la nulidad no ha reclamado el origen de la nulidad durante el proceso arbitral oportunamente; (ii) pese a existir una causal, no se ha generado un perjuicio cierto o irreparable; (iii) la causal pudo ser subsanada durante el proceso arbitral y, esto no ocurrió por inactividad del accionante.

La inclusión expresa de la anulación parcial de un laudo en caso de que la causal se circunscriba solo a ciertos pronunciamientos afectados, es, sin lugar a dudas, un elemento que busca proteger la eficacia del sistema arbitral y la sanción de nulidad como un remedio de última instancia. Esta norma del Reglamento además refleja las decisiones de las cortes de anulación en la materia. Por ejemplo, el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha en un caso donde se alegó la causal de *extra petita*, anuló únicamente la parte del laudo que comprendía dicha causal y dejó en firme las partes del laudo no afectadas:

53. Ver, O. SANTOS DÁVALOS, N. 49, p. 415: “Decimos que no fue aceptada y no que fue rechazada porque hubo casos en que se declaró el abandono o las partes llegaron a un acuerdo que puso fin al proceso de nulidad. Además, se debe tomar en consideración que hubo casos en que el tribunal no se pronunció sobre el fondo de la alegación de nulidad. Una razón frecuente para que los jueces dictaran sentencias *non liquet* fue que la acción había sido dirigida exclusivamente en contra de los árbitros a quienes, tal como explicamos, nuestra jurisprudencia no considera legítimos contradictores. Hubo también casos en que la acción fue rechazada porque se estimó que el actor no satisfizo la carga de probar la causal de nulidad invocada”.

Se acepta la acción de nulidad propuesta en contra del laudo arbitral de 23 de octubre de 2017 a las 15h00, en el juicio arbitral No. 075-10 seguido por la compañía Pinturas Wesco S.A. [...] en contra del Banco de Guayaquil S.A. [...], en consecuencia se declara la nulidad parcial, en lo referente, a la indemnización de perjuicios del período comprendido en los años 2012 al 2016⁵⁴.

Finalmente, pero no menos importante, basado en el principio de in dubio *pro arbitri* y conservación, el Reglamento establece que en caso de duda sobre la causal invocada, se preferirá mantener la validez del laudo arbitral.

4.2. Tramitación de la acción de nulidad por las Cortes Provinciales

El artículo 13 del Reglamento prescribe en su segundo numeral que:

2. Una vez presentada la acción de nulidad y previo al envío del expediente a la Corte Provincial, el tribunal arbitral mantendrá una copia certificada, digital o física, del expediente bajo responsabilidad del actuario que recibe. Para la recepción del expediente en la Presidencia de la Corte Provincial no se exigirá que esté numerado o foliado o que cumpla con requisito adicional alguno.

3. Desde la fecha de recepción del expediente, el Presidente de la Corte Provincial, en el término de 5 días, avocará conocimiento de la causa, calificará la acción y otorgará el término de 10 días para su contestación. Este auto se notificará a las partes en el último domicilio señalado por estas en el arbitraje y en cualquier domicilio adicional que haya sido identificado en la solicitud de anulación del laudo.

4. El Presidente de la Corte Provincial deberá resolver la acción de nulidad dentro del término de 30 días desde que avocó conocimiento, para lo cual convocará a una audiencia en la que escuchará los alegatos de las partes. Si la complejidad de la causa lo amerita, de manera excepcional el juez podrá suspender la audiencia y reanudarla en el término máximo

54. Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, Proceso No. 17100-2018-00026, 01/02/2019.

de 10 días. Durante este término, previa autorización del Presidente, las partes podrán presentar escritos adicionales con el fin de ayudar a la mejor resolución del caso.

5. Las entidades del sector público no se encuentran obligadas a presentar la acción de nulidad con el fin de agotar las instancias de impugnación, sino únicamente cuando, conforme a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación y de este Reglamento, existan fundamentos claros de la existencia de una causal de nulidad que pueda afectar la validez del laudo.

6. El abuso de derecho en el ejercicio de la acción de nulidad será sancionado conforme lo dispuesto en la legislación ecuatoriana.

Es importante comenzar enunciando que si bien el artículo 31 de la LAM prevé ciertos pasos a seguir para la sustanciación de la acción de nulidad, no desarrolla un procedimiento específico y dejó por mucho tiempo, la puerta abierta a varias interpretaciones. Por ejemplo, si debía tramitarse como un procedimiento especial u ordinario, si cabía o no la apelación de la sentencia de nulidad de primera instancia o si se podía interponer recurso de casación o no, etc.⁵⁵

Ahora bien, de manera sucinta, el trámite a seguir conforme el la LAM y el Reglamento, es el siguiente: (i) se debe presentar la acción de nulidad ante el tribunal arbitral dentro de los diez días término siguientes a la ejecutoría del laudo⁵⁶. En caso de que una parte solicite la suspensión de los efectos del laudo se procederá conforme los últimos tres incisos del artículo 31 de la LAM; (ii) el tribunal arbitral remitirá al Presidente de la Corte Provincial el expediente arbitral; (iii) el Presidente de la Corte Provincial avocará conocimiento dentro del término de cinco días luego de recibido el expediente arbitral; (iv) el Presidente deberá calificar la acción y verificar si fue interpuesta dentro

55. Ver, V. CHIRIBOGA ARTETA, *La problemática actual de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales*, Tesina de grado para la obtención del título de abogada, 2012, pp. 53-56.

56. Sobre la ejecutoría del laudo arbitral, y cómo deben proceder los tribunales arbitrales y Cortes Provinciales cuando una acción fue interpuesta dentro del término previsto en la Ley. Ver, (i) Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1037-10-EP, Sentencia No. 155-12-SEP-CC, 17/04/2012; y, (ii) Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 308-14-EP, Sentencia No. 308-14-EP/20, 19/08/2020.

del término antes mencionado; (v) De confirmarse, se otorgará al accionado para contestar la demanda el término de diez días; (vi) se convocará a la audiencia única en el término máximo de treinta días contados desde que avocó conocimiento de la causa, audiencia que se puede suspender con el fin de otorgarle al juez un tiempo prudente para tomar una decisión, y, que en ese término, las partes presenten escritos adicionales.

Adicionalmente, el Reglamento incorpora dos disposiciones importantes: (i) la primera busca frenar la mala práctica de las instituciones públicas que, a guisa de una cura preventiva ante la Contraloría General del Estado, creen estar obligadas a impugnar toda decisión, inclusive si la impugnación contraviene la más elemental lógica; (ii) la segunda elimina la práctica arcaica de exigir que el expediente del arbitraje sea foliado para su entrega a la Corte Provincial respectiva.

Finalmente, este artículo merece un comentario final y es su relación con la Resolución No. 08-2017 expedida por la Corte Nacional de Justicia. Si bien ambas disposiciones son, en esencia, compatibles, existe una diferencia clara: el Reglamento otorga 10 días para contestar la acción de nulidad; la resolución solo 5. En este sentido, por especificidad, garantismo y jerarquía normativa, consideramos que el Reglamento prevalece sobre la resolución. Pero sin lugar a dudas esta particular incompatibilidad debe ser resuelta en aras de la claridad y seguridad en la materia.

5. LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Con la expedición de la Ley de Fomento Productivo se revivió al actual último inciso del artículo 42 de la LAM –que fue derogado con la expedición del COGEP– que dispone que los laudos internacionales serían ejecutados de la misma manera que los laudos nacionales. El Reglamento se ocupa de evitar cualquier interpretación que no favorezca un trámite ágil y menos gravoso para el acreedor. Si bien existía un consenso generalizado sobre que, bajo el imperio del artículo 42 original de la LAM, no era necesario un procedimiento de homologación, cuando se expidió el COGEP se incorporó dicho procedimiento previo a cualquier ejecución de laudo internacional. Como se

mencionó, la Ley de Fomento Productivo regresó al sistema original eliminando las referencias a laudo arbitral de los artículos 102 y 106 del COGEP, el legislador omitió derogar la misma referencia en el numeral quinto del artículo 363 del COGEP donde se reconoce su naturaleza de título de ejecución a los laudos arbitrales. Esto generó, por decir lo menos, confusión en los operadores de justicia ordinaria e inseguridad jurídica. Es clara que la intención del legislador fue la eliminación del proceso de homologación de laudos arbitrales internacionales, más allá de la desprolija técnica legislativa. En este sentido, el artículo 15 del Reglamento cobra suma relevancia al disponer que: (i) los laudos internacionales se ejecutarán de la misma manera que los laudos nacionales, sin que se requerirá homologación; (ii) no será necesaria la razón de ejecutoría, legalización o formalidad del laudo; (iii) el ejecutado podrá oponerse a la ejecución del laudo solo cuando compruebe el cumplimiento de la obligación, la suspensión o declaratoria de nulidad por autoridad competente; (iv) no se puede entorpecer el proceso a través de la aceptación de recursos infundados.

6. REGULACIÓN DE LA JUSTICIA CAUTELAR

Un tema pacífico bajo la legislación ecuatoriana es que los árbitros tienen la facultad de otorgar medidas cautelares durante la sustanciación del procedimiento arbitral. Así lo prevé la LAM expresamente. Así también, es claro que los árbitros podrán ejecutar las medidas que dicten con auxilio del aparato estatal, si así lo convinieron; caso contrario, serán los jueces ordinarios quienes lo harán. El artículo 9 de la LAM también prevé que los árbitros podrán dictar las medidas “que consideren necesarias para cada caso”, estableciendo sin discusión que son procedentes tanto las medidas contempladas en la normativa procesal supletoria, como aquellas que se conocen como “innominadas”:

Art. 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago

del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de esta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

Sin embargo, ante la silente postura del legislador respecto a las medidas cautelares previo a que se constituya el tribunal arbitral, y la falta de previsión de la conocida figura del ‘árbitro de emergencia’ en los reglamentos de los Centros, en la práctica se ha optado por acudir a la jurisdicción ordinaria y la figura de medidas preventivas recogidas en el COGEP. El Reglamento llega para aclarar dos panoramas que son de vital importancia en el Ecuador: [§ 6.1] el arbitraje de emergencia [§ 6.2] la potestad de los jueces para otorgar cualquier medida cautelar que el caso demande para mantener el *status quo*.

6.1. Reconocimiento de la figura del árbitro de emergencia

La finalidad de las medidas cautelares es “[e]vitar que el justiciable vea sus derechos evaporados al final del proceso, la ley contempla distintos medios que le permiten, al menos provisoriamente, disminuir los riesgos, los que comúnmente toman el nombre de medidas cautelares, medidas provisionales o medidas

precautorias”⁵⁷. En este sentido, no son pocos los casos en los que se busque precautelar derechos, las pruebas que demostrarán los hechos alegados, los bienes con los que presuntivamente deberá responder la parte vencida, entre otros.

Frente a esta necesidad nace la figura del árbitro de emergencia cuya finalidad no es solo precautelar los derechos de una parte, sino maximizar la eficacia del laudo y el arbitraje *per se*. Los beneficios que conlleva esta institución son varios, por ejemplo: (i) garantiza el sistema autocontenido; (ii) evita la intervención judicial; (iii) impide el contagio de ritualismos y formalismos; (iv) proporciona la confidencialidad que las partes buscaban al pactar arbitraje; y, más importante (v) asegura la eficiencia y agilidad propio del arbitraje. En resumen, “el arbitraje de emergencia se convierte en un mecanismo ideal para que las partes no tengan que abstraerse del sistema arbitral cuando requieran la obtención de una medida cautelar urgente antes de que un tribunal arbitral se haya constituido”⁵⁸.

La LAM no prevé expresamente esta figura. No obstante, su aplicación en Ecuador ya era procedente por un simple motivo: el arbitraje se construye sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes. Esto significa que si se acordaba arbitraje de emergencia en el convenio arbitral para solicitar medidas cautelares, o se sometían a un centro cuyo reglamento lo contempla, las partes están facultadas a solicitarlas. En este sentido, la disposición del Reglamento llama una vez más a los Centros a modernizar sus normas internas para adaptarse a la necesidad de las partes, al mercado global⁵⁹.

En este sentido, los Centros, por ejemplo, deberán regular: (i) el ámbito de aplicación del arbitraje de emergencia –temporal y personal–; (ii) el procedimiento a seguir por la parte solicitante y

57. R. BORDACHAR URRUTIA, “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”, *Derecho y Ciencias Sociales*, Vol. XIII, 2015, p. 74.

58. E. CARGMIGNANI, H. GARCÍA, “Arbitraje de emergencia: propuesta del CEA”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, Número Especial, 2020.

59. Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR), 2006; Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR), 2019; Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, 2020 (SCC); Centro de arbitraje internacional de Singapur (SIAC), 2016; Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional (ACICA), 2021; Cámara de Comercio Internacional (ICC), 2021, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), 2020; Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), 2018.

los términos para garantizar el trámite expedito; (iii) el objeto de las medidas preventivas –independientemente de las que ya reconoce expresamente el Reglamento–; (iv) los requisitos de admisibilidad de la solicitud –que son al menos exigidos para otorgar una medida cautelar ordinaria⁶⁰.

Respecto a las medidas que pueden dictar los árbitros de emergencia, *mutatis mutandis*, resulta lógico, que serán las mismas que las de un tribunal arbitral durante la sustanciación de un procedimiento arbitral regular –innominadas y/o taxativas contempladas en el COGEP–. No obstante, y en aras de evitar discrecionalidad alguna, el Reglamento lo contempla expresamente:

1. El tribunal arbitral o los árbitros de emergencia que estén previstos en los reglamentos de los Centros de Arbitraje y Mediación, podrán dictar cualquier medida cautelar que consideren necesaria para cada caso, con el fin de:
 - a. Mantener o reestablecer el status quo en espera de que se dirima la controversia.
 - b. Impedir la continuación de algún daño actual, o la materialización de un daño inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral.
 - c. Preservar bienes que son materia del proceso o, en general, los bienes del deudor o del acreedor.
 - d. Preservar elementos de prueba que puedan ser relevantes para resolver la controversia.
 - e. Garantizar el cumplimiento de las obligaciones materia del arbitraje.
 - f. Preservar la competencia de un tribunal arbitral.

60. Ver, Código Orgánico General de Procesos, Artículo 125, RO No. 506, 22/05/2015.

Lo dispuesto en la noma citada, guarda concordancia y armonía con lo reconocido en la doctrina⁶¹, la ley especial de la materia⁶², Ley Modelo CNUDMI⁶³ y reglamentos internacionales⁶⁴.

Finalmente, consideramos oportuno mencionar que bajo la legislación ecuatoriana, no existe una problemática práctica respecto a la forma que toma la medida cautelar otorgada por el árbitro de emergencia para tramitar su ejecución –en caso de que no se haya otorgado esta facultad al árbitro de emergencia–. El artículo 363 del COGEP manda expresamente que “Las y los juzgadores [...] ejecutarán las providencias preventivas ordenadas por los tribunales de arbitraje nacionales o internacionales”⁶⁵.

Por lo expuesto, sin duda el Reglamento constituye el empuje que el arbitraje necesitaba para que el uso del arbitraje de emergencia se fomente en el país a través de pautas claras como guía.

6.2. Medidas preventivas y la justicia ordinaria

Como se mencionó previamente, la solución práctica por la que se decantó el foro ecuatoriano para solicitar medidas cautelares previo a que se constituya el tribunal arbitral fue acudir a la jurisdicción ordinaria. A raíz de esta práctica se formularon dos posturas referentes a qué tipo de medidas pueden otorgar los jueces. Un sector optó por defender que los jueces podrían otorgar *cualquier*

61. Ver, E. SALCEDO VERDUGA, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, Corporación de Estudios y Publicaciones CE, 2006.

62. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 3, Artículo 9.

63. Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 (2008), N. 12, Artículo 17(2): “Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal [...] [que] el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

64. Ver, No. 59.

65. Código Orgánico General de Procesos, No. 60, Artículo 363(2). Claro está, que en el caso de arbitrajes internacionales, no existirá la necesidad de homologar la decisión, laudo, orden que contenga la medida preventiva, pues como ya se demostró este requisito ha sido eliminado en nuestra legislación para decisiones de esta naturaleza.

medida que consideren óptima⁶⁶. Otro grupo –aunque minoritario– argüía que las medidas procedentes eran taxativas⁶⁷.

La primera tesis se fundamenta en el texto expreso de la LAM. El artículo 9 de la LAM prescribe que “si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas [...]”⁶⁸. Así de simple. El artículo 9 de la LAM autoriza expresamente a los jueces ordinarios a dictar medidas cautelares en auxilio a un arbitraje. Y eso no tiene novedad. En todo sistema arbitral son los jueces ordinarios de lo civil los órganos auxiliares de arbitraje. Esto solo estaría limitado por una renuncia expresa de las partes en el convenio arbitral⁶⁹. La doctrina es unánime sobre este punto. Solo como ejemplo, Alejandro Ponce Martínez manifiesta que “los jueces tienen la facultad de ordenar medidas cautelares, antes de que se inicie el proceso de arbitraje e inclusive antes de que se constituya el tribunal arbitral[...]”⁷⁰.

Ahora, sobre qué tipo de medidas pueden dictar los jueces ordinarios, el artículo 9 de la LAM también es claro. La expresión “estas medidas” del último párrafo no puede entenderse en el artículo 9 de la LAM sin la referencia a las medidas que pueden ordenar los árbitros. Así, cuando el primer párrafo dice que los árbitros pueden ordenar las medidas “que se consideren necesarias para cada caso”, y el último párrafo dice que los jueces ordinarios pueden ordenar “la ejecución de estas medidas”, no puede sino entenderse que el uso de la palabra “estas” es para referirse a

-
66. Ver, (i) Unidad Judicial de lo Civil con sede en el cantón Guayaquil, Proceso No. 09332-2018-00849G, 23/08/2018; (ii) Unidad Judicial de lo Civil con sede en el cantón Guayaquil, Proceso No. 09332-2018-00850G, 24/08/2018; (iii) Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, Proceso No. 09332-2018-00850G, 29/01/2019; (iv) Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Proceso No. 09332-2018-00850G, 31/05/2019; (v) Unidad Judicial de lo Civil con sede en el cantón Guayaquil, Proceso No. 09332-2020-00179G, 30/11/2020; (vi) Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, Proceso No. 09332-2020-00179G, 01/06/2021; (vii) Unidad Judicial de lo Civil con sede en la parroquia de Iñaquito, Proceso No. 17230-2021-00085G, 01/04/2021; y, (viii) Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Proceso No. 17230-2021-00085G, 30/07/2021.
67. Ver, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, Proceso No. 09332-2018-00849G, 04/01/2019.
68. Ley de Arbitraje y Mediación, No. 3, Artículo 9. Énfasis añadido.
69. De ahí la expresión “si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares” del Artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, No. 3.
70. A. PONCE MARTÍNEZ, “Ejecución de medidas provisionales: interacción entre árbitros y jueces”, Boletín Arbitral Amcham Quito, No. 4, 28/09/2012, p. 4.

aquellas “que se consideren necesarias para cada caso”. La doctrina también ha sido clara al respecto. Nuevamente, por ejemplo, Alejandro Ponce Martínez, concluye que:

Los jueces tienen la facultad de ordenar medidas cautelares, antes de que se inicie el proceso de arbitraje e inclusive antes de que se constituya el tribunal de arbitral, una vez planteada la demanda y contestada esta. En virtud de la existencia de cláusula arbitral, debe entenderse que tales jueces no solo están autorizados para ordenar las medidas provisionales previstas en el Código de Procedimiento Civil (secuestro, retención, prohibición de enajenar bienes raíces y prohibición de ausentarse del país para extranjeros que carezcan de bienes raíces en el Ecuador) y las previstas en leyes especiales [...] sino aquellas que pueden ser necesarias para el cumplimiento del arbitraje por iniciarse, como la de mantener el status quo o la de preservar las pruebas o las que permitan garantizar los resultados del proceso⁷¹.

En el mismo sentido, el profesor Salcedo Verduga establece que:

La citada disposición encuentra su ratio legis en que el legislador no puede prever todas las situaciones de las cuales pueda resultar viable, en el proceso arbitral, la adopción de una medida cautelar específica, de modo que resulta útil contar con una norma que en forma flexible asegure esa posibilidad. Por esta razón, los órganos jurisdiccionales de arbitraje tienen en el Ecuador –al amparo del art. 9 de la LAM– poderes suficientes para ordenar, a pedido de parte y de acuerdo con las circunstancias, la medida cautelar más idónea que estimen necesaria para asegurar el derecho invocado⁷².

La segunda y rígida postura –que ha encontrado eco en una sola decisión– halla fundamento en una interpretación restrictiva del COGEP que contempla como medidas preventivas solamente a: (i) prohibición de enajenar⁷³; (ii) secuestro⁷⁴; (iii)

71. Ídem.

72. E. SALCEDO VERDUGA, N. 61, p. 73.

73. Ver, Código Orgánico General de Procesos, N. 60, Artículo 126.

74. Ídem, Artículo 129.

retención⁷⁵; y, (iv) arraigo⁷⁶, conforme el artículo 124 que reza “cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito”⁷⁷. Producto de ambos criterios, existen fallos contradictorios que ocasionaron inseguridad, como veremos a continuación.

El artículo 8 del Reglamento solo reafirma las constantes y mayoritarias decisiones de las cortes ecuatorianas ecuatoriana que permiten a los jueces ordinarios dictar medidas cautelares innominadas previo a la constitución del tribunal arbitral:

2. Antes de que esté constituido el tribunal arbitral, la parte interesada podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares contempladas en el Código General de Procesos o cualquier otra medida cautelar que considere necesaria de las previstas en el numeral 1 de este artículo. Esta solicitud será presentada a los jueces de lo civil que habrían tenido competencia para resolver la disputa de no haber convenio arbitral, sin que esto se considere como una renuncia al mismo. La solicitud seguirá el mismo procedimiento que el Código General de Procesos prevé para tramitar la solicitud de providencias preventivas.

Finalmente, creemos importante referirnos a un último tema brevemente. El Reglamento prevé en su artículo 9 el procedimiento de modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares otorgadas previamente o durante la sustanciación del procedimiento arbitral, por un juez, árbitro de emergencia, o tribunal arbitral⁷⁸. Sin duda todas las guías trazadas en las normas citadas en esta sección permitirán que el arbitraje se practique más sofisticadamente y traerá consigo beneficios.

75. Ídem, Artículo 130.

76. Ídem, Artículo 131.

77. Ídem, Artículo 124.

78. Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, N. 15, Artículo 9: “1. Las partes podrán pactar y determinar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones, sea directamente o por referencia a un reglamento arbitral. A falta de acuerdo o en ausencia de una disposición aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso pudiendo para esto recurrir a los principios y prácticas de uso común en materia arbitral. 2. Supletoriamente, cuando no contravenga los principios del arbitraje y si el tribunal estimare oportuno, se podrán aplicar las disposiciones contenidas en el Código Orgánico General de Procesos”.

7. TEMAS MISCELÁNEOS

En esta sección abordaremos temas varios incluidos en el Reglamento que consideramos, no deben dejar de ser comentados ya que fomentan y consolidan el arbitraje. Veremos a continuación el tratamiento que le da el Reglamento a [§ 7.1] la confidencialidad y su alcance; [§ 7.2] la responsabilidad de los árbitros; [§ 7.3] la competencia de los árbitros y el plazo para dictar el laudo; [§ 7.4] la regulación del arbitraje internacional; y, [§ 7.5] la extensión del convenio arbitral.

7.1. La confidencialidad del arbitraje y su alcance

No es desconocido que uno de los beneficios inherente del arbitraje es la confidencialidad. Ya sea que porque las partes así lo pacten expresamente o porque la *lex arbitri* lo contemple como regla general, esta característica resulta un factor decisivo al momento de acordar la justicia arbitral porque:

Protege la reputación de las partes frente a terceros, convirtiéndose en una de las razones que motivan a muchos inversionistas y comerciantes para acudir al proceso arbitral. Resulta lógico que estos prefieran acudir a arbitraje, pues la confidencialidad garantizaría que aquellos no involucrados en el conflicto desconozcan su existencia y así no se vea afectado su posicionamiento en el mercado por las distintas disputas a las que se enfrentan⁷⁹.

El artículo 34 de la LAM manda que “las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad”. Vale la pena hacer un análisis de este texto.

En la primera parte del artículo encontramos una limitación a la confidencialidad: los “derechos de terceros” –frase que resulta un tanto indefinida⁸⁰–. Otras limitaciones son: “(i) el consentimiento

79. C. CEPEDA, “El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad”, *USFQ Law Review*, No. 1, 2013, p. 4.

80. Ídem, p. 7: “Por otra parte, nuestro sistema impone una limitación a este principio: la posible afectación a derechos de terceros, lo cual resulta confuso. El sistema arbitral, al ser de naturaleza

de las partes de no confidencialidad, (ii) por orden judicial; (iii) por permiso del tribunal; (iv) por una necesidad razonable para defender los intereses de las partes”⁸¹; (v) que se ventile el proceso arbitral en cualquier instancia de la justicia ordinaria o constitucional –nulidad, ejecución, medidas cautelares, Acción Extraordinaria de Protección, etc.–; (vi) la existencia de una norma que disponga la no confidencialidad en casos específicos.

Adicionalmente, y distinto a lo que ocurre en otros países, por ejemplo en Perú, en caso de que las partes no pacten confidencialidad se entiende que el procedimiento es público. No obstante, en la segunda parte del artículo podemos identificar que una vez convenida la confidencialidad, existe una restricción de acceso a las actuaciones a las partes, sus abogados, y al ‘juez que conozca el recurso de nulidad’.

Lo cierto es que en torno a la confidencialidad se han generado discusiones y posiciones divergentes respecto a su alcance objetivo y subjetivo, si es posible y prudente la publicación de laudos arbitrales, la naturaleza y origen de la obligación de confidencialidad de los distintos agentes, las medidas que pueden tomarse en caso de una falta a este principio, cómo proceder en caso de corrupción, etc.⁸². Además, no tenemos en nuestro conocimiento casos –ya sean civiles o arbitrales– que se hayan iniciado y hayan prosperado. Lo más cercano son dos casos relacionados y sustanciados ante el Centro de

privada, nace de un convenio de particulares aceptado por la ley. El convenio arbitral únicamente es oponible a aquellos que forman parte de él. Esto quiere decir que no podría afectar a terceros en virtud del principio de relatividad de los negocios jurídicos, el cual determina que ‘los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a terceros’. Es por ello que, en el supuesto de que los efectos que se generen del proceso arbitral llegaren a afectar a terceros, como lo determina el artículo expuesto, estos dejarían de ser ajenos al arbitraje. Se convertirían en plenos sujetos procesales por lo que la confidencialidad no se tomaría en cuenta respecto de ellos. No obstante, se pondría en duda la validez del proceso arbitral en relación a estos supuestos terceros, ya que ellos no se han sometido voluntariamente a este sistema”.

81. Ídem, p. 5; I. M. SMEUREANU, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International: Great Britain, 2011. p. 44.

82. Ver, C. CEPEDA, No. 79. Ver además, sobre la responsabilidad de los centros de arbitraje y mediación, y los árbitros: (i) N. ORDÓÑEZ RIVERA, “Responsabilidad de los Centros de Arbitraje en Ecuador”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017; y, (ii) D. MOLINA COELLO, “Menos sorpresas e incertidumbre: propuesta de reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) en materia de responsabilidad civil de los árbitros, los centros de arbitraje y sus directores”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020. Sobre los límites a la confidencialidad ante corrupción, J. F. GONZÁLEZ, “¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje? Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.

Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil aunque en ambos se desecharon las demandas⁸³⁻⁸⁴.

A nuestro criterio, la confidencialidad es una ventaja que alcanza a (i) la disputa; (ii) los documentos y pruebas ventilados en el proceso; y, (iii) al laudo arbitral. Solo así, se cumple el fin último de proteger a las partes. Creemos además, que es posible –y necesario– encontrar un equilibrio entre la confidencialidad y tendencias internacionales de publicar las decisiones de tribunales arbitrales con fines académicos. Esto permite inclusive, que se promueva la transparencia, se alimente la confianza en el sistema arbitral a través de publicidad e, inclusive, que se genere un incentivo reputacional para los árbitros de producir decisiones de calidad.

