

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

No. 9



CEVALLOS®
EDITORA • JURÍDICA

**Quito - Ecuador
2018**

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 nueve números disponibles.

Para más información:

- La versión digital puede ser encontrada en:
<http://iea.ec/revista-ecuatoriana-de-arbitraje/>
- 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: Francesca Magnoler

Composición y Arte final: Ing. Roberto Cevallos

Revisión y Corrección Ortográfica

Natalia Barona Martínez & Staff Cevallos editora jurídica

Diseño editorial y Diagramación:



Impresión: FRediciones
ISBN 13: 978-9942-794-06-2
Edición: Quito, 2018
Tirada: 300 ejemplares

COMITÉ EDITORIAL:
Alejandro Ponce Martínez
Juan Manuel Marchán
Rodrigo Jijón
Diego Romero
Armando Serrano

CODIRECTORES:
Javier Jaramillo Troya
Oswaldo Santos Dávalos

COORDINADORA:
Natalia Barona Martínez

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 Cevallos® 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.....	11
2. Sección Monográfica	
• ¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje? Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales <i>Juan Francisco González Guarderas.....</i>	<i>17</i>
• El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción: una evaluación crítica de la doctrina <i>in pari delicto</i> y la excepción de corrupción <i>María Gracia Naranjo Ponce.....</i>	<i>47</i>
• Sobre cómo enfrentar el tema corrupción desde el arbitraje y los mecanismos existentes <i>Danny Quiroga Anticona.....</i>	<i>85</i>
3. Sección de Ensayos Libres	
• La caución en el arbitraje <i>Fausto Albuja Guarderas & Ana Carolina Donoso Bustamante.....</i>	<i>109</i>
• La cuantía en la demanda arbitral, un limitante a los derechos de reparación <i>Carolina Arroyo Aguirre, Leyre Suárez Dávalos & Gabriela Rivadeneira Chacón.....</i>	<i>139</i>
• El cuarto árbitro: la escala de grises en la función del secretario administrativo <i>Orlando F. Cabrera Colorado.....</i>	<i>165</i>

- Del procesalismo rígido a la modernización del arbitraje en el Ecuador: Aplicación de normas no domésticas en el arbitraje local
Eduardo Carmigniani, Carla Cepeda & Bernarda Muriel..... 185
- La arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada: Análisis del alcance del artículo 20.2 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera
María Bernarda Carpio Frixone..... 205
- Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo
Valentina Centeno Arteaga, Ana Belén Morales Solís & Romina Isabel Sánchez Romero..... 253
- El arbitraje de emergencia: ¿Una figura aplicable en el sistema arbitral ecuatoriano?
Hernán Escudero Álvarez, Fabián Jaramillo Intriago & Ana Karina Parra..... 273
- ¿Queréis revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos). Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano
José Meythaler Baquero & Mateo Ruales Espinosa..... 299
- Responsabilidad de los Centros de Arbitraje en Ecuador
Natalia Ordóñez Rivera..... 323
- Homologación, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador
Alejandro Ponce Martínez, Luis Ponce Palacios, María Isabel Zurita Ramírez & María Belén Merchán Mera..... 349

1.

Presentación

Presentación

El Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (“IEA”) se complace en presentar el noveno número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, con el que ratifica su compromiso de fomentar el estudio y el desarrollo del arbitraje en el foro ecuatoriano.

Este número de la Revista cuenta con una sección monográfica, sobre el arbitraje y la corrupción, y una sección de ensayos libres. La sección monográfica contiene tres artículos. En el primero, Juan Francisco González Guarderas expone qué deben hacer las partes procesales y los árbitros cuando enfrentan alegaciones o hechos de corrupción en un arbitraje. En el segundo, María Gracia Naranjo Ponce analiza la doctrina *in pari delicto* y la excepción de corrupción y, propone al arbitraje de inversiones como una herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción. En el tercero, Danny Quiroga Anticona explica cuáles son los mecanismos para enfrentar a la corrupción desde el arbitraje.

La sección de ensayos libres cuenta con contribuciones tan variadas como interesantes. Fausto Albuja Guarderas y Ana Carolina Donoso Bustamante abordan el tema de la caución en el arbitraje. Carolina Arroyo Aguirre, Leyre Suárez Dávalos y Gabriela Rivadeneira Chacón explican por qué la cuantía en la demanda arbitral constituye un limitante al derecho de reparación de las partes. Orlando Cabrera Colorado presenta la escala de grises del rol del secretario administrativo del tribunal arbitral. Por su parte, Eduardo Carmigniani, Carla Cepeda y Bernarda Muriel abordan la posibilidad de aplicar en el arbitraje local, reglas procesales distintas a las domésticas como una modernización del arbitraje en el Ecuador. María Bernarda Carpio Frixone analiza la arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada, consagrada en la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Pri-

vadas y la Inversión Extranjera. A continuación, Valentina Centeno Arteaga, Ana Belén Morales Solís y Romina Isabel Sánchez Romero abordan la falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo arbitral. Hernán Escudero Álvarez, Fabián Jaramillo Intriago y Ana Karina Parra analizan la aplicabilidad del arbitraje de emergencia en el sistema ecuatoriano. José Meythaler Baquero y Mateo Ruales Espinosa hacen un detallado estudio sobre las posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano, luego de analizar varios reglamentos de arbitraje de distintos centros del país. Natalia Ordóñez Rivera analiza lo relativo a la responsabilidad de los centros de arbitraje. Finalmente, Alejandro Ponce Martínez, Luis Ponce Palacios, María Isabel Zurita y María Belén Merchán nos cuentan sobre la homologación, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador.

El IEA desea agradecer a todos los autores que participan en este número. Sus contribuciones permiten que la Revista continúe siendo un referente local y un aporte imprescindible para el desarrollo del arbitraje en el Ecuador. Debemos también un agradecimiento muy sincero a los auspiciantes: Andrade Veloz Abogados, Cabezas, Wray & Albán Abogados, Carmigniani Pérez Abogados, Dechert LLP, Ferrere, Meythaler & Zambano Abogados, Pérez Bustamente & Ponce y Santos Burbano de Lara Abogados, sin cuya generosidad no podríamos realizar estas publicaciones. Finalmente, el Instituto desea reconocer el esfuerzo de Natalia Barona Martínez, Coordinadora Académica del IEA. Sin su apoyo, este número no habría sido posible.

Javier Jaramillo Troya

Codirector
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Xavier Andrade Cadena

Presidente
Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Oswaldo Santos Dávalos

Codirector
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Hugo García Larriva

Director Ejecutivo
Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

ANDRADEVVELOZ
A B O G A D O S



*Equipo de arbitraje
y litigio complejo*

2. Sección

Monográfica

¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje? Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales

*Juan Francisco González Guarderas**

*Recibido/Received: 11/08/2018
Aceptado/Accepted: 12/08/2018*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El arbitraje y la administración de justicia. 3. La corrupción. 3.1 ¿Qué se entiende por corrupción? 3.2 ¿Qué es corrupción en el Ecuador? 4. Cuando potenciales actos de corrupción llegan al arbitraje. 4.1 El rol del árbitro ante la corrupción. 4.1.1 ¿El árbitro puede examinar y resolver respecto a actos de corrupción? 4.1.2 Límites reales y percibidos en el arbitraje cuando surgen actos de corrupción. 4.1.2.1 El mandato arbitral. 4.1.2.2 Competencia. 4.1.2.3 Confidencialidad. 4.1.2.4 Anulabilidad del laudo. 4.1.2.5 Obtención de pruebas. 4.1.3 ¿El árbitro tiene el deber de denunciar actos de corrupción? 4.2 El rol de las partes procesales y sus abogados ante la corrupción. 4.2.1 Buena y mala fe de las partes procesales. 4.2.2 Deber del servidor público ante la corrupción. 5. Riesgo de que la denuncia sea declarada maliciosa o temeraria. 6. Conclusiones.

* Asociado Senior de Pérez Bustamante & Ponce Abogados, firma en la que lidera el área de Cumplimiento Corporativo y Anticorrupción y donde además representa a clientes como abogado de parte en arbitrajes comerciales nacionales e internacionales y en arbitrajes de inversión. En el 2010 fue Asociado Internacional en White & Case LLP en Washington DC donde se enfocó en asesoría enfocada al arbitraje de inversiones. Es abogado graduado de la Universidad San Francisco de Quito y tiene una Maestría en Estudios Legales Internacionales de Georgetown University Law Center en Washington DC, Estados Unidos. Correo electrónico: jgonzalez@pbplaw.com

PALABRAS CLAVE: arbitraje, corrupción, cumplimiento corporativo, soborno, intermediarios.

KEYWORDS: arbitration, corruption, compliance, bribery, third-party intermediaries.

RESUMEN: El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias al que le aplica el principio constitucional y legal de denunciar y combatir la corrupción. Bajo este deber, el árbitro tiene la obligación de examinar y pronunciarse sobre actos de corrupción, cuando tales actos sean relevantes para tener un entendimiento claro de la controversia y además tiene la obligación de denunciar actos de corrupción ante las autoridades públicas. La corrupción es un concepto amplio mediante el cual se ejerce influencia indebida sobre servidores públicos y personas privadas. No todos los actos de corrupción están tipificados en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. Bajo el mismo deber constitucional y legal, las partes procesales y los abogados de parte que actúan de buena fe también están llamados a denunciar actos de corrupción ante las autoridades públicas.

ABSTRACT: Arbitration is a conflict resolution mechanism that is regulated by the constitutional and legal duty to denounce and combat corruption. Under this duty, the arbitrator has the obligation to examine and issue rulings regarding acts of corruption when such acts are relevant for the arbitrator to have a clear understanding of the facts of the case. In addition, the arbitrator has the duty to denounce acts of corruption before public authorities. Corruption is a broad concept that covers acts of inappropriate exercise of influence over a government official or private person. Not all acts of corruption are classified as crimes under the Ecuadorian Comprehensive Organic Criminal Code. Under the same constitutional and legal duty, parties to arbitration and their attorneys that act in good faith must also denounce acts of corruption before public authorities.

1. INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como propósito aportar con criterios sobre el manejo y procesamiento de actos de corrupción que se ventilan en procesos arbitrales en el Ecuador. Para cumplir con este objetivo, este texto analiza al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias y, bajo esta función, el papel y deberes del árbitro, de las partes procesales de buena fe y de los abogados de parte en la lucha contra la corrupción.

El lector además encontrará un análisis de los principales límites y riesgos, reales o percibidos de que se ventilen los actos de corrupción en el proceso arbitral. Con esto, se busca que los practicantes del arbitraje tengan un entendimiento adecuado de cómo proceder cuando actos de corrupción puedan ser relevantes para resolver controversias arbitrales.

En esta investigación, el lector encontrará que hago uso del término “el árbitro” para referirme a los tribunales arbitrales de un solo árbitro, pero también a los tribunales conformados por más de un árbitro. Esto lo hago por dos razones: la primera, para facilitar la lectura de este escrito y segundo, de forma mucho más importante, porque estoy convencido que cada árbitro debe autoanalizar su posición respecto a la lucha contra la corrupción para luego expresarla y manifestarla en todas sus actuaciones procesales y profesionales.

2. EL ARBITRAJE Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Como sabemos, el arbitraje es un “[...] mecanismo alternativo de solución de conflictos [...]”¹. Si bien es cierto que el arbitraje sirve para resolver disputas concernientes a temas civiles y comerciales, no deja de ser cierto y, de hecho, es esencial que se tenga claro que el arbitraje sirve para administrar justicia. Como tal, el arbitraje es un servicio público que debe observar los dere-

1. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 1, RO No. 417, 14/12/2006.

chos y garantías establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes².

Según establece nuestra Constitución, entre los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, está el de “[...] denunciar y combatir los actos de corrupción”³. Bajo esta disposición todos los ciudadanos tenemos obligaciones amplias respecto a la lucha contra la corrupción. Con mayor razón, los abogados, en nuestras calidades de árbitros, secretarios arbitrales o abogados de parte (todos usuarios de un sistema de administración de justicia), tenemos que asumir nuestro rol para denunciar y combatir la corrupción.

3. LA CORRUPCIÓN

3.1 ¿Qué se entiende por corrupción?

La corrupción puede ser una o muchas cosas, dependiendo de cómo sea conceptualizado este término. La forma de corrupción más reconocida y probablemente la más relevante es la corrupción pública. Esto es, los actos relacionados a la influencia indebida sobre servidores públicos. Además, existe la corrupción privada que tiene que ver con el ejercicio de influencias indebidas sobre personas y entidades privadas.

El Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española define a la corrupción como el “[c]omportamiento consistente en el soborno, ofrecimiento o promesa a otra persona que ostenta cargos públicos, o a personas privadas, a los efectos de obtener ventajas o beneficios contrarios a la legalidad o que sean de naturaleza defraudatoria”⁴. Este Diccionario, como se puede notar, engloba dentro del concepto corrupción a las influencias indebidas sobre servidores públicos y también sobre personas privadas.

2. Véase, Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 17, RO No. 544, 9/3/2009.

3. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 83(8), RO No. 449, 20/10/2008.

4. Real Academia Española, *Diccionario del Español Jurídico*, <<http://dej.rae.es/#/entry-id/E82810>>, (05/8/2018).

Transparencia Internacional define a la corrupción como “el abuso del poder confiado para obtener ganancia privada”⁵. De acuerdo a esta organización no gubernamental, la corrupción se centra en las interacciones con servidores públicos y se puede subcategorizar en tres tipos:

- (i) Corrupción de gran escala que es aquella que consiste en actos cometidos en los más altos niveles de gobierno y que distorsiona las políticas o funciones de un estado;
- (ii) Los actos de corrupción menor que son aquellos que ocurren respecto a servidores públicos de niveles medios y bajos en sus interacciones con los ciudadanos ordinarios cuando quieren obtener acceso a servicios públicos, y;
- (iii) La corrupción política que es la manipulación de políticas, instituciones y reglas de procedimiento para la asignación de recursos por parte de tomadores de decisiones políticas que abusan de su posición para mantener poder, estatus y riqueza⁶.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción⁷, instrumento internacional del cual el Ecuador es signatario⁸, señala que “[c]ada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas” para tipificar los delitos de soborno en el sector privado y malversación o peculado de bienes también en el sector privado⁹. Se pone en evidencia un movimiento internacional hacia la tipificación de la corrupción privada. Es así que en varios países la corrupción privada está penalizada al igual que la corrupción pública¹⁰.

No existe un catálogo delimitado de los actos que se consideran corruptos. Cada país define qué tipo de actos se consideran corruptos y sancionables. Sin embargo, en la práctica se pueden

5. Traducción libre. Transparencia Internacional, *How do you define corruption*, <goo.gl/Y38cmw>, (5/8/2018).

6. *Ibidem*.

7. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004).

8. U.S. Department of State, *Archive*, <https://2001-2009.state.gov/p/inl/rls/fs/27301.htm>, (05/8/2018).

9. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, N. 7, Arts. 21 y 22.

10. M. HWANG y K. LIM, “Corruption in Arbitration — Law and Reality”, *Asian International Arbitration Journal*, No. 1, 2012.

identificar varios actos comúnmente reconocidos como corruptos tales como el soborno, pago de comisiones clandestinas, malversación de fondos, extorsión, lavado de activos, tráfico de influencias.

Así también, existen algunos tipos de actos que, no estando dentro de la concepción más tradicional de corrupción, pueden llegar a ser corruptos, tales como el robo, facturación fraudulenta, cobranza fraudulenta, alteración de libros y registros contables, trabajo forzado, plagio, fijación de precios, entre tantos otros tipos de actos que contienen el elemento esencial de obtención de beneficio a través del ejercicio de influencias indebidas.

Sea que entendamos a la corrupción en sentido restringido, como el uso de influencias indebidas sobre servidores públicos o en sentido amplio, como el uso de influencias indebidas también sobre personas privadas, es incuestionable que desde una óptica jurídica y también desde una perspectiva puramente ética, todos los ciudadanos debemos combatir la corrupción cada quien desde su lugar en la sociedad.

En esta investigación, me refiero a la corrupción en el sentido más amplio posible puesto que, si bien reconozco que la corrupción pública tiende a causar un mayor nivel de daño a la sociedad y a los ciudadanos, también considero que la corrupción privada puede llegar a causar efectos igualmente de graves, distorsionadores, perjudiciales para las personas y su forma de interactuar entre sí, de manera específica, en los negocios que es en el ambiente respecto al cual aplica el arbitraje.

3.2 ¿Qué es corrupción en el Ecuador?

No existe una norma ecuatoriana que defina la corrupción a pesar de que este término es ampliamente utilizado en la Constitución, leyes orgánicas, leyes, reglamentos y otras normas locales. Esta falta de definición implica que no resulte fácil delimitar qué actos se consideran corruptos y qué actos no lo son.

Lo que sí está señalado en nuestro ordenamiento jurídico, y de forma particular en la Constitución, es los deberes del Estado y las obligaciones de los ciudadanos respecto a la corrupción. Además de que la Constitución establece que es obligación de los ciudadanos denunciar y combatir la corrupción, es relevante mencionar que es un deber primordial del Estado garantizar a sus habitantes el derecho a vivir en una sociedad libre de corrupción¹¹.

Por otra parte, el Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP) contiene una sección que tipifica los “delitos contra la eficiencia de la administración pública”¹² en donde se han insertado la mayoría de actos que comúnmente se consideran como corruptos, entre estos, peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, tráfico de influencias y testaferrismo. Adicionalmente, el COIP tiene una sección que tipifica los delitos contra el régimen de desarrollo entre los que está el enriquecimiento privado injustificado¹³ y otra sección que tipifica los delitos económicos¹⁴ entre los que está el lavado de activos; ambos delitos considerados comúnmente como delitos de corrupción.

Respecto a los delitos de corrupción, como para el resto de delitos, y en congruencia con la obligación constitucional de denunciar y combatir la corrupción, el COIP establece que “[l]a persona que llegue a conocer que se ha cometido un delito de ejercicio público de la acción, podrá presentar su denuncia ante la Fiscalía [...]”¹⁵.

Para este análisis, es relevante mencionar que, de acuerdo al COIP, los servidores públicos tienen un nivel de responsabilidad aun mayor que el establecido para los privados respecto a la denuncia de actos de corrupción.

11. Constitución de la República del Ecuador, N. 3, Art. 3(8).

12. Código Orgánico Integral Penal (COIP), Título IV, Capítulo V, Sección 3era, RO Sup. No. 180, 10/2/2014.

13. COIP, N. 12, Título IV, Capítulo V, Sección 5ta, Art. 297.

14. COIP, N. 12, Título IV, Capítulo V, Sección 8va, Art. 317.

15. COIP, N. 12, Art. 421.

Deber de denunciar.- Deberán denunciar (que se ha cometido un delito) quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la ley, en especial:

1. La o el servidor público que, en el ejercicio de sus funciones, conozca de la comisión de un presunto delito contra la eficiencia de la administración pública¹⁶.

La sanción que aplica a los servidores públicos que no cumplan con su deber de denunciar es pena privativa de libertad de quince a treinta días¹⁷.

Otra disposición del COIP que cabe mencionar para este estudio, y que de alguna manera puede explicar por qué los ciudadanos en general y los usuarios del sistema arbitral en particular tienen aversión a denunciar actos de corrupción es el riesgo a que sus denuncias sean declaradas maliciosas o temerarias¹⁸ que podrían resultar en acciones y sanciones penales y reparatorias en contra del denunciante.

4. CUANDO POTENCIALES ACTOS DE CORRUPCIÓN LLEGAN AL ARBITRAJE

Existen varios momentos y circunstancias en los que posibles actos de corrupción (pública o privada) llegan a conocimiento del árbitro. Respecto al momento en que el árbitro toma conocimiento de posibles actos de corrupción, esto puede suceder *antes* del arbitraje y, en tal caso, ese acto potencialmente corrupto será parte de los hechos del caso, o, el posible acto de corrupción pudo haber ocurrido *durante* el proceso arbitral y, en tales circunstancias, el árbitro deberá tratar el potencial acto corrupto como un incidente del proceso.

A continuación, presento una lista ejemplificativa de escenarios en los que el árbitro puede llegar a tener conocimiento de posibles actos de corrupción ocurridos *antes de que inicie el arbitraje*:

16. COIP, N. 12, Art. 422(1).

17. COIP, N. 12, Art. 277.

18. COIP, N. 12, Arts. 431, 271, 606 y 649.

- La parte actora demanda la terminación del contrato alegando que se han cometido actos de corrupción y que tales actos, bajo el contrato, son causales de terminación;
- Una parte demanda la nulidad de un contrato por supuestos actos de corrupción;
- Las pruebas presentadas sugieren que un contrato (sea este público o privado) fue adjudicado a través del pago de sobornos, extorsión o tráfico de influencias y dicho contrato público tiene cláusula arbitral;
- Las pruebas presentadas sugieren que un contrato (público o privado) fue adjudicado a través del pago de sobornos, extorsión o tráfico de influencias y la validez de ese contrato público tiene relevancia para la validez y ejecución de un contrato privado (por ejemplo, un subcontrato de un contrato público);
- Una de las partes procesales insinúa (con o sin buena fe) que la otra parte procesal habría cometido actos de corrupción;
- El árbitro infiere que las dos partes procesales cometieron en su momento actos colusorios que dieron lugar a la firma del contrato respecto al cual ahora las mismas partes han llegado al arbitraje; o
- Un agente demanda a su contraparte contractual el pago de comisiones y existen indicios de que el contrato de agencia fue utilizado para pagar sobornos a funcionarios públicos.

Como lo afirman varios expertos del arbitraje¹⁹ y, como conocemos además quienes ejercemos la profesión en el área de *compliance*, es particularmente frecuente el pago de sobornos mediante la suscripción de contratos de intermediación, consultoría, corretaje, agencia o similares a través de los cuales se esconde la verdadera intención del contratante, que es, ejercer influencia indebida sobre un tercero. De hecho, de acuerdo a las estadísticas de aplicación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos (FCPA, por sus siglas en inglés), el uso de intermediarios es la forma más frecuentemente utilizada para ca-

19. Véase, F. MANTILLA ESPINOSA, "El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional", *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 7, 2007; A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ta Ed., 2009.

nalizar el pago de sobornos²⁰. Este hecho significa que el árbitro debe dedicar particular atención a contratos con terceros cuando existan sospechas de prácticas corruptas.

Para poder contextualizar este análisis, a continuación, presento una lista ejemplificativa de casos de corrupción que podrían darse *durante* el arbitraje:

- Una de las partes intenta influenciar indebidamente al árbitro a través del pago de sobornos o extorsión;
- Una de las partes intenta influenciar indebidamente a funcionarios del centro arbitral a través del pago de sobornos o extorsión;
- Una de las partes intenta influenciar indebidamente a un perito/experto o a un testigo a través del pago de sobornos o extorsión;
- Una de las partes hace un regalo o invita a una comida o evento al árbitro;
- Una de las partes soborna a un juez para que suspenda o incide un proceso arbitral.

4.1 El rol del árbitro ante la corrupción

Cuando un árbitro llega a tener conocimiento de actos potencialmente corruptos, las preguntas que surgen son: ¿qué debe y puede hacer el árbitro ante tales hechos? Para zanjar estas preguntas, es relevante que analicemos el campo de acción del árbitro y los límites de esa actuación en el contexto de manejo de actos potencialmente corruptos.

20. Stanford Law School, *Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse*, <<http://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html>>, (10/08/2018).

4.1.1 *¿El árbitro puede examinar y resolver respecto a actos de corrupción?*

¿Puede y debe el árbitro entrar a examinar actos que sean potencialmente corruptos y tomar resoluciones cuando los encuentre?

Es incuestionable la importancia del arbitraje para resolver conflictos comerciales de todo tipo y tamaño. De hecho, el árbitro se ha convertido en el “juez natural”²¹ de los conflictos comerciales. Esto se debe a que uno de los atributos del arbitraje es que el juzgador es una persona especializada en el comercio y en los negocios. Siendo así, es necesario que el árbitro esté preparado para conocer y tomar decisiones respecto a formas fraudulentas de manejar los negocios.

Vale mencionar que, en el arbitraje internacional, hace años existía la noción de que el árbitro no debía arbitrar el caso si las partes habían cometido actos de corrupción. En un caso de estudio muy conocido, el árbitro llegó a esta conclusión porque consideró que, con sus actos corruptos, las partes procesales habían “renunciado al derecho de pedir asistencia de la maquinaria de justicia”²². En la actualidad, esta posición respecto a la arbitrabilidad de la corrupción, en el ámbito internacional ha cambiado. Ahora se reconoce ampliamente que el árbitro debe examinar las alegaciones de corrupción cuando surjan dentro del proceso²³.

Siendo el fenómeno de la corrupción algo tan frecuente en los negocios y en el comercio, mal haría el árbitro en desconocer su rol como “juez natural del comercio internacional”²⁴ o nacional por extensión. Como ya se ha planteado, el árbitro puede encontrar elementos de corrupción entre los hechos del caso o incluso puede enfrentar actos de corrupción mientras se lleva a cabo el arbitraje.

21. F. MANTILLA ESPINOSA, N. 19.

22. ICC, *Caso No. 1110 (Caso Lagergren)*, 1963.

23. Véase, A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, N. 19; M. HWANG y K. LIM, N. 10.

24. F. MANTILLA ESPINOSA, N. 19.

Se ha dicho, en el contexto del arbitraje internacional que el árbitro debe ser un catalizador de la “moralidad de los negocios internacionales y luchar contra el flagelo de la corrupción”²⁵. Esta afirmación es y debe ser igualmente aplicable en el contexto del arbitraje local.

Asentando esta discusión desde una perspectiva práctica, si dentro de un proceso arbitral se discute sobre potenciales actos de corrupción, es probable que una o ambas partes estén involucradas en el cometimiento de ese tipo de actos y, en tal situación, las partes se muestren renuentes a cooperar con el árbitro para que éste logre llegar a identificar intenciones o actos fraudulentos. La falta de cooperación de una o ambas partes procesales responsables de actos de corrupción puede presentar complicaciones para el árbitro dentro del proceso puesto que le resultará complicado obtener pruebas para entender a profundidad el alcance de los actos de corrupción y sus efectos en la controversia.

En esta misma línea de ideas, podría ocurrir que el árbitro sea amenazado por una o ambas partes procesales con posibles acciones legales en su contra si entra a analizar elementos de corrupción. La experiencia indica que este tipo de amenazas rara vez llegan a materializarse y que son comúnmente estrategias procesales que pretenden coartar el acceso a la verdad.

Se pueden pensar en varios escenarios en los que las partes procesales no cooperen con el árbitro para que éste llegue a la verdad. Probablemente esta complicación se magnifica cuando una o más partes procesales han cometido actos de corrupción que exceden el ámbito arbitral y pueden llegar al ámbito penal. Por ello, en casos de corrupción, el árbitro debe actuar con cautela y prolijidad, pero también con valentía y astucia.

Una vez reconocido el rol que tiene el árbitro como persona que resuelve conflictos de negocios en los que pueden involucrarse actos de corrupción, la discusión en la actualidad es determinar en qué medida el árbitro debe o puede realizar tal

25. *Ibidem*.

examinación de los hechos potencialmente corruptos²⁶ y cuáles deben ser los efectos de actos corruptos en contratos que contienen una cláusula arbitral²⁷.

Existen varios casos arbitrales²⁸, y también doctrina que analiza este tema²⁹, en que los árbitros han tratado temas de corrupción como parte del fondo de la controversia y, en esos procesos, los árbitros se han pronunciado respecto a cuáles deben ser los efectos contractuales y patrimoniales de los actos de corrupción.

Existe una distinción importante en cuanto a los efectos de la corrupción en los contratos. La doctrina distingue las sanciones civiles que se deben aplicar a los contratos *obtenidos a través de* actos de corrupción de las sanciones civiles que se les debe aplicar a los contratos que *posibilitan cometer* actos de corrupción. Mientras que respecto a los primeros existe objeto y causa lícitos y, posiblemente una parte que ha actuado de buena fe, en los segundos el objeto y la causa son claramente ilícitos, esto es, corromper mediante un acuerdo colusorio. Por ello, el efecto civil que se les aplica a los contratos que posibilitan actos de corrupción es la *nulidad*, mientras que el efecto que se aplica a los contratos obtenidos a través de la corrupción dependerá de la voluntad de la parte que ha actuado de buena fe, que puede ser la anulación del contrato o la convalidación de este³⁰.

El concepto de separabilidad de la cláusula arbitral permite que el árbitro pueda conocer el proceso aun cuando en este se esté discutiendo si el contrato es nulo o ilegal³¹. Este concepto ha sido ampliamente aceptado en el arbitraje internacional y también en

26. D. BAIZEAU y T. HAYES, "The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte", en A. MENAKER (Ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution to Conformity*, ICCA Congress Series, Vol. 19, Kluwer Law International, 2017.

27. Véase, J. JARAMILLO, "Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: Su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014; A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, N. 19.

28. En el artículo de B. DOIG y G. RIVAS, *Arbitraje de la corrupción*, <goo.gl/iusQLG>, (05/09/2018), se citan varios al respecto entre los que constan: ICC Case No. 4145 (1983 y 1984) y ICC Case No. 6286 (1991).

29. B. DOIG y G. RIVAS, N. 28; M. HWANG y K. LIM, N. 10.

30. J. FERNÁNDEZ ARMESTO, *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*, VI conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje, 2018; J. JARAMILLO, N. 27.

31. M. HWANG y K. LIM, N. 10.

el ámbito nacional. Por ello, es sostenible que, respecto al cometimiento de corrupción en los contratos, el árbitro tiene la autoridad para resolver sobre la nulidad o ilegalidad del contrato³².

Respecto a la declaración de nulidad del contrato por corrupción, conviene mencionar que, el árbitro solamente podrá llegar a tal determinación si es que una parte procesal ha solicitado ese remedio. Si el árbitro inobserva esta limitación, podría exponer el laudo a una declaración de nulidad por resolver más allá de lo solicitado por las partes (*extra petita*)³³.

4.1.2 Límites reales y percibidos en el arbitraje cuando surgen actos de corrupción

Para poder precisar cuál es el campo de acción que tiene el árbitro antes potenciales actos de corrupción, a continuación se examinan algunos de los aspectos que se discuten entre los practicantes del arbitraje como posibles límites para que el árbitro pueda conocer y resolver sobre actos de corrupción.

4.1.2.1 El mandato arbitral

El primer asunto que se toma en cuenta cuando surge un elemento de corrupción en el proceso arbitral es si el mandato arbitral otorgado al árbitro le permite analizar tal elemento y resolver al respecto. Es claro que el árbitro está sujeto a un mandato otorgado por las partes procesales mediante el cual debe impartir justicia siguiendo las reglas y límites establecidos en la cláusula arbitral que le da competencia y también los límites determinados por la ley aplicable.

El árbitro debe considerar, evaluar y pronunciarse sobre todos los elementos que sean aportados al proceso arbitral que le sirvan para cumplir con el mandato otorgado por las partes. Como administrador de justicia, el árbitro no puede ni debe dejar de lado elementos probatorios que sean relevantes para resolver

32. A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, N. 19.

33. F. MANTILLA ESPINOSA, N. 19.

la controversia. En ocasiones, estos elementos tendrán que ver con actos fraudulentos que tienen la intención de favorecer la posición de una o de ambas partes procesales. Puede llegar a ser incómodo para el árbitro el analizar y pronunciarse sobre potenciales actos de corrupción, pero aquello es necesario para que el árbitro tenga una imagen completa de los hechos del caso o de las intenciones de las partes de cara a resolver la controversia.

En términos abstractos, se puede pensar que el mandato arbitral impide que el árbitro analice o resuelva sobre aspectos que no guarden relación inmediata con los petitorios del demandante y las excepciones del demandado. Si bien es cierto que el árbitro no puede resolver respecto a cuestiones no sometidas al arbitraje, tampoco deja de ser cierto que el actuar ético (o antiético) de las partes procesales usualmente está conectado estrechamente con el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales que es lo que se discute en un proceso arbitral. Siempre que los posibles actos de corrupción guarden relación y tengan relevancia para resolver la controversia, el árbitro tiene la obligación de hacer sus mejores esfuerzos para analizar tales circunstancias. Incluso, el árbitro puede fundamentar sus decisiones en base a argumentos que no han sido planteados por las partes procesales³⁴.

En determinadas circunstancias, será absolutamente necesario que el árbitro entre a analizar si se realizaron actos de corrupción para así poder resolver la controversia que está bajo su mandato. Este es el caso de los actos nulos de pleno derecho por expresa prohibición de ley³⁵. Por ejemplo, un contrato que tenga por objeto crear un vehículo societario para sobornar a un funcionario público será nulo de pleno derecho. En tales circunstancias, un árbitro que conozca una controversia bajo ese contrato no podría hacer otra cosa que entrar a analizar las intenciones corruptas de los participantes en ese negocio.

34. Véase, E. GAILLARD y J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999; M. HWANG y K. LIM, N. 10.

35. Código Civil, Arts. 9 y 10, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

Tanta es la importancia que tiene para la lucha contra la corrupción el rol que desempeñe el árbitro que los autores HWANG y LIM han afirmado que:

[...] el tribunal que descubra evidencia de corrupción de oficio y logra hacer hallazgos relevantes no está dando a las partes 'más de lo que negociaron', defensas o contrademandas. Más bien está verificando, con rigurosidad y de forma fiel, si sus demandas, defensas y contrademandas que le han sido presentadas para su resolución, al aplicar (como debe hacerlo) las consecuencias de ilegalidad que derivan de un hallazgo de corrupción bajo la ley aplicable³⁶.

Sin embargo, si el acto potencialmente corrupto que se presenta explícita o implícitamente en el arbitraje no guarda relación con la litis del mismo y las alegaciones de corrupción no son determinantes para la emisión del laudo arbitral, el árbitro no tendrá ninguna obligación de analizar o pronunciarse sobre el acto potencialmente corrupto, pues ello excedería el campo de acción de su mandato³⁷. Emitir un pronunciamiento sobre aspectos que no son relevantes para la litis, expondrían el laudo a anulación.

Paralelamente, cuando un árbitro tiene una actitud excesivamente celosa o inquisitiva por encontrar actos de corrupción cuando no existen razones fundamentadas para sospechar que han ocurrido tampoco se está satisfaciendo el mandato arbitral. Una actitud relajada del árbitro respecto a posibles actos de corrupción es igual de mala que una actitud innecesariamente cuestionadora respecto a este tipo de actos³⁸.

4.1.2.2 Competencia

Un segundo asunto que se discute entre los practicantes del arbitraje es si el árbitro tiene competencia para analizar actos de corrupción.

36. Traducción libre. M. HWANG y K. LIM, N. 10.

37. Caso CIADI, *FWO v. Trinidad and Tobago*, No. ARB/01/14, 2014. Citado por D. BAIZEAU y T. HAYES, N. 26.

38. M. HWANG y K. LIM, N. 10

A este respecto, es necesario indicar con claridad que el árbitro no tiene competencia para determinar la existencia (o inexistencia) de actos de corrupción que están tipificados en el COIP. El titular de la acción penal pública para perseguir el cometimiento de delitos tipificados en el COIP es la Fiscalía³⁹ y solamente los jueces de garantías penales⁴⁰ pueden determinar si una persona o entidad⁴¹ es responsable del cometimiento de delitos tipificados en el COIP. Esta es una evidente limitación para el árbitro puesto que su capacidad decisoria se debe limitar al ámbito civil⁴² y nunca debe llegar a emitir pronunciamientos en el ámbito penal⁴³.

Lo que sí puede y debe hacer el árbitro, en su análisis de los hechos del caso y emisión del laudo, es utilizar sentencias penales ejecutoriadas por delitos de corrupción. Cuando el sistema de garantías penales haya emitido un pronunciamiento final, el árbitro tendrá argumentos contundentes para determinar los efectos civiles de actos de corrupción en los negocios. Vale indicar que el árbitro no puede utilizar sentencias penales que no estén ejecutoriadas ya que con ello estaría atentando contra el principio constitucional de inocencia⁴⁴.

A pesar de que el árbitro no tiene la autoridad para determinar si una persona o entidad han cometido una infracción tipificada en el COIP, es relevante resaltar que la corrupción abarca un número de actos que son mucho más amplios que los tipificados en el COIP. Como ya se dijo, la corrupción en sentido amplio es la aplicación fraudulenta de influencias para obtener beneficios ilegítimos. En tal sentido, el árbitro no está impedido de pronunciarse cuando identifique que una de las partes procesales o un tercero cometieron o pudieron haber cometido actos de corrupción y que tales actos deben ser considerados como relevantes para resolver la controversia.

39. Véase, Constitución de la República del Ecuador, N. 3, Art. 195 y COIP, N. 12, Art. 442.

40. Véase, Código Orgánico de la Función Judicial, N. 2, Arts. 221 y 225.

41. Las personas jurídicas son responsabilizables penalmente por los delitos de cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo.

42. Véase, J. FERNÁNDEZ ARMESTO, N. 30.

43. Véase, J. JARAMILLO, N. 27.

44. Constitución de la República del Ecuador, N. 3, Art. 76.

En síntesis, el árbitro no puede pronunciarse respecto a actos de corrupción si se limita el alcance de este concepto a los actos tipificados en el COIP. Sin embargo, el árbitro sí puede y debe pronunciarse cuando actos de corrupción, entendido este concepto en sentido amplio, son relevantes para resolver la controversia.

4.1.2.3 Confidencialidad

Otro aspecto del que se discute cuando se analizan los límites de las actuaciones arbitrales frente a actos de corrupción es la confidencialidad. Algunos usuarios del sistema arbitral consideran que, por cuanto el arbitraje es confidencial, el árbitro está impedido de revelar información del proceso a terceros, incluyendo a las autoridades públicas.

Si bien es cierto que cuando las partes han pactado confidencialidad en el arbitraje, el árbitro no puede revelar a terceros información sobre el proceso, también es cierto que la confidencialidad solamente puede versar sobre actos lícitos⁴⁵. La confidencialidad se desvanece cuando se han cometido actos ilícitos.

Más aun, el ordenamiento jurídico ecuatoriano es claro respecto al deber de denunciar y combatir actos de corrupción. Este deber, que es de nivel constitucional, es superior a cualquier convención de confidencialidad. Al respecto, la obligación de denunciar actos de corrupción “se antepone a cualquier obligación expresa o implícita de confidencialidad” y que, aun cuando no existiere una obligación expresa de denunciar, tal acto de denunciar estaría cubierto por el interés público de administrar justicia⁴⁶.

Esto significa que cuando una de las partes procesales o un tercero han obrado por fuera de la ley, y de forma más puntual, cuando las actuaciones de las partes procesales o de terceros se

45. Código Civil, N. 35, Art. 1461(3)(4).

46. Traducción libre. M. HWANG y K. LIM, N. 10.

configuran dentro de uno de los tipos penales de corrupción contenidos en el COIP, la confidencialidad deja de ser un límite para el árbitro. Esa información sobre el probable cometimiento de un delito de corrupción puede ser la base de una denuncia que debe ser planteada ante la Fiscalía.

4.1.2.4 *Anulabilidad del laudo*

Un cuarto aspecto que podría limitar las actuaciones del árbitro ante posibles actos de corrupción es el temor a que se le aplique la causal de anulación establecida en la Ley de Arbitraje y Mediación según la cual se puede intentar acción de nulidad de laudo cuando “[e]l laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”⁴⁷.

Para analizar este riesgo se debe considerar primero que el rol del árbitro es impartir justicia. Para ello, el árbitro necesariamente tendrá que entender y analizar a profundidad los actos de las partes procesales y evaluar esos actos a la luz de las normas aplicables (si el arbitraje es en derecho). Mediante este proceso mental, el árbitro puede hacer un juicio de valor sobre los actos de las partes procesales y las consecuencias legales de estos para poder dictar un laudo que sea justo y apegado a la ley. Cuando el árbitro realiza juicios de valor, el árbitro necesariamente meditará sobre la buena fe o la mala fe de una o ambas partes procesales. Los actos de corrupción se encasillan dentro de el catálogo de actos de mala fe que debe analizar el árbitro.

Como ya se ha dicho, el árbitro no puede resolver en su laudo que una parte ha cometido cohecho, peculado, tráfico de influencias o cualquier otro de los delitos en contra de la administración pública que están contenidos en el COIP ya que los jueces y tribunales de garantías penales tienen competencia privativa para ello.

47. LAM, N. 1, Art. 31(d).

Sin embargo, nada impide que el árbitro llegue a la conclusión de que una parte procesal (o ambas) ha actuado de mala fe con la intención de influenciar indebidamente a un tercero, lo cual a mi criterio es un ejemplo de corrupción en sentido amplio. A la misma vez, cuando el árbitro considere que existen indicios del cometimiento de un delito, especialmente contra la administración pública, corresponde que lo denuncie ante la Fiscalía⁴⁸.

4.1.2.5 Obtención de pruebas

Un posible límite práctico al que se enfrenta el árbitro en relación a actos potencialmente corruptos es la obtención de pruebas que corroboren o desvanezcan el cometimiento del supuesto acto ilegal. La pregunta relevante que surge sobre este problema es hasta qué punto el árbitro tiene la capacidad de ordenar la práctica de pruebas que tengan que ver con actos potencialmente corruptos.

Es claro que las partes deben presentar pruebas encaminadas a demostrar el mérito de sus argumentos y que el árbitro puede ordenar la práctica de pruebas adicionales encaminadas a obtener los elementos de juicio que le permitan resolver la controversia⁴⁹. Como el árbitro debe procurar llegar a tener criterios definidos respecto a si las partes han actuado de mala fe y, potencialmente, han cometido actos de corrupción, es necesario que el árbitro ordene la realización de pruebas que apunten a demostrar o desvanecer cualquier acto de mala fe que tenga relevancia para la controversia.