No obstante, si las partes han pactado confidencialidad, esta puede verse vencida por la publicidad de los procesos relacionados al arbitraje que eventualmente se ventilan en justicia ordinaria. Es claro que para preservar esta confidencialidad era necesario dar, particularmente al juez de nulidad, las herramientas para poder permitir que dicho principio se garantice. Así el artículo 11(2) incorpora una norma necesaria que permite a los jueces dictar “cualquier medida necesaria para preservar la confidencialidad de información sensible, incluyendo la restricción de acceso al expediente únicamente a las partes mientras se tramita la acción de nulidad, la no identificación de las partes o el calificar cualquier

83. Procesos Arbitrales Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil No. 044-2013, 13/11/2014 y No. 045-2013, 27/09/2014.

84. En el Proceso Arbitral Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil No 045-2013, 27/09/2014, el tribunal hizo la siguiente consideración: “sin exposición pública, no existe violación a la confidencialidad del arbitraje. [...] Lo anterior es un ejemplo claro de que la confidencialidad no es absoluta, y además, que la información que recibimos los árbitros no trasciende al público manteniendo la confidencialidad acordada por las partes, como ocurrió [...]. Como se lo expresó en el considerando anterior, por ser el arbitraje una institución relativamente nueva en el sistema normativo ecuatoriano no existe jurisprudencia sobre el alcance de los pactos de confidencialidad que las partes acuerden para el mismo, lo que da lugar a confusión respecto a la confidencialidad, que a nuestro juicio no es absoluta; tanto es así, que el artículo 34 de la Ley de Arbitraje y Mediación refiere que el acuerdo de confidencialidad consiste en que solamente se pueden entregar copias de lo actuado a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad; es decir, la prohibición absoluta es que se entregue copias de lo actuado a terceros [...]. Dicho de otra manera, el arbitraje no es por sí confidencial, lo que pueden las partes es incluir una cláusula de confidencialidad, pues no aceptamos que todo convenio arbitral lleve implícita confidencialidad, y ello se desprende del antes invocado artículo 34 de la ley de la materia, que deja a la voluntad de las partes convenir en una confidencialidad limitada”.

información o razonamiento que conste en la decisión que se mantendrá en el archivo público de la judicatura”.

7.2. La responsabilidad de los árbitros

El artículo 18 de la LAM prevé que una vez que los árbitros acepten su encargo, se encuentran obligados a cumplir las funciones que la ley asigna, debiendo responder en caso de “incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare”. Desde la academia ya se decía que si bien la LAM aborda la responsabilidad civil de los árbitros, no quedaba clara si su fuente es contractual o extracontractual. Los fundamentos para cada una de ellas se resumen en lo siguiente:

La tesis que apoya la imputación de responsabilidad civil contractual afirma que los árbitros no pueden ser asemejados a los jueces ordinarios; mientras que la que apoya a la responsabilidad extracontractual aboga por su semejanza⁸⁵.

El sector que se inclina por la primera tesis, sustenta su posición en que:

No existe en la actualidad duda de que los procedimientos arbitrales son procedimientos jurisdiccionales incluso constitucionalmente reconocidos, lo cual a su vez se traduce en que las actuaciones que el árbitro o árbitros realizan dentro del procedimiento, son actuaciones de índole jurisdiccional⁸⁶.

Mientras, quienes se inclinan por la segunda posición, defienden que los árbitros cumplen obligaciones derivadas del contrato de *receptum arbitri* celebrado entre las partes y los árbitros ya sea expresa o tácitamente. En palabras de Javier Jaramillo Troya, esto se debe a que:

[La] deficiente prestación de servicios profesionales implica, necesariamente, la consideración de un vínculo contractual –expreso o tácito– entre cliente y profesional, [y que] parece resultar ajeno al régimen civil ecuatoriano considerar a la

85. D. MOLINA COELLO, N. 82, p. 157.

86. J. F. GUERRERO DEL POZO, “¿Caben las medidas cautelares constitucionales en contra de un proceso arbitral?”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011, p. 121.

responsabilidad de los árbitros como extracontractual. Parece más armónico, entonces, considerar a la responsabilidad arbitral como contractual bajo el contrato de *receptum arbitri* antes referido⁸⁷.

Añade el autor sobre las obligaciones de los árbitros que, ante la falta de disposiciones expresas en la *lex arbitri* respecto a las conductas que generan responsabilidad contractual de los árbitros, se debe tomar como una base aquellas obligaciones que devienen del convenio arbitral, pese a ser negocios jurídicos distintos. Agrega que “las disposiciones del derecho civil común relacionadas a la responsabilidad civil contractual, también formarían parte del contrato de *receptum arbitri* como cláusulas naturales del negocio jurídico”.

Con la expedición del Reglamento, queda claro que los árbitros podrán incurrir en responsabilidad civil con origen contractual en virtud de su consentimiento –aceptación– del *receptum arbitri*: el artículo 7 se dice que “la aceptación obligará a los árbitros a cumplir el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa grave”.

Por otro lado, el artículo en mención plantea una regulación en cuanto a la gradación de la culpa –dolo o culpa grave–, que previamente no existía en nuestro sistema. Luego, se deja claro también que en caso de que esas disputas no solo son arbitrables, sino que pueden ser sometidas a arbitraje ya sea por acuerdo entre las partes y los árbitros o por referencia a un reglamento de un Centro. Esta última acotación es fundamental, ya que no son pocos los casos en los que árbitros –en especial internacionales– han declinado a sus designaciones o incluso han renunciado a sus posesiones por la oposición de una de las partes.

Finalmente, el segundo inciso del artículo en mención determina además, que las instituciones arbitrales, sus directivos y empleados en ejercicio de funciones incurrirán en la misma responsabilidad, por lo que las mismas reflexiones aplican.

87. J. JARAMILLO TROYA, “La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, p. 339.

7.3. Competencia de los árbitros y el plazo para dictar el laudo

En el foro ecuatoriano, ya se discutía si el dictar el laudo fuera de plazo señalado en el artículo 25 de la LAM⁸⁸ tiene como efecto solo la configuración de responsabilidad de los árbitros o si esto implica además, la nulidad del laudo arbitral por incompetencia del tribunal. Respecto al primer punto, es incuestionable que el incumplimiento de los árbitros de esta obligación “genera en los árbitros la responsabilidad por daños y perjuicios. [...] ya que tras la aceptación del encargo se genera el deber en estos de resolver la controversia en el plazo fijado”⁸⁹.

Respecto al segundo punto, ya advertimos que existen casos en los que se usó como argumento de nulidad el que se haya dictado el laudo fuera de plazo. En ciertos casos la nulidad por dictar el laudo fuera de plazo prosperó⁹⁰ y, en otros las acciones fueron desechadas⁹¹. Es decir, que existían posiciones contrapuestas, sin embargo, esta discusión quedó zanjada con los fallos emitidos por la Corte Constitucional donde se determinó la taxatividad de las causales del artículo 31⁹².

El artículo 12 del Reglamento plasma coherentemente lo señalado: “la expiración del plazo para laudar no implicará la pérdida de competencia de los árbitros para expedir la resolución final, pero serán responsables ante las partes de los daños y perjuicios si dicha demora responde a negligencia grave”, proporcionando así, a la comunidad arbitral una disposición expresa de la cual valerse en estos casos.

88. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 3, Artículo 25: “Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, este tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo. El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio”.

89. J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ. *El control judicial del arbitraje*, Madrid: La Ley, 2008, p. 87.

90. Ver, Presidencia Corte Provincial de Guayas, Proceso No. 032-2009, 13/12/2011, caso en el que se subsumió el argumento en el literal e) del artículo 31 de la LAM.

91. Ver, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, inquilinato y residuales, Proceso No. 17100-2004-0083, caso en el que se subsumió el argumento en el literal b) del artículo 31 de la LAM, pero se rechazó porque se consideró que la suspensión del plazo para laudar fue justificada. Ver, además, (i) Proceso No. 17100-2014-0059; y, (ii) Proceso No. 17100-2014-0077.

92. *Supra* [§ 4].

7.4. Regulación del arbitraje internacional

El Reglamento aborda al arbitraje internacional diferenciando los casos en los que Ecuador es sede del arbitraje y cuando la sede en el extranjero. Esta aproximación dual permite clarificar la aplicación de los artículos 41 y 42 de la LAM. Veamos.

En primer lugar, el artículo 2 del Reglamento dice que para los arbitrajes internacionales cuya sede sea Ecuador (i) le son aplicables los criterios objetivos y subjetivos del artículo 41 solamente⁹³; y, (ii) se aclara que si bien el vehículo de inversión puede estar constituido en Ecuador, esto no determinará su domicilio, sino aquel del inversionista que lo controla el vehículo; es decir que si el domicilio del inversionista es distinto a Ecuador, el arbitraje será internacional.

En segundo lugar, el artículo 3 del Reglamento regula el arbitraje internacional con sede en el extranjero en el sector público. Como ya se mencionó, este es uno de los dos supuestos en los que es necesaria la autorización del Procurador General del Estado – artículo 42 de la LAM–. Además, se delimita la función de dicha autorización en el sentido que esta deberá realizarse únicamente en cuanto al cumplimiento de requisitos previstos en legislación de la sede escogida, más no su conveniencia. Este artículo es de suma importancia ya que se deja claro que no existe una prohibición de la sede conforme el artículo 422 de la Constitución, como ciertos exponentes de un sector han alegado.

7.5. Extensión del convenio arbitral

Desde hace varios años atrás, ya se advertía la falta de regulación de la LAM respecto al fenómeno de incorporación de partes no signatarias a un proceso arbitral por haber manifestado

93. Ley de Arbitraje y Mediación, No. 3: “Un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad”.

su consentimiento de otras maneras y por ende, actuar como verdaderas partes⁹⁴. El fundamento de esta noción es, primero, que “parte no es específicamente toda persona que concurre a la celebración del contrato sino solamente aquellas que configuran el ‘centro de intereses del negocio’”⁹⁵; y, segundo, que en virtud del principio de buena fe, se debe (o no) extender los efectos del convenio arbitral analizadas las circunstancias concretas del caso.

En su artículo 6 el Reglamento regula de manera expresa el fenómeno de partes no signatarias, estableciendo que los efectos del convenio arbitral alcanzan:

1. A aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.
2. A quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos, tales como sucesores, cesionarios, entre otros.
3. A los organismos de las administraciones originadores de las actuaciones administrativas.

Consideramos que estas disposiciones modernizan el arbitraje en Ecuador, pues nos acercamos más a prácticas mundialmente aceptadas. Creemos pertinente aclarar que bajo ningún concepto la extensión de efectos a partes no suscriptoras del convenio arbitral, no se ve alterado el principio de relatividad de los contratos, ni se ve mermada la seguridad jurídica, ya que “el carácter voluntario del arbitraje sigue intacto”⁹⁶.

94. En términos generales se habla de las teorías de: (i) grupo de sociedades; (ii) incorporación por referencia; (iii) asunción de obligaciones; (iv) relación de agencia; v) levantamiento del velo societario o teoría del alter ego; (vi) doctrina de los actos propios; vii) cesión de derechos y obligaciones y de posición contractual; (viii) estipulación a favor de un tercero. Ver, H. GARCÍA LARRIVA, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011.

95. F. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, citado en A. ORELLANA UBIDIA, “El área gris entre la relatividad de los contratos y la inclusión de terceros no signatarios en el arbitraje”, *USFQ Law Review*, No. 2, 2014, p. 30.

96. A. ORELLANA UBIDIA, N. 95, p. 35.



ABOGADOS

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

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

La aplicación de la política global anticorrupción en el Derecho Internacional de Inversiones

Rodrigo Jijón Letort*
Macarena Bahamonde Villafuerte**

Recibido/Received: 16/08/2021
Aceptado/Accepted: 11/10/2021

SUMARIO: 1. Introducción 2. Las iniciativas transnacionales para combatir la corrupción 3. La relación entre la corrupción y las inversiones 4. La necesidad de incluir cláusulas anticorrupción en los Tratados de Inversión modernos 5. Conclusiones.

RESUMEN: Varios casos de corrupción que vinculan a compañías nacionales y extranjeras han salido a la luz en los últimos años, revelando la vulnerabilidad de las instituciones públicas. Al mismo tiempo, Ecuador ha demostrado su interés en atraer inversión extranjera a través de distintas iniciativas. Este artículo expone y sugiere la necesaria relación que debe existir entre la política nacional de atracción de inversión extranjera y la política mundial anticorrupción como un posible mecanismo que fomenta el desarrollo económico y social del país.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, Inversión Directa Extranjera, Ley anticorrupción, Tratados Bilaterales de Inversión, Arbitraje de Inversión, Ecuador.

* Socio de Pérez, Bustamante & Ponce. Árbitro CAM-CCQ, AMCHAM CAM y CIAC. Profesor de la Universidad San Francisco de Quito. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Tulane.

** Asociada Internacional en Three Crowns LLP. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Máster en Derecho por la Universidad de Londres. Máster en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.



The implementation of global anticorruption policy through International Investment Law

ABSTRACT: In the last couple of years, several corruption cases involving domestic and foreign companies have been subject to public scrutiny and have revealed how weak Ecuadorian government agencies are. Simultaneously, Ecuador has expressed its interest in attracting foreign investment by launching numerous programs. This article describes and suggests the essential link that must exist between a domestic public policy regarding foreign investment and the international efforts against corruption as a possible means to foster social and economic development in the country.

KEYWORDS: Corruption, Foreign Direct Investment, Anticorruption laws, Bilateral Investment Treaties, Investment Arbitration, Ecuador.

1. INTRODUCCIÓN

Entre 1970 y 1975, la compañía aeronáutica norteamericana, Lockheed Aircraft Corporation, sobornó a diferentes autoridades en Indonesia, Irán, Filipinas, Arabia Saudita, Japón, Italia, Alemania y Países Bajos con el objeto de conseguir contratos para la venta de aviones comerciales¹. En febrero de 1978, Lockheed confesó el pago de más de 38 millones de dólares en coimas realizadas a nivel mundial, incluso admitió haber entregado un “regalo” a un miembro de la familia real Holandesa². Este fue uno de los 56 casos de corrupción que se detectaron en la década de los 70’s³. A partir de entonces, se emprendieron numerosas acciones contra la corrupción.

El 31 de octubre de 2003, el entonces Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en referencia a la

-
1. D. LEIGH Y R. EVANS. The BAE files: The Lockheed scandal, <<https://bit.ly/3m0qbYY>> (08/06/2021).
 2. J. GONZÁLES. La Lockheed se declara culpable de sobornos a funcionarios japoneses, <<https://bit.ly/2VRD7oV>> (08/06/2021).
 3. Ver Securities and Exchange Commission, Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices (1976), 37-39, <<https://bit.ly/3AF5A0t>> (05/06/2021).

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción notó los efectos adversos que la corrupción tiene en los derechos humanos, el funcionamiento de los mercados, la calidad de vida humana, el crimen organizado y el terrorismo⁴. En esta misma línea, Annan concluyó que:

[e]ste perverso fenómeno se encuentra en todos los países, grandes y pequeños, ricos y pobres, pero es en el mundo en desarrollo donde sus efectos son más destructivos. La corrupción afecta desproporcionadamente a los pobres al desviar fondos destinados al desarrollo, disminuyendo la capacidad de un gobierno para proporcionar servicios básicos, alimentando la desigualdad e injusticia y desalentando la ayuda e inversión extranjera⁵.

Ecuador ocupa el puesto 92 de 180 en el *Corruption Perceptions Index 2020*. De acuerdo a *Transparency International*, Organización no Gubernamental encargada de realizar el análisis, el Índice de Percepción de Corrupción Global Promedio para el año 2020 es de 43, sin embargo, el puntaje de Ecuador es de 39/100⁶. El análisis utiliza una escala de 0 a 100, en el que 0 equivale a “altamente corrupto” y 100 equivale a “no tener rastros de corrupción”; el puntaje de Ecuador es inferior al promedio mundial. Además de este índice, acontecimientos recientes demuestran la vulnerabilidad de la institucionalidad ecuatoriana⁷ y la consecuente necesidad de adoptar medidas urgentes en relación a la lucha contra la corrupción.

Por otra parte, decisiones arbitrales publicadas dentro de los últimos años revelan que los Estados han recurrido a defensas de corrupción en arbitrajes de inversión iniciados bajo un Tratado Bilateral de Inversión (TBI). El tratamiento dado por tribunales arbitrales a este tipo de alegaciones ha sido, por lo general, muy distinto.

4. K. ANNAN. *Statement on the Adoption by The General Assembly Of The United Nations Convention Against Corruption*, <<https://bit.ly/3ABUCJa>> (08/06/2021).

5. Ídem.

6. *Transparency International, Corruption Perceptions Index 2020*, <<https://www.transparency.org/en/cpi>> (01/05/2021).

7. Hasta el 18 de agosto de 2020, la Fiscalía General del Estado inició al menos procesos de investigación en contra de más de 40 asambleístas. *Ver más en El Universo*, hay al menos 58 procesos de investigación en contra de asambleístas, <<https://bit.ly/3sbnZik>> (31/07/2021).

Luego de que Ecuador denunció todos los TBIs, Ecuador ha mostrado su disposición para negociar nuevos contratos de inversión, e incluso ha preparado un modelo que ha circulado en la comunidad internacional⁸. A la fecha, excepto por el Tratado suscrito con Brasil, se desconoce si hay negociaciones fructíferas adelantadas por el Gobierno del Ecuador y otros países sobre la base del nuevo modelo de tratado elaborado por el gobierno ecuatoriano⁹. Más allá de los cuestionamientos o la viabilidad que pueda tener el nuevo modelo es interesante destacar que el modelo hace especial referencia a que la inversión obtenida mediante corrupción no se beneficia de las protecciones y garantías del tratado en línea con el marco global anticorrupción al que nos referimos en este artículo. El vacío normativo sobre esta materia en los TBIs vigentes a nivel mundial ha hecho más difícil y menos previsible la actuación de los árbitros en casos donde se alega la existencia del prácticas de corrupción.

Este artículo no pretende hacer un recuento sobre los cuerpos que regulan las prácticas anticorrupción a nivel mundial y su aplicación en casos de arbitraje de inversión. Al contrario, sugiere una medida por medio de la cual se pretende incorporar la política global anticorrupción en el Derecho Internacional de Inversiones. Para ello, la primera sección analiza las iniciativas transnacionales para combatir la corrupción. La segunda sección explica la relación entre la corrupción y el Derecho de Inversiones, así como el tratamiento que tribunales arbitrales han dado al asunto. Finalmente, la tercera sección analiza la necesidad de incluir cláusulas anticorrupción en los instrumentos internacionales de protección de inversión modernos.

8. La Cancillería, en conjunto con otras instituciones, presentó un nuevo modelo de tratado de inversión como “la base en la que [Ecuador] sustenta su posición negociadora” frente a otros Estados. *Ver más* en Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Informe de Rendición de Cuentas 2018, p. 28, <<https://bit.ly/2XgacM2>> (31/05/2021); J. JARAMILLO Y D. MOLINA. *El nuevo CBI modelo propuesto por el Ecuador: ¿Es el remedio peor que la enfermedad?*, <<https://bit.ly/3g0zfJE>> (21/05/2021).

9. De acuerdo a Cancillería, Ecuador inició diálogos con Chile, Qatar, Canadá, Estados Unidos, Corea, Japón y Perú. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, N. 8.

2. LAS INICIATIVAS TRANSNACIONALES PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Las investigaciones sobre el escándalo de *Watergate* relacionado con el Presidente de Estados Unidos, Richard Nixon¹⁰, dieron lugar a una serie de indagaciones respecto a pagos hechos en el exterior por parte de compañías norteamericanas¹¹. Al investigar acerca del financiamiento de campañas políticas en el extranjero, también se examinaron pagos y contribuciones a funcionarios públicos extranjeros¹². El reconocimiento por parte de multinacionales de haber pagado coimas permitió a la *Securities and Exchange Commission* de Estados Unidos ('SEC' por sus siglas en inglés) iniciar su propia búsqueda para determinar la existencia de fondos – comúnmente destinados para sobornos en el exterior – que no habían sido reportados a las autoridades estadounidenses.

El 12 de mayo de 1976, la SEC presentó al Comité del Senado sobre Banca, Vivienda y Asuntos Urbanos su reporte sobre Pagos y Prácticas Corporativas Cuestionables e Ilegales. Para este reporte, la Comisión examinó información de 96 compañías, de las cuales: 59 estuvieron involucradas en pagos irregulares a autoridades; 17 compañías estaban vinculadas con contribuciones por temas políticos; 29 compañías estuvieron involucradas en comisiones por ventas y 27 compañías se relacionaron con otros asuntos en el extranjero que incluían desembolsos en otros países¹³. El monto total de pagos “cuestionables” fue de cerca de \$250 millones¹⁴. Así, este reporte publicó una serie de sobornos en los que estuvieron involucradas compañías estadounidenses con el objeto de obtener beneficios en negocios en el extranjero.

La solución legislativa a estos problemas fue la promulgación de la Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero ('FCPA' por sus siglas en inglés). Con su adopción, el Congreso optó por

10. El escándalo *Watergate* tuvo lugar en 1972 con la detención de cinco personas que irrumpieron la sede del Democratic National Committee en Washington con el fin de robar documentos del partido. Ver más F. KARIMI. *Watergate scandal: A look back at crisis that changed US politics*, <<https://cnn.it/37C4eab>> (20/06/2021).

11. A. POSADAS. “Combating Corruption under International Law,” *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 10, No. 2, Spring/Summer 2000, p. 348.

12. Ídem.

13. *Securities and Exchange Commission*. N. 3.

14. Ídem, p. 16-41.

una postura estricta contra los actos de corrupción para evitar que se repitan escándalos como los sucedidos después del caso *Watergate*. La FCPA es la primera ley nacional que penaliza el soborno a autoridades estatales extranjeras y, además, con el objeto de hacer que las empresas multinacionales sean más transparentes, les impone obligaciones contables¹⁵. Mediante la aplicación de la FCPA y la influencia que este tuvo en distintos cuerpos normativos nacionales y transnacionales, el Congreso estadounidense logró, en gran medida, su objetivo de lucha contra la corrupción.

Las investigaciones de la SEC tuvieron efectos fuera de Estados Unidos. Las repercusiones políticas en Honduras, Japón, Costa Rica, Italia, Bolivia y Países Bajos demostraron que los escándalos de corrupción no se limitaban a países en desarrollo¹⁶. Al contrario, servidores públicos de Estados de países desarrollados también se encontraban involucrados en todo tipo de actos de corrupción. A pesar de ello, como se verá a continuación, ningún país adoptó medidas similares al FCPA de manera inmediata. Ciertos Estados contrajeron obligaciones internacionales relacionadas con la lucha contra la corrupción antes de implementarla como una política pública.

La política global anticorrupción es un hecho. En general, sus lineamientos se ven claramente plasmados en tres instrumentos internacionales vinculantes: (i) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; (ii) la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE; y, (iii) la Convención Interamericana Contra la Corrupción¹⁷. Si bien estos han influido de

15. *Foreign Corrupt Practices Act* (1977), 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. La FCPA ha sido reformada dos veces desde 1976. La primera vez fue en 1988 por medio del *Omnibus Trade and Competitiveness Act*. La segunda vez fue reformada en 1998 a través del *International Anti-Bribery and Fair Competition Act*, cuyo objeto fue adoptar obligaciones internacionales adquiridas en el Convenio de la OCDE.

16. La FCPA ha tenido un efecto supra nacional. Muchos de los casos de corrupción en Ecuador surgen a raíz de investigaciones de investigaciones iniciadas en Estados Unidos en aplicación de la FCPA. El más reciente es el caso de lavado de dinero relacionado con Petroecuador. Ver más en Department of Justice, Miami-Based Businessman Pleads Guilty to FCPA and Money Laundering Violations in Scheme Involving Petroecuador Officials, <<https://bit.ly/2XoPuKa>> (05/08/2021).

17. Si bien estos son los cuerpos normativos internacionales más influyentes, la política global anticorrupción comprende numerosos instrumentos, entre ellos: Convención Interamericana Contra la Corrupción (29/03/1996); Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de

forma positiva en el ordenamiento jurídico interno de la mayoría de los Estados parte, su incorporación tuvo un largo camino de negociaciones e instrumentos previos que debe ser analizado a efectos de comprender los obstáculos que pueden presentarse al incorporar la política global anticorrupción en el derecho de inversiones.

2.1. Los esfuerzos de las Naciones Unidas en la lucha contra la Corrupción

Cuando los países en desarrollo ganaron mayoría numérica en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1970, incluyeron como parte de la agenda de la ONU el Nuevo Orden Económico Internacional ('NIEO' por sus siglas en inglés)¹⁸. Sin embargo, no fue hasta 1974 que la Asamblea General adoptó la Declaración para el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional¹⁹ y su programa de acción²⁰.

Debido a la preocupación de varios Estados en desarrollo respecto al creciente poder de compañías transnacionales y su posible influencia en asuntos internos, tal como las políticas públicas vinculadas con sus actividades, la Declaración enfatizó la necesidad de regular y supervisar las actividades de las compañías²¹. Para ello, se estableció la Comisión de Compañías Transnacionales ('CTC' por sus siglas en inglés) en 1974 con el objeto de elaborar un Código de Conducta para compañías transnacionales ('TNCs' por sus siglas en inglés)²². Después de quince años de trabajo y elaboración de

la Unión Europea (26/05/1997); Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (21/11/1997); Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo Europeo (27/01/1999); Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo Europeo (4/11/2008); Convención de la UA para Prevenir la Corrupción (12/06/2003).

18. J. BAIR. "Corporations at the United Nations: Echoes of the New International Economic Order?", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, Vol. 6, No. 1, 2015, p. 159-162.
19. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 3201 (S-VI), U.N. Doc. A/RES/S-6/3201 (1974).
20. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3202 (S-VI), U.N. Doc. A/RES/S-6/3202 (1974).
21. Muchos de los países que apoyaron la iniciativa del NIEO estaban preocupados por el incremento de los poderes de las compañías y su capacidad y disposición para intervenir en asuntos internos de los países en desarrollo por el simple deseo de incrementar sus ganancias, o bien por intereses políticos de sus países nacionales.
22. Ver ECOSOC, Resolución 1908 (LVII) (02/08/1974) y Resolución 1913 (LVII) (05/12/1974).

borradores, el desacuerdo entre los Estados impidió que este Código sea aprobado en 1990²³.

Por otra parte, el 1 de diciembre de 1975, la Asamblea General aprobó su Resolución 3514 en la que condena todos los actos de corrupción, incluyendo específicamente los sobornos a funcionarios públicos²⁴. Esta resolución recogió la potestad de los Estados de emprender acciones legales en contra de TNCs e insta a los Estados a procesar legalmente en su jurisdicción a quienes incurran en actos de corrupción. Asimismo, prevé el intercambio de información entre gobiernos y promueve la prevención de los actos de corrupción. Los esfuerzos por regular la conducta de las TNCs se mantuvieron hasta 1988, momento en el que hubo un cambio de perspectiva por cuanto ya no se buscaba estandarizar la conducta de compañías, sino, por el contrario, fijar estándares de tratamiento por parte de los Estados hacia las compañías — estándares de protección de inversiones²⁵.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración de las Naciones Unidas sobre la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales”²⁶. Este instrumento, tal como lo hizo el FCPA, distinguió la perspectiva pasiva –funcionario público– de la perspectiva activa –quien paga el soborno– en un acto de corrupción²⁷. A pesar de su carácter no vinculante, la Declaración instaba a los Estados a desarrollar estándares y códigos que ayuden a combatir la corrupción y los sobornos. De la misma manera, sugirió a los Estados estudiar “la necesidad de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos o representantes electos”²⁸.

23. Draft Code of Conduct. UN Doc. E/1990/39/Add 1. Debe tomarse en cuenta también que, en 1976, la ECOSOC también estableció un Grupo de Trabajo Intergubernamental Ad Hoc para que trate los Actos de Corrupción y se encargue de elaborar un proyecto de un acuerdo internacional para prevenir y eliminar los pagos ilícitos en transacciones internacionales. Este grupo no tuvo mayor aceptación en la ONU por considerarse que se estaban duplicando esfuerzos al elaborar a la par el Código de Conducta de TNCs

24. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3514, U.N. Doc. A/10467 (1975).

25. J. SALACUSE. “The Treatification of International Investment Law”, *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 13, No. 1, 2007, p. 159.

26. Declaración de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 51/191, U.N. Doc. A/RES/51/191 (1996).

27. Ídem, párr. 3.

28. Ídem.