Un tema que se debe tomar en cuenta sobre la obtención de pruebas relacionadas con actos de corrupción es la dificultad de tal actividad. Se sabe que, respecto a la corrupción, es “notoriamente difícil obtener pruebas ya que, típicamente hay poca o nula evidencia física”⁵⁰. Por ello resulta particularmente necesario que el árbitro utilice los poderes que le otorga la ley para obtener las pruebas que necesita para emitir su laudo. A este respecto vale

48. COIP, N. 12, Art. 421.

49. LAM, N. 1, Art. 23.

50. CIADI, *EDF (Services Limited) v. Rumania*, Caso No. ARB/05/13, 2009.

tomar nota que los practicantes de *compliance* que tenemos experiencia con investigaciones internas nos valemos de varias herramientas tecnológicas altamente sofisticadas para identificar elementos probatorios de actos de corrupción. Los árbitros deberían tener en cuenta la existencia de tales herramientas para cumplir con su mandato.

En los procesos arbitrales ocurre que el árbitro no hace uso de su capacidad de solicitar diligencias probatorias adicionales para mejor proveer, como lo permite la Ley de Arbitraje y Mediación⁵¹. Esto sucede, comúnmente, porque el árbitro teme que su petición de pruebas adicionales pueda ser considerada como prevaricato⁵² por la parte procesal a quien perjudica la prueba solicitada por el árbitro. Usualmente, cuando una parte amenaza al árbitro con demandarlo por prevaricato, lo hace como estrategia de intimidación y no con fundamento ni mucho menos con reales intenciones de denunciar al árbitro.

Los mismos temores de anulabilidad que tienen los árbitros locales, según sostienen BAIZEAU y HAYES, los tienen los árbitros en el entorno internacional. Estas preocupaciones, afirman las autoras, no deben impedir que los árbitros investiguen sobre supuestos actos de corrupción, siempre que observen los principios fundamentales del debido proceso⁵³.

Consideremos un escenario en el que una parte procesal acuse informalmente a la otra ante el árbitro por supuestos actos de corrupción y que esa denuncia sea absoluta y demostrablemente frívola (escenario que se repite con alguna frecuencia). Si es que el árbitro tomase la alternativa de no buscar pruebas que confirmen o desvanezcan la acusación de corrupción, estaría dejando sin consecuencia un acto de deslealtad procesal. Tal omisión podría considerarse, bajo determinadas circunstancias, como un incumplimiento del mandato arbitral de administrar justicia por parte del árbitro.

51. LAM, N. 1, Art. 23.

52. COIP, N. 12, Art. 268.

53. D. BAIZEAU y T. HAYES, N. 26.

Todo árbitro diligente y justo debe tomar las medidas que sean necesarias para respetar el debido proceso de las partes procesales y su derecho a ser escuchadas oportunamente. Siempre que cumpla con tal obligación, no debe temer que las pruebas ordenadas tiendan a favorecer a una parte procesal y perjudicar a la otra⁵⁴.

4.1.3 ¿El árbitro tiene el deber de denunciar actos de corrupción?

Cuando el árbitro llega a la convicción de que se ha cometido un acto de corrupción, éste debe decidir qué hacer con la información recabada. Puede optar por no utilizar esa información para emitir su propio laudo, puede limitarse a utilizar esa información para emitir su laudo arbitral, o, puede dar un paso adicional y reportar sobre estos potenciales actos a las autoridades.

El árbitro puede cumplir con su mandato arbitral y a la misma vez cumplir con una tarea cívica más amplia si, de su actividad arbitral logra identificar pruebas concluyentes sobre el cometimiento de actos de corrupción y las traslada a la Fiscalía. En temas probatorios la labor del árbitro debe ser vista como de apoyo al sistema procesal penal.

Es necesario comentar que este no es un tema pacífico entre los practicantes del arbitraje internacional. De hecho, el deber que tiene los árbitros de denunciar actos de corrupción es todavía un tema “algo controversial” porque mientras algunos piensan que el acto de denunciar no es compatible con la privacidad del arbitraje, otros consideran que el árbitro tiene un deber con la comunidad que va más allá del deber que tiene con las partes procesales⁵⁵.

54. CIADI, *Metal-Tech Ltd. c. Republica de Uzbekistan* (Caso No. ARB/10/3), 04/10/2013.

55. A. MOURRE, “Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator”, *Arbitration International*, Vol. 22, No. 1, 2006; y T. K. SPRANGE QC, “Corruption in Arbitration: Sua Sponte Investigations – Duty to Report”, en D. BAIZEAU y R. H. KREINDLER, *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2015. Ambos citados por D. BAIZEAU y T. HAYES, N. 26.

Esta controversia se supera en el arbitraje ecuatoriano si se toma en cuenta que, de acuerdo a la Constitución y al COIP del Ecuador, los ecuatorianos tenemos el deber de denunciar y combatir a la corrupción. Esta posición es compartida, dentro del arbitraje internacional por SPRANGE quien afirma que “si existe un deber (de denunciar), este debe venir de una ley, regulación o similar y no de la opinión de la comunidad arbitral”⁵⁶.

Si es que un árbitro denuncia actos de potencial corrupción ante la Fiscalía, es posible que tal denuncia le acarree complicaciones de distintos tipos y magnitudes. Sin embargo, el rol de administrador de justicia que tiene el árbitro implica que debe, además de hacer cumplir la ley a las partes, también cumplir con las obligaciones que la ley le establece. El papel del árbitro reviste mucha responsabilidad, además de conocimientos sofisticados. El que el árbitro cumpla con su deber de denunciar actos de corrupción ante la Fiscalía es parte de su deber como ciudadano y su responsabilidad como administrador de justicia.

4.2 El rol de las partes procesales y sus abogados ante la corrupción

Las partes procesales cumplen con un rol también importante en la lucha contra la corrupción. Al igual que respecto a los árbitros, la obligación constitucional de denunciar y combatir la corrupción aplica a las partes procesales y a sus abogados, siempre y cuando a estos últimos no les aplique las limitaciones del secreto profesional.

De acuerdo a nuestra normativa, los únicos profesionales del derecho a quienes no les aplica el deber de denunciar ante la Fiscalía el cometimiento de delitos de corrupción son quienes estén amparados por el secreto profesional⁵⁷ y que la inobservancia del secreto profesional acarreará consecuencias penales para quienes

56. Traducción libre. T. K. SPRANGE QC, N. 55.

57. COIP, N. 12, Art. 424.

lo violen⁵⁸. De hecho, la violación del secreto profesional puede ser en sí misma una forma de corrupción.

A continuación, se presentan algunos aspectos que deben ser tomados en cuenta respecto a la actuación de las partes y de sus abogados frente a actos de probable corrupción que se ventilen en arbitraje y se comentan sobre el deber adicional de los servidores públicos que llegan a tener conocimiento de actos de corrupción mediante su participación en un arbitraje.

4.2.1 Buena y mala fe de las partes procesales

En los negocios, al igual que en el arbitraje, las partes pueden actuar con o sin buena fe. Vale recordar que la buena fe se presume y la mala fe se debe probar. Quien lleva sus negocios correctamente, en apego al derecho y en observancia de buenas prácticas profesionales, probablemente se manejará adecuadamente en un arbitraje. La parte que actúa de buena fe y que no es responsable del acto de corrupción que se discute en el arbitraje, estará generalmente dispuesta a colaborar para que el árbitro reciba los elementos de juicio necesarios para pronunciarse al respecto. Más aun, puede ser una buena estrategia procesal poner en evidencia que la otra parte ha actuado de mala fe o, más aun, ha cometido actos de corrupción que han causado daños.

Por el contrario, quien realiza sus negocios en violación de la ley, y específicamente valiéndose de actos corruptos, es muy probable que actuará en el arbitraje valiéndose de estrategias legales cuestionables. Este tipo de partes procesales tratará de impedir que el árbitro entre a analizar el acto potencialmente corrupto y para ello se servirá de incidentes o amenazas.

Usualmente no llegan a arbitraje los casos en los que una parte tiene toda la razón y todos los hechos le favorecen, mientras que la otra parte tiene toda la responsabilidad y los hechos así lo demuestran. Sin embargo, los árbitros suelen tener la suficiente

58. COIP, N. 12, Art. 179.

experiencia para identificar si una o ambas partes realizaron negocios ilegales y/o si las partes procesales actúan de mala fe con la intención de ocultar actos potencialmente corruptos.

Sucede en ocasiones que una de las partes procesales insinúa ante el árbitro que la otra parte ha cometido un acto de corrupción, pero no aporta pruebas suficientes de tales actos. Debemos considerar que en el arbitraje aplica el principio general de que cada parte tiene la responsabilidad de probar lo que afirma⁵⁹. Por ello, si una parte se limita a insinuar que la otra parte procesal ha cometido actos ilegales o corruptos sin aportar pruebas de ello, no está cumpliendo con las reglas de la carga de la prueba. Si es que una parte procesal acusa a la otra de corrupción sin que presente pruebas de ello, se debe asumir que sus acusaciones son una estrategia procesal que carece de fundamento o, en ciertas circunstancias, que quien está actuando de mala fe con la intención de tratar de dañar la reputación de su contraparte. Este tipo de prácticas han sido llamadas “maneras venenosas de conducir el litigio”⁶⁰.

En ciertas ocasiones, una parte procesal que ha obrado con buena fe, solicita al árbitro que remita documentación sobre el posible cometimiento de un delito a la Fiscalía. Si bien todos los tribunales arbitrales tienen la capacidad de enviar ese tipo de información a la Fiscalía, el hecho de que el árbitro no remita una denuncia no impide que la parte procesal cumpla con la misma tarea de denuncia. Sucede que las partes procesales que actúan de buena fe sienten los mismos temores que siente el árbitro de que su denuncia les acarree problemas futuros y por ello son reacios a denunciar actos de corrupción.

Respecto a los abogados de parte, además de la obligación constitucional de denunciar y combatir la corrupción, éstos deben observar las obligaciones de “actuar al servicio de la justicia”⁶¹, “patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, ve-

59. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Art. 169, RO Sup., No. 506, 22/5/2015.

60. Traducción libre. Caso UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, 01/12/2005, Opinión separada de Thomas Wälde.

61. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 2, Art. 330(1).

racidad, honradez y buena fe”⁶², “denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía”⁶³ y “proceder con arreglo a las leyes”⁶⁴. Bajo estos deberes, el abogado de parte además de procurar que el árbitro y la otra parte actúen con apego a la ley y no cometan actos de corrupción, también tiene la tarea de asegurarse que su representado actúe de igual manera. Claro está, bajo las reglas del secreto profesional, el abogado no está obligado a denunciar a su cliente cuando éste sea el responsable de un ilícito⁶⁵.

4.2.2 Deber del servidor público ante la corrupción

Como ya se analizó, los servidores públicos tienen un deber adicional de denunciar actos de corrupción puesto que el incumplimiento a este deber puede resultar en su privación de libertad⁶⁶. Bajo este deber adicional, si un servidor público comparece al proceso, ya sea como representante de una parte procesal (entidad pública), como testigo o de cualquier otra manera, y si dentro de ese proceso se ventila un potencial acto de corrupción, el servidor público quedará automáticamente informado sobre el probable delito y estará obligado a denunciar el acto de corrupción ante la Fiscalía.

Si es que un servidor público no cumple con esta obligación, habrá violado el COIP y deberá atenerse a la sanción de privación de libertad ahí prevista. En tal caso, la o las otras partes procesales podrán denunciar al servidor público que no cumpla con su deber de denunciar.

62. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 2, Art. 330(2).

63. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 2, Art. 330(8).

64. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 2, Art. 330(9).

65. COIP, N. 12, Art. 424.

66. COIP, N. 12, Art. 422(1).

5. RIESGO DE QUE LA DENUNCIA SEA DECLARADA MALICIOSA O TEMERARIA

Probablemente lo que más preocupa a árbitros, partes procesales y abogados de parte cuando evalúan la posibilidad de denunciar actos de corrupción es que la denuncia sea declarada maliciosa o temeraria.

Las consecuencias de que una denuncia sea declarada maliciosa (esto es, que la denuncia tiene la intención de causar daño) o temeraria (esto es, que la denuncia sea falsa o calumniadora) son varias. La denuncia declarada como maliciosa acarrea pena privativa de libertad de seis meses a un año⁶⁷ y la denuncia que sea declarada como temeraria obligará al denunciante a pagar las costas judiciales y reparar integralmente al perjudicado⁶⁸. En ambos casos, el denunciado sobreseído podrá iniciar acciones penales en contra del denunciante⁶⁹.

En la práctica el riesgo de que una denuncia sea declarada maliciosa o temeraria es bajo. Esto se debe a que la persona que se considere víctima de una denuncia maliciosa y/o temeraria tendrá que demostrar que su denunciante actuó con ligereza (temeridad) y/o con maliciosidad (mala fe). Probar temeridad o malicia es tremendamente complicado. Aún más complicado será plantear una denuncia por malicia y temeridad en contra de una persona que ha presentado su denuncia en un ejercicio de buena fe y en apego a su obligación constitucional de denunciar y combatir la corrupción. Si un ciudadano cualquiera, un árbitro o un abogado de parte presenta una denuncia de buena fe en contra de un tercero por presuntos actos de corrupción, entonces ese denunciante no debe temer en el fondo que ese tercero intente acciones legales del tipo que sean.

67. COIP, N. 12, Art. 271.

68. COIP, N. 12, Art. 606.

69. COIP, N. 12, Art. 606.

6. CONCLUSIONES

Las siguientes son las conclusiones que resultan de este análisis:

- i. El arbitraje, como mecanismo de administración de justicia puede y debe ser utilizado para cumplir con el deber constitucional de denunciar y combatir la corrupción.
- ii. La corrupción es un concepto amplio que abarca actos de uso indebido del poder para influenciar indebidamente a terceros que pueden ser servidores públicos o personas privadas. La corrupción no se limita a infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal.
- iii. Como ciudadanos, operadores o usuarios del arbitraje, tenemos la obligación legal, además de ética, de denunciar actos de corrupción, salvo que existan limitaciones legales expresas tales como el secreto profesional.
- iv. Existen varios momentos y maneras en los que actos de corrupción pueden llegar a tener relevancia dentro de un arbitraje. En tales casos, el árbitro tiene la capacidad de estudiar los hechos que sean importantes para corroborar o desvanecer el cometimiento de actos de corrupción. Esta tarea puede presentar varios riesgos, problemas y límites que deberán ser manejadas adecuadamente por el árbitro para cumplir con su mandato.
- v. Las partes procesales y los abogados de parte que actúan de buena fe también tienen que cumplir con su deber de denunciar y combatir la corrupción cuando sus contrapartes procesales han cometido tales actos.
- vi. Los servidores públicos que incumplan su obligación de denunciar y combatir la corrupción deberán atenerse a sanciones penales por tal inobservancia de las normas aplicables.

CABEZAS WRAY & ALBÁN

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

—
Alberto Wray
Ernesto Albán Ricaurte
Verónica Arroyo
Marcelo Salvador Ron
Marisol Romero Cajiao
—



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

El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción: una evaluación crítica de la doctrina *in pari delicto* y la excepción de corrupción

María Gracia Naranjo Ponce*

Recibido/Received: 24/07/2018
Aceptado/Accepted: 31/07/2018

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aspectos preliminares. 2.1 Corrupción. 2.2 Arbitraje de inversiones. 2.3 El estrecho vínculo entre la corrupción y el arbitraje de inversiones. 3. La defensa de ilegalidad o corrupción. 3.1 Aplicación en el arbitraje de inversiones. 3.2 Efectos sobre la competencia del tribunal arbitral. 3.3 Evaluación crítica de la defensa de corrupción en el arbitraje de inversiones. 4. La doctrina *in pari delicto*. 4.1 Definición. 4.2 La doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones. 4.3 Sobre la necesidad de reevaluar la aplicabilidad de la doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones. 4.3.1 La doctrina *in pari delicto* tiene sentido únicamente en relaciones simétricas. 4.3.2 Su aplicación en el arbitraje de inversiones desnaturaliza su esencia al situar al inversionista en una posición desaventajada. 4.3.3 Su aplicación en el arbitraje de inversiones no contribuye con las políticas anticorrupción. 5. Posibles soluciones. 6. Resumen y conclusiones.

* Asociada en Santos Burbano de Lara. Profesora adjunta en materias introductorias y de derecho civil en la Universidad San Francisco de Quito. Abogada y Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: mariagracionaranjo@gmail.com

M. G. NARANJO PONCE, "El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción: una evaluación crítica de la doctrina *in pari delicto* y la excepción de corrupción", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.

PALABRAS CLAVE: arbitraje de inversiones, corrupción, defensa de corrupción, defensa de ilegalidad, *in pari delicto*.

KEYWORDS: investment arbitration, corruption, corruption defense, illegality defense, *in pari delicto*.

RESUMEN: En este artículo se analizan las herramientas con las que cuenta el arbitraje de inversiones para lidiar con los actos de corrupción que preceden a las controversias que son llevadas a este mecanismo de resolución de disputas. Específicamente, se realiza una evaluación de la figura de la defensa de corrupción y la doctrina *in pari delicto*, en virtud de las cuales los tribunales arbitrales rechazan los reclamos de los inversionistas que han cometido prácticas de corrupción. Exponemos que estas figuras no parecen desincentivar que los Estados cometan actos de corrupción y no contribuyen con las políticas anticorrupción.

ABSTRACT: This article analyzes the existing tools in investment arbitration in order to deal with the acts of corruption that precede the disputes that are brought to this forum. Specifically, it evaluates the corruption defense and the *in pari delicto* doctrine, by virtue of which the arbitral tribunals reject the claims of investors who have committed corrupt practices. We expose that these figures do not seem to discourage States from committing acts of corruption and do not contribute to the anti-corruption policies.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversiones es un método de resolución de disputas en el cual se ventilan controversias entre inversionistas y Estados. A través del arbitraje de inversiones, los inversionistas tienen la posibilidad de reclamar por el incumplimiento de las protecciones o beneficios que los Estados receptores se comprometen a otorgarles mediante los tratados de inversión celebrados con sus Estados de origen.

No es poco frecuente que en un arbitraje de inversiones surjan alegaciones de que han existido actos de corrupción en los procesos relacionados con la inversión o en el desarrollo de la inversión en sí. En vista de esto, es de vital importancia que el arbitraje de inversiones esté dotado de las herramientas necesarias para desincentivar, evitar y sancionar los actos de corrupción que se han cometido en los procesos relacionados con la inversión.

En el presente ensayo estudiaremos la figura de la defensa o excepción de ilegalidad o corrupción, la cual es utilizada por los Estados para excepcionarse y evitar que prosperen los reclamos en su contra cuando han existido actos de corrupción como antecedente a la controversia; pues su finalidad es objetar la competencia del tribunal arbitral para conocer un reclamo por una controversia vinculada con actos de corrupción.

También evaluaremos con detenimiento la doctrina *in pari delicto*, la cual sirve como fundamento para la defensa de corrupción. Sobre la base de esta doctrina, frente a una alegación de corrupción, los tribunales arbitrales deben abstenerse de conocer controversias precedidas por actos de corrupción, a fin de evitar conceder remedio legal a una de las partes cuando son ambas las que han intervenido en actos de esta naturaleza.

Tras estudiar con detenimiento estas dos figuras, analizaremos de qué manera permiten, o impiden, que el arbitraje de inversiones sea un mecanismo de resolución de controversias que lidie adecuadamente con los actos de corrupción que llegan a conocimiento de un tribunal arbitral. Proponemos que es necesario realizar una revaluación de estas figuras y de su aplicabilidad en el arbitraje de inversiones. Consideramos que, si bien en disputas de otra naturaleza constituyen mecanismos adecuados para desincentivar los actos de corrupción, en el arbitraje de inversiones, específicamente, sitúan al inversionista en una situación desaventajada frente al Estado, al castigarle únicamente a este por los actos de corrupción que ambos han cometido; lo que no necesariamente genera desincentivos para que los Estados intervengan en prácticas corruptas.

Nuestra exposición está dividida de la siguiente manera: primero, nos referiremos de manera general a la corrupción en el marco del arbitraje de inversiones. Posteriormente, explicaremos cuáles son sus consecuencias jurídicas, con un especial énfasis en la posibilidad que tienen los Estados de objetar la competencia de los tribunales arbitrales al excepcionarse con la defensa de corrupción. Después, explicaremos que la incompetencia de los tribunales arbitrales para conocer controversias precedidas por actos de corrupción encuentra su fundamento en la doctrina *in pari delicto*. Al estudiar con detenimiento esta figura, evidenciaremos de qué manera su aplicación genera que las consecuencias jurídicas de la corrupción recaigan únicamente sobre el inversionista y explicaremos por qué no resulta conveniente su aplicación en el arbitraje de inversiones. Finalmente, propondremos una serie de posibles soluciones para procurar que el arbitraje dé un mecanismo de resolución de disputas que guarde armonía con la lucha contra la corrupción. Terminaremos con un resumen de nuestro trabajo y una exposición de nuestras conclusiones.