A partir del año 2000, la ONU incrementó sus esfuerzos con el fin de adoptar un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante y, finalmente, el 31 de octubre de 2003 la Asamblea General adoptó la Resolución 58/4 a través de la cual aprobó la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (‘CNUCC’)²⁹. La CNUCC entró en vigor el 14 de diciembre de 2005 y, hasta el 11 de agosto de 2021, cuenta con 188 Estados Parte³⁰.

Entre los objetivos de la CNUCC se encuentra prevenir y combatir la corrupción; fomentar la cooperación internacional y asistencia técnica en la lucha contra la corrupción; y, promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos³¹. Para alcanzar estos fines, la CNUCC divide sus disposiciones en cuatro secciones: prevención, criminalización, cooperación internacional y recuperación de activos. La CNUCC cataloga a la lucha contra la corrupción como una política de Estado que debe ser desarrollada a nivel doméstico por cada gobierno, motivo por el cual su artículo 5 establece el deber de formular, aplicar y mantener en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción³².

Este convenio es el único tratado internacional en materia de corrupción negociado por los miembros de las Naciones Unidas. Las materias que cubre son relativamente parecidas a las cubiertas por otros instrumentos regionales. Si bien la CNUCC prevé mecanismos de cooperación internacional, su impacto a nivel global podría ser significativamente mayor mediante la formación de órganos internacionales de control y juzgamiento. Por ejemplo, al establecer Tribunales Internacionales contra la Corrupción que estén desvinculados de las cortes nacionales y entidades de investigación que normalmente, al menos en los países en desarrollo, se ven influenciadas por los poderes políticos.

En 2019, dentro del marco de Asamblea General No. 74 de las Naciones Unidas, Colombia propuso la creación de un Corte

29. El Ecuador ratificó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (14/12/2005) mediante Decreto Ejecutivo No. 340, publicado en el Registro Oficial No. 76 (05/08/2005).

30. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Estado de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2005), <<https://bit.ly/3CNMYgz>> (12/08/2021).

31. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2005), Artículo 1.

32. Ídem, Artículo 5.

Internacional anticorrupción³³. Como alternativa se ha propuesto la ampliación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para incluir crímenes de corrupción³⁴. Sin embargo, ninguna de estas propuestas será suficiente para reducir la corrupción sin antes promover una cultura de integridad en el sector público y en el sector privado.

2.2. Los esfuerzos dentro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

Después de la aplicación del FCPA en Estados Unidos, varias agrupaciones de compañías presentaron quejas relativas a la pérdida de contratos ante sus competidores europeos debido a la diferencia que existía en los estándares de obligaciones anticorrupción entre las compañías constituidas en Europa y aquellas constituidas en Estados Unidos³⁵. Compañías constituidas en Francia o Alemania podían entregar “cortesías” a las autoridades públicas sin ningún tipo de responsabilidad civil o penal, e incluso podrían deducirse de sus impuestos aquellos montos³⁶.

Resultaba evidente, en el contexto internacional, que las diferentes formas para combatir la corrupción y la delimitación de su concepto, ocasionaba problemas no solamente a nivel comercial, pero en cuestiones de desarrollo económico y de responsabilidad política. Ello ocasionó que Estados Unidos emprenda una campaña agresiva dentro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con el propósito de ampliar los conceptos y la forma de combatir la corrupción, principalmente replicando las medidas adoptadas en el FCPA. El resultado se vio reflejado en la Recomendación sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE de 1994, 1996 y 1997 (‘Recomendaciones’)³⁷.

33. J. SALAZAR. *El Régimen Internacional Anticorrupción*, <<https://bit.ly/3g6zmTZ>> (14/08/2021).

34. Ídem.

35. A. POSADAS. N. 11, p. 379.

36. Ídem.

37. Ver Recomendación del Consejo de la OCDE [C(94)75/FINAL] sobre el Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales (27/05/1994) y Recomendación Revisada [C(97)123/FINAL] para Combatir el Cohecho en las Transacciones (23/05/1997).

Las Recomendaciones, en general, solicitaban a los Estados: la tipificación penal y sanción del cohecho de un funcionario público extranjero en su ley penal; la disposición de medios fiables para detectar tal delito y aplicar la ley; la inclusión de normas de carácter no penal sobre prevención, transparencia global y cooperación entre países; y, la prohibición de la deducción fiscal de los sobornos³⁸. Sin embargo, su carácter no vinculante seguía siendo un problema para implementar estas medidas. Consecuentemente, en un esfuerzo liderado por Estados Unidos, una comisión especializada redactó un instrumento vinculante que recoja las disposiciones contenidas en las Recomendaciones³⁹.

Tras estos esfuerzos, la “Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE” (“Convención de la OCDE”) fue aprobada por la Conferencia Negociadora en noviembre de 1997 y entró en vigor en 1999. Actualmente cuenta con 44 partes signatarias de las cuales 37 son Estados parte de la OCDE y 7 no lo son⁴⁰. No obstante, esta convención tiene importantes desventajas en comparación con instrumentos de idéntica jerarquía que cubren la misma materia. En primer lugar, la Convención de la OCDE solamente cubre el ofrecimiento de sobornos –corrupción activa– y no trata el problema de requerir o aceptar un soborno –corrupción pasiva. Adicionalmente, la definición de corrupción no cubre sobornos hechos a servidores extranjeros de partidos políticos o a candidatos a puestos públicos.

El rol de la OCDE en la lucha contra la corrupción no ha terminado con la entrada en vigor de la Convención. Además de que este instrumento establece su propio mecanismo de monitoreo para la implementación y cumplimiento, la actuación de la OCDE se manifiesta a través de su Grupo de Trabajo sobre la materia y una serie de instrumentos internacionales, como

38. OCDE, “Represión del cohecho en las transacciones comerciales internacionales”, *Síntesis OCDE*, 2004, p. 2.

39. International Monetary Fund, *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 2001, p. 3-7, <<https://bit.ly/3m0uUdb>> (13/08/2021).

40. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (1997).

Recomendaciones y Líneas Directrices⁴¹, los cuales complementan la función que cumple la Convención de la OCDE.

2.3. La Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos

Los esfuerzos a nivel regional empezaron con el trabajo realizado por la Organización de Estados Americanos (OEA) desde 1994, año en el que los Estados Americanos decidieron abordar el tema de corrupción y sobornos a funcionarios públicos. Los Estados parte de la OEA reconocieron que la corrupción constituye un tema altamente vinculado a las aspiraciones de la región en materia política y económica, en particular, al desarrollo y a la democracia en la sociedad⁴².

En efecto, la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos ('CICC') fue el primer instrumento internacional vinculante en la materia. El texto aprobado en 1996 incentiva a los Estados parte a desarrollar de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, así como regular la cooperación internacional.

Desde 2001, la OEA estableció un Mecanismo de Seguimiento para la implementación de la CICC (MESICIC) el cual tiene carácter intergubernamental y se encuentra conformado por la Conferencia de los Estados Parte, el Comité de Expertos y la Secretaría⁴³. Este mecanismo está compuesto por un proceso de evaluaciones recíprocas, a partir de las cuales se formulan recomendaciones a los

41. *Ver* Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; Recomendación del Consejo Sobre Medidas Fiscales para Combatir más a Fondo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; Recomendación del Consejo Sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación; Recomendación del Comité de Ayuda para el Desarrollo Sobre Propuestas Anticorrupción para las Adquisiciones con Ayuda Bilateral.

42. La Declaración de Principios y el Plan de Acción de la OEA fueron firmados por Antigua y Barbuda, Argentina, Las Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Kitts y Nevis, Saint Lucia, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Estados Unidos, Uruguay, y Venezuela. Cumbre de las Américas: Declaración de Principios y Plan de Acción, 34 I.L.M. 808, 1995.

43. Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. AG/RES. 1784 (XXXI-O/01), (5/06/2001).

Estados miembros con relación a las áreas en las que existan vacíos o se requieran avances. Asimismo, a partir de su cuarta ronda, el MESICIC incorporó la práctica de visitas in situ⁴⁴.

La mayoría de los Estados adoptó una política internacional anticorrupción al comprometerse internacionalmente a combatir este fenómeno. Los esfuerzos por parte de la ONU, OCDE y OEA evidencian la necesidad que, desde 1970, han tenido los Estados afectados por actos de corrupción. Tanto es así, que gobiernos como el de Estados Unidos detectaron el perjuicio que la corrupción podría causar en su desarrollo económico. El más claro ejemplo de la preocupación de los Estados fue dentro de la OEA, cuando se expusieron los posibles efectos que la corrupción puede tener en el desarrollo y la democracia de los países americanos.

Sin embargo, cabe preguntarse si estas convenciones han sido efectivas y si son suficientes para combatir la corrupción. A nivel regional, eventos recientes demuestran que no. El Índice de Percepción de Corrupción (IPC) del 2020 de *Transparency International* demuestra que estos Convenios tienen un impacto reducido en los países catalogados como “altamente corruptos”⁴⁵ los cuales, lamentablemente, coinciden con los países menos desarrollados. Asimismo, el IPC demuestra que la corrupción es dominante en los países menos equipados para manejar crisis globales como la pandemia de COVID-19⁴⁶. El efecto inmediato de esta situación se refleja en el desarrollo y, de manera más específica, en la disminución de inversión extranjera directa en ese Estado.

3. LA RELACIÓN ENTRE LA CORRUPCIÓN, LOS INVERSIONISTAS Y LAS INVERSIONES

Puede relacionarse a la corrupción y a los inversionistas en, al menos, cuatro escenarios distintos. En el primer escenario, un inversionista se involucra en un acto de corrupción en el país receptor de la inversión. En el segundo escenario, un inversionista

44. Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Guía para el manejo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, CICC, <<https://bit.ly/3jYCNai>> (20/05/2021).

45. Transparency International, Corruption Perceptions Index 2020, pp. 6-7, <<https://bit.ly/3iO1U6J>> (08/07/2021).

46. Ídem.

decide invertir en un país con menor índice de percepción de corrupción. En el tercer escenario, un inversionista se rehúsa a pagar sobornos en el país receptor de la inversión, pero su competidor si lo hace. Finalmente, en el cuarto escenario, un inversionista que se rehúsa a pagar sobornos, cortesías o regalos, sufre retaliaciones como auditorías contractuales, laborales o administrativas que pueden inclusive terminar con su inversión. En cualquiera de estas situaciones el Estado receptor de la inversión se ve perjudicado, más allá del beneficio ilícito que puedan tener ciertos funcionarios.

Los IPCs de los cinco últimos años demuestran que muchos de los países ricos en recursos naturales son “altamente corruptos”, no obstante, estos países continúan atrayendo mucha inversión extranjera en proyectos de gran valor económico. Muchas de las áreas en las que se realizan estas inversiones –explotación y extracción de recursos, concesiones para el desarrollo y operación de distintas actividades del proyecto– involucran tres elementos: inversiones en áreas de alta rentabilidad y muy regulados; concentración del poder público y de las cortes; dificultad de detectar o perseguir los actos de corrupción. Casos ecuatorianos recientes demuestran que la mayoría de los actos de corrupción ocurren durante etapas de adjudicación de contratos.

Denolf se refiere a la corrupción en el contexto de la inversión extranjera como “el requerimiento, el ofrecimiento o la aceptación de cualquier tipo de pago ilícito, durante las interacciones entre funcionario público y un inversionista extranjero, con el propósito de ganar una ventaja indebida en la realización de un negocio internacional”⁴⁷. De ello se desprenden dos facetas de la corrupción: activa y pasiva. Existe corrupción activa “cuando una persona acuerda o promete ventajas a un agente o funcionario público con el fin de que tal agente público realice un acto propio de la función pública”⁴⁸. Por otra parte, existe corrupción pasiva “cuando un agente o funcionario público acepta ventajas o se hace prometer

47. B. DENOLF. “The Impact of Corruption on Foreign Direct Investment”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9, No. 3, 2008, p. 251. Traducción no oficial de: “*The solicitation, offer or acceptance of any kind of unlawful payment in interactions between public employees and foreign direct investors for the purpose of gaining an improper advantage in the conduct of international business.*”

48. D. DÖLLING. “La corrupción y los delitos emparentados con ella en las transacciones comerciales internacionales”, *Revue internationale de Droit Pénal*, 2001, p. 708.

ventajas por la ejecución de un acto perteneciente a la función pública”⁴⁹.

Estudios económicos que analizan ambos fenómenos han concluido que la inversión extranjera directa es ventajosa para el crecimiento económico, mientras que la corrupción perjudica el crecimiento económico⁵⁰. La corrupción en un país debilita las instituciones democráticas y, por lo mismo, incrementa el riesgo de la inversión. De ello se desprende que, mientras el índice de corrupción sea más alto en un Estado, menos inversionistas estén dispuestos a invertir en el mismo⁵¹.

Además, la corrupción perjudica tanto a inversionistas como a los ciudadanos. Por ejemplo, los inversionistas que no aceptan sobornar se enfrentan a desventajas competitivas frente a aquellos que deciden hacerlo. Por otra parte, los ciudadanos se ven perjudicados por la deficiencia en la administración pública y el desvío de fondos destinados para el desarrollo de la sociedad. Por otra parte, la corrupción facilita el ingreso de inversionistas que se adaptan a un régimen de investigación y juzgamiento de la corrupción menos exigente, un factor relevante para considerar la calidad de la inversión.

Cualquier complemento en la lucha transnacional contra la corrupción tiene enormes beneficios. Sin embargo, una iniciativa que permita disminuir la corrupción en un país y que, paralelamente, constituya una herramienta de promoción y atracción de inversiones, es particularmente deseable. La lucha contra la corrupción puede ser implementada en el derecho de inversiones de modo que (i) los inversionistas se vean impedidos de ofrecer o acceder a realizar cualquier tipo de pago indebido a favor de un agente estatal; y (ii) el Estado se comprometa fortalecer sus instituciones para crear un ambiente libre de corrupción.

49. Ídem, p. 715.

50. Ver B. TURKAN et al., “How Does FDI and Economic Growth Affect Each Other? The OECD Case”, *International Conference on Emerging Economic Issues in A Globalizing World*, 2008; y K. GRÜNDLER Y N. POTRAFKE. “Corruption and economic growth: New empirical evidence”, *European Journal of Political Economy*, 2019.

51. Ídem.

3.1. La lucha anticorrupción en el Derecho Internacional de Inversiones

Como se sostuvo en secciones anteriores, la corrupción no es un problema reciente. Sin embargo, a partir de 1990 la percepción de corrupción incrementó alrededor del mundo, convirtiéndose en un problema de una fuerza revolucionaria global⁵². La fuente de este crecimiento abrupto fue la globalización del flujo de capital y la nueva actitud de los países en desarrollo frente a la inversión extranjera⁵³. A partir de las interacciones entre TNCs y gobiernos extranjeros, parecería que el problema de corrupción internacional en el contexto de inversión extranjera es uno estrechamente vinculado a la ética empresarial y a la estabilidad de las instituciones gubernamentales.

El régimen transnacional anticorrupción interactúa con las inversiones y el Derecho Internacional de Inversiones de dos maneras. Primero, a través de los efectos e influencia que este régimen internacional tiene en leyes domésticas que regulan la inversión tanto en el lado del país inversor como en el del país receptor. Segundo, el régimen anticorrupción provee una fuente de principios, conceptos y definiciones que pueden integrar de manera directa e indirecta ciertos TBIs. Así, los instrumentos internacionales anticorrupción pueden influir en la toma de decisiones por parte de tribunales arbitrales⁵⁴.

Más allá del beneficio económico que representaría para el Estado receptor de la inversión, la importancia de abordar la corrupción de manera directa en un TBI o en otro instrumento de Derecho Internacional, se evidencia por la diversidad de criterios contenidos en decisiones de tribunales arbitrales y las diferentes formas en las que han abordado alegaciones de corrupción. No son pocos los Estados que han invocado una defensa de corrupción cuando un inversionista presenta un reclamo en su contra fundado en un TBI. En estos casos, la dificultad que enfrentan tribunales arbitrales al decidir sobre una defensa de corrupción es su limitada

52. H. RAESCHKE-KESSLER Y D. GOTTWALD. "Corruption in Foreign Investment - Contracts and Dispute Settlement between Investors, States, and Agents", *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9, No. 1, 2008, p. 6.

53. Ídem.

54. *Ver Sistem Mühendislik In aat Sanayi ve Ticaret A. c. República de Kyrgyz*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo de 09/09/2009, p. 41. En este caso, el Tribunal Arbitral se remitió a la definición de "cohecho" contenida en el Art. 1 de la Convención de la OCDE considerándola una definición "razonable y útil".

jurisdicción para determinar la existencia y los efectos de actos de corrupción dentro del marco de un tratado que no regula de manera específica la materia al aplicar el Derecho Internacional de Inversiones, una categoría que permanece en constante evolución.

3.2. El tratamiento de la corrupción en el arbitraje internacional de inversiones

El Derecho Internacional ha creado varias herramientas indirectas para controlar la corrupción. Probablemente, uno de estos mecanismos es el arbitraje Inversionista-Estado. Tribunales arbitrales han empezado a crear una base para lo que “potencialmente podrá ser el principal mecanismo de control para combatir, o al menos sancionar, la corrupción transnacional”⁵⁵. Por una parte, se ha establecido que la lucha contra la corrupción no es un deber de un tribunal de arbitraje de inversión debido a su falta de poder coercitivo⁵⁶. Sin embargo, un tribunal puede enfrentarse a alegaciones de corrupción, sobre las que necesariamente debe pronunciarse para determinar la validez de un reclamo y dictar un laudo ejecutable⁵⁷.

En efecto, resulta aún más complicado hallar el nivel de protección que debería recibir un inversionista en un ambiente propenso a prácticas de corrupción, en el cual tanto las compañías internacionales como los Estados operan e interactúan en varios niveles⁵⁸. La jurisprudencia del CIADI y de casos UNCITRAL revela que los tribunales han abordado alegaciones sobre corrupción, esencialmente, mediante la aplicación de tres análisis legales: (i) la obligación de invertir de acuerdo a las leyes y regulaciones del Estado; (ii) el orden público transnacional; y, (iii) la doctrina de las manos limpias.

55. A. LLAMZON. *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford, 2014, p. 1.04.

56. D. BAIZEAU Y T. HAYES. “The Arbitral Tribunal’s Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte”, en Andrea Menaker (Ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series, Vol. 19, 2017, p. 247.

57. A. LLAMZON. “The Control of Corruption through International Investment Arbitration: Potential and Limitations”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 102, 2008, p. 208.

58. Ídem, p. 209.

3.2.1. La obligación de invertir de conformidad con las leyes del país receptor de la inversión

Algunos TBI estipulan que solamente las inversiones realizadas cumpliendo la ley del país receptor se encuentran cubiertas por el tratado. Por ejemplo, el Art. 1(g) del Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Ecuador para el fomento y la protección de inversiones de 1997 señala:

(g) “inversión” significa cualquier clase de activo que pertenezca o esté controlado directamente o indirectamente por un inversionista de un tercer Estado, por un Inversionista de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante **a tenor de las leyes aplicables de esta última**; (...) ⁵⁹. [*El énfasis nos pertenece*].

Del mismo modo, el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador de 1997, en su artículo 1.2, señala:

A efectos del presente Acuerdo: (...) 2. Por inversiones se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, **adquiridos de acuerdo con la Legislación del país receptor de la inversión** (...) ⁶⁰. [*El énfasis nos pertenece*].

En la decisión del caso *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistan*, el tribunal arbitral conformado por Gabrielle Kaufmann-Kohler, John M. Townsend, y Claus von Wobeser, decidió que no tiene competencia para conocer los reclamos de las partes traídas bajo el TBI Israel-Uzbekistán, debido a los actos de corrupción vinculados con la inversión de Metal-Tech. El tribunal concluyó que, si bien el derecho internacional rige la carga de la prueba y, conforme a ello, cada parte debe probar sus alegaciones, en este caso la existencia de corrupción fue notada por el tribunal de los hechos del caso y, en ejercicio de sus poderes *ex officio*, solicitó explicaciones a las partes. La decisión reconoce la dificultad de probar la existencia de corrupción, por lo que concede que sea probada por medio de evidencia circunstancial. Consecuentemente, el tribunal determinó

59. Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Ecuador (1997), Artículo 1.

60. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador (1997), Artículo 1.

que se probó con certeza razonable que la inversión no fue realizada, desde su inicio, de conformidad con las leyes de Uzbekistán.

El tribunal consideró que los pagos realizados por Metal-Tech a varios funcionarios del gobierno de Uzbekistán al momento de realizar la inversión constituían un acto ilegal bajo la ley doméstica de Uzbekistán que prohibía el pago de coimas a funcionarios públicos. El tribunal declaró que no tenía jurisdicción fundamentándose en el requisito de legalidad de la inversión contenido en el TBI, de acuerdo con el cual el consentimiento de Uzbekistán para acudir a arbitraje se refiere únicamente a inversiones realizadas de acuerdo con las leyes y reglamentos del país receptor⁶¹.

En *Inceysa c. El Salvador*, El Salvador manifestó que la inversionista obtuvo su contrato después de cometer fraude en el proceso de adjudicación del contrato y, por lo tanto, la inversión no fue realizada de acuerdo con su ley doméstica, tal como lo requería el TBI España-El Salvador⁶². En esta misma línea, el Estado sostuvo que, bajo su ley, las inversiones fraudulentas no pueden beneficiarse de la protección de la ley y del tratado y, en consecuencia, el tribunal no podría asumir jurisdicción sobre la controversia⁶³. El tribunal determinó que Inceysa falsificó la información financiera que presentó en el proceso de licitación⁶⁴ y ocultó información crucial para la adjudicación⁶⁵. En consecuencia, el tribunal concluyó que no tenía jurisdicción para conocer la controversia ya que la inversionista incumplió la ley de El Salvador y violó el principio de buena fe al momento de hacer su inversión en el Estado receptor y, por lo mismo, no puede beneficiarse de la protección del TBI⁶⁶.

La jurisprudencia del CIADI revela que no toda violación de la ley del Estado receptor conlleva a la ilegalidad de una inversión, solamente una grave violación podría generar este efecto⁶⁷. El

61. *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo de 04/10/ 2013.

62. *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo de 2/08/2006, pár. 45.

63. Ídem, pár. 239.

64. Ídem, pár. 103-110.

65. Ídem, pár. 119-122; 111-113.

66. Ídem, pár. 239.

67. K. BETZ. *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence*, Cambridge University Press, 2017, pár. 18.

tribunal de *L.E.S.I.-DIPENA c. Algeria* señaló que la disposición del TBI respecto a la conformidad de la inversión con las leyes domésticas solamente “busca excluir de la protección aquellas inversiones realizadas que sean contrarias a principios fundamentales”⁶⁸. El requisito de legalidad de la inversión ha sido considerado incluso cuando no está contenido expresamente en el texto del TBI. Ello sucede particularmente cuando la posible ilegalidad concierne a la “esencia de la inversión”⁶⁹.

Remitirse a la ley nacional para definir el ámbito de aplicación de un TBI puede presentar dos dificultades. Primero, salvo que el TBI lo estipule expresamente, de este tipo de provisiones no queda claro si la disposición se refiere al cumplimiento de la ley al momento de realizar la inversión –momento inicial– o a lo largo de la ejecución y operación de esta en el Estado receptor⁷⁰. Segundo, permitir la determinación de una inversión sobre la base del ordenamiento jurídico doméstico podría incentivar de forma negativa el ejercicio de la potestad de legislar del Estado⁷¹. Aunque el requisito de legalidad ha sido de utilidad para tribunales arbitrales que conocen defensas de corrupción, este no ha sido interpretado de forma uniforme debido a la variación en el texto de cada tratado.

3.2.2. El orden público transnacional

El orden público transnacional tiene un ámbito de aplicación restringido, sin embargo, parece ser universalmente utilizado por cortes domésticas y tribunales arbitrales internacionales⁷². Si bien este concepto refleja los Principios del Derecho Internacional Público, no forma parte de este, ni del derecho interno de un Estado. Al respecto se ha manifestado:

68. *Conorzio Groupment L.E.S.I.-DIPENA c. República Democrática de Algeria*. Caso CIADI No. ARB/03/08, Laudo de 10 enero 2005, párr. 24(iii).

69. K. BETZ. N. 67, p. 17. *Ver también Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo de 10/12/2014, párr. 332 y *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo de 18/06/2010, párr. 124.

70. *Ver Fraport c. Filipinas II*, N. 59, en donde el Tribunal determinó que el requisito de cumplimiento de la ley debe observarse en el momento inicial, al realizar la inversión, mas no durante su ejecución.

71. *Ver Opinión disidente del Laudo de Fraport c. Filipinas II* del Dr. Bernardo Cremades.

72. K. BETZ. N. 67, p. 30.

El orden público transnacional no forma parte de ningún ordenamiento jurídico, ni de Derecho Internacional Público, ni de un orden jurídico nacional, siendo el último (el más restringido) orden público de un Estado aplicado a sus transacciones internacionales. Al contrario, el orden público transnacional es el “núcleo común” del orden público de muchos Estados, lo cual por su propia naturaleza refleja los principios fundamentales del Derecho Internacional Público⁷³.

En *World Duty Free c. Kenia* la compañía reconoció que donó \$ 2 millones al Presidente Kenyano, Daniel Arap Moi, en relación al contrato para la construcción, mantenimiento y operación de complejos *duty free* en los aeropuertos de Kenia⁷⁴. Kenia argumentó que el contrato no era ejecutable debido al acto de corrupción que permitió a la demandante obtenerlo. En consecuencia, al amparo de la ley inglesa y la de Kenia, el tribunal concluyó que el contrato era ilegal y violaba el orden público. Si bien este arbitraje no tuvo como fuente un TBI, el pronunciamiento del tribunal frente al soborno realizado es de suma importancia, pues demuestra que no es absolutamente necesario contar con cláusulas específicas anticorrupción para lidiar con situaciones como esta.

El tribunal sostuvo que, incluso si este tipo de donaciones fuera una práctica común en Kenya, este acto es “contrario al orden público internacional de la mayoría, si no de todos, los Estados, o para usar otra fórmula, al orden público transnacional”⁷⁵. El tribunal estableció que el orden público protege “no a los litigantes, pero al público; o en este caso, a la comunidad que paga impuestos y otros ciudadanos que conforman uno de los países más pobres del mundo”⁷⁶. Asimismo, en su decisión, el tribunal citó la decisión del año 1963 del Juez Lagergren en un caso de la Cámara de Comercio Internacional en el que afirmó que la “corrupción es un mal

73. CAIRNS citado en K. BETZ. N. 67, p. 30.

74. A. LLAMZON. N. 55, pp. 211-212.

75. *World Duty Free Company Ltd. c. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo de 04/10/2006. Ver también *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo de 8/12/2000 y *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo 8/10/2009.

76. Ídem, párr. 180- 181.

internacional; es contrario a la moral y al orden público internacional común a la comunidad de todas las naciones”⁷⁷.

Lo que resulta interesante en este caso es la omisión por parte de Kenia en exonerar al Presidente Moi de procesos legales en su contra a pesar de que su defensa en el arbitraje se basó en la coima pagada a Moi⁷⁸. Esto deja pensar que Kenia, en última instancia, se benefició de su propia corrupción. Ello típicamente sucede en países en donde los controles contra la corrupción son insuficientes y aquellos en los que los gobiernos son deliberadamente corruptos. A manera de ejemplo, el ranking de Kenia por *Transparency International* es 124 de 180⁷⁹.

Como lo han notado varios tribunales arbitrales, la corrupción no puede favorecer al Estado, el cual generalmente se beneficia de la defensa de corrupción. Al respecto, en su laudo final, el tribunal de *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán* reconoció que el resultado de casos que involucran corrupción podría parecer que exonera a demandados que podrían estar involucrados en los actos de corrupción, dándoles una ventaja injusta frente a su contraparte⁸⁰. Sin embargo, la idea “no es penalizar a una parte a costo de la otra, al contrario, se trata de promover el ‘rule of law’, que exige que un tribunal no asista a aquella parte que ha incurrido en un acto de corrupción”⁸¹.

El análisis de temas de corrupción desde la perspectiva del orden público toma mayor importancia en casos CIADI. A diferencia de arbitrajes con sede en un determinado país, en los que el laudo no está sujeto a revisión por parte de las cortes de la sede del arbitraje, los laudos emitidos en casos CIADI no son revisados por ninguna corte y son directamente ejecutables de conformidad con el Convenio CIADI. A pesar de que existe un proceso de anulación disponible en la Convención, la violación al orden público no es una causal de anulación. En consecuencia, es

77. I. ODUMOSU. “International Investment Arbitration & Corruption Claims: An Analysis of World Duty Free v. Kenya”, *Law and Development Review*, Vol. 4, No. 3, 2011, p. 108.