2. ASPECTOS PRELIMINARES

En esta sección nos referiremos de manera general a la corrupción en el marco del arbitraje de inversiones. Explicaremos brevemente los conceptos de corrupción y arbitraje de inversiones, para así estudiar el estrecho vínculo que existe entre ambos.

2.1 Corrupción

La organización no gubernamental Transparencia Internacional ha definido a la corrupción como el abuso del poder público para el beneficio privado¹. En la actualidad, “no existe un consenso sobre qué actos en específico deben ser condenados como actos de corrupción, sean estos por ejemplo: pago de coimas, tráfico de influencias, cabildeo, entre otros”². Sin embargo,

1. Transparency International, *What is corruption?*, <<https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>> (05/07/2018).
2. J. JARAMILLO TROYA, “Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 191.

independientemente de su definición, la corrupción es un fenómeno repudiado por todo ordenamiento jurídico y naturalmente contrario al orden público y a los principios generales del derecho³. Sus consecuencias políticas, económicas y sociales son profundas⁴.

En las últimas décadas han tenido lugar una serie de importantes esfuerzos internacionales para combatir la corrupción. Por ejemplo, en 1997 se celebró la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la cual son signatarios todos los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y 8 países no miembros⁵. Este instrumento internacional nos da luces acerca de los actos que configuran corrupción y sus consecuencias jurídicas y, además, en sus artículos 1 y 3 obliga a los Estados parte a tipificar y castigar las prácticas de corrupción⁶.

Por su parte, en 1996, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos adoptaron la Convención Interamericana contra la Corrupción, que enlista una serie de actos que se enmarcan dentro de la definición de corrupción y llama a los Estados parte a implementar las medidas necesarias para sancionar los actos de tal naturaleza⁷. En 2003, la Organización de Naciones Unidas adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que establece una serie de medidas que los Estados deben implementar a fin de evitar las prácticas de corrupción⁸. Similares iniciativas fueron desarrolladas por los Estados europeos en 1999⁹ y por la Unión Africana, en 2003¹⁰.

3. A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on international commercial arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 131. Citado por J. JARAMILLO TROYA, N. 2, p. 191.

4. Transparency International, *What are the costs of corruption?*, <<https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>>, (05/07/2018).

5. OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997, Arts. 1 y 3, <goo.gl/gQHCxv> (10/07/2018).

6. OECD Convention, N. 5, Arts. 1 y 3.

7. Convención Interamericana contra la Corrupción, <goo.gl/vGgX67>, (09/07/18).

8. United Nations Convention Against Corruption (2003).

9. The Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption (1999).

10. The African Union Convention on Combating Corruption (2003).

Es evidente que el marco legal internacional anticorrupción se ha fortalecido de manera sustancial en las últimas décadas¹¹. No obstante, a pesar de los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales para combatir las prácticas de corrupción, esta continúa manifestándose como un problema frecuente y común en una inmensa cantidad de Estados. Como mencionan REDFERN y HUNTER, a pesar del consenso general respecto de la necesidad de erradicar la corrupción, “la práctica de los Estados no siempre coincide con aquello que predicamos”¹².

2.2 Arbitraje de inversiones

A diferencia del arbitraje comercial, donde las disputas surgen, por lo general, de relaciones contractuales entre particulares; en el arbitraje de inversiones las disputas derivan del incumplimiento de tratados celebrados entre Estados soberanos¹³. Las disputas que surgen de los tratados bilaterales de inversión son llevadas a arbitraje de inversiones en virtud de disposiciones contenidas en los propios tratados de inversión, mas no de un acuerdo de voluntades directo entre el inversionista y el Estado.

En un arbitraje de inversiones, los inversionistas reclaman al Estado por el incumplimiento de las garantías o beneficios que se comprometieron a otorgar a sus inversiones en virtud del tratado que los ampara. De esta manera, el arbitraje de inversiones fue diseñado como un mecanismo para proteger a los inversionistas y a las inversiones en sí, mas no para tutelar los intereses de los Estados¹⁴, pues justamente el objetivo de los tratados de esta na-

11. Véase, J. WOUTERS, C. RYNGAERT y A. S. CLOOTS, “The Fight Against Corruption in International Law”, *Lewen Centre for Global Governance Studies*, Working Paper No. 94, 2012. “*The international anti-corruption legal framework has been substantially strengthened in the past two decades, with impressive progress being made at both global and regional levels. Nevertheless, the work is far from over*”.
12. A. REDFERN *et al.*, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, La Ley, 2007, párr. 3-20, p. 233.
13. L. O’TOOLE, “Investment Arbitration: A Poor Forum for the International Fight Against Corruption”. *Yale Journal of International Law*, 2016.
14. Véase D. TAMADA, “Host States as Claimants: Corruption Alegations”, en S. LALANI y R. POLANCO LAZO, *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 103. “*Investor-State arbitration, also called ISDS (Investor-State Dispute Settlement) was allegedly designed, not to protect the host State’s interests, but to protect investments and investors*”.

turalidad es promover la inversión¹⁵. Por ende, usualmente es considerado como un método de resolución de disputas asimétrico, unilateral y pro inversionista¹⁶.

Por lo dicho, y dada la naturaleza de este mecanismo de resolución de disputas, en un arbitraje de inversiones invariablemente el actor será el inversionista y el demandado será el Estado. Tomando en cuenta que el inversionista no es parte del tratado bilateral de inversión que le ampara para el desarrollo de la inversión, es difícil contemplar la posibilidad de que el Estado pueda demandar al inversionista en los términos de dicho tratado¹⁷. Como lo explican TORAL y SCHULTZ:

Si bien el número de casos sometidos al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y otros tribunales de arbitraje de inversión ha aumentado espectacularmente, el número de procedimientos de arbitraje iniciados por los estados ha permanecido extremadamente bajo, dejando al estado en el papel de demandado perpetuo¹⁸.

2.3 El estrecho vínculo entre la corrupción y el arbitraje de inversiones

En el ámbito de las inversiones, las prácticas de corrupción usualmente consisten en actividades que involucran tanto a inversionistas como a agentes gubernamentales del Estado en el que se efectúa la inversión. A través de estas prácticas, el inver-

15. Véase, ibídem, *“The imbalance stems from the basic purpose of the IIAs (International Investment Agreements): to protect and promote the investment. In other words, investment arbitration has not been designed to create liability for investors”*.

16. Véase, ibídem, *“It is based on the imbalanced relationship between investors (the claimants) and host States (the respondents), exclusively in favor of the former. It has thus been called ‘asymmetric’, ‘unilateral’ and ‘pro investor’”*.

17. Véase, M. TORAL y T. SCHULTZ, *“The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations”*, en M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K. LIZ CHUNG, y C. BALCHIN (Eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010, p. 578. *“As the investor is not a party to the BIT, a state can hardly imagine bringing even a counter-claim against an investor through arbitration under the terms of such a treaty, let alone a direct claim”*.

18. Traducción libre. M. TORAL y T. SCHULTZ, N. 17, p. 578. *“While the number of cases submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) and other investment arbitral tribunals has risen spectacularly, the number of arbitration proceedings initiated by states has remained extremely low, leaving the state in the role of perpetual respondent”*.

sionista obtiene resultados favorables a sus peticiones o solicitudes a cambio de, por lo general, el pago de una suma de dinero o prestaciones de otra naturaleza a favor de funcionarios del gobierno¹⁹.

Estas prácticas no son poco frecuentes. En opinión de DAI TAMADA, las inversiones en obras públicas, construcción, bienes raíces, petróleo, minería, entre otras, se constituyen como los sectores más propensos a la corrupción precisamente porque sus procesos requieren de extensas negociaciones con oficiales gubernamentales²⁰.

Por lo antedicho, el arbitraje de inversiones es un contexto en el cual es sumamente plausible que se presenten alegaciones de corrupción. Las alegaciones de corrupción en el marco del arbitraje internacional han incrementado en los últimos años²¹. Por ende, los tribunales arbitrales se enfrentan cada vez con más frecuencia a la disyuntiva de si deben conocer o no controversias precedidas por actos de corrupción.

A pesar que las regulaciones anticorrupción en la actualidad son vastas, el problema ha girado en torno a su aplicabilidad en ámbitos como el arbitraje de inversiones²². A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos locales, donde las consecuencias jurídicas de los actos de corrupción tienden a estar tipificadas, no es del todo evidente cuál es la forma en la que deben proceder los tribunales arbitrales internacionales frente a alega-

19. J. SUMMERFIELD, "The Corruption Defense in Investment Disputes: A Discussion of the Imbalance between International Discourse and Arbitral Decisions", *Transnational Dispute Management*, Vol. 6 (1), 2009, p. 2.
20. D. TAMADA, "Fight against Corruption and International Investment Law", *Kyoto Seminar on International Investment Law*, 2014.
21. Véase M. W. FRIEDMAN, F. LAVAUD y J. J. MARLEY, "Corruption in International Arbitration: Challenges and Consequences", *Global Arbitration Review*, <<https://globalarbitrationreview.com/chapter/1146893/corruption-in-international-arbitration-challenges-and-consequences>>, (22/06/18). "Corruption allegations have increasingly arisen in international arbitration and there is no reason to think that this trend will slow down in the immediate future. Tribunals faced with such allegations will, therefore, continue to develop a coherent approach that balances the importance of promoting anti-corruption with fairness to the parties".
22. Véase D. TAMADA, N. 14, p. 107. "The problem, however, has been the applicability of corruption regulation in the international arena, such as investment arbitration".

ciones de corrupción²³. En palabras de DAI TAMADA, “a pesar de que la corrupción se encuentra ampliamente regulada por las leyes locales y el derecho internacional, no es claro qué tipo de consecuencias jurídicas [...] derivan de la corrupción, especialmente en el marco del derecho internacional de las inversiones”²⁴.

No obstante, la corrupción ha sido universalmente condenada por las cortes y tribunales arbitrales. Así lo ha expresado también el Comité de Arbitraje Internacional de la Asociación de Derecho Internacional, al referirse a que existe un “consenso internacional en cuanto a que la corrupción y el soborno resultan contrarios al orden público internacional”²⁵.

En principio, el arbitraje de inversiones puede ofrecer herramientas que favorecen las políticas en contra de la corrupción. Por ejemplo, el hecho de que las disputas sean resueltas en un medio ajeno e independiente evita que los Estados tengan incentivos para incursionar en prácticas corruptas conociendo que en sus cortes locales podrían no ser juzgados por ello.

Sin embargo, como se expondrá más adelante, existen ciertas figuras en el arbitraje de inversiones que podrían frustrar los esfuerzos para combatir la corrupción y minimizar el impacto de las bondades que este mecanismo de resolución de disputas entre Estados e inversionistas ofrece en pos de la lucha contra la corrupción.

Por ejemplo, cuando un inversionista presenta un reclamo en contra del Estado, y la inversión realizada por este ha tenido relación con actos de corrupción, el Estado tiene la posibilidad de excepcionarse con la defensa de corrupción. Esta defensa u excepción tiene como propósito objetar la competencia del tribunal arbitral sobre la base de la doctrina *in pari delicto*, que impide que

23. M. W. FRIEDMAN, F. LAVAUD y J. J. MARLEY, N. 21.

24. Traducción libre. D. TAMADA, N. 14, p. 103. “*Although corruption is widely regulated by domestic laws and international law, it is not yet clear what kind of legal consequences [...] can be found with regard to corruption, especially in the framework of international investment law*”.

25. Comité de la ILA sobre Arbitraje Internacional, *Interim Report on Public Policy as a bar to enforcement of international arbitral awards*, Conferencia dictada en Londres, 2000, p. 22. Citado por A. REDFERN *et al.*, N. 12, p. 233.

los mecanismos de justicia tutelen a quienes han cometido un ilícito y reclaman por ello. A pesar de que, a simple vista, estos mecanismos parecen servir como desincentivos para que los inversionistas incursionen en prácticas corruptas, en este trabajo demostraremos que pueden tener un efecto contraproducente y frustrar los objetivos de las políticas internacionales anticorrupción.

3. LA DEFENSA DE ILEGALIDAD O CORRUPCIÓN

La defensa de ilegalidad o corrupción es una excepción que se basa en el principio de que los actores de una controversia no deben recibir remedio legal si sus reclamos estuvieron precedidos por actos ilegales²⁶. La defensa de ilegalidad encuentra sus orígenes en el aforismo *ex turpi causa non oritur actio*, que expresa que ningún reclamo puede tener como causa un acto ilícito²⁷. Asimismo, guarda una estrecha relación con el adagio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* que deriva en el impedimento de beneficiarse del propio dolo.

Por ende, el invocar la defensa de ilegalidad conlleva al rechazo del reclamo presentado por la parte actora. Cuando la parte demandada de una controversia invoque esta excepción, la instancia ante la que se presente el reclamo, sea o no la justicia ordinaria, deberá abstenerse de conocer el reclamo, pues hacerlo implicaría activar los mecanismos de justicia a favor de quienes han cometido ilícitos y podría resultar en consagrar remedio legal a una de las partes a pesar de que se encuentre en igual culpa que la otra con respecto al cometimiento del ilícito.

En la presente sección estudiaremos la aplicación de esta figura en el arbitraje de inversiones y sus consecuencias sobre la competencia del tribunal arbitral. Además, realizaremos una eva-

26. Véase, L. CAYLOR y M. S. KENNEY, “*In pari delicto* and *Ex Turpi Causa*: The Defense of Illegality – Approaches Taken in England and Wales, Canada and the US”, *Business Law International*, Vol. 18 (3), 2017, p. 259. “*The defense of illegality is grounded on the principle that a plaintiff should not be permitted to recover damages that arise from his or her own illegal or immoral conduct*”.

27. L. CAYLOR y M. S. KENNEY, N. 26, p. 260.

luación crítica de la misma a fin de determinar si es o no una herramienta que favorece los objetivos en contra de la corrupción.

3.1 Aplicación en el arbitraje de inversiones

En el arbitraje de inversiones, la invocación de la defensa de corrupción, por lo general, ocurre en el siguiente escenario: “[e]l inversor reclama contra el Estado, acusándole de un incumplimiento de las garantías a las inversiones extranjeras [...] [y] el Estado se defiende, argumentando que el inversor realizó su inversión mediante actos de corrupción”²⁸.

La finalidad de alegar la defensa de corrupción es convencer al tribunal de que no escuche los méritos de la controversia, ya sea por considerarlo incompetente para conocer reclamos vinculados con corrupción²⁹ o por considerar al reclamo inadmisibles³⁰.

La defensa de corrupción fue reconocida por primera vez en el caso CCI No. 1110, en 1963. Cabe acotar que el caso en mención se trató de un arbitraje comercial y no de un arbitraje en materia de inversiones, y que las consecuencias jurídicas de la corrupción difieren en los mencionados ámbitos. No obstante, los efectos de esta alegación en el caso citado reflejan la naturaleza jurídica de esta figura.

En el mencionado caso, cuando el árbitro único constató que existieron actos de corrupción en el desarrollo del contrato que

28. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, “La lucha contra la corrupción desde el arbitraje”, *VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*, 2018, p. 25.

29. Véase, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, ICSID Caso No. ARB/03/26. “[E]l Tribunal estima que, debido a que la inversión de Inceysa fue realizada en forma abiertamente ilegal, no está comprendida dentro de los alcances del consentimiento expresado por España y la República de El Salvador en el APPRI y, en consecuencia, las diferencias derivadas de ella no están sometidas a la jurisdicción del Centro. Consecuentemente este Tribunal de Arbitraje se declara incompetente para conocer de la controversia que le ha sido planteada”. Citado por J. M. DE LA JARA y E. IÑIGUEZ, “The Case Against the Corruption Defense”, *EFILA Blog*, <<https://efilablog.org/2017/05/16/the-case-against-the-corruption-defense>> (19/06/18).

30. Véase, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, ICSID Caso No. ARB/06/5, párr. 145. “It follows from these findings that the Tribunal lacks jurisdiction over the Claimant’s request, as the Tribunal concludes that the Claimant’s purported investment does not qualify as a protected investment”. Citado por J. M. DE LA JARA y E. IÑIGUEZ, N. 29.

era objeto de la controversia, resolvió declinar su competencia “estableciendo que un contrato en el que se vulnera de manera frontal la buena moral y el orden público internacional, no puede ser materia de tutela judicial y menos aún de una decisión arbitral”³¹. Su decisión se fundamentó “en el principio universal del derecho *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* bajo el cual se genera una prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas”³².

La decisión del árbitro único en el caso CCI No. 1110 fue sumamente criticada. En virtud del principio de separabilidad, muchos han sostenido que el árbitro debía declararse competente para conocer la controversia, pues los actos de corrupción que afectaban al contrato del cual esta surgió no afectaban a la cláusula arbitral. En el arbitraje de inversiones, en cambio, donde no existe un acuerdo arbitral entre las partes de la controversia y la competencia del tribunal arbitral deriva del tratado de inversión, el principio de separabilidad no resulta aplicable.

Como se expondrá a continuación, en el arbitraje de inversiones esta defensa ha sido invocada en numerosos casos y su efecto ha sido, precisamente, la incompetencia del tribunal arbitral.

3.2 Efectos sobre la competencia del tribunal arbitral

Ante las excepciones de corrupción presentadas por los Estados, los tribunales arbitrales han tendido a declararse incompetentes. La respuesta predominante de los tribunales arbitrales frente a alegaciones de corrupción ha sido una de cero tolerancia, cuyo efecto ha sido denegar el reclamo sobre la base de su incompetencia en razón de la materia, dado que las inversiones desarrolladas con corrupción no están amparadas por los tratados de inversión³³.

31. J. JARAMILLO TROYA, N. 2, p. 203.

32. *Ibidem*.

33. D. TAMADA, N. 14, p. 116.

Los tribunales arbitrales han considerado que los tratados de inversión ofrecen protecciones especiales a los inversionistas, pero que dichos beneficios no pueden extenderse a inversiones manchadas de actos de corrupción en cualquiera de sus fases³⁴. Algunos tratados bilaterales de inversión tienen incorporados en sus textos disposiciones expresas acerca de la necesidad de que las inversiones se realicen en cumplimiento de las leyes y regulaciones de los Estados contratantes³⁵.

Dado que los beneficios y protecciones concedidos a los inversionistas en virtud de un tratado bilateral de inversión no pueden resultarles aplicables en presencia de actos de corrupción, resulta evidente que la disposición que les faculta a acudir a arbitraje, contenida en el propio tratado de inversión, tampoco les ampara³⁶. Por ende, si un inversionista reclama en vía arbitral el incumplimiento de una disposición contenida en un tratado de inversión, habiéndose verificado actos de corrupción, el tribunal arbitral difícilmente podrá conocer la disputa. El Estado, seguramente, alegará la defensa de corrupción o ilegalidad; excepción que impedirá que el tribunal arbitral conozca la disputa.

Por lo expuesto, en el arbitraje de inversiones, una alegación de corrupción parece ser una cuestión relativa a la jurisdicción y no a los méritos de la controversias³⁷. Como se mencionó con anterioridad, los tratados bilaterales de inversión en ocasiones especifican que las inversiones deben hacerse conforme a la ley. Entonces, una inversión realizada de manera contraria a las estipulaciones del propio tratado no podrá beneficiarse de las disposiciones del mismo, al no cumplir con el requisito de legalidad³⁸.

34. L. O'TOOLE, N. 13.

35. *Ibidem*.

36. Véase, A. MARTÍNEZ, "Invoking State Defenses in Investment Treaty Arbitration", en M. WAIBEL *et al.* (Eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010, p. 327. "The state is thus no longer bound by the agreement or treaty which it is alleged to have breached".

37. Véase, M. W. FRIEDMAN, F. LAVAUD Y J. J. MARLEY, N. 21. "In the investment context, tribunals appear more likely to treat corruption as an issue of jurisdiction when the alleged corruption is said to have induced the investment and when the treaty expressly specifies that investments must be made legally, and to treat such allegations as an issue of admissibility or merits when the alleged corruption arises later during performance".

38. Véase, *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, ICSID Caso No. ARB/10/3.

Así, el arbitraje no será el mecanismo de resolución de las controversias que surjan de dicha inversión.

Sobre la base de lo dicho, se ha considerado que:

La corrupción debe ser analizada en la etapa de jurisdicción por aplicación de la «doctrina de las manos limpias», según la cual un sujeto no puede interponer un reclamo cuando ha cometido actos ilícitos con relación a su materia. En virtud de ello, se considera que el inversor que ha cometido actos de corrupción pierde el derecho a aceptar el consentimiento al arbitraje otorgado anticipadamente por el Estado: Al no poder aceptar dicho consentimiento, no hay acuerdo arbitral ni arbitraje³⁹.

Así lo han resuelto una serie de tribunales internacionales en reconocidos casos. Muchos de ellos han manifestado de manera expresa al momento de declinar su competencia que la inversión de la cual deriva la controversia que fue puesta en su conocimiento no cumple con el requisito de legalidad⁴⁰. Aquello ocurrió, por ejemplo, en el caso *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*. La decisión del tribunal arbitral acerca de su competencia sobre este caso es usualmente vista como la primera que niega la legitimación activa del inversionista por corrupción, invocando el propio texto del tratado de inversión⁴¹.