78. J. VASAGAR. “Moi to escape corruption charges”, *The Guardian*, <<https://bit.ly/37GBzkz>> (12/08/2021).

79. *Transparency International*, N. 43.

80. *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, N. 58, p. 389.

81. Ídem.

necesario que, al menos en casos CIADI, los tribunales analicen las cuestiones de orden público durante el procedimiento⁸².

El caso de *Siemens c. Argentina* demuestra “el poder disruptivo que pueden tener las pruebas de la existencia de corrupción sobre procedimientos arbitrales activos”⁸³. Después de que el tribunal dictó su laudo final a favor de Siemens, Argentina solicitó la anulación del laudo al amparo del Convenio CIADI⁸⁴. Sin embargo, investigaciones en Alemania hicieron pública una admisión del presidente de la compañía respecto a una coima pagada a autoridades argentinas para obtener el contrato en cuestión en el arbitraje⁸⁵. Después de que Argentina solicitó la revisión del laudo sobre la base de estos nuevos hallazgos, investigaciones por parte de Estados Unidos bajo la FCPA conllevaron a la admisión de culpabilidad por parte de Siemens⁸⁶. Frente a ello, la compañía llegó a un acuerdo transaccional con Argentina que dio por terminado los procesos de revisión y anulación del laudo⁸⁷.

3.2.3. La doctrina de las manos limpias

En el caso de *Adler c. República Federal de Nigeria*, la Corte de Apelación del Noveno Circuito de Estados Unidos aplicó la doctrina de las manos limpias para declarar la ilegalidad de un contrato que se había ejecutado parcialmente, cuyo objeto era el soborno y la defraudación del gobierno de Nigeria. De este modo, se impidió que la parte actora recupere el dinero que había entregado a su contraparte. La Corte define a la doctrina de las manos limpias como un mecanismo para impedir que una parte presente un reclamo de mala fe, y cerrar las puertas de una corte de justicia para un reclamo

-
82. S. WILSKE, Y W. OBEL. “The ‘corruption Objection’ to Jurisdiction in Investment Arbitration: Does It Really Protect the Poor?”, en K. NADAKAVUKAREN SCHEFER (Ed.), *Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World’s Poor*, Cambridge University Press, 2013, p. 183.
83. A. LLAMAZON. N. 55, párr. 6.58.
84. Ídem.
85. L. PETERSON. “Argentina and Siemens Asks Annulment Committee to Suspend Proceedings”, *Investment Arbitration Reporter*, 2008.
86. Department of Justice, *Eight Former Senior Executives and Agents of Siemens Charged in Alleged \$100 Million Foreign Bribe Scheme*, <<https://bit.ly/3kbReOL>> (12/08/2021).
87. A. LLAMAZON. N. 55, párr. 6.61.

proveniente de una conducta injusta, incluso si la conducta del demandado es impropia⁸⁸.

Se ha sostenido que la doctrina de las manos limpias tiene su origen en el principio de la buena fe⁸⁹ y que su aplicación impediría a un inversionista que ha incurrido en actos de corrupción relacionados con su reclamo, presentarlo ante un tribunal arbitral y esperar que este prospere. En el mismo sentido, un tribunal arbitral que se enfrenta a una defensa de corrupción por parte de un Estado, aplicando la doctrina de las manos limpias impediría que este cometa un ilícito –a través de sus funcionarios públicos– y se beneficie de ello al evitar su responsabilidad.

La doctrina de las manos limpias ha tenido amplia aplicación en las cortes domésticas, pero su aceptación no es general en el contexto internacional. En *Guyana c. Suriname*, el tribunal conformado al amparo de la Convención de los Derechos del Mar confirmó que “el uso de la doctrina de las manos limpias ha sido escaso y su aplicación por parte de otros tribunales ha sido inconsistente”⁹⁰. Incluso en el laudo del caso *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, el tribunal, refiriéndose a la doctrina de las manos limpias, sostuvo que “no ha sido persuadido sobre la existencia del principio como un principio general del Derecho reconocido por las naciones civilizadas”⁹¹.

El tribunal en *Niko Resources Ltd c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation* se basó en decisiones que expresan la duda respecto a la existencia de la doctrina de las manos limpias en derecho internacional. Adicionalmente, concluyó que, incluso si esta regla existiera en Derecho Internacional, su aplicación sería relevante solamente en casos en los que el demandante invoque una ilegalidad parte del demandando en la que el demandante también haya estado involucrado⁹².

88. *Adler c. República Federal de Nigeria*, 219 F.3d 869 (9th Cir. 2000).

89. *Niko Resources Ltd c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation*, Caso CIADI No. ARB/10/18, Laudo de Jurisdicción, 19/08/2013, pág. 476.

90. *Guyana c. Suriname*, Permanent Court of Arbitration, ICGJ 370 (PCA 2007), Award, 17 septiembre 2007, pág. 418.

91. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso PCA No AA 227, ICGJ 481 (PCA 2014), Laudo de 18/06/2014, pág. 1358.

92. A. LLAMZON. N. 55, pág. 6.288.

Adicionalmente, en casos más recientes se ha visto una tendencia más favorable al reconocimiento de la doctrina de las manos limpias como un fundamento para las objeciones de corrupción que presentan los Estados ante los reclamos de un inversionista. En *Hesham Talaat M Al-Warraq c. Indonesia*, el tribunal aplicó la doctrina de las manos limpias para declarar la inadmisibilidad del reclamo de la demandante⁹³.

4. LA NECESIDAD DE INCLUIR CLÁUSULAS ANTICORRUPCIÓN EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN MODERNOS

A inicios de los noventa, durante las negociaciones de tratados de inversión no se consideró de ninguna manera que la corrupción pueda ser un tipo de reconvencción u objeción dentro de un arbitraje inversionista-Estado. Como se vio al inicio de este artículo, en aquella época las normas transnacionales contra la corrupción eran pocas. El silencio de los tratados respecto a los temas de corrupción son el más claro ejemplo de esta situación. En la actualidad, resulta necesario que los TBIs se pronuncien sobre temas de corrupción por dos razones: (i) la posibilidad de disminuir índice de corrupción al desmotivar este tipo de conductas y (ii) al impulsar la inversión y disminuir la corrupción, un TBI cumple uno de sus fines principales: potenciar el desarrollo económico y social del Estado.

Primero, la necesidad de impulsar el desarrollo económico y social en los países motiva a los gobiernos a mantener una política pública de atracción de inversiones. En consecuencia, los Estados y los inversionistas –empresas multinacionales– se ven en una interacción constante. La historia ha demostrado que este tipo de interacción en países en desarrollo, además de ser beneficiosa para la sociedad, también puede ser un riesgo. La adopción de medidas que desmotiven, tanto a inversionistas como a funcionarios públicos, a involucrarse en actos de corrupción permitiría fomentar la inversión y disminuir este tipo de riesgos. Estas medidas son el contenido de la disposición que se incluya sobre corrupción en un TBI.

Segundo, de acuerdo con una serie de estudios, se ha afirmado que la corrupción es perjudicial para el desarrollo y el crecimiento

93. Ver *Hesham Talaat M Al-Warraq c. República de Indonesia*, UNCITRAL, Laudo de 15/12/2014, pág. 646.

de un Estado⁹⁴. Además, si bien la inversión tiende a impulsar el crecimiento y el desarrollo de la economía, se ha comprobado que incluso en situaciones en las que existe inversión, pero acompañada de un índice alto de corrupción, los efectos de crecimiento y desarrollo tienden a reducirse sustancialmente⁹⁵.

Si en este último contexto, adicionalmente existen condiciones de confrontación política, gobernanza deficiente, ineficiencia del sistema judicial y en general un estado de derecho débil, el impacto de la corrupción en la inversión empeora cada vez más⁹⁶. Ello quiere decir que los beneficios recibidos disminuyen trascendentalmente en un país receptor de inversión si la corrupción afecta a muchos, o la mayoría, de sus negocios. Una política de atracción de inversión debe necesariamente ir acompañada de una política anticorrupción, pues solamente de esta manera la inversión extranjera tendrá los efectos deseados en un Estado.

La política anticorrupción y la política de promoción de inversiones tienen un objetivo común, el desarrollo de un país. Por ello, algunos países ya han tomado medidas para hacer explícita la necesidad de que sus TBIs sean un mecanismo para reducir los actos ilícitos y corruptos⁹⁷.

4.1. Las nuevas tendencias en la negociación de Tratados de Inversión

La inclusión de una disposición cuyo objetivo sea la eliminación de la corrupción es una muestra de la postura de ciertos Estados frente a este fenómeno que, en la última década, se ha presentado en todos los países en mayor o menor medida. Los Estados han optado por dos tipos de disposiciones: aquellas mediante las cuales los Estados se comprometen a adoptar medidas para combatir la corrupción y aquellas que obligan a los inversionistas a no incurrir en actos de corrupción –una obligación de no hacer.

94. N. JOHNSON et al., “Corruption Is Bad for Growth (Even in the United States)”, *Public Choice*, Vol. 147, No. 3/4, 2011, p. 391.

95. P. MÉON Y K. SEKKAT. “Does Corruption Grease or Sand the Wheels of Growth?”, *Public Choice*, Vol. 122, 2005, p. 91.

96. Ídem.

97. K. BETZ. N. 65, p. 5.

4.1.1. Disposiciones que obligan al Estado a combatir la corrupción

Ciertos Estados han optado por comprometerse a garantizar la existencia de un marco legal e institucional para enfrentar la corrupción. El lenguaje empleado en la mayoría de los tratados es amplio y da flexibilidad a los Estados para incorporar las medidas que considere adecuadas en su normativa. Por ejemplo, el Art. 8 del Acuerdo de Cooperación Económica entre Japón y Filipinas señala:

Art. 8.- Medidas contra la corrupción.

Cada Parte se asegurará que se adopten las medidas y los esfuerzos necesarios para combatir la corrupción en relación con las materias que forman parte de este Acuerdo en concordancia con sus leyes y reglamentos. (...)»⁹⁸.

Otros tratados han optado por incluir más detalles en sus cláusulas anticorrupción, requiriendo conductas específicas por parte de ambos Estados, por ejemplo, al definir en qué casos existe un delito en el contexto del comercio y la inversión. Este es el caso del Art. 18.5 del Tratado de Libre Comercio entre Marruecos y Estados Unidos que establece:

Artículo 18.5: Anticorrupción.

1. Las partes reafirman su intención de eliminar el cohecho y la corrupción en el comercio y la inversión internacional.
2. Cada parte adoptará o mantendrá las medidas legislativas, o de cualquier otro tipo, que sean necesarias para establecer que bajo su ley doméstica, en el contexto del comercio y la inversión, constituye un delito penal cuando:
 - (a) una autoridad pública o una persona que ejerce potestades públicas para una de las Partes, intencionalmente solicita o acepta, directa o indirectamente, cualquier artículo de valor monetario u otro beneficio (...);
 - (b) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de una Parte ofrece o asegura intencionalmente, de forma directa o

98. Agreement between Japan and The Republic of Philippines for an Economic Partnership (2006), Artículo 8. *Ver también* Protocolo al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (2014), Artículo 8.15.

indirecta, a una autoridad pública o a una persona que ejerce potestades públicas cualquier artículo de valor monetario u otro beneficio (...)⁹⁹.

Estos y muchos otros tratados internacionales de comercio y de inversiones abordan la corrupción desde la perspectiva de la obligación estatal de contar con una normativa que penalice y sancione este tipo de prácticas¹⁰⁰. Otros instrumentos internacionales, como por ejemplo el Protocolo al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, lo abordan también desde la perspectiva privada. En este último caso, los Estados parte se comprometieron a fomentar las prácticas de responsabilidad social corporativa, pero recordando a las empresas la importancia de incorporar estándares de lucha contra la corrupción en sus operaciones¹⁰¹. Aunque estas obligaciones y deberes ya se veían contenidos de manera general en otros instrumentos que desde 1997 se suscribieron a nivel internacional, en el contexto del comercio y las inversiones, representa un gran avance.

99. United States and Morocco Free Trade Agreement (2006). Traducción no oficial. ARTICLE 18.5: ANTI-CORRUPTION 1. The Parties reaffirm their continuing resolve to eliminate bribery and corruption in international trade and investment. 2. Each Party shall adopt or maintain the necessary legislative or other measures to establish that it is a criminal offense under its law, in matters affecting international trade or investment, for: (a) a public official of the Party or a person who performs public functions for the Party intentionally to solicit or accept, directly or indirectly, any article of monetary value or other benefit, such as a favor, promise, or advantage, for himself or for another person, in exchange for any act or omission in the performance of his public functions; (b) any person subject to the jurisdiction of the Party intentionally to offer or grant, directly or indirectly, to a public official of the Party or a person who performs public functions for the Party any article of monetary value or other benefit, such as a favor, promise, or advantage, for himself or for another person, in exchange for any act or omission in the performance of his public functions; (c) any person subject to the jurisdiction of the Party intentionally to offer, promise, or give any undue pecuniary or other advantage, directly or indirectly, to a foreign official, for that official or for another person, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business; and (d) any person subject to the jurisdiction of the Party to aid or abet, or to conspire in, the commission of any of the offenses described in subparagraphs (a) through (c). 3. Each Party shall make the commission of an offense described in paragraph 2 liable to sanctions that take into account the gravity of the offense. 4. Each Party shall strive to adopt or maintain appropriate measures to protect persons who, in good faith, report acts of bribery described in paragraph 2. 5. The Parties recognize the importance of regional and multilateral initiatives to eliminate bribery and corruption in international trade and investment. The Parties shall work jointly to encourage and support appropriate initiatives in relevant international fora.

100. *Ver* Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (2016) y J. ROBBINS. “A Secret Weapon, But for Whom?: Investment Disputes Under the Trans-Pacific Partnership’s Anti-Corruption Chapter”, <<https://bit.ly/3g3UfPP>> (10/08/2021).

101. Protocolo al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (2014), Artículo 10.30.2.

Una disposición que proporcione elementos a un árbitro para pronunciarse sobre una alegación de corrupción deberá, además de requerir la adopción de medidas legislativas contra la corrupción, obligar a los Estados a aplicar las medidas adoptadas con el fin de crear y mantener un ambiente libre de corrupción. No es suficiente tener un marco legislativo anticorrupción si las instituciones públicas no lo aplican o ejecutan cuando existe un acto de corrupción. De esta manera, un tribunal podrá verificar que existen normas que, al inobservarlas, tienen un mecanismo de aplicación y sanción que funciona correctamente.

4.1.2. Disposiciones que obligan a inversionistas a abstenerse de incurrir en actos de corrupción

El segundo tipo de disposiciones limitan el alcance de protección de un tratado al restringir su cobertura únicamente a las inversiones que no se encuentren vinculadas con corrupción. En este sentido, la posibilidad de un inversionista de recurrir a un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado se ve condicionada a su cumplimiento con las normas anticorrupción.

El Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre Brasil y Ecuador, además de requerir a los Estados a adoptar medidas para prevenir y combatir la corrupción, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo en relación con el comercio y las inversiones, también da la posibilidad a los Estados de limitar la protección de inversiones vinculadas con corrupción. En este sentido, el artículo 16.2 establece:

Nada de lo dispuesto en este Acuerdo obligará a cualquier de las Partes a proteger inversiones realizadas con capitales o activos de origen ilícito o inversiones en cuyo establecimiento u operación se comprobaron actos de corrupción u otros ilícitos para los cuales la legislación nacional prevea la punición por pérdida de activos¹⁰².

El Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Marruecos y Nigeria recoge este tipo de provisiones

102. Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República del Ecuador (2019), Artículo 16.

en su Art. 17. Este acuerdo, además de obligar a las Partes a adoptar las medidas necesarias para prevenir y combatir la corrupción, prevé que los inversionistas y sus inversiones no pueden involucrarse en actos de corrupción, directa o indirectamente.

El incumplimiento de esta obligación, de acuerdo con el Tratado, será considerado un quebrantamiento de la ley doméstica en el establecimiento y la ejecución de la inversión¹⁰³. El efecto de esta consecuencia es que la inversión no se encontrará cubierta por la protección del Acuerdo al no cumplir con el requisito de conformidad con la ley, prescrito en su Art. 1¹⁰⁴.

Varios Estados han incluido disposiciones similares en sus tratados modelos. Por ejemplo, el Tratado de Inversión Modelo de la Comunidad Sudafricana para el Desarrollo incorpora una obligación común para los inversionistas y los Estados al señalar:

Art. 10.1. Obligación común contra la Corrupción

Los inversionistas y sus inversiones no podrán, antes del establecimiento de su inversión o después, ofrecer, prometer o dar ningún pago u otra ventaja, directa o a través de intermediarios, a un servidor público del Estado Anfitrión, o a un miembro de su familia, o a un asociado en el negocio o

103. Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria (2016), Article 17: “Anti-Corruption. 1) Each Contracting Party shall ensure that measures and efforts are undertaken to prevent and combat corruption regarding matters covered by this Agreement in accordance with its laws and regulations 2) Investors and their Investments shall not, prior to the establishment of an Investment or afterwards, offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a public official of the Host State, or a member of an official’s family or business associate or other person in close proximity to an official, for that official or for a third party, in order that the official or third party act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to achieve any favour in relation to a proposed investment or any licenses, permits, contracts or other rights in relations to an investment. 3) Investors and their Investments shall not be complicit in any act described in Paragraph 1 above, including incitement, aiding and abetting, and conspiracy to commit authorization of such acts. 4) A breach of this article by an investor or an investment is deemed to constitute a breach of the domestic law of the Host State Party concerning the establishment and operation of an investment. 5) The States Parties to this Agreement, consistent with their applicable law, shall prosecute and where convicted penalize persons that have breached the applicable law implementing this obligation.”

104. Ídem, “Art.1 (...)” Investment” Investment means an enterprise within the territory of one State established, acquired, expanded or operated, in good faith, by an investor of the other State in accordance with law of the Party in whose territory the investment is made taken together with the asset of the enterprise which contribute sustainable development of that Party and has the characteristics of an investment involving a commitment of capital or other similar resources, pending profit, risk-taking and certain duration.”

a cualquier otra persona que tenga una relación cercana con un servidor, destinado para el servidor público o a un tercero, con el fin de que el servidor o la tercera parte actúe o se abstenga de actuar en relación al ejercicio de sus potestades, con el objeto de obtener cualquier favor en relación a dicha inversión o cualquier licencia, permiso, contrato u otros derechos en relación a la inversión¹⁰⁵.

La inserción de este tipo de cláusulas en Tratados Bilaterales de Inversión es un mecanismo que parece adecuado para disuadir a los actores involucrados en corrupción. Su objetivo principal se enfocaría en evitar que inversionistas que han incurrido en actos de corrupción para beneficiar su inversión, acudan a un mecanismo de solución de controversias con el fin de que esta misma inversión goce de una serie de protecciones¹⁰⁶.

Al mismo tiempo, requiere al Estado mantener un ambiente libre de corrupción y proporcionar las herramientas para investigar y sancionar actos de corrupción. Las conductas que se busca evitar son contrarias tanto a la política anticorrupción como a la política de atracción de inversiones, y por tanto contrarias a su objetivo común: el desarrollo económico y social del país receptor de la inversión. Por lo tanto, el efecto de la corrupción es un factor transversal que se vería directamente reflejado en el desarrollo de un país.

5. CONCLUSIONES

Desde 1970 se ha intentado adoptar medidas efectivas contra la corrupción, lo que ha conllevado a la suscripción de numerosos instrumentos internacionales multilaterales con el objetivo de combatir la corrupción. Ecuador forma parte de dos instrumentos de suma importancia para este objetivo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Adicionalmente, a nivel regional, la Decisión Andina 668 que contiene el Plan Andino de Lucha Contra la Corrupción (PALCC)

105. Southern African Development Community Model Bilateral Investment Treaty and Commentary (2011).

106. J. YACKEE. "Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, No. 3, 2012, pp. 745-746.

también forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. No obstante la aplicación de estos instrumentos internacionales, el índice de percepción de corrupción no ha disminuido en Ecuador.

Por otra parte, la corrupción ha sido utilizada con frecuencia como una defensa de los Estados en un arbitraje de inversión cuando un inversionista incurre en este tipo de prácticas. Tomando en consideración la cantidad de acciones iniciadas por Fiscalía en los últimos tres años, no sorprendería que en los próximos años el Estado ecuatoriano invoque esta defensa en arbitrajes internacionales. Se ha evidenciado que un Tribunal puede abordar esta defensa de múltiples maneras. Ello sugiere que una alegación de corrupción requerirá que su fundamento, límites y consecuencias sean delineados de forma detenida con el fin de evitar interpretaciones contradictorias.

Entre 2016 y 2017, uno de los escándalos más grandes de corrupción en la región y en el país salió a la luz. Desde entonces, se ha emprendido una campaña de erradicación de corrupción en las instituciones públicas ecuatorianas, liderada por la Fiscalía General del Estado y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. A la par de estos acontecimientos, el Ecuador ha mostrado su política de atracción de inversión como una prioridad a través de una serie de sucesos, tales como: la Resolución de la Asamblea Nacional solicitando la reinterpretación constitucional del artículo 422 —por el cual se denunciaron más de 25 Tratados Bilaterales de Inversión¹⁰⁷; la firma de varios Contratos de Inversión desde junio de 2018¹⁰⁸; la reforma al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones a través de Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal; y la reciente firma del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI)¹⁰⁹.

La política anticorrupción y la política de atracción de inversiones deben vincularse estrechamente. Un mecanismo para

107. Ver Caso 0002-18-IC. Corte Constitucional. Disponible en <<https://bit.ly/3CGbf8t>> (08/08/2021).

108. D. PÉREZ. "Ecuador firma convenios de inversión", *Comunidad de comercio exterior*, <<https://bit.ly/37Ho5F2>> (07/08/2021).

109. Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, Registro Oficial Suplemento 309, (21/08/2018).

lograr esta relación es la inclusión de una sección específica sobre corrupción en los nuevos Tratados de Inversión que se pretenda negociar. El compromiso de varios países con este objetivo se evidencia en la variedad de convenios internacionales suscritos y ello permite inferir que ningún país comprometido con combatir la corrupción en su territorio se inclinaría por rechazar este tipo de medidas.

Esta es uno de los mecanismos que deben implementarse con el fin de erradicar la corrupción en el ámbito de las inversiones extranjeras. Indudablemente existen otras que requieren mayor análisis y esfuerzos para ser implementadas, pero que, bajo ningún supuesto, deben dejarse de lado; entre ellas, mecanismos eficientes para erradicar la corrupción pasiva – aquella que proviene del funcionario público que solicita o acepta una coima.

Un punto que debe considerarse al momento de negociar un Tratado de Inversión es el equilibrio necesario entre ambas políticas, anticorrupción y de atracción de inversión. En primer lugar, ambas políticas tienen como fin fomentar el desarrollo económico y social del país. En segundo lugar, la erradicación de la corrupción hace que el Estado sea más atractivo para la inversión extranjera, por lo tanto, al impulsar la política anticorrupción, indirectamente se impulsa la atracción de inversiones¹¹⁰. Finalmente, la inclusión de provisiones que eviten que aquella inversión vinculada a actos de corrupción sea objeto de protección del Tratado, sin duda, será una herramienta para un tribunal arbitral al momento de decidir casos al amparo de un TBI.

110. J. Woo. “The Impact of Corruption on a Country’s FDI Attractiveness: A Panel Data Analysis, 1984-2004.”, *Journal of International and Area Studies*, Vol. 17, No. 2, 2010, pp. 71–91.

El vicio de incongruencia en laudos extranjeros, inejecutabilidad por violación al orden público ecuatoriano

Cuando la ley y la fuerza mantienen a un hombre dentro de la justicia, no le imponen otra cosa que pura negación. No le imponen más que la abstención de dañar a otros. No atentan ni contra su personalidad, ni contra su libertad, ni contra su propiedad. Tan solo salvaguardan la personalidad, la libertad y la propiedad de los demás.

Frederic Bastiat

Luis Eduardo Narváez*
María Belén Merchán**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tutela Arbitral Efectiva y Debido Proceso. 2.1. Principio Dispositivo. 2.2. Principio de Congruencia. 2.3. Tipos de Vicios de Incongruencia. 2.3.1. Por Omisión o Citrapetita. 2.3.2. Ultra Petita. 2.3.3. Extra Petita. 2.3.4. Por Error. 3. Nulidad de laudos en Ecuador. 4. Ejecución de laudos extranjeros con vicios de incongruencia en Ecuador. 4.1. Laudos no anulables con vicios de incongruencia, ¿existen?. 4.2. Situación actual en Ecuador: ¿homologación o ejecución directa de laudos extranjeros?. 4.3. Violación al orden público ecuatoriano de un laudo extranjero no anulado con vicios de incongruencia. 5. Conclusiones.

RESUMEN: Los laudos emitidos en el contexto de un arbitraje internacional pueden en ciertos casos adolecer de vicio de incongruencia. Bajo la mirada de la *lex arbitri* aplicable a cada caso en particular, estos laudos, en virtud de la interpretación

* Director Legal Latam de Synlab Latam. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, Master in Law por Cornell Law School.

** Socia del Estudio Jurídico Quevedo-Ponce, Secretaria arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador con certificación en Especialización en Habilidades en Litigio por Washington College of Law, American University.



restrictiva que se debe dar a las causales de nulidad y el principio de trascendencia, podrán o no ser anulados en la sede del arbitraje. No obstante, en virtud de la aplicación del artículo V de la Convención de Nueva York, el vicio de incongruencia de un laudo arbitral podría ser causal para la oposición al reconocimiento y ejecución del laudo en el Ecuador. Esto, en virtud de que el principio de congruencia es parte de los derechos de Tutela Arbitral Efectiva y Debido proceso, garantías constitucionales básicas en el Ecuador que forman parte del orden público ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE: Principio de Congruencia, Laudos Extranjeros, Homologación, Ejecución, Orden Público.

*The vice of inconsistency in foreign awards,
unenforceability due to violation of Ecuadorian
public order*

ABSTRACT: Foreign Arbitral Awards can have vices, incongruencies that oppose the congruence principle. These viced international awards depending on the grounds for nullity determined on the applicable *lex arbitri*, the application of the nullity transcendence principle and the restrictive interpretation of the nullity grounds can be subject to nullity actions. Nullified or not on the place of arbitration, recognition and enforcement of foreign arbitral award can be refused in Ecuador under the application of article V of the New York Convention. Mainly because constitutional rights of due process and effective arbitral protection cover the congruence principle, these rights are part of the Ecuadorian Public Policy.

KEYWORDS: Congruence Principle, Foreign Arbitral Awards, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Public Policy

1. INTRODUCCIÓN

En la antigua Roma, a partir del período denominado *extraordinaria cognitio*, se modifica la naturaleza del proceso judicial en donde hasta esa fecha era predominantemente

dispositivo a un sistema inquisitivo. La importancia del juez pasó a ser trascendental, el mismo empieza a predominar en su investidura y es quien dirige el proceso de principio a fin. Autores como Vescovi describen a este periodo como el periodo en el cual el procedimiento “se vuelve escrito, la publicidad cede paso al secreto, la mediación sustituye a inmediación”¹, el Magistrado se torna en un verdadero protagonista del proceso; “los tribunales juzgan por encargo del emperador, es natural que este se reserve la última instancia”². Entonces es aquí en donde se reglamenta que le corresponde al juez delimitar el marco del proceso y, al ser el juez quien conducía el proceso podía incluir, investigar y agregar sus propias pretensiones a la causa bajo análisis. Posteriormente, toma relevancia la actuación de las partes marcando al principio dispositivo como un principio fundamental del derecho civil. Es así que el juez puede ejercer su tutela jurisdiccional únicamente cuando las partes lo solicitan y se ve abocado a respetar los límites impuestos por ellas para resolver el objeto del proceso, siendo imprescindible que la resolución sea congruente con las pretensiones de las partes.

El término incongruencia proviene del Latín “*incongruentia*” y tiene un significado negativo al significar falta de congruencia. Para la Real Academia Española congruencia se define como “*conveniencia, coherencia y relación lógica*”³. En la psicología la congruencia es la correlación que existe entre el sentimiento y la expresión. Carl Rogers uno de los exponentes de la escuela humanista de la Psicología define a la congruencia en este sentido:

[E]xiste un estado de congruencia cuando las experiencias simbolizadas de una persona reflejan todas las experiencias reales del organismo. Cuando estas vivencias simbolizadas no representan todas las reales, o si son negadas o distorsionadas, hay una falta de correspondencia entre el yo como es percibido y el yo real. En tal situación hay incongruencia y una posible desadaptación... Cuando el auto concepto es congruente con las experiencias del organismo, la persona

-
1. E. VESCOVI. “Teoría General del Proceso”, Segunda Edición Actualizada, Editorial Temis, 2006.
 2. Ídem.
 3. Diccionario de la Real Academia Española, <<https://dle.rae.es/congruencia>>, (21/07/2021).

está libre de la tensión interna y adaptada desde el punto de vista psicológico⁴.

En el contexto de este artículo se revisará brevemente el derecho a la tutela arbitral efectiva y debido proceso, para luego analizar el alcance del principio dispositivo en el sistema arbitral y el principio de congruencia aplicable al proceso. Revisaremos en qué consiste el principio de congruencia y cuáles son los diferentes tipos de vicios de incongruencia. Estudiaremos, si la violación al principio de incongruencia por ser parte de los derechos de tutela arbitral efectiva y debido proceso puede usarse como fundamento para oponerse al reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero en el Ecuador por violación al orden público ecuatoriano. Finalmente, este artículo presenta la premisa de que, si bien en la sede se puede anular o no el laudo según la *lex arbitri*, en virtud del artículo V de la Convención de Nueva York la violación al orden público del lugar de ejecución sí es causal de inejecutabilidad del laudo, aunque no haya sido declarado nulo.

2. TUTELA ARBITRAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO

El arbitraje, al ser un método alternativo y heterocompositivo útil para resolver controversias, debe contener en su proceso las actuaciones necesarias que aseguren el cumplimiento y aplicación de los derechos y garantías de las partes. En su deber de procurar un laudo válido y ejecutable, los árbitros, tras un análisis a la legislación aplicable al caso, deberán garantizar que los derechos de las partes sean respetados durante el procedimiento. Normalmente, las causales de nulidad, y en el caso de laudos extranjeros las de denegación de reconocimiento y/o ejecución, procuran que el laudo, para que sea válido y ejecutable, haya respetado estas normas básicas o derechos mínimos de las partes durante el proceso. El carácter jurisdiccional del arbitraje, fruto de su reconocimiento en la norma constitucional⁵, e incluso el reconocimiento específico

4. C. ROGERS. La relación interpersonal: núcleo de la orientación. Incluido en C. ROGERS, B. STEVENS, et al, "Persona a persona". Buenos Aires: Amorrortu, en <<https://glosarios.servidor-alicante.com/psicologia/congruencia>>, (21/07/2021).

5. Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

contenido en el Código Orgánico de la Función Judicial⁶, de que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales los obliga a que, en ejercicio del derecho a tutela efectiva, la sustanciación del proceso arbitral se realice precautelando las garantías básicas contenidas en la Constitución.

La tutela arbitral efectiva es un derecho constitucional de protección derivado de la tutela judicial efectiva, pero aplicable al proceso arbitral. En términos prácticos hablamos del mismo derecho aplicado a las particularidades del proceso arbitral. La Constitución de la República garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos: “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela, efectiva imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”. El derecho a la tutela arbitral efectiva es un principio fundamental para la administración de justicia o el órgano jurisdiccional. Para nuestra Corte Constitucional el derecho “comprende no solo el acceso a la justicia, sino también, el desarrollo del proceso con la debida observancia de normas constitucionales y legales y la ejecución de la sentencia; es decir, el derecho a obtener una decisión judicial motivada y que sea ejecutada”⁷. En otras decisiones la Corte ha dispuesto que este derecho tiene relación con:

[E]l derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en este se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia⁸.

Para Salcedo Verduga, por ejemplo, el hecho de que las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad

-
6. Art. 7.- Principios de legalidad, jurisdicción y competencia. - (...) Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.
 7. Corte Constitucional. Consulta de Norma. Caso No. 13-17-CN, Registro Oficial Edición Constitucional No. 21, 13 de noviembre 2019.
 8. Corte Constitucional. Sentencia No. 030-SCN-CC, Registro Oficial Suplemento No. 359, 10 de enero 2011.

excluyan sus conflictos de la justicia ordinaria no significa de modo alguno que ellas renuncian a la cobertura de sus derechos constitucionales básicos, como son el debido proceso y la tutela judicial efectiva por ser estos de carácter irrenunciable⁹. En el derecho comparado, en especial en el latinoamericano, el derecho a la tutela judicial efectiva es de vital importancia, así, la Corte Constitucional colombiana ha dispuesto que el derecho a la tutela judicial efectiva involucra “el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas”¹⁰. Resulta fundamental para nuestro análisis identificar que de acuerdo al pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana y lo expuesto por la ecuatoriana el principio dispositivo y el principio de congruencia forman parte de las garantías o elementos del derecho a la tutela judicial efectiva.

El debido proceso es otro de los derechos involucrados en el arbitraje. Siendo no muy distinto al anterior, se lo puede considerar una especie del mismo género, por cuanto en el sistema de origen continental la tutela judicial efectiva es un abanico más amplio de garantías a las contenidas en el debido proceso. Autoras como Jara Vásquez acaparan ambos principios y lo diferencian por su origen: “El derecho a la tutela efectiva y el debido proceso provienen de distintas tradiciones jurídicas. El primero, de fuente europea (...). El segundo, se originó en el common law –*due process of law*–, y sus antecedentes se suelen ubicar en la Carta Magna inglesa de 1215”¹¹. No obstante, el contenido del derecho al debido proceso en el derecho anglosajón es mucho más amplio que el conferido en tradiciones civilistas. A saber, de la misma autora, el *due process del Common Law* es mucho más amplio en contenido que el derecho a la tutela judicial efectiva¹². Evidentemente, dentro del derecho al debido proceso tenemos algunos principios considerados en nuestra Constitución como son el principio de contradicción y el derecho

9. E. SALCEDO VERDUGA. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. 1ra edición, Cevallos Editorial Jurídica, 2001.

10. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No 435/2002. Citado en: Corte Constitucional Ecuador, sentencia No. 034-09-SEP-CC, Registro Oficial Suplemento No. 97 de 29 de diciembre de 2009.

11. M. E. JARA VÁSQUEZ. *La Tutela Arbitral Efectiva en Ecuador*. 1ra Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

12. Ídem.

a la defensa que tiene una relación estrecha con el principio de congruencia analizado en este artículo.

La Corte Constitucional ecuatoriana ha expresado que en el proceso arbitral también se deben garantizar los derechos reconocidos en la norma constitucional. El análisis de este particular se ha centrado en que, al igual que el proceso judicial, el arbitraje es un método heterocompositivo de resolución de controversias. Aunque el arbitraje deviene principalmente del principio de la autonomía de la voluntad, en el Ecuador tiene una fuente legal y constitucional. En este sentido, el acuerdo arbitral, el proceso, y el laudo, no pueden contradecir normas constitucionales o dictaminar renuncia de derechos contenidos en la Constitución. Por lo mismo, “los convenios arbitrales, el proceso de arbitraje y su conclusión, están limitados y vinculados por las normas constitucionales, al igual que todas las relaciones jurídicas y actos públicos y privados, más allá de que su origen pueda considerarse convencional”¹³. El debido proceso, como es evidente, tiene una estrecha relación en el arbitraje con el principio dispositivo y el principio de congruencia puesto que “obliga a las autoridades públicas a guardar coherencia entre los hechos y el derecho aplicado en la toma de decisiones respecto de su autoridad”¹⁴.

2.1. Principio dispositivo

Tradicionalmente, la aplicación del principio dispositivo se da cuando las partes inician un proceso judicial y con ello delimitan el objeto de la controversia en el planteamiento de sus pretensiones. Por esto se dice que el principio dispositivo es uno de los fundamentos del principio de congruencia. El arbitraje está marcado también por el principio dispositivo en base a las pretensiones dentro de los límites de lo que se conoce como arbitrabilidad objetiva. El principio dispositivo es el que “asigna a las partes y no al juez, la iniciativa del proceso, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”¹⁵. El principio dispositivo a diferencia del inquisitorio

13. Corte Constitucional, Acción Extraordinaria de Protección. Sentencia No. 169-12-SEP-CC, Registro Oficial Suplemento No. 756 de 30 de julio de 2012.

14. Corte Constitucional, Acción Extraordinaria de Protección. Sentencia No. 169-12-SEP-CC, Registro Oficial Suplemento No. 756 de 30 de julio de 2012.

15. E. Vescovi. N. 1.

o el mixto es característico del proceso civil y por lo tanto, por la naturaleza de las pretensiones y características del proceso arbitral.

Para Vescovi, el principio dispositivo está conformado de varios subprincipios: i) *nemo iudex sine actore ne procedat iure ex officio*, que significa que no hay juicio sin actor y el juez no puede iniciarlo de oficio, es decir, el proceso debe iniciar por iniciativa de las partes y no puede iniciar de oficio. De este nace el principio de congruencia, en virtud del cual el objeto del proceso es fijado por las partes, es decir, se delimita en virtud de lo solicitado por el actor y lo aceptado o denegado por el demandado y las pruebas vertidas por cada uno de ellos en defensa de sus pretensiones. El juez “no conoce otros hechos fuera de los que las partes invocan, ni otras pruebas que las que estas presentan”¹⁶. Bajo esta premisa, el juez debe resolver sobre lo que las partes pidan y no más allá. Aunque el juez puede en virtud del principio *Iura Novit Curia* modificar en el caso de error u omisión el derecho invocado por las partes, pero no conceder bajo este entendimiento más, menos o algo diferente de lo pedido. El tercer principio, que está conectado también a los dos anteriores, es que los recursos, solo los pueden deducir las partes y “el tribunal superior no tendrá más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso”¹⁷. El cuarto principio es que las partes pueden disponer del propio proceso “esto es de los derechos sustanciales planteados durante el mismo; ya sea del actor desistiendo de su pretensión, el demandado allanándose a ella, realizando una transacción, en la cual ambos se hacen concesiones recíprocas”¹⁸.

No es posible afirmar que dada la naturaleza y estructura única del procedimiento arbitral, el principio dispositivo sea idéntico al del proceso civil, mucho más si lo analizamos en el contexto de un arbitraje internacional. Ciertos autores han reconocido que son los árbitros en realidad y no las partes quienes fijan el objeto del proceso. La delimitación por supuesto se la realiza sobre la base de las pretensiones aducidas por las partes, las normas procesales, procedimentales y sustantivas a los que están sujetos. Normalmente, deberíamos encontrar la solución clara a esta problemática en las normas que la mayoría de *lex arbitri* otorgan para formular las

16. Ídem.

17. Ídem.

18. Ídem.

normas de procedimiento¹⁹. En ciertos reglamentos, por ejemplo, las pretensiones y objeto del proceso se fijan en el acta de misión y a falta de acuerdo entre las partes sobre la misma, como menciona el Reglamento la Corte Internacional de Arbitraje, puede el tribunal aprobarla y delimitar el objeto del proceso para que el arbitraje continúe su curso²⁰.

Existe otro segmento de la doctrina que determina que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, son las partes quienes delimitan el objeto del proceso. En esta línea argumentativa cabe señalar que, en términos prácticos, son las partes quienes precisan sus pretensiones. En Ecuador, se realiza en la audiencia de sustanciación. A falta de disposición en la *lex arbitri*, debe observarse los reglamentos, por ejemplo, en la aprobación del acta de misión, según el de la CCI. Podría decirse, por lo tanto, que son las partes quienes en último término disponen cual será el objeto del Litis. La determinación del procedimiento como facultad prevista en ciertas *lex arbitri* así como la facultad del tribunal de delimitar el objeto y sujetarlo a aprobación de las partes no es un determinante *per se* para decir que son los árbitros quienes delimitan el objeto. Esta propuesta de delimitación deberá basarse en todo momento en las pretensiones aducidas en la demanda y contestación.

2.2. Principio de congruencia

El uso del concepto congruencia no tiene grandes variaciones en su esencia etimológica o psicológica cuando lo estudiamos en la ciencia del Derecho. La congruencia constituye uno de los pilares del principio dispositivo. Si nos situamos en materia, en el proceso judicial “podemos entender la congruencia como la correlación

19. A modo de ejemplo tenemos el artículo 25.2 de la Ley de Arbitraje Española donde se dispone que “A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración” o en el Caso de Ecuador por ejemplo se está a lo dispuesto en el artículo 38.

Ciertos Reglamentos como CCI determinan que son los árbitros quienes delimitan el proceso en las actas de misión, son las partes las llamadas a corregir esta fijación o pedir se incorporen o eliminen asuntos no propuestos por ellas. El reglamento de la CCI incluso permite que en la emisión del laudo se determine un término para que las partes puedan solicitar se incluyan puntos omitidos o no se decida sobre puntos no discutidos.

20. Reglamento CCI. Artículo 23, 2021.

debida entre la actividad procesal de las partes y la actividad del órgano judicial”²¹. Esta correlación deriva de lo que las partes han delimitado como objeto del proceso o *theme decidendum* que es el marco, el espacio real fijado por las partes con sus pretensiones, dentro del cual el juez deberá emitir su decisión. Todo lo que el juez decida que no se encuentre dentro del objeto del proceso puede acarrear que la decisión esté viciada de incongruencia.

Para que la administración de justicia cumpla su función, existen ciertos principios o garantías esenciales que deben respetarse en el proceso, estos principios tienen su fundamento en axiomas primarios de justicia. Estos principios regulan la conducta de las partes, los jueces, o los árbitros dentro de un proceso y que en muchos casos varían dependiendo de la materia de la que trate. Otros son comunes a todos los procesos, uno de esos axiomas transversales de la administración de justicia es el principio de congruencia.

Son las partes las que, tras presentar demanda, contestación, o reconvencción; durante la audiencia de sustanciación podrán precisar las pretensiones y hechos en las que estas se fundamentan. Consideramos que la precisión de las pretensiones es el momento en el que será posible concretar el *theme decidendum*. No obstante lo anterior, entendemos que, en términos prácticos es posible que el tribunal arbitral considere sugerir a las partes cuál es la materia controvertida para que la misma quede delimitada precisamente como lo dispone el art. 22 de la LAM. Las partes, por su lado, podrán precisarlo conforme lo dispone el mismo artículo. De esta forma se ha sugerido, por ejemplo, que en el arbitraje internacional:

El acta de misión establece preponderantemente la ruta crítica del procedimiento arbitral, esto es, refiere sucintamente cuáles son las pretensiones de las partes; el lugar o sede del arbitraje; la indicación de las reglas aplicables al procedimiento y las precisiones que las partes o el tribunal consideran relevantes a fin de resolver adecuadamente la controversia planteada; de estar contemplada la redacción de esta acta de misión y determinarse la aceptación de su contenido por las partes, cobra validez probatoria para establecer cuál es la intención

21. M.E. ALEGRET BURGÉS. “*El principio de congruencia en el proceso arbitral*”, <<https://vlex.es/vid/principio-congruencia-procedimiento-arbitral-585724230>>, (21/07/2021).

de aquéllas (sic) para ocurrir al procedimiento y sujetar la controversia concreta a unas determinadas reglas²².

Considerando esta aclaración, es apropiado analizar si encontramos la solución a la problemática dentro del resto de normativas relevantes aplicables. El art. 38 de la LAM dispone que el arbitraje “se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en la ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan”. No se ha encontrado, por ejemplo, en el reglamento de la Cámara de Comercio de Quito, ninguna disposición relativa a la fijación del objeto de la pretensión por parte de los árbitros. Por otra parte, el Reglamento de la CCI determina una aprobación forzosa del acta de misión a falta de acuerdo o firma conforme lo explicamos en el acápite anterior.

Aunque no sea deseable, se debe acudir al Código Orgánico General de Procesos (COGEP), norma supletoria para el arbitraje. En el mismo, es claro que en el proceso civil, rige a plenitud el principio de congruencia y el mismo se encuentra consagrado en su art. 90, cuando dispone que “las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso”. En conclusión, de aplicarse la *lex arbitri* ecuatoriana a un arbitraje internacional, el objeto del proceso será delimitado por las partes, aunque los árbitros, en la audiencia de sustanciación o acta de misión, podrán sugerir o proponer a las partes el objeto del proceso siempre dentro del marco de la autonomía de la voluntad.

Partiendo de estas premisas, es claro que si el árbitro o tribunal deciden emitir un laudo arbitral incongruente, cuando “omita pronunciarse sobre cuestiones que hayan sido debatidas en el juicio”²³, o cuando se conceda más de lo pedido, algo diferente a lo pedido o cuando el razonamiento es errado sobre una pretensión ajena al objeto; se puede decir que dicho laudo posee un vicio de incongruencia.

22. Centro de Arbitraje de México. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, <<https://camex.com.mx/2018/03/06/principio-de-congruencia-en-el-procedimiento-arbitral-se-limita-por-la-clausula-arbitral-y-el-acta-de-mision/>>, (26/07/2021).

23. “Incongruencia de las Sentencias”. <https://bit.ly/3vJWSgo>, (26/07/2021).

La importancia de la protección en el ordenamiento jurídico se observa en que la incongruencia es incluso una de las causales para interponer un recurso de casación de acuerdo al COGEP. Así, el art. 268 de este cuerpo legal determina que serán objeto de recurso de casación las sentencias que “cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia”.

En el arbitraje la incongruencia en ciertas *lex arbitri* pueden acarrear la nulidad del laudo. En el caso de Ecuador, la LAM en su art. 31.d, prevé la nulidad cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. Conforme a las últimas resoluciones de la Corte Constitucional también puede haber acción extraordinaria de protección por violación por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución como el debido proceso para laudos domésticos. Por otra parte, tratándose de laudos extranjeros conforme lo determina el artículo 5 de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) se podrá denegar el reconocimiento o ejecución cuando se pruebe “que el reconocimiento o ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del país de ejecución”, si el laudo extranjero tiene un vicio de incongruencia contiene una violación a principios fundamentales del derecho interno y confluente en violación al orden público.

A nivel constitucional existen algunos pronunciamientos relativos al principio de la congruencia y su importancia. Así, la Corte Constitucional ha afirmado que la violación al principio de congruencia constituye una violación a los principios constitucionales de debido proceso, derecho a la defensa y seguridad jurídica. “La finalidad del principio de congruencia consiste entonces en evitar arbitrariedades de parte de las autoridades jurisdiccionales, impidiendo que, dentro de las decisiones judiciales, se dictaminen cuestiones que no han sido debidamente invocadas por las partes procesales”²⁴. En este sentido:

24. Corte Constitucional. *Chevron c. Corte Nacional de Justicia*. Causa No. 0105-14-EP, Registro Oficial Edición Constitucional No. 84, 14 de mayo 2019.

[E]l principio de congruencia es entendido como el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido por el juez en la sentencia y las pretensiones o excepciones planteadas por las partes, también entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador, de esta manera en función del principio de congruencia la actividad jurisdiccional se encuentra limitada a emitir un pronunciamiento únicamente respecto a las pretensiones de la parte actora en relación a las excepciones o contestación por la contraparte, constituyendo así, un verdadero principio regulador de las facultades resolutorias de los jueces. La congruencia es entonces un principio procesal que constituye una especie del género del debido proceso.²⁵

Existen pocas referencias respecto a los pedidos de anulación por vicios de incongruencia de los laudos arbitrales. Normalmente, en el ámbito de sus competencias, el árbitro procurará emitir laudos válidos y ejecutables. Arroyo, Suárez y Rivadeneira, tras una investigación profunda de acciones de nulidad presentadas ante la Corte Provincial sobre el vicio de incongruencia *ultra petita* en la cuantía, señalaron: “como se puede evidenciar, las cortes ecuatorianas se han negado a declarar la nulidad de laudos arbitrales por el vicio de incongruencia *ultra petita*”²⁶. La Corte Nacional de Justicia en un análisis de la aplicabilidad del principio de congruencia en el arbitraje en equidad determinó en una de sus resoluciones que a pesar de la naturaleza propia de los arbitrajes en equidad ello no implica “resolver cuestiones no sometidas al arbitraje o conceder más allá de lo reclamado lo que en definitiva concuerda con el principio de congruencia, que rige al proceso y que debe ser rigurosamente observado en una resolución de árbitros en derecho”²⁷.

En la LAM, solo el vicio de incongruencia *ultra petita* es causal de anulación de los laudos arbitrales. ¿Qué sucede con otros tipos de incongruencias? *A priori* podría decirse que tratándose de laudos locales lo que procedería es la Acción Extraordinaria de

25. Ídem.

26. C. ARROYO, L. SUÁREZ, G. RIVADENEIRA. “La Cuantía en la Demanda Arbitral, un limitante a los derechos de reparación”. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 9, 15 de noviembre de 2018.

27. Corte Nacional de Justicia. Recurso de Hecho en Contra de Sentencia denegatoria de Nulidad del Laudo, Transinvest S.A. Seguranza Cia. Ltda. y Metromedical Cia. Ltda., Juicio No. 57-2007-k-r, Expediente de Casación 51, Registro Oficial Edición Especial 416, (25/03/2013).

Protección por violación a las garantías del debido proceso y tutela arbitral efectiva que cubren al principio dispositivo y al principio de congruencia. Tratándose de laudos extranjeros a ejecutarse en el Ecuador, solo es posible oponerse a la ejecución del laudo incongruente, como ya lo veremos más adelante, en aplicación del artículo V de la Convención de Nueva York por ser el laudo contrario al orden público, pues la falta de congruencia en el laudo implica violación a los principios básicos que rigen el derecho interno y a su vez, como es lógico, violación de los derechos al debido proceso y tutela judicial efectiva.

2.3. Tipos de vicios de incongruencia

Normalmente, hay dos clases generales de incongruencia, la interna y la externa. Podríamos decir que la primera tiene una relación estrecha con la sentencia o laudo arbitral y en este sentido, hay incongruencia cuando la parte resolutoria de la decisión no tiene una relación lógica o coherencia con la parte considerativa. Así, la decisión “adolece de una inadecuación lógica de los fundamentos que desarrolla en su texto con la decisión que al final adopta en base a ellos”²⁸. Dentro de este tipo de incongruencia podemos encontrar a los subtipos de incongruencia: por error y en la reforma peyorativa o *reformatio in peius* en apelación, lo que no será motivo de análisis en este artículo. La segunda clase, por su parte, tiene relación con la decisión y lo pedido por las partes, la Corte Constitucional ha dicho “que consiste en la concordancia que debe haber entre las pretensiones de la demanda, los medios de defensa deducidos por la parte demandada y la resolución”²⁹. Normalmente, dentro de este tipo de incongruencia, podemos encontrar a los subtipos de incongruencia por omisión o *citrapetita*, cuando se concede más de lo pedido o *ultra petita* y cuando se concede algo distinto a lo pedido *extra petita*.

2.3.1. Por omisión o citrapetita

La incongruencia por omisión ocurre cuando el juez o el árbitro omite resolver sobre alguna de las pretensiones alegadas por las

28. “Incongruencia de las Sentencias”. N. 23.

29. Corte Constitucional. Pabucorp c. Sala de Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Caso No. 0965-13-EP, Registro Oficial Edición Constitucional No. 41, 10 de abril de 2018.

partes. Resulta importante recalcar que negar una pretensión no es omitir la resolución sobre algún asunto determinado. No obstante, no cualquier omisión puede viciar una decisión de incongruencia citrapetita y así también lo afirma la doctrina:

[N]o toda omisión puede conducir a un reproche de incongruencia. No todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de una resolución judicial constituye una auténtica lesión (...) si, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.³⁰

Es claro que la omisión debe necesariamente resultar material para la decisión, lesionar a las partes, dejarlas en indefensión y ser determinante para el objeto de la controversia, para poder ponderar adecuadamente la gravedad, y por lo mismo las consecuencias como la anulación o inejecutabilidad del laudo por este tipo de incongruencia. La materialidad del vicio o su gravedad como es posible observar es concordante con el principio de trascendencia aplicable a la nulidad.

El recurso procesal común frente a la incongruencia omisiva debería ser el de ampliación. En términos del COGEP, en su art. 253, procede el recurso de aclaración y ampliación: “cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o, se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas”. En el arbitraje, procede recurso de ampliación y aclaración luego de los tres días de notificado el laudo a las partes. En este sentido, en arbitrajes locales no procede anulación por incongruencia omisiva sino recurso de aclaración y ampliación. Lo mismo es aplicable en arbitrajes extranjeros en donde rija *lex arbitri* ecuatoriana.

El reglamento arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional³¹, por su parte, dispone que sobre el laudo cabría corrección de oficio ante error de tipo tipográfico, cálculo etc., solitud de laudo adicional o solicitud de interpretación del laudo. Entonces, cabría solicitud

30. A. ORENA DOMÍNGUEZ. Clases de Incongruencia, <<https://vlex.es/vid/clases-incongruencia-434262750>>, (26/07/2021).

31. Reglamento CCI. Artículo 36.

de laudo adicional si el tribunal no se hubiere pronunciado sobre algún asunto controvertido en el proceso, es decir, hay un nivel de protección contra el vicio *citrapetita*. Entendemos, por ejemplo, que para vicios *extra petita*, *ultra petita* o error, procedería la interpretación del laudo e incluso la solicitud de corrección “error, de cálculo o tipográfico o de naturaleza similar”, si es que se tratara de un asunto menor que evidencia un error formal, pero que acarrea el laudo esté viciado de incongruencia.

2.3.2. *Ultra petita*

La incongruencia *ultra petita* se da cuando la sentencia o laudo concede más de lo pedido por las partes. Como la anterior, deberá analizarse con cautela caso por caso para entender hasta qué punto el vicio en la sentencia o laudo constituye una verdadera violación al orden público ecuatoriano. Normalmente, podemos encontrar al vicio de *ultra petita* cuando el juzgador incurre en exceso de poder y, como es obvio, es común encontrar este fallo en exceso cuando se reconoce, por ejemplo, al actor más de lo que él mismo pide en la demanda. Ya se mencionó que el vicio de incongruencia *ultra petita* es una causal de anulación del laudo de acuerdo con la LAM. No obstante Arroyo, Suárez y Rivadeneira en una investigación realizada a las sentencias en casos de procesos de nulidad encontraron que:

Después de realizar un análisis de 41 procesos de nulidad de laudos arbitrales, pudimos concluir que 33 de estas acciones se han fundamentado en la causal prevista en el literal d) del artículo 31 de la LAM, la cual establece que se podrá intentar la acción de nulidad cuando: “[...] el laudo se refiera a cuestiones no sometida a arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”. No obstante, de los 33 casos que se han fundamentado en esta causa, únicamente en seis de ellos se han basado en el vicio de incongruencia *ultra petita*.³²

Ninguna de estas acciones ha prosperado concluyen las autoras pues la Corte ha considerado que los tribunales arbitrales “han resuelto analizando las pretensiones, excepciones y pruebas

32. C. ARROYO, L. SUÁREZ, G. RIVADENEIRA. N. 26.

que han sido presentadas por las partes dentro del proceso arbitral y que, por lo tanto, no existe vicio de incongruencia ultra petita.”³³

2.3.3. *Extra petita*

La incongruencia extra petita consiste en conceder algo a las partes que fue pedido por las mismas dentro del proceso. En este sentido, la jurisprudencia comparada ha determinado que se incurre en el vicio “cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión o una causa de pedir que no fue oportunamente deducida por los litigantes”³⁴. Resulta fundamental aclarar que este tipo de incongruencia pueden invocarse como tal, cuando no se trata de pretensiones o excepciones que, aunque no formalmente deducidas por las partes, se encuentran implícitas en lo pedido o eran una consecuencia natural de los fundamentos principales aducidos por las partes. Entre algunos de los ejemplos de lo que no podría ser reconocido como incongruencia *extra petita* tenemos por ejemplo el hecho de haber otorgado intereses tras reconocer una deuda dineraria.

2.3.4. *Por error*

La incongruencia por error contiene algunos subtipos. Sin embargo, para efectos de este artículo se hará referencia únicamente a la categoría genérica. Se entiende que se incurre en este tipo de incongruencia cuando “por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre una pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado”³⁵.

Una vez establecidos los diferentes tipos de incongruencia, en la siguiente sección se analizará la procedencia de la nulidad al existir incongruencia en el laudo y en el evento de que el laudo no sea anulado la posibilidad de oponerse en el proceso de reconocimiento y ejecución del laudo.

33. Ídem.

34. “Incongruencia de las Sentencias”. N. 23.

35. Ídem.