Metal-Tech era una compañía israelí que realizó una inversión en Uzbekistán amparada en un tratado bilateral de inversión entre Israel y Uzbekistán. La compañía alegada que su inversión había sido expropiada y presentó un reclamo para obtener una compensación. El Estado presentó una excepción de incompetencia del tribunal arbitral acusando al inversionista de haber pagado más de cuatro millones de dólares a agentes estatales a

39. F. GODOY, “El Tratamiento de las Denuncias de Corrupción en el Marco del Arbitraje de Inversiones Extranjeras”, *BA Arbitration Review*, No. II, 2013.

40. Véase, Z. DOUGLAS, “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review*, Vol. 29 (1), 2014, pp. 155-156. “A rule that has emerged from several investment treaty cases is that if the investment has been acquired by the foreign national in violation of the host State’s laws and the effect of that violation is to render the investment ‘illegal per se’ or ‘illegal as such’, then the tribunal is without jurisdiction to entertain the foreign national’s claims in arbitration”.

41. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, N. 28, pp. 26-27.

cambio de tratos favorables en el proceso de aprobación de su inversión⁴². Dado que el inversionista no estuvo en capacidad de desvirtuar las mencionadas acusaciones y que existían pruebas contundentes que corroboraban las acusaciones del Estado de Uzbekistán, el tribunal arbitral concluyó que la inversión se realizó en violación de la ley Uzbeke y, por ende, que el inversionista no cumplió con el requisito de realizar sus inversiones en observancia con las leyes de Uzbekistán. Por lo tanto, consideró que carecía de jurisdicción⁴³.

Al concluir que este era incompetente, el tribunal enfatizó en que el tratado bilateral de inversión aplicable⁴⁴ contenía un requisito expreso de legalidad para el desarrollo de las inversiones y manifestó lo que sigue:

Los derechos del inversionista contra el Estado anfitrión, incluido el derecho de acceso al arbitraje, no podían protegerse porque la inversión estaba contaminada por actividades ilegales, específicamente corrupción. La ley es clara, y con razón, que en tal situación el inversor se ve privado de protección y, en consecuencia, el Estado anfitrión evita cualquier responsabilidad potencial⁴⁵.

Muchos tratados de esta naturaleza exigen, a través de disposiciones expresas, que los inversionistas realicen sus inversiones en apego a las leyes nacionales del Estado receptor⁴⁶. Por ende, “[s]i el inversor ha realizado su inversión mediante actos corruptos –actos que todas las legislaciones califican como irregulares– carecerá de legitimación para demandar al Estado”⁴⁷.

42. Ídem, p. 26.

43. Ibídem.

44. Véase, Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1994. “*The term ‘investments’ shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made*”.

45. Traducción libre. *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, N. 38. “[T]he rights of the investor against the host State, including the right of access to arbitration, could not be protected because the investment was tainted by illegal activities, specifically corruption. The law is clear - and rightly so - that in such a situation the investor is deprived of protection and, consequently, the host State avoids any potential liability”.

46. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, N. 28, p. 25.

47. Ibídem.

Sin embargo, algunos tribunales han actuado de la misma manera incluso en ausencia de lenguaje expreso acerca del requisito de legalidad dentro del texto del tratado de inversión del que deriva la controversia⁴⁸. Esto en virtud del “principio implícito en el derecho internacional, que excluye de la protección [...] a aquellos inversores que al invertir hayan violado flagrantemente el ordenamiento jurídico. El resultado es igualmente que el inversor pierde la legitimación activa y el tribunal arbitral carece de jurisdicción”⁴⁹.

Por ejemplo, en el caso *World Duty Free c. República de Kenia*, el tribunal declinó su competencia a pesar de que el tratado bilateral de inversión aplicable no contenía referencia alguna a la necesidad de que las inversiones se realicen en observancia de las disposiciones legales de los países contratantes. El razonamiento del tribunal se sostuvo en que la corrupción es contraria al orden público internacional⁵⁰. Similarmente, en el caso *Phoenix v. Czech Republic*, el tribunal sostuvo que el requisito de guardar conformidad con las leyes locales del Estado en el que se realiza la inversión es una obligación implícita de los inversionistas incluso si no se lo expresa en los tratados bilaterales que los amparan⁵¹. También, en el caso *SAUR Int’l S.A. c. Argentina* y , el tribunal arbitral notó que el requisito de legalidad es una “condición tácita” en todo tratado bilateral de inversión⁵². Finalmente, en el caso *Inceysa c. El Salvador* tribunal se declaró incompetente sobre la base del (i) principio de buena fe⁵³, (ii) el principio *nemo auditur pro-*

48. Véase, J. KALICKI, D. EVSEEV y M SILBERMAN, “Legality of Investment”, en M. KINNEAR *et al.* (Eds.), *Building International Investment Law - The First 50 Years of ICSID*, 2015. “[A] number of tribunals have recognized that, irrespective of whether the applicable treaty contains an express ‘in accordance with law’ provision, only investments that are lawfully made can obtain the substantive protections of an investment treaty, including access to investor-State arbitration”.

49. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, N. 28, p. 25.

50. Véase, *World Duty Free c. República de Kenia*, ICSID Caso No. ARB/007, párr. 157. “Bribery is contrary to [...] international public policy”.

51. Véase, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, N. 30, párr. 101. “Conformity of the establishment of the investment with the national law [...] is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT”.

52. Véase, *SAUR Int’l S.A. c. Argentina*, ICSID Caso No. ARB/04/4, párr. 308. “El requisito de no haber incurrido en una violación grave del ordenamiento jurídico es una condición tácita, insita en todo APRI, pues no se puede entender en ningún caso que un Estado esté ofreciendo el beneficio de la protección mediante arbitraje de inversión, cuando el inversor, para alcanzar esa protección, haya incurrido en una actuación antijurídica”.

53. *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, N. 29, párr. 230-239.

*piam turbitudinen allegans*⁵⁴, (iii) el orden público internacional⁵⁵, y (iv) la prohibición de enriquecimiento injustificado⁵⁶.

Sobre este último punto, en particular, el tribunal enfatizó en que “[d]e declararse [...] competente para conocer de las diferencias entre las partes, estaría ignorando por completo el hecho de que, por encima de cualquier pretensión de un inversor, se encuentra una disposición meta-positiva que prohíbe atribuir efectos a un acto realizado de manera ilegal”⁵⁷.

En resumen, ante una defensa de corrupción, los tribunales arbitrales tradicionalmente han denegado su competencia, ya sea sosteniendo los beneficios de los tratados bilaterales de inversión que no son aplicados cuando la inversión ha estado vinculada con actos de corrupción. Las motivaciones detrás de esta decisión han sido variadas. Los tribunales han fundamentado esta decisión en que (i) los actos de corrupción atentan contra el requisito de legalidad contemplado en los tratados bilaterales de inversión⁵⁸; (ii) los actos de corrupción atentan contra el orden público internacional y los principios generales del derecho, como la buena fe o la ineficacia del dolo propio⁵⁹.

3.3 Evaluación crítica de la defensa de corrupción en el arbitraje de inversiones

Como se ha dicho, frente a la invocación de una defensa de corrupción, muchos tribunales arbitrales han optado por un enfoque de “todo o nada” (*all-or-nothing*)⁶⁰. Utilizando este enfoque, los tribunales arbitrales han considerado que no pueden conocer casos precedidos por corrupción⁶¹. En el caso *World Duty Free c. República de Kenia*, por ejemplo, el inversionista, actor en el arbitraje, fue quien efectuó un pago millonario al presidente de Kenia

54. Ídem, párr. 240-244.

55. Ídem, párr. 245-252.

56. Ídem, párr. 248.

57. Ídem, párr. 248.

58. Véase, Z. DOUGLAS, N. 40, pp. 155-156.

59. Véase, ídem, pp. 155-156.

60. M. W. FRIEDMAN, F. LAVAUD y J. J. MARLEY, N. 21.

61. *Ibidem*.

en negociaciones relacionadas con la obtención de los permisos para operar en los aeropuertos de Kenia; por lo que el tribunal consideró que su demanda era inadmisibile, independientemente del hecho de que un representante del Estado de Kenia haya sido quien aceptó la coima⁶².

En principio, la excepción de corrupción parecería ser un mecanismo que favorece los objetivos en contra de la corrupción. Parecería ser una forma de sanción para el inversionista que intervino en actos de corrupción al impedirle sustanciar un reclamo en sede arbitral por un hecho emanado de dicho acto.

Sin embargo, es poco probable que, de verificarse que el inversionista haya participado en actos de corrupción, no haya existido participación del Estado en dichos actos. Los actos de corrupción necesariamente involucrarán a ambas partes y habrán requerido tanto de la participación activa del inversionista como de agentes estatales. Por ende, al permitirle al Estado alegar la excepción de corrupción y privarle al inversionista de la posibilidad de que se sustancie su reclamo, se sanciona solamente a una de las partes por un acto de corrupción cometido por ambas. El demandado, que será invariablemente el Estado, se beneficiará de la defensa de corrupción al impedir que se sustancie un reclamo en su contra en vía arbitral.

Esto tiene una serie de implicaciones negativas. En primer lugar, pone al inversionista en una situación de evidente desventaja frente al Estado receptor. La posibilidad de que un Estado alegue la defensa de corrupción en la actualidad impone a los inversionistas la obligación subyacente de no participar en actos de corrupción para que sus reclamos puedan ser conocidos en sede arbitral⁶³. “La legalidad de la adquisición de la inversión es una condición previa para que el tratado de inversión otorgue poder adjudicativo al tribunal”⁶⁴.

62. *World Duty Free c. República de Kenia*, N. 50, párr. 185.

63. Véase, J. W. YACKEE, “Investment Treaties and Investor Corruption: An Emergent Defense for Host States”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, 2011, p. 1. “[I]mposes upon investors the obligation to avoid involvement in public corruption in the course of making a treaty-protected investment”.

64. Traducción libre. Z. DOUGLAS, N. 40, pp. 155-156. “The lawfulness of the acquisition of the investment is a condition precedent for the investment treaty’s conferral of adjudicative power upon the tribunal”.

En principio, una obligación de esta naturaleza parecería ser beneficiosa. Al estar los inversionistas obligados a abstenerse de vincularse con actos de corrupción para poder hacer efectivos los beneficios contemplados en los tratados de inversión que los amparan, estos tenderán a realizar sus inversiones de una manera más limpia. No obstante, parece ser una obligación que recae únicamente sobre el inversionista; sin imponer al Estado deber alguno, lo que no genera incentivos en el Estado para evitar la corrupción, ya que no se ve afectado por sus efectos en el ámbito del tratado de inversiones. Por el contrario, se podría ver beneficiado.

En segundo lugar, si el Estado conoce de antemano que los reclamos en su contra no serán resueltos en sede arbitral si los hechos que los preceden se encuentran viciados de corrupción, este podrá incluso tener incentivos para cometer actos de esta naturaleza y evadir la sede arbitral. En este escenario, tras vincularse un Estado en prácticas de corrupción, podría incurrir en incumplimiento de las obligaciones que ha adquirido en el marco de un tratado de inversión sin ser responsable por ello⁶⁵.

En tercer lugar, si el inversionista conoce que existe la posibilidad de que sus reclamos no sean conocidos por los tribunales arbitrales y que el Estado quede impune en casos en los que podría ser internacionalmente responsable, se generarán desincentivos a la inversión. Esto fue lo que sucedió, por ejemplo, en el caso *World Duty Free c. República de Kenia*. El Estado planteó una excepción de corrupción que fue aceptada por el tribunal arbitral. En opinión de TAMAR MESHEL, al haber aceptado la excepción,

podría decirse que el tribunal no tuvo en cuenta los efectos potencialmente perjudiciales que tal decisión puede tener en la capacidad de Kenia para luchar contra la corrupción y atraer más inversión extranjera, que son de crucial importancia para su futuro desarrollo⁶⁶.

65. J. M. DE LA JARA y E. IÑIGUEZ, N. 30.

66. Traducción libre. T. MESHEL, "The Use and Misuse of the Corruption Defense in International Investment Arbitration", *Journal of International Arbitration*, Vol. 30 (3), p. 267. "[T]he tribunal arguably disregarded the potentially detrimental effects such a decision may have on Kenya's ability to fight co-

En resumen, si bien es cierto que la defensa de corrupción o ilegalidad impide que el inversionista se beneficie de sus propios actos de corrupción, a su vez permite que el Estado quede impune por los mismos actos. “La confianza exitosa de un estado en la defensa de corrupción en tales circunstancias puede tanto debilitar la protección de la inversión extranjera como exacerbar la corrupción doméstica dejando las raíces de las causas sin tratar”⁶⁷.

4. LA DOCTRINA *IN PARI DELICTO*

En esta sección estudiaremos la figura *in pari delicto*, que sirve de fundamento para la defensa de corrupción, explicada en la sección precedente. Evaluaremos su aplicación en el arbitraje de inversiones en el marco de los actos de corrupción, y propondremos la necesidad de reevaluar su aplicabilidad en el arbitraje de inversiones. Como se evidenciará más adelante, consideramos que su aplicación no contribuye con la lucha contra la corrupción.

4.1 Definición

La defensa de ilegalidad o corrupción, y su natural consecuencia de desvanecer la competencia del tribunal arbitral, encuentra su razón de ser en la doctrina *in pari delicto*. *In pari delicto*, cuya traducción literal del latín es “en igual culpa”⁶⁸, consiste en una doctrina que define la situación jurídica de las partes de una controversia cuando conjuntamente han cometido un ilícito con anterioridad a esta. Como consecuencia de la aplicación de esta doctrina, las transacciones o contratos ilegales no son legalmente

rruption and attract further foreign investment, both of which are of crucial importance to its future development”.

67. Traducción libre. D. TAMADA, N. 14, p. 118. “*The successful reliance of a state on the corruption defence in such circumstances may both weaken foreign investment protection and exacerbate domestic corruption while leaving its root causes untreated*”.

68. J.A. BALLENTINE, *A Law Dictionary*, The Lawbook Exchange, 2006, p. 228.

exigibles⁶⁹, ni tampoco los reclamos en contra de una parte junto a la cual la otra ha cometido un ilícito. Es así que esta doctrina se manifiesta en la prohibición que tiene la una parte de demandar a la otra si fue un partícipe activo y voluntario en la actividad ilícita que es materia del reclamo⁷⁰.

De la doctrina *in pari delicto* surgen dos nociones importantes: *in pari delicto melior est conditio defendentis* (en igual culpa, la situación de la parte demandada es preferible) e *in pari delicto potior est conditio defendentis* (en igual culpa, la situación de la parte demandada es la más fuerte)⁷¹. Esto quiere decir que, cuando ambas partes son igualmente culpables por un hecho ilícito y surge una controversia entre ellas por dicho hecho, el demandado parece encontrarse una posición aventajada⁷². Es así que la doctrina *in pari delicto* aplica en los casos de culpa mutua y dispone que, en dichos casos, la posición del defendido es la más fuerte⁷³.

La razón detrás de estos aforismos es evidente. Si a los actores de reclamos precedidos por actividades ilícitas se les deniega el conocimiento de sus causas, los defendidos tendrán siempre una ventaja: no prosperarán los reclamos en su contra. Esta situación, aparentemente inequitativa, encuentra fundamento justamente en la intención de mantener el equilibrio de igualdad de culpa entre las partes. Si ambas se encuentran en igual culpa (*in pari delicto*), lo que realmente sería inequitativo es que una de ellas pueda reclamar a la otra por los hechos ilícitos que ambas han cometido. Mantener la igualdad de culpa entre las partes cumple con dos importantes objetivos de política pública. En primer lugar, deniega remedio judicial a quienes han cometido un ilícito.

69. Véase, S.H. GIFIS, “*In pari delicto*”, *Dictionary of Legal Terms: Definitions and Explanations for Non-Lawyers*, Barron’s Educational Series, 5ta Ed., 2016. “[I]n equal fault. Refers to an exception to the general rule that illegal transactions or contracts are not legally enforceable; thus, where the parties to an illegal agreement are not in *in pari delicto*, the agreement may nevertheless be enforceable at equity by the innocent or less guilty party”.

70. Véase, L. CAYLOR y M.S. KENNEY, N. 26, p. 259. “The doctrine prohibits one party from suing another where the plaintiff was ‘an active, voluntary participant in the unlawful activity that is the subject of the suit’”.

71. J.A. BALLENTINE, N. 68, p. 228.

72. L. CAYLOR y M.S. KENNEY, N. 26, p. 260.

73. Véase, L. CAYLOR y M.S. KENNEY, N. 26, p. 259. “The defence of *in pari delicto* operates in cases of mutual fault and provides that in such cases, the position of the defendant is the stronger one”.

En segundo lugar, evita que los mecanismos de justicia se activen innecesariamente para resolver disputas entre partes que han cometido ilícitos⁷⁴.

Esta doctrina es de frecuente aplicación tanto en los sistemas de derecho continental como de derecho anglosajón. En ambos sistemas, es un principio del derecho ampliamente reconocido que ningún remedio judicial debe darse a las partes si la disputa está precedida por ilícitos cometidos entre ellas⁷⁵. Si bien su aplicación inicial fue en disputas ventiladas ante la justicia ordinaria, específicamente en el derecho inglés⁷⁶, actualmente es un principio ampliamente reconocido en el arbitraje internacional⁷⁷.

4.2 La doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones

Como se mencionó, la doctrina *in pari delicto* impide que se conceda remedio legal a quien ha cometido una actividad ilícita y reclama por un hecho relacionado con ello, pues faculta al demandado a excepcionarse con la defensa de ilegalidad. En el arbitraje de inversiones, esta premisa ha servido de fundamento para que muchos tratados bilaterales de inversión contemplen cláusulas expresas de ilegalidad, que previenen que el inversionista se beneficie de las protecciones contenidas en él si han incurrido en actos ilegales, como la corrupción. Por ende, facultan al Estado a excepcionarse, y al tribunal arbitral a declinar su com-

74. Véase L. CAYLOR y M.S. KENNEY, N. 26, p. 265. “*The in pari delicto defence has been said to serve two public policy purposes: (1) it deters illegality by denying judicial relief to an admitted wrongdoer; and (2) it avoids entangling courts in disputes between wrongdoers*”.

75. G. ROJAS ELGUETA, “*The Legal Consequences of Corruption in International Arbitration: Towards a More Flexible Approach?*”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2016, <goo.gl/hcB2UZ> (21/06/18).

76. Véase L. CAYLOR y M. S. KENNEY, N. 26, p. 260. “*The earliest reported discussion of the concept of a defence or bar to recovery on the basis of the illegality of the claim appears in the English decision of *Everet v Williams*, also known as the *Highwayman’s Case*. In *Everet*, the plaintiff sued his partner, alleging that he had not received his share of the partnership’s proceeds. The complaint referred only to the parties ‘dealing for commodities with good success on Hounslow Heath, where they dealt with a gentleman for a gold watch’. Despite being vague on its face, the more sinister subtext of the complaint was apparent to the Court of Exchequer: the business in question was robbery and the claim amounted to a dispute between two highwaymen. The claim was dismissed and the lawyers were held in contempt of court. The parties themselves were arrested and later hanged. The court’s abhorrence with the dispute was reflected in what is the first articulation of the public policy rationale underlying the illegality defence that continues to permeate judicial discussion of this principle today: wrongdoers do not deserve the protection of the court*”.

77. G. ROJAS ELGUETA, N. 75.

petencia sobre la base de las mencionadas disposiciones expresas o de los principios generales del derecho.

Como ha quedado anotado, no es excepcional que un inversionista reclame al Estado por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado bilateral de inversión que lo ampara, y que el Estado objete la competencia del tribunal arbitral alegando que en la inversión existieron actos de corrupción y, por ende, que no es posible concederle remedio legal al inversionista. Cuando el Estado invoca exitosamente la defensa de ilegalidad o corrupción, los tribunales arbitrales sistemáticamente los exoneran de sus obligaciones, incluso en los casos en los que el Estado haya sido partícipe activo del esquema de corrupción sobre el cual se excepciona⁷⁸.

Sin embargo, conviene prestar especial atención a la aplicación de esta figura en el arbitraje de inversiones. Como se explicó anteriormente, el arbitraje de inversiones es un mecanismo de protección de disputas asimétrico, unilateral y pro inversionista⁷⁹, cuyas características particulares (como por ejemplo, que se conozca con antelación que una de las partes de la disputa ocupará siempre el rol de actor y la otra el rol de demandado) hacen que sea cuestionable la conveniencia de aplicar la doctrina *in pari delicto*.

La naturaleza propia de las controversias que se someten a arbitraje de inversiones hace que el demandante sea siempre, invariablemente, el inversionista; y el demandado el Estado. Como se mencionó con anterioridad, en el arbitraje de inversiones se ventilan controversias relacionadas con el incumplimiento de disposiciones contenidas en los tratados bilaterales de inversión, que únicamente contienen obligaciones para los Estados, mas no para los inversionistas.