3. NULIDAD DE LAUDOS EN ECUADOR

El convenio arbitral tiene como característica la obligación a la que se someten las partes de no acudir a la justicia ordinaria antes y durante el desarrollo del proceso arbitral para someter cualquier tema de fondo del contrato (incumplimiento, interpretación, etc.). La excepción está en ciertos temas como validez de cláusula arbitral, la nulidad del laudo y su ejecución. Es así que el control judicial del laudo nace como excepción al contrato de arbitraje de las partes y solo se presentará ex post al laudo, sea como un recurso de nulidad, o como oposición al reconocimiento y ejecución del laudo. La amplia aplicación de lo referido por la Ley Modelo de CNUDMI³⁶, en razón de las causales de nulidad, ha hecho que exista uniformidad sobre cuándo aplicar las cláusulas taxativas.

Múltiples legislaciones han acogido las causales de nulidad de la Ley Modelo³⁷. En Ecuador, las causales de nulidad son: i) 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; ii) 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; iii) 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; iv) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, v) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Dentro de la causal iv) de la ley arbitral ecuatoriana, encontramos que la Corte puede resolver sobre una nulidad que emerge en un laudo en el que se resolvió más allá de lo autorizado por las partes en el convenio arbitral. La segunda parte de esa causal, esto es, cuando el laudo conceda más allá de lo reclamado, alude al

36. Art. 34 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1965, enmendada en el 2006.

37. Legislaciones como la chilena, peruana y argentina han incorporado la normativa Ley Modelo.

vicio de incongruencia *extra* o *ultra petita*, sobre este vicio la corte provincial analizará si el tribunal otorgó más de lo solicitado en la pretensión o si se refirió a algo que no estaba contenido en el pedido de la parte. Las cortes provinciales han resuelto en varios casos la procedencia de la causal al establecer que el tribunal se refirió a aspectos no referidos por las partes o excedió en sus atribuciones para establecer reparaciones punitivas.

Las causales de nulidad taxativas conllevan que de forma excepcional el juez de la sede revise errores que pudieron haberse cometido en el desarrollo del proceso, de ahí que las causales antes detalladas se refieren a vicios procesales que deviene en un debido proceso defectuoso que restringe los derechos de las partes. Por ello, la revisión restringida del laudo en una acción de nulidad no podrá alcanzar el fondo del mismo y en caso de encontrar la procedencia de la nulidad deberá procurarse declararla solo de la parte que corresponde anular.

Conforme a la doctrina, la nulidad reviste la obligación de ponderar al menos tres principios: i) Trascendencia: la nulidad alegada debe mostrar que ha afectado de forma sustancial al proceso y en consecuencia a las partes. “Es decir, que la causa de nulidad esté expresamente consignada como tal en la norma jurídica y que dicho motivo hubiese influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes.”³⁸; ii) Especificidad: la alegación de nulidad debe estar plenamente justificada únicamente bajo cualquier causal que la ley arbitral determine, aunque en la práctica jurisprudencial tanto de sentencias emitidas por las cortes provinciales como por la Corte Constitucional pueden hallarse diversas interpretaciones a qué se considera causal de nulidad; y, iii) Convalidación: pueden surgir actos procesales que no puedan ser convalidados en el proceso y que necesariamente deban ser corregidos por el juez. Importante destacar que la parte que alega la nulidad no puede servirse de ella si en el desarrollo del proceso mostró su acuerdo con las decisiones procesales del tribunal arbitral.

38. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, juicio No. 077-2011, sentencia de 8 de agosto de 2012.

Es posible, entonces, que un laudo con vicio de incongruencia revisado bajo ley ecuatoriana pueda ser anulado. Como hemos visto es causal de nulidad en Ecuador que el laudo sea incongruente por *extra* o *ultra petita*. Es decir, solo si la ley de la sede es la ley ecuatoriana un juez podría revisar la acción de nulidad de un laudo extranjero por incongruente por *extra* o *ultra petita*, pero ¿qué ocurre con un laudo extranjero con vicio de incongruencia no anulado y que busca ser ejecutado en Ecuador?

4. EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS CON VICIOS DE INCONGRUENCIA EN ECUADOR

4.1. Laudos extranjeros no anulables con vicios de incongruencia ¿existen?

Evidentemente, la complejidad de la normativa aplicable a los procedimientos arbitrales conlleva que se presenten casos en los cuales, mientras para una legislación un laudo es válido, para otra legislación puede no ser aceptada su incorporación al ordenamiento jurídico doméstico.

El art. 34 de la Ley Modelo señala que el laudo arbitral *solo podrá* ser anulado cuando se comprueben las causales determinadas en dicha norma referencial. Legislaciones como la chilena, peruana, española y argentina han adoptado este texto. En ese sentido, si un juez de la sede fijada para el arbitraje internacional resuelve que el laudo no tiene vicios de nulidad, podría ser declarado válido y en consecuencia ser ejecutado en el lugar que más convenga a la parte a la cual favorece el laudo. En nuestra jurisdicción ya existe un caso que puede ser usado como cuestionamiento a si un laudo con vicio de incongruencia no anulado en sede puede ser ejecutado en Ecuador y que se lo revisa a continuación.

El 1 de abril de 2011, la empresa holandesa CW Travel Holdings NV (CWT) y la empresa ecuatoriana Seitur Agencia de Viajes y Turismo (SEITUR), celebraron un acuerdo de asociación que autoriza a la empresa SEITUR y a sus agencias la venta de viajes en el Ecuador. Después de varios conflictos y la imposibilidad de que SEITUR recupere la acreditación de Asociación Internacional

de Transporte Aéreo, el 15 de marzo de 2012, CWT envió una carta a SEITUR para romper el acuerdo de asociación. El 6 de noviembre de 2012, SEITUR implementó el procedimiento de arbitraje celebrado bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional.

En laudo emitido el 7 de abril de 2015, el tribunal arbitral compuesto por Alexis Mourre y Armando Serrano Puig, árbitros, y Claus Von Webeser, Presidente, se declararon competentes para conocer el litigio. El tribunal arbitral confirmó la validez de la anulación del acuerdo de sociedad por parte de CWT, ordenó a SEITUR que cesara de inmediato el uso del nombre y de las marcas comerciales de CWT, bajo una penalidad de US \$10.000 por día de retraso, y sentenció a SEITUR a pagar por costas la suma de US \$567,987 con un pago de la tasa de interés de 2% que comienza a correr el día que se pronuncie la sentencia. SEITUR interpuso un recurso de anulación en contra de dicha sentencia, el 3 de abril de 2017. La demanda de nulidad del laudo fue negada por la Corte de Apelaciones de París. Se encuentra pendiente un recurso de casación³⁹. Más adelante se revisará el vicio de incongruencia que contiene el laudo a pesar de ser válido para la ley francesa hasta este momento.

4.2. Situación actual en Ecuador: ¿homologación o ejecución directa de laudos extranjeros?

El Código Orgánico General de Procesos fue reformado dos veces por el legislador. La primera reforma fue en la Ley de Fomento de Inversiones de agosto de 2018, y la segunda reforma se dio por el Art. 64 de la Ley reformativa del citado Código promulgada en el Registro Oficial No. 517 el 26 de junio de 2019. Aún con esas dos reformas, el legislador mantuvo el requisito de que el laudo extranjero debe ser homologado para luego ser ejecutado. Es indudable que el legislador decidió, con todo el conocimiento debido, dejar el requisito de que el laudo extranjero ha de ser homologado y de acuerdo a la legislación actual debe efectuarse a través de procedimiento ordinario.

39. Corte Internacional de Arbitraje. CW Travel Holdings NV c. Seitur Agencia de Viajes y Turismo, Laudo N° 19058/GFG.

La disposición contenida en el art. 363 numeral 5 del COGEP ya ha sido aplicada por la Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha en el proceso de ejecución No. 17230-2019-03159. En este caso la corte resolvió negar la ejecución del laudo extranjero por no encontrarse homologado⁴⁰. Es claro entonces que, al no haber un proceso especial para la homologación, esto debe realizarse mediante procedimiento ordinario en aplicación del art. 289 del código procesal.

Otro proceso que ratifica actualmente en Ecuador el hecho de que se requiera homologación del laudo extranjero previo a su ejecución es la resolución emitida por un juez civil en un caso de medidas cautelares en el cual se pidió prohibición de enajenar inmuebles para luego presentar demanda de ejecución del laudo emitido en Nueva York bajo reglas CCI. El juez resolvió que debía aplicarse la legislación vigente y por lo tanto el laudo para ser título de crédito válido y ejecutable debe ser primero homologado. La parte actora no apeló de esta sentencia.

No cabe duda, entonces, que en este momento en el Ecuador si se pretende ejecutar un laudo extranjero deberá primero ser homologado mediante procedimiento ordinario. Es entonces en el proceso de homologación en el que la parte a la cual se le ejecutará el laudo debe oponerse a que este sea incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Es importante indicar que el hecho de que el laudo sea sometido a un proceso de homologación no garantiza de ninguna forma que este vaya a ser homologado. En el proceso de homologación el juez está obligado a verificar que el laudo no viola el orden público ecuatoriano, si encuentra una sola violación no podrá ser incorporado al ordenamiento jurídico y por lo tanto no podrá ser como título de ejecución.

4.3. Laudo extranjero no anulado con vicios de incongruencia que viola el orden público ecuatoriano.

La Convención de Nueva York, aplicable al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, prescribe en su artículo V, numeral

40. Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha. Proceso de ejecución N° 17230-2019-03159.

2 liberal b) que: “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:...

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”. En el ejemplo del caso CWT c. SEITUR antes referido, del laudo se desprende que se rechazó la demanda de CWT íntegramente como se expresa en los párrafos 322 y 323 que dice:

322. El Tribunal Arbitral ha analizado la demanda y ha determinado que CWT no ha podido probar que los supuestos daños realmente surgieron de los incumplimientos al Contrato por parte de SEITUR. La Demandante únicamente presentó una sola página titulada “Estado de daños y perjuicios incurridos por CWT” en la que CWT explica que gastó US\$ 18.500 en viajes del personal de CWT para capacitar al personal de SEITUR. Sin embargo, no existe ningún compromiso en el Contrato que obligue a CWT no explica por qué esos gastos de viaje pueden traducirse en daños y perjuicios o cómo esos gastos pueden vincularse en alguna forma a los incumplimientos de SEITUR. 323. Con relación a los US\$ 26.506 que CWT tuvo que pagar como multas a sus clientes debido a que SEITUR no aplicó las tarifas correctas al reservar viajes, el Tribunal determina que CWT no pudo probar que esa suma fue realmente pagada a los clientes de CWT supuestamente perjudicados y que CWT nuevamente solo presentó un único papel en el que alega, sin ningún fundamento ulterior, que pagó esas multas a sus clientes. Lo que, es más, el “Estado de Daños y Perjuicios incurridos por CWT” no menciona cuáles clientes de CWT fueron perjudicados.

Sin embargo, en contra de toda racionalidad y, naturalmente, en contra de cualquier orden público el laudo en vez de rechazar en su integridad la demanda por falta de prueba condenó a SEITUR a pagar los costos de arbitraje, los honorarios de los abogados de CWT y multas por US\$ 21.000 diarios que CWT nunca pidió como indemnización de daños y perjuicios por el uso de marcas y nombre de dominio sino que requirió como medida cautelar para que SEITUR cesara provisionalmente en el uso de dichas marcas y nombre de dominio. En efecto, se condenó a la demandada al pago de las siguientes cantidades desproporcionadas:

- a) Penalidades judiciales por US\$ 10.000 diarios que no fueron solicitadas en la demanda arbitral contenido en el párrafo 342 del laudo;
- b) US\$10.000 por día hasta que cese el uso de la señalética y marcas de CWT contenido en el párrafo 348 del laudo;
- c) US\$ 1.000 por día hasta que el nombre de dominio de CWT retorne a CWT contenido en el párrafo 348 del laudo;
- d) Costo de arbitraje establecido por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en US\$ 180.000, párrafo 346 de laudo;
- e) US\$ 387.987 de honorarios de los abogados de CWT, párrafo 347 del laudo; y,
- f) 2% de intereses anual por sobre los montos arriba mencionados contenido en el párrafo 349 del laudo.

Es decir, SEITUR fue condenado al pago de US\$ 21.000 diarios a pesar de que el Tribunal arbitral determinó que no había daños probados por parte de CWT, lo que convierte al laudo con vicio de incongruencia por ultra petita al dar más allá de lo solicitado por CWT.

SEITUR dejó de usar la señalética y marcas de CWT cuando comenzó el proceso arbitral, por lo que el laudo no podía imponer a SEITUR multas diarias por US\$ 10.000. Lo propio ocurre con el nombre de dominio de CWT el cual pertenece a CWT y, por lo tanto, SEITUR de ninguna forma estaría obligada a pagar una multa de US\$ 1.000 diarios.

El presente caso es único en el Ecuador al ser el primer antecedente que se registra sobre la pretensión de ejecutar un laudo extranjero que lesiona gravemente los derechos de una compañía ecuatoriana al otorgar cientos de veces más de lo demandado.

La Corte Nacional de Justicia, ha definido a la incongruencia como:

[U]n error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra); b) Cuando se otorga

algo distinto a lo pedido (extrapetita); c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citrapetita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre el petitorio de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso.⁴¹

Sobre dicha base ha declarado que no cabe, en sentencia, dar más de lo reclamado en la demanda.

La Corte Suprema de Justicia también había decidido:

De lo antes dicho podemos inferir que el principio de congruencia o armonía del fallo se contrae a la necesidad de que este se encuentre en consonancia con las pretensiones deducidas por el demandante en la demanda, o en las demás oportunidades que la ley le ofrece para proponerlas; y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieran sido invocadas por el demandado, si no se autoriza su declaración oficiosa. O sea que el juez en su sentencia, tiene que pronunciarse sobre todo lo que se ha pedido por los litigantes y solamente sobre lo demandado; pero, además, su decisión no puede fundarla sobre hechos que no están en el debate.⁴²

La decisión ultra petita, deviene entonces en la inexistencia de la resolución, pues si no hay proceso sin demanda, no puede haber laudo sin demanda.

Es, pues, un principio incuestionable de orden público en el Ecuador el que jamás un fallo, sea judicial o arbitral, puede dar más de lo reclamado. En este laudo, que podría ejecutarse por parte de CWT, esa transgresión es total y evidente. Si el laudo no fue anulado bajo la ley de su sede de ninguna forma limita a que este deba pasar por un control de legalidad en el proceso de homologación. Es precisamente el proceso de reconocimiento del laudo el que precautela que no se incorpore al ordenamiento jurídico doméstico

41. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil. Anexo 10, literal k, 21 de septiembre de 2014, *Prophar S.A. v. Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation*, Gaceta Judicial serie XVIII. No. 12, p. 4336.

42. Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Anexo 10, literal l, 25 de enero de 2007, *Víctor Hugo Tapia Bajaña c. Compañía Aseguradora del Sur C.A.*, Gaceta Judicial serie XVIII. No. 3, p. 884.

laudos que vulneren el derecho fundamental al debido proceso de la parte contra la cual se ejecuta.

En el Ecuador, pues, es un principio inconcuso de nuestra jurisprudencia que los jueces no pueden otorgar más de lo reclamado en la demanda. Este es un principio de orden público que no puede violarse porque constituye una de las “cuestiones consideradas por el derecho interno como ineludiblemente sometidas a este mismo derecho interno”, de acuerdo con la definición doctrinal del maestro Juan Larrea Holguín⁴³, quien, adicionalmente considera que son parte del orden público las normas que atañen, entre otras materias, las relacionadas con la estructura de “los derechos” pues el orden público se halla constituido por las “condiciones y circunstancias básicas de una sociedad para que se respeten en ella los derechos individuales y colectivos, se mantenga la paz y la seguridad”⁴⁴. Altera estas condiciones sociales esenciales un laudo que otorgue más de lo reclamado en la demanda.

De otro lado, además de la jurisprudencia ecuatoriana ya citada, en varios laudos extranjeros se analiza y reconoce que el reclamante que ha tenido éxito en establecer la responsabilidad civil debe establecer el quantum de sus demandas al estándar pertinente de la prueba y para obtener las sumas en cuestión ellas no deben ser especulativas ni demasiado remotas⁴⁵.

Así, por ejemplo, internacionalmente se ha resuelto que “si bien es cierto que tales daños no necesitan ser probados con certeza matemática, tampoco pueden establecerse mediante pruebas que

43. J. LARREA HOLGUÍN. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, Tomo X, “Voces de derecho internacional privado”, Fundación Latinoamericana Andrés Bello, Quito, 2006, p. 341.

44. J. LARREA HOLGUÍN. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, Tomo IX, “Voces de derecho civil”, Quito, 2005, p. 216.

45. S.D. Myers, Inc (SDMI) v. Gobierno de Canadá. CIADI. Segundo Laudo Parcial de 21 de octubre de 2002. Texto original: 173. *The quantification of loss of future profits claims can present special challenges. On the one hand, a claimant who has succeeded on liability must establish the quantum of his claims to the relevant standard of proof; and, to be awarded, the sums in question must be neither speculative nor too remote. On the other hand, fairness to the claimant requires that the court or tribunal should approach the task both realistically and rationally. The challenges become more acute in start-up situations where there is little or no relevant track record.* El laudo hace un examen minucioso de las pruebas aportadas por las partes sobre la procedencia de daños y la cuantía, dichas pruebas incluyen informes de peritos expertos y detalles de estados contables.

sean especulativas y conjeturales”⁴⁶, y menos aún puede ordenarse el pago de daños y perjuicios sobre los cuales no existe demostración alguna.

En definitiva, las decisiones en arbitrajes internacionales, inclusive los arbitrajes internacionales de inversión, no constituyen procedimientos excluidos de los límites razonables que cualquier juez común debe tener al momento de emitir su decisión sobre el monto de la indemnización por daños y perjuicios dentro de los límites invocados por las propias partes.

5. CONCLUSIONES

Es claro que un laudo puede ser anulado o no por vicios de incongruencia. En el escenario de que el juez de la sede considere que no hay vicios puede resolver que el laudo es válido y por lo tanto deberá ser considerado así por las partes. Sin embargo, debido a la diversidad de legislaciones y aplicación de normativas puede ser el caso que el laudo aún declarado válido en sede arbitral contenga vicios de incongruencia que deban ser verificados por el juez del lugar donde va a ejecutarse el laudo.

La Convención de Nueva York no presenta una definición de orden público pues son las legislaciones locales las que deben delimitar qué consideran por orden público y en consecuencia qué lo puede violentar. Conforme se ha analizado ampliamente en la primera parte de este estudio, el principio dispositivo y el principio de congruencia forman parte de las garantías o elementos del derecho a la tutela judicial efectiva y de forma más amplia el debido proceso. En el Ecuador el principio de congruencia deriva directamente del ejercicio del derecho al debido proceso y por tanto constituye norma básica a ser respetada por sentencias o laudos aún si son extranjeros.

La ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador hasta este momento tiene como requisito que el laudo esté debidamente

46. N. STEINKAMP *et al.* The Journal of Damages in International Arbitration. JurisNet. Vol. 2, No. 1, p. 29. 2015. Cita 21. Texto original: “While it is true that such damages need not be proved with mathematical certainty, neither can they be established by evidence which is speculative and conjectural” (Lloyd *supra* at 37 (citing *Katskee v. Nev. Bob’s Golf of Nev., Inc.*, 472 N.W.2d 372, 379) Neb.1991).

homologado. Es en el momento de la homologación en el cual la parte afectada deberá oponerse por violación al debido proceso al existir vicio de ultra petita y en consecuencia violación al orden público, conforme al artículo V de la Convención de Nueva York. Dentro del proceso de homologación, la demostración de violación al orden público determinará que el laudo no pueda ser reconocido en el Ecuador, impidiendo cualquier tipo de ejecución.⁴⁷

El respeto a la institución arbitral conlleva la aplicación de los principios de favorabilidad e inevitabilidad. No obstante, es también fundamental constituir una justicia arbitral que si presenta fallas en sus resoluciones pueda ser analizada por el juez competente, en procura del efectivo ejercicio de los derechos al debido proceso y a la defensa de las partes en el arbitraje.

47. Al momento de la entrega de este artículo académico entró en vigencia el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación contenido en el decreto ejecutivo No. 165 de 18 de agosto de 2021, publicado en el Registro Oficial 524 de 26 de agosto de 2021. En su art. 15 numeral 1 se indica que para la ejecución de laudo internacionales no se requerirá de un procedimiento previo de homologación. Sin embargo, de conformidad con el art. 425 de la Constitución, un reglamento por su jerarquía no puede reformar el Código Orgánico General de Procesos, por lo que la norma procesal en su art. 363 numeral 5 continúa vigente, esto es, el laudo extranjero para ser título de ejecución debe estar homologado. Más aún, la reforma de normativa orgánica de acuerdo al Artículo 120 numeral 6 es una facultad de la Asamblea Nacional, siendo imposible que un reglamento emita una reforma de ley.



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

Jarín 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

Los casos Burlington y Perenco: Una mirada a las discrepancias ambientales en aspectos de determinación de responsabilidades y cuantificación de daños

*Emilia Limongi Izaguirre**
*César Sánchez Icaza***

Recibido/Received: 19/08/2021
Aceptado/Accepted: 17/10/2021

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La sofisticada tecnicidad de las reclamaciones ambientales en los arbitrajes en derecho. 2.1. El carácter vinculante de los informes periciales. 2.2. Prevalencia del laudo posterior y sus consideraciones técnicas sobre el laudo anterior. 2.2.1. Métodos investigativos para el esclarecimiento de los hechos. 2.2.2. Formas de cuantificar el daño ambiental. 2.3. Visita in situ del Tribunal vs. Peritaje. 3. Competencia de los Tribunales para determinar responsabilidades a las partes y a terceros. 3.1. Responsabilidad subjetiva vs. responsabilidad objetiva aplicada a un mismo asunto. 3.2. Responsabilidad de terceros declarada en arbitrajes en los que no formaron parte. 4. La posibilidad de iniciar dos reclamaciones paralelas sobre lo mismo para escoger la resolución que más convenga al reclamante. 5. Conclusiones.

RESUMEN: Las reconvenções de Ecuador ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) por daños ambientales en el territorio ecuatoriano, trajeron como resultado situaciones atípicas para la práctica arbitral: (i) planteamiento de

* Asociada Senior en Lexvalor Abogados. Abogada por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil. Correo electrónico: elimongi@lexvalor.com

** Socio en Lexvalor Abogados. Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: csanchez@lexvalor.com



dos reclamaciones paralelas por los mismos daños ambientales producidos en una misma zona geográfica; (ii) pretensión expresa de la reclamante de que escogería la decisión más favorable a sus intereses; (iii) aplicación de reglas distintas para establecer responsabilidades civiles; (iv) contraria valoración de los mismos informes periciales por parte de los Tribunales; (v) expedición de un laudo posterior que “complementó” el laudo anterior, en lo que respecta a la cuantificación de daños; (vi) necesidad de un amplio conocimiento técnico de los peritos y árbitros para resolver sobre daños ambientales derivados de actividades petroleras en zonas de difícil acceso; etc. Estas situaciones hacen necesario el análisis de las consideraciones de ambos Tribunales que justificaron sus decisiones.

PALABRAS CLAVE: Daño, Ambiental, Responsabilidad, Cuantificación, Contradicción.

*The Burlington and Perenco awards:
An analysis of the environmental discrepancies
in the quantification of damages and
liability determination*

ABSTRACT: The counterclaims filed by Ecuador before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) for environmental damages in the oil operation of Blocks 7 and 21 of the Ecuadorian territory, resulted in atypical situations for arbitration practice: (i) the filing of two claims for the same environmental damages produced in the same geographical area; (ii) the claimant's express pretension that in the end, the most favorable decision would be chosen; (iii) the application of different rules to establish civil liabilities; (iv) the contrary assessment of the same expert reports by the two Tribunals; (v) the issuance of a subsequent arbitration award that “complemented” the previous award, with respect to the quantification of damages; (vi) the need for a very broad technical knowledge of the experts and arbitrators to decide on environmental damages derived from oil activities in areas of difficult access; among others. All these situations make necessary the legal analysis of the considerations of both Tribunals

that justified their decisions, as well as the manner in which they were adopted.

KEYWORDS: Damages, Environmental, Liability, Quantification, Contradiction.

1. INTRODUCCIÓN

En mayo de 2021, un comité ad hoc del CIADI rechazó el pedido de nulidad que la República de Ecuador presentó en contra del laudo dictado por un tribunal de ese centro el 27 de septiembre de 2019 en el caso *Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador*. En ese laudo se resolvió, entre otras cuestiones, una reconvencción ambiental que Ecuador había presentado para obtener una indemnización por un daño ambiental producido por explotación petrolera, por el que también Ecuador había contrademandado a Burlington Resources Inc. en otro arbitraje CIADI que se sustanció paralelamente. Cabe destacar que, durante algunos años (2002 al 2009), Perenco y Burlington realizaron la explotación petrolera en esos bloques, mediante un consorcio, siendo aquella la única operadora.

Durante la sustanciación de los arbitrajes, Ecuador reconoció que ambos arbitrajes eran paralelos¹; no refutó la acusación de pretender “idéntica compensación traslapada con respecto al mismo daño presunto en ambos procedimientos”²; y, explicó que su pretensión no era “recuperar dos veces la indemnización por daños reclamada, sino que invocará cualquier decisión que resulte ser más favorable a su posición”³, lo que activó el riesgo de una doble recuperación. Ante esto, el Tribunal de *Burlington c. Ecuador* preguntó a las partes si aceptarían que los tribunales de ambos casos realicen una coordinación entre ellos, para reducir el riesgo de decisiones contradictorias. Ecuador se negó rotundamente, por lo que, los tribunales estuvieron impedidos de efectuar la coordinación.

1. *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Award, 7/2/2017.

2. Ídem.

3. Ídem.

Ecuador obtuvo dos decisiones favorables a su único interés de restaurar el ambiente en los bloques petroleros 7 y 21 de su territorio. En un primer laudo, un Tribunal CIADI ordenó que Burlington pague a Ecuador la suma de 39.1 millones de dólares americanos por ese concepto; y, en un laudo posterior, otro Tribunal CIADI ordenó que Perenco pague a Ecuador, adicionalmente, la suma de 54.4 millones de dólares americanos por ese mismo concepto. En total, Ecuador obtuvo dos laudos favorables por la suma de 93.6 millones de dólares americanos.

Hasta aquí, la primera interrogante que este artículo abordará es si es aceptable que la reclamante pretenda sustanciar paralelamente dos arbitrajes sobre lo mismo para elegir la resolución que más convenga a sus intereses, y que, siendo esto de conocimiento de los Tribunales, se haya decidido en derecho continuar con la sustanciación de los arbitrajes hasta su conclusión.

El presente artículo, además, centra su atención en cinco particularidades de esos procesos arbitrales, que hacen que sus respectivos laudos sometan a discusión su peculiar composición, así como la interrelación de uno con otro. La primera está relacionada con la materia de la controversia, ya que, al tratarse de la afectación de un ecosistema sensible de difícil acceso, por la realización de actividades consideradas como de alto riesgo (petroleras), era indispensable la opinión técnica de un perito en la materia, y el conocimiento técnico de los árbitros.

La segunda particularidad -quizás la más importante- guarda relación con la discrepancia en la aplicación de la regla para determinar la responsabilidad civil del causante del daño; para uno de los tribunales, la responsabilidad era "objetiva", mientras que, para el otro, la responsabilidad era "subjetiva" y dependía de si había existido un manejo diligente por parte de la petrolera.

La tercera, va relacionada a la prueba aportada por una de las partes; para uno de los tribunales, el peritaje de Ecuador fue determinante para cuantificar los daños que mandó a pagar en el laudo, mientras que, el otro, señaló que ese mismo peritaje y el de la contraparte no inspiraban "un suficiente grado de confianza sobre

las condiciones reales de los Bloques”, por lo que requirió un nuevo peritaje independiente⁴.

La cuarta -que guarda relación con la anterior- es que para uno de los tribunales hacer una visita in situ era vital, mientras que, para el otro, esa visita no lo era, dejando la suerte del caso en manos de un perito que sí debía visitar el sitio, pero con facultades limitadas impuestas por el mismo Tribunal.

Por último, la quinta particularidad llama la atención por la forma utilizada para la determinación del valor de la remediación ambiental, a través de la cual uno de los Tribunales hizo una inferencia para ampliar la cuantificación de los daños en virtud de sitios que su perito “pasó por alto o no pudo muestrear⁵.

Analizado lo anterior, surge la interrogante: ¿puede un laudo posterior modificar un laudo anterior en lo que respecta a la cuantificación del monto de una misma remediación ambiental? Esto fue lo que en efecto ocurrió.

2. LA SOFISTICADA TECNICIDAD DE LAS RECLAMACIONES AMBIENTALES EN LOS ARBITRAJES EN DERECHO

Dentro de todo tipo de reclamaciones, existe cierto grado de complejidad que, de manera general, suele ir atado a cuestiones relacionadas al fondo de lo que se disputa, o a la existencia de un convenio arbitral oscuro o diminuto, o a la determinación de asuntos formalistas del procedimiento. Estos problemas normalmente encuentran su solución en la sencilla aplicación de las normas jurídicas generales, sumadas a los criterios legales del Tribunal que las aplica, lo que resulta suficiente para suplir la complejidad que puede presentarse en el inicio y la sustanciación de un procedimiento arbitral.

Sin embargo, con la evolución del mundo, y el desarrollo de la inversión internacional, se ha sumado importancia a cuestiones

4. *Perenco Ecuador Limited. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award, 27/9/2019.

5. *Perenco Ecuador Limited. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award, 27/9/2019.

técnicas de materias específicas, que por su naturaleza, se escapan de la esfera de la legalidad, y requieren un análisis específico y ajustado a su ciencia, al punto de que se vuelva imposible para un Tribunal -cuando el arbitraje es pactado en derecho- tomar una decisión sobre un asunto controvertido puesto a su conocimiento sin involucrar la participación de un especialista que le proporcione la información necesaria para llenar la falta de conocimiento técnico de ese Tribunal. Una de estas materias es la ambiental, que gana un grado más de complejidad cuando es necesario estudiar daños ocasionados en los denominados “ecosistemas sensibles”, y que se vuelve aún más difícil cuando esos daños nacen como consecuencia de la ejecución de actividades de riesgo como lo es la actividad petrolera.

Esta afirmación reconocida por la doctrina obliga a los magistrados, además de tener la suficiente formación jurídica, a “buscar una formación interdisciplinaria o transdisciplinaria”⁶. Adicionalmente, para ser considerado como un abogado apropiado para tratar esta clase de litigios, se debe “abarcarse el caso con la colaboración de otros profesionales de otras ciencias que le permitan tener una idea clara de los casos que se le presentan y de su resolución”⁷.

En este punto se puede observar la importancia de la participación de un experto, a quien se denomina perito, cuando se ha pactado que la solución de una controversia sea resuelta en un arbitraje en derecho, y que el centro de ella verse en temas netamente técnicos como es el ambiental.

2.1. El carácter vinculante de los informes periciales

Resulta poco probable creer que la larga disputa en los casos *Burlington c. Ecuador* y *Perenco c. Ecuador* -con lo que respecta a las reconvencciones- haya concluido con decisiones tomadas por un Tribunal con amplio entendimiento y experiencia en temas jurídicos y arbitrales, pero sin la experiencia técnico-ambiental, si no hubiese existido la importante participación de peritos ambientales que

6. C. A. RODRÍGUEZ. “El papel del juez ambiental en la protección del ambiente”, en L. PACHECO BARASSI (Coor), *Summa Ambiental. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia*, Tomo II, Revista de Derecho Ambiental, 2011.

7. Ídem.

aclaren la situación técnico-ambiental del daño reclamado por Ecuador.

Es importante en este punto analizar en qué grado los Tribunales estuvieron obligados a acoger el resultado de un peritaje para formarse un criterio que fue plasmado en su decisión final teniendo en consideración que esos arbitrajes -con lo que respecta a las reconvencciones- basaron su discusión en situaciones técnicas y no jurídicas.

Atendiendo la primera premisa, en principio, podría considerarse la total libertad y discrecionalidad del Tribunal para acoger o no un criterio pericial. El arbitraje se rige por un sistema abierto en cuanto a la introducción, admisión y valoración de pruebas, siempre encaminado al mejor esclarecimiento de los hechos para llegar a la verdad procesal y la emisión de decisiones más ajustadas a la realidad. Esta potestad discrecional, fue otorgada por las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) del CIADI, aplicable en los casos sujetos a análisis, en las que, en su artículo 34 se dispone que

(1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio. (2) El Tribunal podrá, si lo estima necesario en cualquier etapa del procedimiento: (a) requerirle a las partes que presenten documentos, testigos y peritos; y (b) visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él. (3) Las partes cooperarán con el Tribunal en la producción de la prueba y en las demás medidas contempladas en el párrafo (2). El Tribunal tomará nota formal del incumplimiento por una parte de sus obligaciones de acuerdo con este párrafo y de las razones aducidas para tal incumplimiento. (4) Se considerará que los gastos incurridos en la presentación de la prueba y la adopción de las demás medidas previstas en el párrafo (2) son parte de los gastos incurridos por las partes, como lo dispone el Artículo 61(2) del Convenio⁸.

Sin ser muy específica, esta disposición le da entera libertad al Tribunal de decidir sobre las reglas del juego del proceso que le ha sido encomendado. Las disposiciones que le siguen a la disposición

8. Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, (2006). Regla 34.

legal antes expuesta, manejan la misma tendencia permitiendo al Tribunal decidir sobre admitir o no la prueba proporcionada por las partes, disponer la interrogación de testigos y peritos de una forma diferente, visitar, cuando lo crean pertinente los lugares relacionados con la controversia o llevar a cabo indagaciones de estos lugares, entre otras cosas, siempre encaminadas al esclarecimiento de los hechos a los ojos del Tribunal.

A pesar de lo antes dicho, la particularidad de las reconveniones presentadas por Ecuador en contra de Burlington y Perenco, versan sobre asuntos de daño ambiental en territorios de la Amazonía ecuatoriana por la operación de actividades petroleras. Este es un tema en el que se necesita un amplio conocimiento técnico ambiental que los árbitros normalmente no poseen. Resulta entonces válido plantearse la siguiente pregunta: ¿Cómo podría un Tribunal resolver en derecho una controversia que versa sobre aspectos netamente técnicos sin el apoyo de un especialista en la materia? Para la doctrina, en aspectos de naturaleza técnica, la participación de un perito es imprescindible y “puede llegar a convertirse en una pieza clave para la decisión que tendrá que tomar el tribunal”⁹. La participación de los peritos tiene dos finalidades: “aclararle al tribunal arbitral las cuestiones de hecho, y opina también interpretando, desde su perspectiva técnica, los hechos del caso”¹⁰.

No obstante la inexistencia de una regulación de carácter legal que imponga la participación de un perito en arbitrajes pactados en derecho, con una discusión asentada en circunstancias técnicas, la realidad es que termina convirtiéndose en una especie de obligación natural que nace de la necesidad del Tribunal de conocer bien los hechos de la controversia para poder resolverla, y la consustancial inexperiencia del Tribunal en aspectos técnicos.

En el caso *Burlington c. Ecuador*, sin perjuicio que el Tribunal visitó el lugar en donde se produjo el daño, se acompañó a su razonamiento, la opinión de dos peritos presentados por las partes (GSI y IEMS), que coadyuvaron a llegar a la decisión que se plasmó en el laudo. En el caso *Perenco c. Ecuador*, además de la opinión de estos dos peritos (los del caso *Burlington c. Ecuador*), el Tribunal

9. H. EZCURRA. “Cuando los abogados sobran. Peritos”, en A. BULLARD GONZÁLES (Ed.), en *Litigio Arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*, Primera Edición, Palestra, 2016.

10. Ídem.

consideró necesaria la participación de un tercer experto cuyo criterio fue acogido sobre los anteriores, y utilizado por el Tribunal para llegar a la decisión que se plasmó en el laudo.

2.2. Prevalencia del laudo posterior y sus consideraciones técnicas sobre un laudo anterior

En razón de haberse sustanciado paralelamente las dos reconvencciones propuestas por Ecuador por la misma afectación ambiental en los bloques 7 y 21 en contra de Burlington y Perenco, por Tribunales diferentes, quienes, por decisión de Ecuador no pudieron actuar en coordinación, ocasionó que se practicaran, entre otras pruebas, peritajes que llegaron a conclusiones diferentes respecto del área afectada, el grado de afectación, las medidas de remediación, y la forma de calcular el monto necesario para esa remediación.

Los distintos resultados le impusieron a los Tribunales la necesidad de hacer una evaluación de cuál de los informes debía prevalecer y por qué. El problema de este análisis impuesto *tácitamente* en el desarrollo de los arbitrajes a los Tribunales, es que las evaluaciones dadas en los peritajes no tienen naturaleza legal sino eminentemente técnica que, por ser distintas, podrían ocasionar que ninguno de ellos sea vinculante pese a la necesidad de tomar en consideración dicho criterio técnico.

Si la disputa sobre la cual ocurriese esta eventualidad fuera solucionable tomando únicamente como referencia las disposiciones legales y los principios jurídicos aplicables en la materia, el resultado común sería que exista una igualdad de criterios y como consecuencia de decisiones, dejando a salvo la posibilidad de que ocurra lo contrario por interpretaciones distintas de la ley.

Sin embargo, siendo un conflicto de asuntos ambientales, y, siendo indispensable entrar a valorar la opinión de un tercero, quien, en base a su conocimiento, pone en consideración del Tribunal, conclusiones basadas en aspectos técnico ambientales, que si bien son de gran ayuda pero que el Tribunal no está en la obligación de acoger, el razonamiento final en los dos Arbitrajes puede no estar consensuado, lo que crea nuevas interrogantes jurídicas en

la aplicación del Arbitraje en Derecho sobre asuntos de carácter ambiental.

Es interesante analizar en qué se basó el Tribunal que manejó el caso *Burlington c. Ecuador*, para llegar a la imposición de responsabilidad por afectación al ambiente, así como cuál es el razonamiento del Tribunal que manejó el arbitraje *Perenco c. Ecuador* para descartar dos arbitrajes previamente evaluados por el Tribunal de *Burlington c. Ecuador*, así como la determinación del daño que este Tribunal ya había realizado y nombrar un perito independiente aceptando su opinión para tomar la decisión y expedir el laudo.

El Tribunal a cargo del arbitraje *Burlington c. Ecuador*, luego de analizados los peritajes presentados por las partes (de GSI y IEMS), y escuchadas las intervenciones en la Audiencia, llegó a la conclusión de que resultaba necesaria la visita a los sitios en donde se ocasionó la afectación a la naturaleza, para mejor entendimiento de los hechos, basándose en la potestad de hacerlo que se contempla en la regla 34 numeral (2), literal (b) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, y sugirió a las Partes lo siguiente:

una inspección de diversos sitios sería de ayuda para su entendimiento de varios temas fundamentales relacionados con las reconveniones ambientales, tales como la contaminación del suelo y de las aguas subterráneas, los programas de muestreo de los peritos, el uso del suelo, la topografía de los Bloques y de ciertos sitios, y el extenso modelado y delineación empleada por los respectivos peritos de las Partes¹¹.

Además, a raíz de no haber sido solicitado por las partes, el Tribunal consideró innecesaria la participación de un perito independiente.

De lo antes dicho, se puede colegir que este Tribunal, consideró como indispensable, más que la opinión de un experto independiente a las partes (teniendo en cuenta que ya existían dos peritajes dentro del proceso), la visita al lugar de los hechos para un

11. *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Award, 7/2/2017.

mejor entendimiento del tema, que le permita emitir una decisión basada en su discreción.

Por otro lado, el Tribunal a cargo del arbitraje *Perenco c. Ecuador*, después de tener acceso a los peritajes presentados por las partes en el caso *Burlington c. Ecuador*, expidió un laudo provisional y llegó a la conclusión de que entre los peritajes existían muchas diferencias, y que cada uno intentó obtener el mejor resultado con relación a la parte que lo solicitó por lo que no eran criterios objetivos. En la mencionada resolución provisional, el Tribunal expuso lo siguiente:

El Tribunal considera que cada uno estaba intentando obtener el mejor resultado para la parte que los instruyó, y que cruzaron los límites entre el análisis objetivo profesional y la reparación de las Partes. Es evidente para el Tribunal que los peritos estaban efectivamente apuntando a diferentes objetivos y esto ha dificultado mucho el trabajo de este Tribunal.¹²

Frente a esta insuficiencia técnica, el Tribunal fue consciente de que, para poder arribar a una decisión justa, necesitaba el esclarecimiento de los hechos técnico-ambientales.

El Tribunal razona que estos espacios vacíos deben llenarse y que los conflictos técnicos deben resolverse para poder llegar a una resolución adecuada y justa de la reconversión del Ecuador...el Tribunal no posee la experiencia técnica requerida para decidir entre los desacuerdos de peritos sobre asuntos de gran precisión técnica, se siente igualmente incómodo con la opción de simplemente elegir un grupo de conclusiones de peritos por encima del otro.¹³

Como solución a esta falta de información precisa, y con la intención de conseguir información técnico-ambiental de utilidad para la determinación del daño, así como de la correspondiente remediación, el Tribunal consideró que era indispensable la comparecencia de un perito ambiental independiente, cuyos estudios técnicos sean direccionados por las instrucciones del mismo Tribunal, pero que le ayuden a entender desde la perspectiva

12. *Perenco Ecuador Limited. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award, 27/9/2019.

13. Ídem.

técnico ambiental la magnitud del daño y la forma de determinar su remediación.

En definitiva, la potestad de involucrar a un perito de oficio no nace de la imaginación del Tribunal, tiene su sustento en el artículo 6 de las Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional, que permiten al Tribunal “de oficio y una vez oídas las partes, podrá nombrar a uno o más peritos para que dictaminen sobre aquellos asuntos discutidos que requieran un conocimiento especial”.¹⁴

En este punto, encontramos la primera gran discrepancia entre Tribunales. En ambos casos, los Tribunales conocieron los mismos informes periciales presentados por las partes, pero ambos coincidieron en que esto no era suficiente para poder formarse un juicio y expedir su decisión. Ambos, conscientes de la falta de información certera, se propusieron indagar más sobre el aspecto técnico. Por un lado, el Tribunal que conoció el caso *Burlington c. Ecuador* optó por realizar la visita del sitio; y, por otro lado, el Tribunal que conoció el caso *Perenco c. Ecuador* optó por nombrar un perito independiente que vaya al sitio y que emita un informe sobre las directrices que el mismo Tribunal le proporcionó. Ambos mecanismos se encuentran permitidos por las reglas que regulan el Arbitraje Internacional, así que no existe ningún problema en escoger un método u otro.

Si estos arbitrajes no tuvieran ningún tipo de relación, la decisión tomada por dos Tribunales independientes, en arbitrajes independientes, sobre cual método para esclarecimiento de hechos es el más conveniente, no devendría en un conflicto arbitral; pero como los dos Arbitrajes sujetos a estudio recaen sobre una misma imputación, que, en concreto es sobre un mismo daño ambiental en la Amazonía ecuatoriana, esta situación, que es totalmente permitida, ha acaecido en la expedición de dos decisiones contradictorias dictadas por Tribunales del mismo centro, que tienen importantes distinciones relacionadas a la forma de determinar el daño y de cuantificar el daño lo que llevó a la modificación de un laudo con la expedición de un laudo posterior, aunque en otro caso.

14. Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional, (Reglas de Praga) (2018). Regla 6.

2.2.1. Métodos investigativos para el esclarecimiento de los hechos

En discusiones en donde el centro de la controversia se basa en temas ambientales, a las que debe darse más valor, a la decisión basada en la opinión de un experto que con su experiencia y conocimiento estudia el daño in situ y pone sus conclusiones a los órdenes del Tribunal, o la discreción del Tribunal que, luego de haber realizado una visita in situ con la finalidad de conocer los hechos, toma su decisión de acuerdo a su entendimiento y raciocinio.

En la reconvención contra Burlington, el Tribunal, luego de analizadas las pruebas presentadas por las partes y verificados los presupuestos expuestos mediante una visita al lugar de la controversia, tomó una decisión basada en su discreción. Por otro lado, en la reconvención contra Perenco, el Tribunal Arbitral luego de haber descartado los peritajes presentados por las partes al considerarlos como parcializados, basó su decisión en las conclusiones propuestas por el perito independiente (aceptado por las partes) señor Scott MacDonald, para la determinación del daño y calcular el costo de la remediación.

2.2.2. Formas de cuantificar el daño ambiental

En la cuantificación del daño, los Tribunales tampoco llegaron a un consenso.

Para el Tribunal del caso *Burlington c. Ecuador*, la determinación de la cuantificación se hizo de acuerdo a su buen juicio (a su discreción), y concluyó que “en las presentes circunstancias, es adecuado aplicar un costo unitario integral promedio de USD 300/m³)¹⁵” previamente habiendo concluido que “no encuentra justificaciones para no aplicar los precios locales”¹⁶

Por otro lado, el Tribunal del caso *Perenco c. Ecuador*, se basó en las estimaciones de costos que proporcionó el señor MacDonald,

15. *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Award, 7/2/2017.

16. Ídem.

quien propuso que “los costos de la remediación se definieron a partir de una combinación de:

- (i) presupuestos realizados por contratistas de remediación de Ecuador; (ii) presupuestos realizados por proveedores de materiales de Estados Unidos (es decir reactivos con experiencia en Ecuador; (iii) tasas de unidad verificadas previamente que fueron obtenidas por las Partes; y (iv) costos de unidad de remediación publicados en los Estados Unidos¹⁷.

Este punto es de crucial importancia por cuanto, en los dos laudos, se llegó a un costo de remediación considerablemente distinto. Para el laudo del caso *Perenco c. Ecuador*, aumentó el costo de remediación en un 58.13%, imponiendo una remediación por USD 93.638.890,00. Para el Tribunal del caso *Burlington c. Ecuador*, el costo de la remediación se limitaba a la suma de USD 39.199.370.

El significativo incremento, evidentemente está relacionado con la forma de determinar el costo, que fue totalmente distinto para los dos Tribunales, empezando por los lineamientos para determinarlo, en donde uno de los Tribunales decidió hacerlo a precios de Ecuador y el otro a precios internacionales, hasta en el método para determinarlo, ya que para uno de los Tribunales se aplicó el método subjetivo dejando en parte a la discrecionalidad del Tribunal, mientras que en el otro, de manera objetiva se determinó en base a cotizaciones de los contratistas de remediación.

Estas dos discrepancias entre los criterios de los Tribunales derivaron de cierta manera en que el Laudo del caso *Perenco c. Ecuador*, reformara o modificara el laudo del caso *Burlington c. Ecuador*, imponiéndole a Perenco el pago de un costo de remediación ambiental en lo que excediera del monto que fue ordenado a pagar en beneficio de Ecuador por el Tribunal del caso *Burlington c. Ecuador*, por ese mismo concepto.

Es decir, el segundo laudo tuvo una determinante incidencia frente al primero, en cuanto al monto de la remediación y a la determinación de responsabilidad, ya que, so pretexto de haber sido

17. *Perenco Ecuador Limited. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award, 27/9/2019.

expedido después, prevaleció el monto ordenado en este segundo laudo. Además, considerando la restauración “como la principal medida de responsabilidad ambiental”¹⁸, el segundo laudo de cierto modo asignó porcentajes de responsabilidad a los dos miembros del consorcio, asignándole el 58.13% de responsabilidad a Perenco y el 41.86% a Burlington, quien ni siquiera formó parte de este arbitraje.

Pese a que los Tribunales no actuaron en coordinación, se puede colegir que de cierto modo las actuaciones de un arbitraje sumaron en el otro, y que, el Tribunal encargado del caso *Perenco c. Ecuador*, en lo que le era provechoso, utilizó información del otro arbitraje, sobre todo para atribuir la existencia de la afectación ambiental, y la complementó o la modificó de acuerdo con su criterio basado en el informe del perito independiente. Esta forma de proceder es conocida como *Heurística Anclaje-Ajuste*, que consiste en la “tendencia humana de establecer un punto de referencia y realizar comparaciones a partir de este para poder estimar un valor”¹⁹.

Para tomar la decisión respecto del monto de la remediación ambiental, el Tribunal encargado del caso *Perenco c. Ecuador*, también aplicó este método *Anclaje-Ajuste*, tomando como punto de referencia las conclusiones del perito independiente. El problema de la aplicación de este método, es que, a criterio de la doctrina, “es un mecanismo de simplificación de toma de decisiones que puede llevar a un sesgo de confianza excesiva en el valor inicial cuando este es asignado arbitrariamente”²⁰. En el caso *Perenco c. Ecuador*, no se asignaron presupuestos de manera arbitraria, sin embargo, tener como base las conclusiones del peritaje, le propinó la confianza suficiente al Tribunal como para resolver no hacer una visita de corroboración.

Lo interesante aquí radica en tratar de determinar por qué un laudo puede tener incidencia sobre otro, y por qué prevalece el segundo solo por el hecho de haberse expedido después. Por qué el método para el esclarecimiento de los hechos utilizado por el

18. S. CAVANILLAS MUGICA. “Responsabilidad Civil y Riesgo”. E. PÉREZ ALONSO, E. ARANA GARCÍA, P. MERCADO PACHECO, J. SERRANO MORENO (Eds.), en *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, 2012.

19. J. DE LA JARA. “Condenados por intuición: el cerebro del juez en la determinación del daño y del factor de atribución”, en A. BULLARD GONZÁLEZ (Ed.), en *Litigio Arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*, Primera Edición, Palestra, 2016.

20. Ídem.

Tribunal del caso *Perenco c. Ecuador* es más óptimo para este tipo de controversias que el utilizado por el Tribunal del caso *Burlington c. Ecuador*. Por qué la forma de determinar el costo de remediación utilizado por el Tribunal del caso *Perenco c. Ecuador* es más exacto que el utilizado por el Tribunal del caso *Burlington c. Ecuador*.

Viendo las cosas de la forma sencilla, el Tribunal del caso *Burlington c. Ecuador* llegó a sus conclusiones sin ser expertos en la materia, haciéndose su propio juicio luego de haber verificado lo alegado por las partes en una visita in situ y utilizando la sana crítica, mientras que el Tribunal del caso *Perenco c. Ecuador* llegó a sus conclusiones a través de la opinión de un experto que visitó el sitio, dándole a este tercero “un voto de fe”, pero sin haber sido el propio Tribunal quien verifique los hechos alegados por las partes a través de una visita. Sin embargo, el laudo que prevaleció fue el de este segundo Tribunal.

2.3. VISITA IN SITU DEL TRIBUNAL VS PERITAJE

En este tipo de arbitrajes es común que las partes no aporten con la información suficiente para que los árbitros armen su juicio de valor y estén en capacidad de expedir un laudo; o que, a pesar de haber sido aportada la información, esta sea imprecisa, o genere una serie de interrogantes para los profesionales en derecho que tienen en su poder la decisión sobre el conflicto puesto en su conocimiento.

Como es natural, cada una de las partes aportará la prueba que mejor vele a sus intereses, la cual no siempre sirve para conocer la realidad objetiva del problema, sino que se limita a mostrar la posición de cada una de las partes y esto no siempre es provechoso para el Tribunal.

Ocurre también -como en efecto sucedió en los casos analizados- que se acompañan al proceso peritajes “imparciales”, que a juicio del Tribunal luego de su constatación no son convenientes para llegar a una determinación objetiva.

Para estas circunstancias, las reglas que regulan el arbitraje internacional, proponen alternativas que el Tribunal de oficio puede aplicar para llegar a un conocimiento más real de los hechos en

disputa. Lo permiten las Reglas IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (artículo 7 numeral 6 y 7)²¹; las Reglas sobre el Tratamiento Eficiente en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga) (artículo 6 numerales 6.1 y 6.5)²² y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (Reglas de Arbitraje) (artículo 34 numeral (2) literal (b) 37 numeral (1))²³.

Entre las principales alternativas, encontramos que el Tribunal puede por su propia iniciativa, visitar el sitio para corroborar los hechos expuestos por las partes, y, formarse un criterio para en él basar su decisión como lo hizo el Tribunal del caso *Burlington c. Ecuador*. Otra alternativa interesante es la selección de un perito independiente para que lleve a cabo indagaciones en el lugar de la controversia y presente ante el Tribunal sus conclusiones como ocurrió en el caso *Perenco c. Ecuador*.

21. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, (2010).

Artículo 6. Peritos Designados por el Tribunal Arbitral, 7. Cualquier Dictamen Pericial emitido por un Perito Designado por el Tribunal Arbitral y sus conclusiones serán valorados por el Tribunal Arbitral con la debida consideración de todas las circunstancias del caso.

Artículo 7 Inspección Sujeto a las disposiciones del Artículo 9.2, el Tribunal Arbitral podrá, a instancia de una Parte o por iniciativa propia, inspeccionar o solicitar la inspección por un Perito Designado por el Tribunal Arbitral o un Perito Designado por las Partes de cualquier lugar, propiedad, maquinaria o cualesquiera otros bienes, muestras, sistemas, procesos o Documentos que considere apropiados. El Tribunal Arbitral deberá, previa consulta a las Partes, determinar el momento y las circunstancias de la inspección. Las Partes y sus representantes tendrán derecho a estar presentes en cualquiera de estas inspecciones.

22. Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional, (Reglas de Praga) (2018).

Artículo 6. Peritos. 6.1. El tribunal arbitral, a solicitud de una parte o de oficio y una vez oídas las Partes, podrá nombrar a uno o más peritos para que dictaminen sobre aquellos asuntos discutidos que requieran un conocimiento especial.

6.5. El nombramiento de cualquier perito por el tribunal arbitral no impide que una parte aporte su propio dictamen pericial. Este perito nombrado por la parte estará disponible para la ratificación de su informe durante la audiencia, a instancia de la otra parte o, de oficio, por el tribunal arbitral.

23. Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, (1966).

Regla 34 Prueba: principios generales 2) El Tribunal podrá, si lo estima necesario en cualquier etapa del procedimiento: (b) visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él.

Regla 37 Visitas e investigaciones; presentaciones de partes no contendientes (1) Si el Tribunal considerase necesario visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en ese lugar, dictará una resolución al efecto. La resolución definirá el alcance de la visita o el objeto de las indagaciones, el plazo, el procedimiento que se deberá seguir y los demás detalles. Las partes podrán participar en toda visita o indagaciones.

En un lado de la moneda tenemos el Tribunal que, con sus propios ojos presencié la situación materia de su arbitraje y, por el otro lado, tenemos al Tribunal que, consciente de la tecnicidad del asunto, derivó el estudio a un tercero experto en la materia.

Para arbitrajes relacionados con temas técnicos ambientales, es importante abrir debate respecto de qué alternativa resulta más útil o apropiada, ya que, en la primera de ellas, el Tribunal presencia pero, no siempre conoce todos los temas técnicos necesarios para abordar un estudio de esa magnitud, mientras que el problema de la segunda opción es que, quien tiene el poder de decisión nunca verifica lo expuesto por el perito, nunca lo conoce a ciencia cierta, sino que da un voto de fe.

Estas alternativas no tienen por qué ser excluyentes. Bien podría coexistir la visita del Tribunal al sitio de la controversia y la participación de un perito independiente que realice su estudio en base a su conocimiento y experiencia y que le brinde información al Tribunal no solo en papeles, sino también en información de carácter práctico al momento de realizar la inspección.

La combinación de estos dos medios probatorios, permitirían al Tribunal que es quien tiene el poder de decisión sobre la causa, usar su discreción para tomar una decisión basándose en lo observado, en combinación con el conocimiento brindado por el perito independiente.

3. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PARA DETERMINAR RESPONSABILIDADES A LAS PARTES Y A TERCEROS

3.1. Responsabilidad subjetiva vs. responsabilidad objetiva

No está en discusión que distintos Tribunales, aunque pertenezcan a un mismo centro de arbitraje, puedan hacer consideraciones distintas, o llegar a conclusiones diferentes. Sin embargo, es interesante que dos Tribunales hayan utilizado diferentes fuentes del derecho de un determinado país para discrepar sobre la aplicación del sistema de responsabilidad civil extracontractual (subjetiva u objetiva) de dos agentes que han

cometido el mismo cuasidelito, contra la misma persona, dentro del mismo período y dentro de la misma zona geográfica.

Las consecuencias de esa discrepancia se agudizan cuando nos detenemos a analizar la amplitud o estrechez de los argumentos que pueden esgrimir las partes cuando se trata de ejercer sus respectivos derechos de defensa. El tema cobra aún más importancia cuando se considera que los causantes del daño eran socios y que solo uno de ellos era el operador de la actividad que causó el daño.