78. Véase, *ibidem*. “Accordingly, as a result of the respondent successfully triggering the “illegality defense”, arbitral tribunals systematically exonerate him from any contractual obligation (even in a case where he has promoted and/or actively participated in the corruption scheme)”.

79. Véase, D. TAMADA, N. 14, p. 103. “It is based on the imbalanced relationship between investors (the claimants) and host States (the respondents), exclusively in favor of the former. It has thus been called ‘asymmetric’, ‘unilateral’ and ‘pro investor’”.

La doctrina *in pari delicto* parte de la premisa de que las partes se encuentran en igual culpa y a ninguna de ellas se le puede conceder remedio legal. Por ende, la aplicación de la doctrina *in pari delicto*, que por lo general impone un castigo a cualquiera de las partes que incoe una acción legal en contra de la otra al impedirle que esta prospere, termina siendo un castigo únicamente para el inversionista, que es el único posible actor en controversias de arbitraje de inversiones.

Es así que la aplicación de esta figura en el arbitraje de inversiones pone al inversionista en desventaja. Ambos cometen actos de corrupción, pero es únicamente al inversionista a quien se le niega el conocimiento de sus reclamos. Mientras tanto, al Estado al que se le exime de ser sujeto de un proceso arbitral.

En el caso *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, el tribunal arbitral hace un interesante análisis acerca de este debate y reconoce la potencial injusticia derivada de aceptar una defensa de corrupción:

Como resultado del análisis anterior, el Tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos de Metal-Tech derivados del tratado, así como sobre los reclamos de Metal-Tech basados en la ley de Uzbekistán. A pesar de llegar a la conclusión de que los reclamos no proceden como consecuencia de la corrupción, el Tribunal es sensible al debate actual de que las alegaciones sobre la corrupción a menudo recaen en gran medida sobre los demandantes, mientras que posiblemente exoneran a los demandados que pueden haber participado en los actos de corrupción. Es cierto que el resultado en casos de corrupción a menudo parece insatisfactorio porque, al menos a primera vista, parece dar una ventaja injusta a la parte demandada. La idea, sin embargo, no es castigar a una parte a costa de la otra, sino garantizar la promoción del estado de derecho, lo que implica que una corte o tribunal no puede otorgar asistencia a una parte que ha participado en un acto corrupto⁸⁰.

80. Traducción libre. *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, N. 38, párr. 389. "As a result of the foregoing analysis, the Tribunal lacks jurisdiction over Metal-Tech's treaty claims as well as over Metal-Tech's claims based on Uzbek law. While reaching the conclusion that the claims are barred as a result

Como bien se afirma en el texto citado, es indudable que la negativa de los tribunales a conocer reclamos si quienes los plantean han participado en actos de corrupción no viene dada por la motivación de castigar a dicha parte y beneficiar a la otra a su costa. Parece ser, a simple vista, una asimetría –la pérdida, por parte del inversionista, de las protecciones que le concede el tratado de inversión y del foro para interponer reclamos– cuya finalidad es castigar a los inversionistas que cometen actos de corrupción⁸¹.

No obstante, el castigo a la una y el beneficio de la otra termina siendo el resultado; porque el arbitraje de inversiones es un fenómeno particular en el cual invariablemente, el inversionista será el actor de la disputa y el Estado el demandado. Como se demostrará a continuación, esto no solo resulta inequitativo, sino que resulta contrario a los objetivos anticorrupción.

4.3 Sobre la necesidad de reevaluar la aplicabilidad de la doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones

Sobre la base de lo dicho, demostraremos la necesidad de reevaluar la aplicación de la doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones, pues consideramos que **(i)** su aplicación tiene sentido únicamente en relaciones simétricas, por lo que **(ii)** su aplicación en el arbitraje de inversiones sitúa al inversionista en una posición desaventajada y **(iii)** no contribuye con las políticas anticorrupción.

of corruption, the Tribunal is sensitive to the ongoing debate that findings on corruption often come down heavily on claimants, while possibly exonerating defendants that may have themselves been involved in the corrupt acts. It is true that the outcome in cases of corruption often appears unsatisfactory because, at first sight at least, it seems to give an unfair advantage to the defendant party. The idea, however, is not to punish one party at the cost of the other, but rather to ensure the promotion of the rule of law, which entails that a court or tribunal cannot grant assistance to a party that has engaged in a corrupt act”.

81. Véase L. O'TOOLE, N. 13. “This outcome hurts investors more than host-states; investors lose the protections of investment treaties and lose a forum for obtaining damages. Because of this asymmetry, investment arbitration might, at first blush, seem like a suitable forum for punishing businesses that bribe overseas”.

4.3.1 *La doctrina in pari delicto tiene sentido únicamente en relaciones simétricas*

Como ha quedado anotado, el fundamento detrás de la doctrina *in pari delicto* da por sentado una presunción fundamental: que *ex-ante*, al momento de intervenir en las prácticas de corrupción, las partes no conocen si serán actoras o demandadas en una eventual controversia⁸². Por ende, la doctrina *in pari delicto* parece tener sentido únicamente en relaciones simétricas, donde no se conoce quién va a ser el actor y quién va a ser el demandado en una eventual controversia y donde es igualmente probable que cualquiera de las partes presente un reclamo en contra de la otra.

En otras palabras, el permitir que los demandados aleguen la defensa de corrupción y el denegar los reclamos de los actores que se han visto inmiscuidos en conductas corruptas sobre la base de la doctrina *in pari delicto*, cumple con su finalidad de mantener el balance entre las partes solamente en escenarios simétricos, donde se desconozca cuál será la posición que ocupe cada una de las partes dentro de un juicio⁸³.

De lo contrario, cuando las partes conocen con anticipación cuál es la posición que ocuparán en una eventual controversia, ya sea como actores o como demandados, es posible que anticipen de manera oportunista que tendrán la posibilidad de evadir las acciones o reclamos que se presenten en su contra a través de la defensa de ilegalidad o corrupción⁸⁴.

Como se ha enfatizado a lo largo de este artículo, la asimetría que parece ser necesaria para que esta doctrina tenga sentido no existe en el arbitraje de inversiones. Invariablemente, en un arbitraje de inversiones el actor será el inversionista y el demandado será el Estado. Dado que el demandado tendrá siempre la oportu-

82. Véase G. ROJAS ELGUETA, N. 75. “[E]x-ante (at the time when they enter into the corruption scheme) parties to the contract do not know whether they will be acting as claimant or as respondent”.

83. Véase, ibidem, “[T]he traditional approach implies a symmetrical scenario, where parties may end up in either of the two positions and, therefore, cannot opportunistically anticipate whether they will be in the position of freely walking away from the contract thanks to the use of the “illegality defense”.

84. Ibidem.

tunidad de aplicar la defensa de la corrupción o ilegalidad, el Estado se encontrará siempre en una posición aventajada.

En esta línea, O'TOOLE ha sostenido que

la justificación de la doctrina *in pari delicto* tiene sentido en el litigio ordinario pero no en el arbitraje de inversiones. De manera similar a la doctrina de las manos limpias, la doctrina *in pari delicto* establece que en el caso de falta igual -por ejemplo, que ambos litigantes sean parte de un contrato corrupto- el tribunal no concederá reparación. En consecuencia, el reclamo del demandante se desestima y el demandado se libera en gran medida. En un caso de incumplimiento de contrato fuera del arbitraje de inversión, la regla predeterminada -en el caso de falla igual prevalece el caso del demandado- no beneficia sistemáticamente a ninguna de las partes; ninguna de las partes en un contrato corrupto sabe *ex ante* si, en el caso de un litigio, será el demandante o el demandado. El arbitraje de inversiones, sin embargo, es diferente, porque los inversionistas privados casi siempre serán demandantes y los estados siempre serán demandados⁸⁵.

4.3.2 *Su aplicación en el arbitraje de inversiones desnaturaliza su esencia al situar al inversionista en una posición desaventajada*

En opinión de O'TOOLE, extender la doctrina *in pari delicto* al arbitraje de inversiones da al Estado una ventaja, porque se podrá beneficiar de su posición certera como demandado. Por lo tanto, la regla default que reza que 'en igual culpa prevalecerá la postura del demandado' se convierte en una regla que consagra que 'en igual culpa, prevalecerá la postura del Estado'. La aplicación

85. Traducción libre. L. O'TOOLE, N. 13. "[T]he justification for the *in pari delicto* doctrine makes sense in ordinary litigation but not in investment arbitration. Similar to the clean hands doctrine, the *in pari delicto* doctrine states that in the case of equal fault—for example, both litigants being party to a corrupt contract—the court will not grant relief. Accordingly, the plaintiff's suit is dismissed and the defendant gets off largely scot-free. In a case of breach of contract outside of investment arbitration, the default rule—in the case of equal fault the defendant's case prevails—does not systematically benefit either party; neither party to a corrupt contract knows *ex ante* whether, in the case of litigation, they will be the plaintiff or the defendant. Investment arbitration, however, is different, because private investors will almost always be claimants and states will always be respondents”.

de esta figura impone al inversionista un alto costo por sus acciones, pero ninguna consecuencia al Estado y a sus agentes⁸⁶.

En el caso *Niko Resources c. Bangladesh*, el tribunal arbitral ya notó con preocupación esta situación de desequilibrio y manifestó que:

Los Demandados argumentan que, debido al acto de soborno relacionado con la inversión y por el cual Niko Canadá ha sido condenado, la jurisdicción del CIADI debe denegarse al Demandante. Si se aceptara esta postura, Petrobangla y BAPEX podrían invocar las cláusulas de arbitraje pero Niko no podría⁸⁷.

Uno podría cuestionar esta crítica sosteniendo que, independientemente del contexto en el que se aplique la doctrina *in pari delicto*, el demandado siempre estará en una posición aventajada porque tendrá siempre la posibilidad de alegar la defensa de ilegalidad para oponerse a los reclamos que se presenten en su contra. Es decir, que “donde tanto el demandante como el demandado son culpables, el demandado invariablemente estará en la posición más fuerte”⁸⁸. Aquello es acertado. En el presente trabajo no discutimos esta premisa, pues reconocemos que en todo contexto en el que se aplique esta doctrina el demandado resulta beneficiado y que aquello es beneficioso para mantener el equilibrio entre las partes.

Por el contrario, nuestra crítica apunta a la imposibilidad que tiene el inversionista de ser quien se encuentre en dicha posición

86. Véase, J. R. CROOK, “Remedies for Corruption”. *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 9 (3), 2015, pp. 303-311. Citado por M. W. FRIEDMAN, F. LAUDAUD y J. J. MARLEY, N. 21. “*The binary rule makes an investor bear a heavy price for the actions of the State’s agents or representatives, while the State potentially typically bears no consequences for misconduct of its agents*”.

87. Traducción libre. *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”)*, ICSID Caso No. ARB/10/18, párr. 465. “*The Respondents nevertheless argue that, because of the act of bribery linked to the investment and for which Niko Canada has been convicted, ICSID jurisdiction should be denied to the Claimant. If this position were accepted, Petrobangla and BAPEX could invoke the arbitration clauses but Niko could not*”.

88. Traducción libre. R. KREINDLER, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, Brill, 2013. Citado por G. ROJAS ELGUETA, N. 75. “*Where both the claimant and the respondent are blameworthy, the respondent will invariably be in the stronger position*”.

aventajada. Si el Estado es el único que tendrá la posibilidad de ser demandado en las controversias que se ventilan en el marco del arbitraje de inversiones, será el único a favor de quien opere la doctrina *in pari delicto*.

Como ha quedado anotado en la sección precedente, la justificación detrás de la posibilidad que tienen las partes de alegar la defensa de ilegalidad en virtud de la doctrina *in pari delicto* es precisamente que cualquiera de las partes podría hacerlo. Es decir, que quien eventualmente se encuentre en la posición de demandado, con la posibilidad de alegar la defensa de ilegalidad, se encuentre en dicha postura de manera accidental, y no de manera prefijada⁸⁹. “En otras palabras, si el demandante y el demandado cambiasen de posición y el demandado interpusiera su demanda contra el demandante, este último tendría la ventaja de la ‘defensa de la ilegalidad’”⁹⁰.

Aplicar la doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones contraría su esencia, cuya premisa es que las partes comparten un mismo grado de culpabilidad. Si se encuentran en igual condición de culpabilidad, no es razonable que las consecuencias jurídicas negativas de esta doctrina –que consisten, en esencia, en no concederle protección a quienes han cometido un ilícito–, recaigan únicamente sobre una de las partes.

4.3.3 *Su aplicación en el arbitraje de inversiones no contribuye con las políticas anticorrupción*

Además, esta situación podría generar que los Estados lleguen a tener incentivos para solicitar, por ejemplo, el pago de coimas. Una vez que estas sean pagadas, los Estados lograrían desvanecer las protecciones de las que el inversionista era beneficiario y se vuelve inmune de cualquier reclamo bajo el tratado.

89. Véase G. ROJAS ELGUETA, N. 75. “As stated by Lord Mansfield in the notorious English contract case *Holman v. Johnson* (1775), what justifies that the respondent has always an advantage is the fact that he is in the position of respondent “accidentally”.

90. Traducción libre. *Ibidem*. “In other words, if the claimant and respondent were to change sides, and the respondent was to bring his action against the claimant, the latter would then have the advantage of the ‘illegality defense’”.

Como es evidente, en lugar de combatir la corrupción, esta situación podría promoverla⁹¹.

Esto pone en evidencia que su aplicación podría ser contraproducente con respecto a los esfuerzos en pos de la lucha contra la corrupción. Si bien apunta a que los inversionistas realicen sus inversiones de manera limpia para poder acogerse a todos los beneficios previstos en el tratado bilateral de inversión que los ampara (entre los cuales está la posibilidad de llevar sus reclamos a arbitraje), no genera incentivos para que el Estado evite ser partícipe de actos de corrupción, pues al menos en la vía arbitral, no tendrá sanción alguna. Por el contrario, inmiscuirse en corrupción puede terminar siendo un escape intencional al arbitraje.

En palabras de O'TOOLE:

En lugar de reducir la corrupción, las posiciones prefijadas de las partes en el arbitraje de inversión –los inversionistas actúan sistemáticamente como demandantes y los estados anfitriones de manera consistente como demandados– y las consecuencias unilaterales de un hallazgo de corrupción, en realidad podrían crear nuevos incentivos para el soborno⁹².

En conclusión, la aplicación de la doctrina *in pari delicto*, cuyo objetivo es evitar conceder remedio legal a inversionistas que se han inmiscuido en actos de corrupción, puede terminar teniendo efectos contraproducentes y frustrar la coordinación entre la lucha contra la corrupción y el arbitraje de inversiones.

91. Véase, L. O'TOOLE, N. 13. "Extending the *in pari delicto* doctrine to investment arbitration gives the host-state an advantage, because the host-state will benefit from its almost certain position as respondent/defendant. The default rule is transformed from 'in equal fault, the defendant's case prevails' to 'in equal fault, the host-state's case prevails.' This default rule in investment arbitration actually creates an incentive for host-states to solicit bribes for investments. Once paid, these bribes will defeat the protections of investment treaties and immunize host-states from liability under the treaty. Rather than suppressing bribery, an investment tribunal system eager to hear and rule on allegations of bribery may actually encourage bribery".
92. Traducción libre. *Ibidem*. "Rather than reducing corruption, the fixed roles of parties in investment arbitration—investors consistently acting as claimants and host-states consistently acting as respondents—and the one-sided consequences of a finding of corruption might actually create new incentives for bribery".

5. POSIBLES SOLUCIONES

A lo largo de las secciones precedentes hemos abogado por limitar la procedencia de la defensa de la corrupción en el arbitraje de inversiones y reevaluar la aplicabilidad de la doctrina *in pari delicto* en este ámbito. Consideramos que estas figuras no contribuyen con las políticas anticorrupción, pues permiten que cuando dos partes han participado en prácticas de corrupción, una asuma un gran costo mientras que la otra se ve beneficiada⁹³. Esta situación no desincentiva el cometimiento de prácticas de corrupción, pues dado que con antelación se conoce cuál será la parte perjudicada (el inversionista) y cuál la beneficiada (el Estado), podrían generarse incentivos para que esta última cometa actos de corrupción.

A nuestro parecer, a fin de evitar incentivos *ex ante* para el cometimiento de prácticas corruptas por parte del Estado, los tribunales arbitrales deben contar con un espectro más amplio de posibles remedios frente a disputas precedidas por actos de corrupción⁹⁴. Algunos tribunales arbitrales han contemplado la posibilidad de reconocer, a favor del inversionista, algún tipo de remedio legal a pesar de su participación en el esquema de corrupción⁹⁵.

Por ejemplo, en el caso *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, el tribunal arbitral se declaró incompetente pero concluyó que por la participación del Estado en los actos de corrupción, la cual es implícita en la propia naturaleza de la corrupción, es justo que las partes compartan los costos del arbitraje⁹⁶. Igualmente, en el caso *Fraport c. Filipinas* –un caso en el que, en opinión del tribunal arbitral, se vulneró el requisito de legalidad–, el tribunal

93. J. SUMMERFIELD, N. 19, p. 1.

94. Véase, G. ROJAS ELGUETA, N. 75. “[I]n order to avoid wrong ex-ante incentives on the future respondent, the arbitral tribunals should resort to a broader spectrum of remedies”.

95. Véase, *ibidem*. “[S]ome arbitral tribunals have contemplated the possibility of recognizing, in favor of the claimant, some sort of legal protection (other than contractual remedies), notwithstanding his participation to a corruption scheme”.

96. Véase, *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, N. 38, párr. 422. “That does not mean, however, that the State has not participated in creating the situation that leads to the dismissal of the claims. Because of this participation, which is implicit in the very nature of corruption, it appears fair that the Parties share in the costs”.

arbitral, a pesar de declararse incompetente en razón de la materia, condenó a ambas partes a cubrir los costos del arbitraje de manera conjunta. Además, en su análisis, sostuvo que “los principios de justicia deberían exigir que un tribunal impida que un gobierno plantee a las violaciones de su propia ley como una defensa jurisdiccional cuando conscientemente ha pasado por alto y respaldado que una inversión no cumpla con su ley”⁹⁷.

Sin embargo, consideramos que, más allá de estos remedios preliminares, en el marco del arbitraje de inversiones es necesario alejarse de la idea de que no debe concederse remedio legal al actor si este se ha inmiscuido en actos de corrupción. Es fundamental, por ende, reevaluar la conveniencia de incluir en los tratados bilaterales de inversión disposiciones expresas acerca del cometimiento de actos de corrupción que impiden a los tribunales arbitrales conocer controversias precedidas por actos de esta naturaleza; y reconsiderar la postura que han tomado algunos tribunales arbitrales al declararse incompetentes aun en ausencia de estas disposiciones expresas, sobre la base del orden público, los principios generales del derecho y, en general, la doctrina *in pari delicto*.

En nuestra opinión, los Estados que han sido partícipes del accionar corrupto de los inversionistas deben ser impedidos de invocar la defensa de corrupción⁹⁸, por lo que los tribunales arbitrales deben estar facultados para conocer reclamos precedidos por corrupción.

Consideramos que ante alegaciones de corrupción los tribunales arbitrales deberían poder proceder como lo han hecho, por ejemplo, en casos como *MTD v. Chile*. Si bien en este caso no es-

97. Traducción libre. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, ICSID Caso No. ARB/03/25, párr. 346. “Principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defense when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its law”.

98. Traducción libre. T. MESHEL, N. 66, p. 269. “A host state, and particularly a developing one, that was aware of, encouraged, or participated in, an investor’s corrupt behaviour, should be estopped from invoking the corruption defence in investment arbitration proceedings, or, alternatively, that remedies other than the complete dismissal of the investor’s claims should be devised to deal with the legal consequences of corruption”.

tuvo precedido por actos de corrupción, lo estuvo por actos que violentaron el requisito de legalidad o la obligación de que la inversión guarde conformidad con las leyes locales del Estado receptor. El tribunal arbitral, en lugar de declararse incompetente, conoció los méritos de la controversia y castigó al inversionista por el cometimiento de prácticas ilícitas al reducir sustancialmente el monto de indemnización que les correspondería por responsabilidad del estado. El tribunal redujo en 50% el monto de la indemnización a la que el inversionista tenía derecho y sostuvo lo siguiente: “el Tribunal considera que las Demandantes deben cubrir parte de los daños y perjuicios sufridos y el Tribunal estima que la parte correspondiente al 50% después de la deducción del valor residual de su inversión [...]”⁹⁹.

Es importante recordar que las políticas anticorrupción tienen como objetivo el bienestar general, al buscar eliminar las consecuencias nefastas de este fenómeno en el ámbito político, económico, social, etc. A nuestro parecer, más contribuye con el bienestar general el impedir que los Estados presuman que al cometer actos de corrupción podrían eximirse de sus obligaciones internacionales con los inversionistas –lo cual genera desincentivos para la inversión–, que el privar a la parte demandante del derecho a reclamar por haber cometido actos de corrupción.