En lo que atañe a la responsabilidad civil extracontractual, el Código Civil de Ecuador consagró desde 1860, como regla general, que la persona que ha inferido daño a otra, a través de un delito o cuasidelito, está obligada a la indemnización²⁴, incluso si es que el daño puede ser imputado a malicia o negligencia²⁵ del causante²⁶. Si son varias personas las causantes del daño, todas ellas serán solidariamente responsables²⁷. Esta es la responsabilidad civil extracontractual subjetiva que se aplicó en Ecuador incluso para temas ambientales.

Una afirmación que goza de certeza es que, desde hace algunos años, la responsabilidad por temas ambientales es objetiva. Los Tribunales CIADI de Perenco y Burlington discrepan sobre el año en

24. Código Civil, Artículo 2214, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

Art. 2214.- El que ha causado 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 cuasidelito.

25. Resulta importante destacar que la obligación de reparar el daño requiere al menos de la negligencia de la persona que lo causa. Por cultura general, la negligencia es sinónimo de la falta de cuidado. En nuestra legislación civil, desde siempre, la falta de diligencia y cuidado significa culpa.

26. Ídem. Art. 2229.

Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta. Están especialmente obligados a esta reparación: 1. El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente; 2. El que dispara imprudentemente una arma de fuego; 3. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 4. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transiten por él; y, 5. El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios.

27. Ídem. Art. 2217.

Art. 2217.- Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los Arts. 2223 y 2228. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

el que empezó a aplicarse ese sistema. Lo cierto es que ese sistema se impuso como norma de rango constitucional en el año 2008²⁸.

Este pequeño recuento histórico sobre el régimen legal aplicable a la responsabilidad civil extracontractual en materia de daños ambientales cobra importancia porque la explotación petrolera del consorcio conformado por Burlington y Perenco, se ejecutó años antes y años después de la expedición de la Constitución del 2008 (octubre) y su consecuente consagración de la responsabilidad objetiva.

Aunque parece difícil que ambos Tribunales llegasen a conclusiones distintas para asignar responsabilidades, en la práctica esto fue lo que ocurrió, verificándose así la segunda gran discrepancia entre ellos. El Tribunal de *Perenco c. Ecuador* determinó que la responsabilidad civil extracontractual subjetiva o basada en la culpa del agente, rigió las reclamaciones de Ecuador por daños ambientales anteriores a la Constitución de 2008. Por su parte, el Tribunal de *Burlington c. Ecuador* determinó que la responsabilidad civil extracontractual objetiva rigió las reclamaciones de Ecuador desde el año 2002, 6 años antes de la expedición de la Constitución actualmente vigente, basándose en la sentencia que dictó la Corte Suprema de Justicia (máxima Corte del Ecuador en ese entonces) en el caso Delfina Torres c. Petroecuador.

Conocido es que la existencia de dolo o culpa es indiferente cuando de determinar responsabilidad objetiva se trata. De hecho, la doctrina sostiene que "*Si no es necesario ningún tipo de dolo o culpa, se denomina responsabilidad objetiva*"²⁹. Siendo esto así, entonces la principal consecuencia de arribar a conclusiones distintas está dada por el ejercicio del derecho a la defensa de las petroleras en sus respectivos arbitrajes. La responsabilidad civil extracontractual

-
28. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 396, RO No. 449, 20/10/2008.
Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizará a las personas y comunidades afectadas. Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.
29. O. VELÁSQUEZ. *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 2da. Ed., Temis, 2015.

subjetiva permite al supuesto causante, ejercer un radio de acción defensivo mucho más amplio que el que se tiene en el mundo de la responsabilidad objetiva. Así, en aquella responsabilidad, el supuesto causante tiene la posibilidad de acreditar que actuó sin culpa, es decir haciendo uso del debido cuidado y diligencia en la explotación petrolera. En cambio, la responsabilidad objetiva determina la irrelevancia de la diligencia del causante del daño.

En efecto, el Tribunal de *Burlington c. Ecuador* arribó a la conclusión “de que en la legislación ecuatoriana la responsabilidad objetiva rigió las instancias de daño ambiental, a más tardar, desde que se dictó la decisión de *Delfina Torres* en el año 2002”³⁰. De ese caso, el Tribunal señaló tres elementos característicos del régimen de responsabilidad objetiva por daño ambiental, siendo estos los siguientes: “(i) La parte actora debe probar el daño relacionado con las actividades de la demandada; (ii) no es necesaria la culpa; y, (iii) se presume causalidad, exonerándose a la demandada si prueba que el daño fue causado por fuerza mayor, por la víctima o por un tercero”³¹. También afirmó que “Aplicado al presente caso, la ausencia de un requisito de culpa implica que Burlington no puede evitar la responsabilidad planteando que actuó de manera diligente”³² y que “el operador solo podría escapar de la responsabilidad demostrando que el daño fue causado por un hecho fortuito, un tercero o la víctima”³³, aunque aclaró que el primer requisito consiste en que el perjudicado -en el caso, Ecuador- prueba la existencia del daño y su relación con el causante. Para reforzar su aserto, ese Tribunal citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Medardo Luna c. AECA*, alegando que esa corte “sostuvo que resultaba irrelevante si la compañía cumplió con las regulaciones aplicables y si el piloto actuó con cuidado”³⁴.

Por otro lado, el Tribunal de *Perenco c. Ecuador* concluyó que “para que las reclamaciones de Ecuador prosperen, el Tribunal debe estar convencido de que Perenco manifestó una falta de cuidado

30. *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Award, 7/2/2017.

31. Ídem.

32. Ídem.

33. Ídem.

34. Ídem.

respecto de sus propios bienes o derechos”³⁵. Previamente, el Tribunal consideró que:

recuerda que el Artículo 39 de los Artículos de la CDI, titulado “Contribución al perjuicio”, establece que en la determinación de la reparación “se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación. Si bien la inclusión de la palabra “intencional” amplía el alcance del artículo más allá de la negligencia, dicha ampliación, en opinión del Tribunal, no pareciera ser sustancial. Los comentarios de la CDI señalaron a este respecto que el enfoque “[s]e refiere a las situaciones llamadas en los ordenamientos jurídicos nacionales “culpa concurrente”, “comparative fault”, “faute de la victime”, etc. El comentario (5) al Artículo señala, además, que “solamente permite que se tengan en cuenta las acciones u omisiones que puedan considerarse intencionales o negligentes, es decir, cuando es manifiesto que la víctima de la infracción no ha ejercido la debida diligencia en relación con sus bienes o derechos”³⁶.

Además, es muy importante recordar que, en una Decisión Provisional, el Tribunal concluyó que:

“si ocurrió un exceso regulatorio, debe considerarse que Perenco incumplió con el deber requerido de cuidado y será responsable a menos que pueda demostrar sobre una preponderancia de la prueba: (i) la ocurrencia de un acontecimiento de force majeure; (ii) que no incumplió con el deber de cuidado respecto de esa instancia específica de contaminación; o (iii) que alguna otra persona causó el daño”³⁷.

Como se puede apreciar, la diferencia conceptual en las posibilidades de defensa de las petroleras radica en la posibilidad de sostener que actuaron con el deber de cuidado, y probarlo. A Perenco sí le fue permitido hacerlo, en cambio a Burlington no, a

35. *Perenco Ecuador Limited. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award, 27/9/2019.

36. Ídem.

37. Ídem.

pesar de que ambos casos se sustanciaron por los mismos hechos y reclamaciones, y ante el mismo centro de arbitraje.

Llama la atención que el Tribunal que emitió el primer laudo (caso *Burlington c. Ecuador*) era consciente de la posición del otro Tribunal (caso *Perenco c. Ecuador*), con respecto a la aplicación de la fuente del derecho para determinar la responsabilidad civil subjetiva para los daños ocurridos con anterioridad al 2008, y a pesar de eso decidió inclinarse por la corriente de la responsabilidad objetiva desde el año 2002.

Esto último es muy importante si se considera que *Perenco* se convirtió en parte de los contratos de participación (Bloques 7 y 21) en septiembre de 2002 -mismo año en el que se dictó la sentencia en el caso *Delfina Torres c. Petroecuador* que aplicó la responsabilidad civil extracontractual objetiva para actividades de alto riesgo- y si su caso hubiese sido conocido por el otro Tribunal (caso *Burlington c. Ecuador*), no hubiese tenido la más mínima oportunidad de sostener y probar que actuó con el deber de cuidado, siendo muy probable que le hubiese sido impuesto el pago del total del monto de la indemnización por remediación y no solo una parte de este que fue compartido con sus predecesoras y sucesora en la explotación petrolera. La otra cara de la moneda nos invita a imaginar qué habría sido de *Burlington* ante el otro Tribunal (caso *Perenco c. Ecuador*), es decir, si hubiese tenido la oportunidad de demostrar su diligencia al ejecutar la explotación petrolera, sobre todo si se considera que la diligencia se hubiese podido demostrar con el cumplimiento de los deberes formales de los titulares de obra que causan impacto al ambiente, los cuales en el pasado no eran tan rígidos como en estos días.

Siendo muy concretos, no solo merece ser puesto de relieve que, al final de cuentas, ambos Tribunales CIADI tomaron decisiones contradictorias sobre el año desde el cual Ecuador empezó a aplicar el régimen de la responsabilidad civil objetiva para daños ambientales (2002 c. 2008), sino que ambos Tribunales conocían plenamente las fuentes del derecho invocadas por las partes para inclinar la balanza a su favor en ese punto, y decidieron aplicar fuentes distintas (jurisprudencia c. Constitución). Incluso, el Tribunal que dictó el laudo posterior

conocía que el otro Tribunal había tomado una decisión contradictoria a la suya.

Bien podría decirse que los Tribunales buscaron evitar la toma de decisiones contradictorias en ese y otros puntos, cuando uno de ellos solicitó a las partes procesales que se le permita trabajar en coordinación con el otro. No es menos cierto que, pese a lo contrarias que son las decisiones, en este caso triunfó la independencia de las decisiones de cada uno de los árbitros y, por ende, de cada uno de los Tribunales.

3.2. Responsabilidad de terceros declarada en arbitrajes en los que no formaron parte

Los Tribunales de los casos *Burlington c. Ecuador* y *Perenco c. Ecuador* analizaron la responsabilidad de las petroleras por la contaminación encontrada en varios sitios del territorio ecuatoriano.

En el caso *Burlington c. Ecuador* que determinó la responsabilidad objetiva de Burlington en lo referente a daños ambientales, el Tribunal hizo una ilación de ideas que empezó con la necesidad de que Ecuador demuestre la existencia del daño ambiental y que Burlington ejercía actividades de alto riesgo en las zonas contaminadas, para luego pasar a aplicar la responsabilidad objetiva y permitir a Burlington que se exima de responsabilidad alegando y probando que ocurrió un caso fortuito, o que el daño fue culpa de Ecuador, o de un tercero.

En todo caso, el Tribunal aclaró que “En otras palabras, bajo el régimen de responsabilidad objetiva, no se le puede atribuir responsabilidad a Burlington por daños que pueda probar hayan sido ocasionados por operadores anteriores”³⁸, lo que se traduce que si Burlington no lograba probar la culpa de otros operadores (anteriores o posterior) sería declarada culpable de toda contaminación que se encuentre en las zonas contaminadas.

38. *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Award, 7/2/2017.

Por su parte, el laudo del caso Perenco c. Ecuador es más específico. En este, el Tribunal determinó montos de remediación atribuibles a *predecesoras de Perenco y sucesora de Perenco*. Es así que, las predecesoras a Perenco y su sucesora -que no formaron parte del arbitraje- deberían, a criterio del Tribunal, pagar montos definidos por remediaciones a las piscinas de lodo y pozos instalados por Perenco; por remediaciones de suelo; y, por aguas subterráneas.

4. LA POSIBILIDAD DE INICIAR DOS RECLAMACIONES PARALELAS SOBRE LO MISMO PARA ESCOGER LA RESOLUCIÓN QUE MÁS CONVenga AL RECLAMANTE

El perjudicado por un daño de naturaleza extracontractual, causado por varios agentes, tiene el derecho de iniciar una acción en contra de ellos. Nada le prohíbe iniciar varias acciones por separado. Tiene el derecho de accionar, derecho que está limitado por la figura del *abuso del derecho*. Presentadas las acciones, nada lo obliga a acumular los procesos.

Lo mismo aplica para el caso de varios daños cometidos de manera simultánea, por distintos agentes, en el mismo lugar, y en contra del mismo perjudicado. De igual forma, el perjudicado puede iniciar acciones separadas en contra de agentes que causaron daños en el mismo lugar, de forma consecutiva; o, cuando los daños fueron causados por agentes a los que los une una asociación o un consorcio.

Sin embargo, el inicio de acciones separadas en esos casos supone el riesgo de que se dicten decisiones contradictorias. El riesgo más evidente es que el demandante salga victorioso en uno de los casos, y derrotado en el otro, porque sería probable que se reconozca su derecho a ser indemnizado en un laudo, mientras que el otro laudo desconozca ese derecho. Otro de los riesgos sería que se dicten dos o más indemnizaciones por un mismo daño, pues esto se traduciría en una doble recuperación.

Las decisiones contradictorias pueden deberse a consideraciones distintas (hechos analizados en un caso y no en el otro), interpretaciones distintas (un Tribunal puede interpretar de

forma distinta el derecho, con respecto a otro Tribunal), una defensa técnica diferente o, en otros casos, deficiente, etc. En todo caso, los Tribunales tienen la potestad de minimizar ese riesgo haciendo una coordinación entre ellos, o accediendo a la acumulación de los casos. En el arbitraje se necesita el consentimiento de las partes para que proceda la acumulación de procesos, o para permitir a los Tribunales que hagan coordinaciones entre ellos.

Los casos *Burlington c. Ecuador* y *Perenco c. Ecuador* analizan los mismos hechos (contaminación en una misma área geográfica); recogen pretensiones iguales (indemnización por la misma suma de dinero); someten a análisis básicamente las mismas pruebas de las partes (peritajes de IEMS y GSI); estudian la responsabilidad de petroleras que estaban consorciadas, aunque solo una de ellas operaba la actividad de explotación de petróleo; etc. Esto fue reconocido abiertamente por Ecuador en los arbitrajes, y aceptado por ambos Tribunales que incluso conocieron la explicación de Ecuador “que no pretende recuperar dos veces la indemnización por daños reclamada, sino que invocará cualquier decisión que resulte ser más favorable a su posición”³⁹.

En la práctica, Ecuador presentó dos demandas que no fueron fruto de su proactividad, sino que más bien podrían considerarse reactivas ante sendas demandas que habían sido presentadas, por separado y ante el mismo centro internacional de arbitraje, por las compañías que conformaron el consorcio que estaba a cargo de la explotación petrolera en un área geográfica ecuatoriana determinada. Es por ello, que esas contrademandas o reconveniciones fueron presentadas dentro del marco del ejercicio del derecho a la defensa que, concretamente, permitió a Ecuador no solo oponer excepciones a las demandas de Burlington y Perenco, sino además presentar reconvenición, aunque con identidad de hechos y pretensiones. En todo caso, independientemente de lo que haya ocurrido, fueron Burlington y Perenco las que iniciaron estos procesos arbitrales por separado y con un intervalo muy corto. Haciendo un parangón de lo ocurrido, Burlington y Perenco eligieron las canciones, y a Ecuador solo le tocó bailar apegado a esos ritmos. Sin embargo, eso no deja la sensación derivada del ejercicio correcto del derecho de acción.

39. *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Award, 7/2/2017.

En la legislación del Ecuador existe la figura del *Abuso del Derecho* y se dice que ocurre “cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico”⁴⁰. Entre los fines del Derecho y, concretamente del Derecho Procesal, no se encuentra que el demandante tenga una doble oportunidad de someter los mismos hechos y pretensiones a consideración de jueces distintos, o que tenga una doble oportunidad de victoria.

En el ámbito del arbitraje internacional, los centros deben endurecer sus reglamentos para impedir que este tipo de prácticas de abuso del derecho se cometan.

5. CONCLUSIONES

Dentro del mundo de las controversias sometidas a resolución en arbitraje en derecho, las reclamaciones ambientales tienen su particularidad, básicamente por su complejidad técnica que demanda de los abogados (árbitros) una preparación adicional. Esta preparación es necesaria tanto para analizar el caso, esclarecer los hechos, formarse un juicio, emitir un laudo, pero sobre todo para trabajar en conjunto con un tercero experto en la ciencia de daños ambientales. Al final de cuentas, los árbitros resuelven la controversia según su discreción -como ocurrió en *Burlington c. Ecuador*- o en base a las conclusiones de ese experto -como ocurrió en *Perenco c. Ecuador*. En todo caso, la visita del sitio por parte de los árbitros no es una mera ritualidad sino un acto indispensable para esclarecer los hechos que le expusieron las partes, así como para corroborar las conclusiones del experto.

Por otro lado, la finalidad del derecho internacional es la uniformidad de criterios. En materia de responsabilidad civil extracontractual por daños al ambiente, esto se torna complejo cuando existen dos sistemas para aplicar responsabilidades para distintos causantes, en el mismo asunto, y durante el mismo período. Si la aplicación por parte de los Tribunales es distinta,

40. Código Civil. Artículo sin número anterior al Artículo 37, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

lo más seguro es que se generen distorsiones en lo relacionado al ejercicio del derecho a la defensa de los causantes del daño.

Asimismo, si bien es cierto que el derecho a demandar y, sobre todo, el de contrademandar, no puede verse limitado, es muy necesario que los centros de arbitraje reglamenten sobre los casos en los que esa facultad de accionar constituya un abuso del derecho, y lo impidan. Al momento, esto no está reglado y, consecuentemente, no está prohibido.

Por último, la existencia de controversias interrelacionadas debería ser *per se* una llave para que los Tribunales que conozcan esas controversias se sientan en la posibilidad de trabajar coordinadamente para evitar decisiones contradictorias.

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

**Reseña del libro: “*International Arbitration in Latin America Energy and Natural Resources Disputes*”,
editado por Gloria M. Álvarez,
Mélanie Riofrio Piché, Felipe V.
Sperandio con Celia Cañete**

Javier Jaramillo Troya*
Felipe Castro Zurita**

Recibido/Received: 21/11/2021
Aceptado/Accepted: 22/11/2021

Reservas de hidrocarburos, concentración de petróleo, producción de gas natural, grandes proyectos hidroeléctricos. Sin duda alguna América Latina juega un rol preponderante en la economía global por su riqueza en cuanto a recursos naturales. Esta importancia cobra mayor relevancia si consideramos la apertura de los países latinoamericanos al comercio internacional y a las inversiones. Sin embargo, debido al largo plazo y a la volatilidad inherente a las modalidades contractuales, y sumando la inestabilidad política de la región, es común que surjan disputas sobre los contratos que regulan estos proyectos.

“*International Arbitration in Latin America Energy and Natural Resources Disputes*” es una obra única, pues se enfoca en el estudio del arbitraje internacional con un orientación especializada hacia el área de recursos naturales. Los editores, en su mayoría abogados latinoamericanos con estudios de posgrado en Europa, combinan sus conocimientos en *civil law* y *common law* para, en conjunto

* Asociado Senior en Pérez Bustamante & Ponce. Secretario Arbitral CAM-CCQ, AMCHAM CAM y CIAM. Profesor de Arbitraje, Derecho de Daños y Litigación Oral en la Universidad San Francisco de Quito. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Máster en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

** Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: fjcastroz@outlook.com | fjcastro@estud.usfq.edu.ec



con treinta y nueve contribuyentes de todo el mundo, ofrecer un análisis práctico y legal específico para cada uno de los sectores de importancia en los recursos naturales. Dadas las complejidades técnicas y jurídicas que emanan de su naturaleza, las controversias que surgen de estos sectores demandan un método adecuado de solución de conflictos que ofrezca la especialización necesaria para resolverlas. El libro presenta al arbitraje como el método más adecuado y capaz de satisfacer las necesidades y demandas de los inversionistas y equilibrarlas con la facultad regulatoria de los Estados.

La obra editada por Gloria Álvarez, Mélanie Riofrio Piché y Felipe Sperandio hace un análisis completo sobre los principales conflictos en materia de arbitraje y recursos naturales y energía. Comenzando por las bases del arbitraje en estas materias, pasando por los marcos regulatorios estatales, y finalizando con el estudio de los fenómenos sociales y políticas ambientales que tienen lugar cuando existen proyectos de inversión en el área de los recursos naturales, la obra es un análisis exhaustivo sobre el tema. Su propósito: explicar cómo el arbitraje se ha consolidado como el método preferido para resolver disputas complejas referentes a energía y recursos naturales en las que se involucran partes domésticas e internacionales.

La primera parte expone cómo la continua institucionalización del arbitraje internacional en América Latina da cuenta de la intención de los Estados de atraer inversión extranjera y promover sus relaciones comerciales. Además, explora las complejidades procesales y contractuales que implican los proyectos relacionados a la energía y recursos naturales. Entre ellas destacan los largos y profundos procesos que deben enfrentar los inversionistas debido a la multiplicidad de partes, contratos, y acuerdos arbitrales. La obra presenta un análisis profundo, pues no solo expone los problemas asociados a los proyectos en el área de energía y recursos naturales sino que repasa también las soluciones utilizadas por los contratantes como, por ejemplo, la estipulación de cláusulas paraguas, acuerdos de arbitraje compatibles con el tipo de disputas en concordancia con los sistemas legales de cada país de América Latina, entre otros.

Otro de los enfoques principales que trae la obra es el rol de los Estados y sus instrumentalidades cuando se ejecutan contratos

de concesión o similares y su involucramiento como partes en el arbitraje. Que existan intereses tanto públicos como privados da paso a conflictos sobre arbitrabilidad, políticas públicas o incluso derechos constitucionales como el debido proceso, lo que puede influir en la ejecución y reconocimiento del laudo *a posteriori*. Además, da cuenta de los principales conflictos sustantivos dentro de los marcos regulatorios de cada Estado. La imprevisibilidad de transacciones tan complejas implica la necesidad de una adecuada regulación sobre los riesgos asociados y la interpretación de los contratos que, como se expone en esta sección, debe realizarse teniendo en cuenta la transacción o inversión en su totalidad.

Una característica única de la obra es que expone los conflictos específicos que se dan en el área de recursos naturales con un enfoque particular por sector. Así, su segunda parte realiza un estudio sobre las particularidades en las disputas de contratos petroleros, gas natural, minería, electricidad, y energía renovable. El análisis destaca las diferencias en los sistemas normativos de cada Estado del que dependen las modalidades contractuales aplicables a cada transacción. Por ejemplo, en la mayoría de países de la región, los contratos referentes a minería e hidrocarburos necesariamente acarrearán la participación del Estado como parte, debido a que son catalogados como bienes estatales. En el caso de Ecuador, bajo este marco se pueden aplicar diversas modalidades contractuales como concesiones, contratos de participación, contratos de gestión delegada, entre otros. La obra expone la existencia de diferentes marcos regulatorios para cada sector con diferencias en cuanto a su flexibilidad y amplitud, a los que los inversores deben adaptarse para ejecutar sus proyectos.

En la tercera parte del libro se observan cuestiones y fenómenos que han surgido con motivo de los procesos arbitrales en controversias en América Latina. Los contribuyentes realizan un repaso sobre la corrupción en el arbitraje de inversiones y cómo el sistema ha unido esfuerzos para paliar este fenómeno. Esta sección se refiere, también, a las particularidades en el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales. Aunque parezca que América Latina es un grupo de Estados muy similares por los lazos lingüísticos y culturales que los unen, la obra demuestra las diferencias de los distintos países en cuanto al arbitraje en

materia de recursos naturales. Por ejemplo, Estados como México, Colombia y Brasil se han abierto a las inversiones a través del Convenio CIADI y su deferencia hacia los tribunales extranjeros. Es otro el caso de Venezuela, Bolivia o Ecuador, que han denunciado el Convenio CIADI en los últimos años. Aunque Ecuador revirtió esta situación ratificando nuevamente la Convención en el último mes, Perú, por otro lado, amenaza con denunciarlo bajo el nuevo régimen de gobierno. Finalmente, la obra se enfoca en un área que, cada vez más y con mayor fuerza, cobra relevancia en el desarrollo de un proceso arbitral: el cálculo de daños. El libro analiza las distintas complejidades legales, técnicas y económicas que conlleva el cálculo de daños con un enfoque en diferentes métodos, plazos, tasas aplicables, entre otros. No obstante, sintetiza cuales son los métodos más utilizados en los procesos sobre energía y recursos naturales, lo que fortalece el corazón de la obra.

La cuarta parte del libro se enfoca en Brasil como Estado y su experiencia en arbitrajes relacionados con energía y recursos naturales. Brasil es, mundialmente, uno de los jugadores más importantes en proyectos que implican explotación de recursos naturales. Por ello, su legislación, experiencia y casuística resultan valiosos para el desarrollo del resto de la región. La obra abre la puerta para que otros jugadores latinoamericanos revisen la experiencia brasileña en relación con las disputas arbitrales en materia de recursos naturales de cara a su desarrollo regulatorio y jurisprudencial.

El uso y explotación de recursos también da lugar a conflictos políticos y sociales, que son analizados en la quinta parte del libro. El caso de Venezuela resulta ilustrativo y por ello se le dedica un capítulo. Es extraordinario el número de arbitrajes de inversión en los que Venezuela ha sido parte y que han tenido origen en sus agitados vientos políticos. Esta experiencia ofrece jurisprudencia importante sobre temas como la denuncia al Convenio CIADI o la problemática que tiene lugar cuando dos sujetos distintos claman ser el representante del Estado. En cuanto a lo social, la obra ofrece una visión que incluye una perspectiva de derechos humanos y su compatibilidad con las cláusulas de estabilidad que, si bien son de utilidad para atraer inversiones, pueden restringir la facultad regulatoria de los Estados e incidir sobre las políticas públicas. De

todas formas, la obra explora los puntos de compatibilidad entre la estabilidad ofrecida a un inversor y la facultad regulatoria de los Estados. La obra también realiza un interesante estudio sobre el ejercicio de los derechos de terceros interesados como es el caso de las comunidades indígenas de los países de la región que, normalmente, habitan las zonas donde se explotan determinados recursos naturales.

Un tema que no podía prescindirse al hablar de energía y recursos naturales es el impacto ambiental, expuesto en la sexta parte del libro. Se ofrece un análisis sobre el cambio climático y la transición energética en el marco del arbitraje. Esta sección ilustra cuáles son los conflictos que pueden surgir al respecto y la forma en la que han sido resueltos en sede arbitral. Además, expone la necesidad de implementar las normas internacionales sobre cambio climático, o, a su vez, la importancia de que cada Estado promulgue normativa ambiental que deberá ser discutida en controversias en las que confluyan disputas sobre recursos naturales y alegaciones de afectaciones al ambiente.

El libro dedica su última parte a un sistema que, en cuanto a disputas relacionadas con recursos naturales, impacto ambiental y fenómenos comunitarios es cada vez más relevante: la mediación. El libro expone experiencias en las que la mediación ha resultado ser un método exitoso para resolver conflictos inversor-Estado en sectores energéticos, haciendo énfasis en el valor agregado que trae la mediación cuando están en la balanza intereses económicos y de protección a la naturaleza. De todas formas, el capítulo admite que su práctica se encuentra todavía en desarrollo y la importancia de promover su crecimiento.

En conclusión, a través de la revisión de casos relevantes referentes a energía y recursos naturales, el libro analiza cómo se han desarrollado los conflictos en cada sector específico y en cada Estado de América Latina. El libro recopila de manera eficaz la información más importante sobre los marcos regulatorios, las estrategias para la ejecución de contratos y el buen devenir de los complejos procesos que surgen de la práctica en estos sectores en Latinoamérica. Además, realiza un repaso sobre los problemas sociales, políticos, económicos y ambientales que tienen lugar en el área de energía y recursos naturales. La variedad de temas que

abarca de forma eficiente y especializada hacen que sea una obra fundamental para practicantes y árbitros en las áreas que trata. La experiencia de los editores y contribuyentes brinda un aporte único para lograr que el futuro de las inversiones y las relaciones comerciales sean de provecho para la economía latinoamericana y global a través de una fortalecida práctica arbitral.

Con el auspicio de:

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE **PBP**

CABEZAS WRAY & ALBÁN
ABOGADOS


CARMIGNIANI PÉREZ
ABOGADOS


ML
ABOGADOS

 PINO/ELIZALDE
ABOGADOS


NOBOA, PEÑA & TORRES
ABOGADOS ECUADOR