Hacer que el estado anfitrión rinda cuentas, al menos hasta cierto punto, en tales circunstancias, podría ser más conducente al objetivo final de las políticas anticorrupción y la protección de la inversión internacional que centrarse únicamente en la corrupción del inversor y absolver al estado anfitrión corrupto de toda responsabilidad¹⁰⁰.

99. Traducción libre. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. República de Chile*, ICSID Caso No. ARB/01/7, párr. 246. “*The Tribunal considers therefore that the Claimants should bear part of the damages suffered and the Tribunal estimates that share to be 50% after deduction of the residual value of their investment calculated on the basis of the following considerations*”.

100. Traducción libre. T. MESHTEL, N. 66, p. 269. “*Holding the host state accountable, at least to some extent, in such circumstances, would arguably be more conducive to achieving the ultimate goal of anti-corruption policies and international investment protection than focusing solely on the investor’s corruption and absolving the corrupt host state from any and all responsibility*”.

6. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Las alegaciones de corrupción se presentan cada vez con más frecuencia en el arbitraje de inversiones. Por lo tanto, es de vital importancia que los tribunales que se enfrenten a tales alegaciones estén dotados de las herramientas necesarias para promover la lucha contra la corrupción.

Actualmente, los Estados están dotados de la posibilidad de alegar la defensa de corrupción cuando un reclamo en su contra ha sido precedido por actos de corrupción. La finalidad de alegar esta defensa es objetar la competencia del tribunal arbitral, sobre la base de la doctrina *in pari delicto*, que busca impedir que se conceda remedio legal a quien ha cometido un ilícito junto a su contraparte.

Las herramientas que el arbitraje de inversiones actualmente ofrece para prevenir la corrupción sí podrían lograr desincentivar las prácticas corruptas en inversionistas. La posibilidad de que los Estados aleguen la defensa de corrupción y que los tribunales arbitrales rechacen sus reclamos sobre la base de la doctrina *in pari delicto* podría evitar que los inversionistas se vinculen con actos de corrupción a fin de garantizar que sus eventuales reclamos en contra del Estado serán resueltos en sede arbitral.

No obstante, estas figuras no parecen desincentivar las prácticas de corrupción por parte del Estado, pues ambas le eximen de participar en un proceso arbitral y evitan que prosperen los reclamos en su contra. Esto conlleva situación sumamente inequitativa, que impone a los inversionistas un alto costo por inmiscuirse en actos de corrupción y a los Estados una suerte de inmunidad. Podrían, incluso, promover los actos de corrupción porque la consecuencia lógica es que se evita el arbitraje y, por ende, el cumplimiento de sus obligaciones internacionales con los inversionistas.

En consecuencia, consideramos que así como la doctrina *in pari delicto* impide que el inversionista obtenga tutela si fue partícipe de actos de corrupción; debería impedírsele al Estado alegar la defensa de corrupción si fue este quien participó de los actos de corrupción. Es necesario repensar la aplicación de la defensa de la corrupción desde la perspectiva de la ineficacia del dolo propio. Una correcta aplicación de esta doctrina implicaría que, así como a los inversionistas no se les permite que prosperen sus reclamos si sus actos estuvieron viciados de corrupción, en virtud de la doctrina *in pari delicto*; a los Estados no se les debería permitir alegar la defensa de corrupción. Por ende, los tribunales arbitrales deben contar con un espectro más amplio de posibles remedios frente a disputas precedidas por actos de corrupción.



CARMIGNIANI PÉREZ
ABOGADOS

ENFOCADOS

En conflictos complejos

**PRÁCTICA
INTERNACIONAL**

Disputas en múltiples jurisdicciones
bajo diversas reglas arbitrales

ESPECIALISTAS

En diferentes tipos
de controversias

ARBITRAJE

Eduardo Carmigniani

ecarmi@cplaw.ec

Av. 9 de Octubre 100

Edif. La Previsora, oficina 2202 - Guayaquil

+ 593 4 230 0600

Hugo García Larriva

hgarcia@cplaw.ec

Av. Naciones Unidas E 20-30 y Nuñez de Vela

Edif. Metropolitano, oficina 1107 - Quito

+ 593 2 395 9590

www.cplaw.ec

Sobre cómo enfrentar el tema corrupción desde el arbitraje y los mecanismos existentes*

Danny Quiroga Anticona**

Recibido/Received: 15/06/2018
Aceptado/Accepted: 16/07/2018

SUMARIO: 1. Introducción: El efecto de la corrupción y el arbitraje. 1.1 Acuerdos internacionales contra la corrupción: ¿son relevantes? 1.2 Experiencia internacional: algunos casos emblemáticos. 2. El accionar *sua sponte* del Tribunal. 2.1. Identificación de evidencias: la evidencia circunstancial. 2.1.1 El traslado de la carga de la prueba. 2.1.2 El estándar de la prueba: estándares mínimo-máximo. 2.1.3 El balance de probabilidades. 2.2 El entrenamiento del árbitro. 3. Doctrina *clean hands*. 4. Consecuencias de hallazgos comprobados de corrupción: el árbitro no es juez. 5. A manera de conclusión.

* El presente artículo es una adaptación hecha a un trabajo que el autor realizó previamente analizando el tema del tratamiento de la corrupción dentro del arbitraje peruano, de acuerdo al marco regulatorio local e internacional. Sin embargo, el aspecto de la práctica internacional resulta el relevante y pertinente para ser aplicado dentro de la práctica moderna arbitral internacional, coherente con los tiempos en que la creciente corrupción suele buscar nuevas formas para poder legitimar tales actos, cuestionables desde todo punto de vista. El artículo original salió publicado en la Revista de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, <goo.gl/1sS3HQ>, y en la revista digital <www.enfoquederecho.com>.

** Abogado, titulado en la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de maestría en Derecho Internacional Privado en la Universidad Johannes Gutenberg en Mainz, Alemania. Socio en arbitrajes del Estudio Paitan & Abogados, especializado en temas de arbitraje internacional tanto en materia comercial como de inversiones. Asimismo, abogado en disputas relativas a las contrataciones del Estado. Correo electrónico: dquiroga@estudiopaitan.com

PALABRAS CLAVE: corrupción, metodología, análisis.

KEYWORDS: corruption, methodology, analysis.

RESUMEN: El presente trabajo dedicado al tema corrupción busca explicar la metodología que hoy en día trata estos casos especiales y que no son más (o no deberían serlo) soslayados. Para ello, se busca dar a conocer tales avances a fin de saber cómo acercarse al tema y cómo tratarlo al interior de un proceso arbitral. Un aspecto que se analiza es la experiencia internacional: casos emblemáticos a partir de los cuales se ha desarrollado en parte la metodología y que en los tribunales arbitrales modernos resultan ser de práctica usual cuando existen casos que presenten tales elementos de corrupción. Otro aspecto bajo comentario es la explicación de los métodos de análisis en forma detallada y, finalmente, un tema importante, es la consecuencia de hallazgos sobre corrupción dentro de un proceso, el accionar del árbitro, el rol que toma al momento de emitir su decisión.

ABSTRACT: This article, which is dedicated to the topic of corruption, seeks to explain the methodology that is nowadays used for these special cases and that are no longer (or should not be) ignored. To do this, the article tries to make known such advances in order to know how to approach the issue and how to deal with it within an arbitration process. An aspect that is analyzed is the international experience: emblematic cases from which the methodology has been, in part, developed and, which in modern arbitration courts turn out to be of usual practice when there are cases that present such elements of corruption. Another aspect which is commented is the detailed explanation of the methods of analysis and, finally, an important issue is the consequence of findings about corruption within a process, the actions of the arbitrator and the role he takes issuing his decision.

1. INTRODUCCIÓN: EL EFECTO DE LA CORRUPCIÓN Y EL ARBITRAJE

La corrupción adopta muchas formas y suele mezclarse muchas veces en actos que han sido en apariencia efectuados válidamente. Siendo esto así se puede manifestar en simples entregas de dinero sobornos, prebendas, fraudes, lavado de dinero y otros más, lo que tiene como consecuencia dificultar el poder detectar el momento del vicio. Adicionalmente debe manifestarse que la definición legal de corrupción en el mundo varía y es por ello que la forma en que será combatida la corrupción dependerá de la ley aplicable y la sede arbitral.

El arbitraje como jurisdicción reconocida en muchos países tiene sus propios niveles normativos a los que se acude para solucionar una controversia, así tenemos de manera muy genérica primero el convenio arbitral, las reglas de conducción del proceso, la ley aplicable y finalmente las prácticas internacionales. Dado que usualmente no existen disposiciones directas referidas a cómo afrontar un caso teñido de corrupción, es que un árbitro atento y experimentado deberá hacer uso de aquella(s) fuente(s) que le permita dentro del proceso que ventila poder reconocer, analizar y evaluar los elementos de corrupción en relación con la resolución de controversia planteada, que es justamente el encargo dado que le respalda la institución arbitral.

En el campo de las contrataciones del Estado, la corrupción ha estado presente muchas veces (sucede hoy día). Como ejemplo bastará el caso típico de aquella empresa privada que resulta ser la ganadora de la Buena Pro de un proceso de selección, habiéndose valido de actos de corrupción coludida con funcionarios públicos en la elaboración premeditada de los términos de referencia. Asimismo, la empresa que sin mayor experiencia conforma un consorcio, pero lo hace bajo control del funcionario público para que le sirva de canal formal en recibir dinero mal habido, la celebración de transacciones extrajudiciales con reconocimiento de daños y perjuicios al contratista con cláusulas ar-

bitrales, entre otros. De ser detectados tales elementos por el árbitro, ¿debe mantenerse al margen de los mismos el árbitro o el tribunal?

En ese sentido, ¿qué posibilidades y bajo qué marco puede un árbitro actuar sobre todo cuando detecta que el caso que se encuentra ventilando contiene matices que develan vicios de corrupción subyacentes? El ámbito de acción del árbitro es un tema ampliamente estudiado, y resulta esencial la comprensión de este aspecto porque servirá de base para que en el análisis prospectivo que lleve a cabo el árbitro no soslaye elementos de corrupción. Si bien es cierto el campo de actuación arbitral está determinado por el acuerdo entre las partes (convenio arbitral); también es cierto que está determinado por las leyes que regulan la materia arbitral, como bien indica BORN¹, la base de la función arbitral no puede ser alterada por el convenio arbitral, cuando existe un evidente perjuicio a una de las partes, es por ello que en esta función se deben observar las normas imperativas. Esta interacción de campos que determinan la capacidad decisoria arbitral resulta vital para poder pronunciarse en relación a elementos de corrupción y así mantener a salvo la jurisdicción arbitral de esos vicios.

Sin embargo, en la experiencia extranjera el tratamiento de la corrupción en materia arbitral tiene precedentes desde hace varias décadas, produciendo bastante doctrina y todo un tratamiento al respecto, contribuyendo de esta manera en fortalecer y capacitar más al árbitro con herramientas que le permitan no esquivar, sino incorporar el tema y además pronunciarse sobre el mismo², lo que tendrá un efecto determinante en salvaguardar la institución arbitral. Se espera que esta contribución no sólo presente el tema, sino que además sirva para que sus mecanismos sean aplicados en aquellas controversias en arbitrajes que afronten planteamientos formales de incumplimientos contractuales

1. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 1ra Ed., Kluwer, 2009, p. 1604.
2. Aunque en la actualidad es de observar que se vienen desarrollando foros internacionales en donde el tema principal es nuevamente la corrupción en los arbitrajes internacionales reflejando la preocupación de la comunidad internacional en retomar estos temas. El renombrado Institute of Transnational Arbitration (ITA, por sus siglas en inglés) desarrolló la importante conferencia ITA-ASIL sobre Corrupción en Arbitraje Internacional: Evidencia y Remedios el pasado abril de 2015 en Washington DC.

que en el fondo contengan exigencias viciadas de prebendas, sobornos y otras modalidades ilícitas.

1.1 Acuerdos internacionales contra la corrupción: ¿son relevantes?

En todo proceso de análisis es importante conocer el entorno. Resulta pertinente dar una breve mirada al mundo y su posición frente a la corrupción. Desde hace varias décadas tanto diversos Estados, como organizaciones interestatales importantes han decidido no sólo efectuar declaraciones, sino además que las mismas sean instrumentos que estén a disposición de especialistas en aquellos casos que puedan estar viciados de corrupción. Esta postura denota una gran preocupación de la comunidad internacional en reducir, en lo posible, que la corrupción siga siendo soslayada y mucho menos que mine por dentro importantes mecanismos como el arbitraje.

Un primer pronunciamiento que abordó el asunto fue la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (American Foreign Corrupt Practices Act), la cual es una ley federal americana que desde 1977 prohíbe prácticas de corrupción en el extranjero por inversionistas americanos. A la fecha esta norma importante ha sido enmendada y cuenta desde el 2012 con una guía práctica para su aplicación. Es quizá el documento que motivó la generación de otros que fueron elaborados como convenios. Entre otros instrumentos destacables se encuentra: **(i)** la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales³; **(ii)** la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴; y, **(iii)** la Ley Antisoborno de Reino Unido (UK Bribery Act)⁵.

3. Conocida como la OECD Anti Bribery Convention. Es una convención que nació a iniciativa de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y desde 1997 ha servido de instrumento internacional para adecuar las normas internas.
4. Es un convenio multilateral en vigencia desde el 2003 y dispone medidas para evitar la corrupción doméstica e internacional. Perú es parte de este instrumento.
5. En el año 2010, el parlamento inglés expidió esta norma que, entre otras disposiciones, sanciona actos de corrupción en un amplio sentido.

Además de estos documentos importantes de carácter general, es pertinente mencionar en lo relativo al mundo arbitral que una de las instituciones más prestigiosas en materia de arbitraje como es la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) con sede en París, la cual en el año 2011 expidió la Cláusula ICC Anticorrupción⁶. KILCHES comenta al respecto que los diferentes puntos de vista de los tribunales arbitrales relativos al tema motivaron que la CCI expidiera la cláusula modelo anticorrupción, mediante la cual las partes acordaran expresamente que el tribunal estaría encargado en caso de problemas de corrupción⁷. Este es un avance, pero no la solución al tratamiento del problema.

Es por ello que consideramos que sí han sido y son relevantes todos estos instrumentos, primero porque están sirviendo de modelo para muchos Estados en reorientar sus sistemas jurídicos a fin de tomar una actitud firme contra la corrupción; segundo porque algunos de ellos en su aplicación son de orden internacional; y, tercero porque sirven para que el arbitraje adopte prácticas eficientes que permitan abordar profesionalmente estos asuntos. Si bien es cierto se está hablando de la experiencia internacional en el manejo del tema, considero que es perfectamente válida la adopción de estas prácticas en el arbitraje local de contrataciones públicas, más aún cuando la idea es evitar que la corrupción tan extendida encuentre un nicho de tolerancia en el arbitraje.

1.2 Experiencia internacional: algunos casos emblemáticos

Consideramos ilustrativo referirnos a algunos casos emblemáticos que se ocuparon de este asunto desde hace varias décadas para saber cómo ha sido la evolución y el tratamiento del mismo en la esfera arbitral.

6. Es un documento bastante interesante puesto que aborda el problema de manera frontal, cuenta con un glosario de prácticas prohibidas en su artículo 1 de la parte I, además de referirse a las políticas corporativas como medidas anticorrupción en su artículo 3 de la parte II.
7. R. KILCHES, “Die Behandlung des Einwandes von Korruption in Schiedsverfahren und bei der Anfechtung von Schiedssprüchen”, *SchiedsVZ*, Vol. 3, Revista del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS), 2016, p. 153.

La primera referencia que se tiene es el emblemático caso arbitral llamado *Lagergren Case*⁸, el primer caso arbitral que trató el asunto de la corrupción. El caso en si estaba relacionado a un contrato mediante el cual una empresa británica le había encargado a un intermediario argentino, comisiones para obtener contratos de obras públicas en Argentina. El caso resultó ser particular porque el árbitro único, el profesor LAGERGREN, determinó que hubo actos de corrupción comprometidos con ese negocio. Esto motivó a que diera su célebre pronunciamiento mediante el cual denegó jurisdicción a las partes. En uno de los extremos de su pronunciamiento señalaría lo siguiente: *"in the presence of a contract in dispute of the nature set out hereafter, condemned by public policy, decency and morality, I cannot in the interest of the administration of justice avoid examining the question of jurisdiction on my own motion"*⁹. El caso sigue siendo emblemático pues, si bien es cierto abordó el tema corrupción, fue criticado por la forma de resolver al declarar la no jurisdicción y no aplicar la doctrina de separabilidad del convenio arbitral para conservar su competencia, dejó abierto el camino para posteriores pronunciamientos por parte de tribunales arbitrales para afrontar el tema de fondo.

Un caso posterior es el que sucedió entre una compañía británica, la reclamante, y una compañía francesa¹⁰. La operación consistía en que la empresa británica brindaría servicios para proveer información y facilitar ganancias en la obtención de negocios con un gobierno africano. La operación en los documentos se presentaba como bastante seria, pero lo interesante está en que ciertas declaraciones de las partes y los testigos en el desarrollo del proceso, junto con otras evidencias, produjeron en el tribunal indicadores de que la operación en papeles distaba de lo que en realidad intentaban las partes¹¹. Finalmente, el tribunal resolvió indicando que bajo la ley francesa el soborno es un ilícito e inmorale. Este caso, tal como lo expone MARTIN, se distanció del caso

8. CCI, *Caso No. 1110*, 1963.

9. E. MUJIC, *Corruption in International Commercial Arbitration: The Right of the Arbitrator to Conduct Self-initiated Investigation of Corruption*, Tesis de Maestría en Derecho Procesal Internacional, Arbitraje Comercial Internacional. Universidad de Uppsala, 2013, p. 16.

10. CCI, *Caso No. 3913*, 1981.

11. T. MARTIN, "International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard", *International Oil, Gas & Energy Dispute Management*, Mineral Law Series Volume, 2002, p. 14.

antes citado, puesto que el tribunal se declaró competente para arbitrar, declarando el *consulting agreement* nulo e inválido, vale decir, afrontó de una manera particular los méritos del caso.

Un ejemplo más. Una empresa demandante con sede en Liechtenstein y una empresa de construcción alemana¹², ambas partes habían suscrito varios acuerdos básicos por un período de diez años en donde la demandante proveería de servicios en la búsqueda de contratos de construcción a la demandada en diversos países. La disputa tenía que ver con el pago de mayores porcentajes por una serie de acuerdos adicionales que tenían, sin embargo, al tribunal le llamó la atención uno de los acuerdos que disponía pagos, pero sin describir claramente los servicios a efectuar. Al ser este acuerdo algo inusual, el tribunal propuso que un experto independiente se encargue de revisar tales documentos y cuentas. Luego de una serie de objeciones, y luego de un largo análisis el tribunal determinó que el objeto real de ese acuerdo era el pago de sobornos. Este caso es muy ilustrativo puesto que demuestra cómo la evidencia documental, el *discovery* y las inferencias pueden determinar la suerte de las alegaciones de corrupción¹³. Además, en este caso el Tribunal desplazó la carga de la prueba (*shifting the burden of proof*) usualmente a cargo de quien alega los hechos y asumió la investigación.

Existen muchos casos arbitrales más que han ido trazando mejor el manejo del tema, estableciendo prácticas modernas efectivas relativas al tratamiento de controversias con evidentes elementos de corrupción camuflados. Son justamente estos casos los que nos servirán para poder tomar uno u otro mecanismo de evaluación a determinados elementos que no sean claros y que puedan tener incidencia con los resultados del proceso.

12. CCI, *Caso No. 6497*, 1994.

13. I. ULUC, *Corruption in International Arbitration*, Tesis para la obtención del grado Doctor en Ciencias del Derecho (SJD). Universidad Estatal de Pensilvania, 2016, p. 216.

2. EL ACCIONAR *SUA SPONTE* DEL TRIBUNAL

El asunto central se encuentra ahora en cuál es la medida o acción que debe tomar un tribunal o un árbitro único en caso se halle frente a este tipo de procesos con serios visos de corrupción. La clave está contenida en el derecho/obligación *sua sponte* que tiene el tribunal para, en forma voluntaria, ingresar a hacer revisión de determinados aspectos que resulten dudosos en su obtención o finalidad. En si más que una medida es una actitud clara y proactiva que debe tener el tribunal, no tolerando elementos poco claros (corrupción alguna) en el proceso que está a su cargo.

FRIEDLAND, señala de manera bastante interesante que hay dos categorías de casos en los que los árbitros están justificados para hacer uso de su poder y *sua sponte* obtener evidencia. Un tipo de casos serían aquellos que implican asuntos de orden público, cuando consideran los árbitros han sido explorados inadecuadamente o no lo han sido, un ejemplo sería aquellos casos llamativos relativos a contratos que pueden haber sido obtenidos por corrupción, en este caso el uso del poder *sua sponte* no es controvertido; el otro tipo de casos, más interesante señala, son aquellos más complicados y menos llamativos en donde el asunto de si los árbitros deben ejercer su poder *sua sponte* para solicitar evidencia, en su opinión debe depender de la extensión a la cual el árbitro está obligado en la ordinaria operación de la carga de la prueba. No obstante, es claro en indicar que él considera que los árbitros sí tienen el poder *ex officio* para llamar a la producción de la prueba y en ambas categorías de casos¹⁴. Nuestra ley de arbitraje si concede esta herramienta a los árbitros, lo que veremos más adelante.

Esta herramienta es clave para que la actuación arbitral no quede inerte o pasiva ante hechos que se presenten de una forma tal que no se condiga con la realidad de la operación. Las modalidades de corrupción son bastas como hemos visto, por ello el hallazgo de la evidencia requerida será determinante para develar y resolver en forma correcta actos teñidos de corrupción.

14. P. FRIEDLAND, *Fact-Finding by International Arbitrators – The Issue of Sua Sponte Calls for Evidence*, ASA Conference, conferencia organizada por la Swiss Arbitration Association, 2015, p. 1.

La doctrina hoy en día concuerda en el uso del poder de los árbitros para *sua sponte* solicitar evidencia; sin embargo, la crítica a esta práctica es referida a sus límites. ¿Cuál es el límite de un accionar *sua sponte*? Al respecto sostenemos que la motivación de buscar una evidencia está basada en una duda razonable, como sucediera en el famoso Caso No. 6497 de la CCI¹⁵, pues en este caso el tribunal halló que una de las adendas estaba referida a un pago exorbitante (no usual en esas prácticas comerciales) y no estaba plenamente justificado o identificado el motivo del mismo. Esto fue determinante para que el Tribunal ejerciera su poder *sua sponte* y entrara a solicitar más evidencias, comprobándose después que tal adenda del contrato era una que encubría pagos de sobornos. Sin embargo, consideramos que esta duda razonable de buscar mayores evidencias *sua sponte* en casos determinados, debe ser ejercida atendiendo: **(i)** el riesgo de emitir un laudo ultra petita; **(ii)** considerando los usos que conlleva en todo momento el debido proceso; y, **(iii)** no estableciendo sanciones. Estos, de alguna manera, podrían ser los límites que tendría que acatar todo árbitro frente a esta situación particular, lo contrario sería convalidar los actos que ocultan la corrupción.

En consecuencia, el accionar *sua sponte* de un Tribunal es completamente permitido, a partir de ello sostenemos que no sólo puede sino que debe ingresar a la búsqueda de la evidencia requerida. En ese sentido, como señala MUJIC “la restricción del árbitro para decidir en materias no presentadas por las partes, queda en contraste con la obligación de emitir un laudo ejecutable. [...] [U]n árbitro, quien conlleva un rol jurisdiccional, no puede ignorar ilegalidades en orden de cumplir enteramente su rol, como árbitro de las partes”¹⁶. Teniendo claro lo que le está permitido al tribunal, la pregunta sería cómo se lleva a cabo en la realidad este accionar particular del tribunal. A continuación, algunas referencias.

15. CCI, N. 12. “With respect to product agreement Q, however, the arbitral tribunal found that there was a high enough degree of probability that the real object of product agreement Q was to channel bribes to officials in country X for this to be considered a case of bribery”, en J. J. ARNALDEZ, Y. DERAIS y D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996 – 2000*, Kluwer Law, p. 233.

16. E. MUJIC, N. 9, p. 41.

2.1 Identificación de evidencias: la evidencia circunstancial

Hay que partir entendiendo que no existe un compendio procesal, ni nacional ni internacional al respecto; aquí la experiencia, el sentido común y el criterio de los árbitros van a jugar un rol importante. Entonces, estando ante una situación concreta en la cual los árbitros no dejarán pasar elementos que les hayan generado sospechas de corrupción, ingresamos a la fase de cómo el tribunal *sua sponte* debe conducirse a partir de estos hechos, para obtener una evidencia. Usualmente existen dos categorías de evidencias, la evidencia directa que vendría a ser esa prueba irrefutable y que determinará la suerte del caso y la otra categoría es la evidencia circunstancial, que es aquella detectada como consecuencia de la experiencia y la suspicacia ante los elementos presentados en el curso aparente normal de un proceso.

En casos con matices de corrupción, es muy raro hallar una evidencia directa que corrobore las sospechas. El hallazgo de una evidencia en si es una tarea compleja que se debe hacer en forma bastante aguda, a fin de evitar que la conducta que nos genera alerta, sea obviada y por el contrario sea contrastada con la evidencia requerida. Pero, ¿cuál es la evidencia requerida?

Señala SCHERER al respecto, en la práctica es muy raro que la prueba directa de la corrupción esté disponible, la mayoría de tribunales explica, han tenido que darse por satisfechos con la famosa prueba circunstancial¹⁷. La prueba circunstancial hallada deberá ser decisiva para poder establecer el nexo que nos lleve a determinar las sospechas de corrupción. En ese sentido, los casos que han abordado el tema en los últimos años han ido estableciendo ciertos procedimientos o estándares de obtención.

La regla general es que cada alegación de las partes deba estar acompañada de las pruebas que sustenten lo alegado. Pero en la práctica aquellos tribunales que han estado ligados en casos con elementos de corrupción han “tenido” que tomar ciertas dis-

17. M. SCHERER, “Circumstantial Evidence in Corruption Cases before International Arbitral Tribunals”. *International Arbitration Law Review*, Vol. 5, No. 2, 2002, p. 31.

tancias de aquellas premisas básicas. Es ahí en donde algunos tribunales han hecho uso de la reversión de la carga de la prueba y/o reduciendo la condición del balance de probabilidades del estándar de la prueba¹⁸.

Un caso muy ilustrativo al respecto en temas de arbitraje de inversiones fue *EDF Services v. Romania*¹⁹, aquí se muestran aquellas dificultades encontradas por las partes intentando probar la corrupción en arbitraje internacional, en ese caso en el estado de las evidencias era improbable que el inversionista pueda tener éxito con su alegación de corrupción en el balance de probabilidades²⁰. Interesante ejemplo de cómo el proceso arbitral ha tenido que adecuarse a las circunstancias, en una suerte de simbiosis legal, a fin de no dejar elemento alguno que tenga como resultado un laudo que sea potencialmente anulable por ser contrario al orden público. En forma sucinta veremos en qué consisten estas técnicas para la búsqueda de evidencias.

2.1.1 El traslado de la carga de la prueba

En un proceso arbitral u otro de cualquier naturaleza, es usual que quien plantee la demanda deba acompañar junto con su reclamo las pruebas pertinentes del hecho reclamado. KHVALEI señala que el traslado de la prueba es algo similar a hacer una presunción procesal²¹. La regla es simple en los casos donde una parte reclama que un contrato en cuestión encubre sobornos, el tribunal arbitral puede trasladar la carga de la prueba a la parte que reclama la legalidad de la transacción²². Esta es una de las formas de entender el traslado de la prueba que es una herramienta que va a permitir al Tribunal hacer un trabajo de prospección analítica y limpieza contra cualquier elemento ligado a la

18. M. HWANG y K. LIM, "Corruption in Arbitration — Law and Reality", *Asian International Arbitration Journal*, Número 1, 2012, p. 14.

19. ICSID, *Caso No. ARB/05/13*, 2008.

20. M. HWANG, y K. LIM, N. 18, p. 16.

21. V. KHVALEI, "Using red flags to prevent arbitration from becoming a safe harbor for contracts that disguise corruption", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 24, Special Supplement, 2013, p. 24.

22. *Ibidem*.

corrupción. No obstante, no es la única forma de hacer uso de la figura la carga de la prueba.

En un proceso arbitral ante la CCI²³ el demandado argumentó que uno de los hechos base del reclamo del demandante había sido fraudulento. Esta era parte de la defensa que plantearon, sin embargo el Tribunal declaró que la parte que hacía esta alegación tenían que ser los primeros en producir un documento que generase un mínimo de confianza en la autenticidad de la alegación. Es decir, el Tribunal ante una seria acusación de la defensa de un acto de corrupción de inmediato consideró que ellos serían los primeros en tener que probar tal alegación²⁴.

Sobre el traslado y reversión de la carga de la prueba se ha hablado y documentado bastante en los últimos años, de hecho en el mundo anglosajón es en donde esta práctica se ha desarrollado, casos en materia de construcción internacional tales como *City Inn Ltd. v. Shepherd Construction Ltd.* en Escocia en donde por primera vez se tocó el tema del traslado de la carga de la prueba²⁵, *Walker Construction Ltd. v. Quayside Homes Ltd. & Or*, o *Aspect Contract Ltd. v. Higgins Construction Plc*²⁶. Lo que ha hecho que esta práctica moderna del arbitraje permita ser una herramienta que los árbitros tengan a disposición ante situaciones que presentan algunas zonas grises en la controversia principal.

2.1.2 *El estándar de la prueba: estándares mínimo - máximo*

El estándar de la prueba no es otra cosa que el acercamiento que el tribunal va a tener frente a la prueba al momento de valorar la misma. El asunto es delicado puesto que obtenida la evidencia, que podría ser determinante para un pronunciamiento relativo a actos de corrupción, dependerá del tipo de valoración que realice el tribunal. Según GÓNZALEZ GARCÍA, hay diferentes enfoques res-

23. CCI, *Award No. 10982*, 2001.

24. A. TWEEDDALE y K. TWEEDDALE, *Shifting the burden of proof: Revisiting Adjudication Decisions*, <goo.gl/G1o24D>, p. 5.

25. Ídem, p. 4.

26. Ídem, pp. 4-5.

pecto al estándar de la prueba. Algunos sostienen que debe ser sobre la base de la preponderancia de las pruebas, otros al estándar denominado más allá de la duda razonable del sistema anglosajón penal, lo que implica un estándar alto de la prueba²⁷.

Al respecto, LIEBSCHER ha realizado estudios interesantes sobre este asunto que no tiene una medida determinada, así él señala que hay dos diferentes estándares para aproximarse a la evidencia requerida para establecer corrupción. Una, la aproximación basada en la tradición del *common-law* que a su vez distingue entre una *preponderance of evidence* (estándar bajo) y un más alto estándar de *clear and convincing evidence* (estándar alto). La otra, señala el autor, en las jurisdicciones con tradición continental europea el estándar usado es si la evidencia disponible satisface el convencimiento del juez o el árbitro para la existencia de un hecho²⁸.

Como vemos el tema es bastante subjetivo pues depende de varios factores como, grado de acusación de corrupción (de ser planteada por una de las partes), presunciones del propio tribunal en relación a operaciones ilegales de ser el caso, o vínculo entre el elemento de corrupción y el fondo de la discusión sobre la materia controvertida. Consideramos que sólo sopesando estos elementos en un proceso en particular se podría determinar el uso de determinado estándar de la prueba. Sin embargo creemos que es importante tener en cuenta que un alto grado probatorio en materia de corrupción hará difícil su probanza lo que implicará que la sospecha o denuncia sea finalmente no considerada a la hora de resolver, aún cuando esta exista en forma subyacente.

2.1.3 El balance de probabilidades

Este es un concepto afín al derecho anglosajón. Es la forma usual de valorar las pruebas, así tenemos que, entre los dos ex-

27. L. A. GONZÁLEZ GARCÍA, "Corrupción, lavado de dinero y el arbitraje internacional". *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, Vol. 1, No. 1, 2013, p. 267.

28. C. LIEBSCHER y F. HAUGENEDER, "Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof", en C. KLAUSEGGER *et al.* (Ed.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2009, p. 545.

tremos de valorar las pruebas de la tradición anglosajona antes comentada, opera un balance de probabilidades, el cual, en asuntos que tienen que ver con materias civiles pero con alegaciones criminales (corrupción), tiene como premisa “basta que la certeza sea superior al cincuenta por ciento de las posibilidades”. Es decir, se parte de la idea que ambas partes en sus alegaciones y pruebas tienen la misma valoración frente al tribunal (cincuenta por ciento a cada uno), pero quien logre marcar la diferencia, podría determinar que en el balance de las probabilidades su alegación sea concluyente para el tribunal. Esta valoración también será de aplicación cuando un tribunal *sua sponte* halle evidencia de corrupción que incida con la materia en discusión y podría aplicar este método para poder sopesar las probabilidades.

El profesor BORN trató este tema bastante y fue quien hizo famosa la frase que un balance de probabilidades debe ser asumido como “algo que es más probable, a que no lo sea”²⁹.

A manera de ilustración, en el caso *UNCITRAL EDF Services*, el tribunal requirió pruebas claras y convincentes para la comprobación de alegaciones relativas a corrupción por parte del gobierno rumano. Luego de las audiencias y concluido el proceso el tribunal declaró respecto de tales alegaciones que el actor no cumplió con el estándar de prueba aplicable. El tribunal desestimó una serie de pruebas aportadas como documentos, correos, grabaciones, además declaró que el hecho había sido investigado ya por autoridades rumanas. Este tribunal ha sido objeto de crítica por parte de muchos tratadistas puesto que exigió un estándar probatorio demasiado alto, dejando de lado el estándar del balance de las probabilidades³⁰, sobre todo respecto de hechos en donde la premisa *more likely, than not* resultaba aplicable.

Somos de la opinión que la determinación de la valoración de la prueba es decisión del árbitro o tribunal en base a los hechos ventilados. En casos excepcionales el pedido de pruebas de

29. G. BORN, N. 1, p. 1857.

30. J. TIRADO y A. GARCÍA, “Las Investigaciones de Corrupción por Autoridades Gubernamentales y el Arbitraje de Inversión: Los Desafíos Creados por la Creciente Convergencia de Dos Mundos Hasta Ahora (casi) Separados”, *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 21, 2014, pp. 75-76.

mayor exigencia puede resultar justificado, pero dificulta la toma de decisión sobre elementos de corrupción que puedan atentar contra el orden público. En ese sentido coincidimos con lo que los expertos KWAM y LIM sostienen que el balance de probabilidades debe ser aplicado atendiendo las tonalidades de cada caso, y no puede estar divorciado de las particularidades del mismo. Por ello es importante considerar la seriedad de las alegaciones³¹.

2.2 El entrenamiento del árbitro

¿Cómo debe prepararse entonces el árbitro que se encuentre ante tan compleja situación? Aquí es donde se requiere que el entrenamiento del árbitro, además de tener muy presente evaluar la calidad del árbitro a designar por las partes, aunque este no sea tema del presente artículo.

Este entrenamiento del árbitro no se obtendrá de otra manera sino que teniendo únicamente en cuenta lo siguiente: **(i)** sabiendo de los alcances del convenio arbitral; **(ii)** estando bastante informado del marco legal bajo el que actuará; **(iii)** adoptando las mejores prácticas arbitrales que permitan desarrollar su labor arbitral; **(iv)** evitando que su proceder entorpezca el proceso innecesariamente; y, sobre todo, en lo relativo al arbitraje en contrataciones públicas, **(v)** conociendo muy bien su realidad y las prácticas dolosas que se han ido dando, a fin de determinar actos, conductas y demás elementos que se presenten en la consecución de contratos que muchas veces sirven de medio o son la finalidad de la corrupción.

En ese sentido, la idea central es el deber de un árbitro de emitir un laudo que no sólo esté comprometido con resolver una controversia de la mejor manera posible, sino teniendo en cuenta aspectos subyacentes que, de no ser contemplados, podrían acarrear que el laudo final legitime actos relacionados con la corrupción y sea posible de una anulación judicial. Es decir, el compromiso del árbitro con conducir un proceso y mantenerlo

31. M. HWANG y K. LIM, N. 18, p. 20.

limpio es necesario, evitando caer en una pasividad que convalide actos de corrupción.

Para ello, es pertinente que en la práctica el árbitro se entrene: **(i)** valorando declaraciones de testigos; **(ii)** adoptando técnicas modernas de interrogación; **(iii)** identificando cláusulas oscuras de los contratos y documentos presentados con incidencia directa en la controversia planteada; **(iv)** sopesando actitudes de las partes en el proceso; **(v)** analizando la producción de documentos - tanto la entrega como la denegatoria-; **(vi)** conjeturando posibles inferencias; y, **(vii)** entendiendo el modelo de negocio y prácticas usuales que no son empleadas en la industria materia de la controversia, y sus límites.

A fin de coadyuvar con esto y debido a la preocupación que genera el tema en el mundo arbitral actual, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha elaborado una guía³² que resulta ser una ayuda de importante relevancia para los árbitros el día de hoy, y son las denominadas *red flags*. KHVALEI sostiene que las *red flags* pueden servir como una herramienta útil en el arbitraje para verificar si hay un riesgo de corrupción³³.

En específico la guía del CCI antes indicada está básicamente dirigida a poner en sobre aviso y evitar actitudes destinadas a configurar pagos ilegales (sobornos) que se puedan dar en el desarrollo de los negocios. Son una suerte de listado de acciones o conductas que alertan de un eventual caso que podría estar relacionado con corrupción³⁴. A pesar que las *red flags* en sí no pueden constituir violaciones a normas anti corrupción, ellas dan señales de advertencia que éstas deben ser tomadas en serio e investigadas³⁵. No vamos a reproducir cada una de estas alertas, pero sí resulta interesante por lo menos mencionar algunas, porque con-

32. Comisión en Responsabilidad Corporativa y Anti Corrupción de la Cámara de Comercio Internacional, *ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties*, <goo.gl/hMYHFo>.

33. V. KHVALEI, N. 21, p. 23.

34. Véase, International Anti-Corruption Resource Center (IACRC), *Guide to Combating Corruption & Fraud in Development Projects*, <<http://guide.iacrc.org/the-red-flags-of-corruption-bid-rigging-collusive-bidding-and-fraud/>> (11/08/2016).

35. Comisión en Responsabilidad Corporativa y Anti Corrupción de la Cámara de Comercio Internacional, N. 32, p. 5.

sideramos que muchas de ellas pueden ser de aplicación en nuestra realidad. En el listado aparece ya como señal de alerta a tener en cuenta:

- Aquellas operaciones que han tomado lugar en países conocidos por pagos de corrupción.
- Un tercero es sugerido por un funcionario público, particularmente uno con autoridad discrecional sobre el negocio del caso.
- Los pagos a servicios de terceros son desproporcionados en relación al servicio prestado.

Estas y otras conductas no son ajenas al proceder lamentable de muchos funcionarios y contratistas en el Perú que, como hemos leído antes, incluso actualmente están siendo procesados por la justicia. Por ello, es interesante leer y conocer las denominadas *red flags* que la CCI propone. Es pertinente, además, indicar que resultaría imposible que una guía contemple todas las eventuales señales de alerta no obstante ello es ya una iniciativa interesante y sobre todo una ayuda en el entrenamiento de los árbitros de observar diversos detalles que antes eran obviados.

3. DOCTRINA CLEAN HANDS

Es pertinente referirnos brevemente a la importancia de esta doctrina, la cual está contenida en un principio que cada vez está teniendo mayor resonancia en el mundo arbitral internacional; esto porque se busca que los actores de un proceso arbitral que sustenten sus reclamaciones estén libres de tintes de corrupción. El origen del principio proviene también del derecho anglosajón y, en sencillo, significa que ninguna persona puede buscar una solución justa o sostener una defensa justa, si esa parte ha violado principios de justicia tales como la buena fe³⁶.

36. Black's Law Dictionary, 8va Ed., 2004, p. 268.

La doctrina en cuestión tiene un uso práctico y difundido puesto que actúa como catalizador dentro de un proceso, sea de la naturaleza que sea, a fin que los tribunales que tengan ante sí partes con tales conductas manifiestas (contrarias a las normas), no sean acogidas dentro de su reclamación principal. Un tribunal de esta manera evita ser cómplice de eventuales legitimaciones de pretensiones basadas en corruptelas.

Este principio persigue mantener la integridad y equilibrio en un proceso, sin admisión alguna de vicios en el mismo, entendemos que es totalizante y determinante en la toma de decisiones. Con el acopio de información en el proceso, el análisis de las pruebas y la valoración de los demás elementos que hemos analizado, de llegarse a la conclusión que la(s) parte(s) habría(n) actuado contra las normas, se llegaría a la determinación que este principio sería vulnerado de no ser acogido, lo que tendría como consecuencia el enturbiamiento de un proceso que conllevaría al árbitro a pronunciarse desestimando la pretensión de fondo o declarando la no arbitrabilidad de la controversia por afectación del orden público.

En este punto consideramos que la invocación de este principio, rector de un proceso, servirá como base, únicamente ante pruebas que acrediten actuación de las partes contrarias a las normas, de desestimar la pretensión de fondo. Somos de la opinión que es importante tener presente que la actuación de las partes, que constituyan violación de las normas, debe tener una incidencia directa con la controversia planteada. Esto, sobre todo, puesto que el árbitro tiene una función doble, de un lado cumplir con el encargo contenido en el convenio arbitral, de otro lado evitar la convalidación de actos que sean contrarios al orden público.

Es importante que estas prácticas modernas sean cada vez más usuales y de mayor incidencia en los procesos arbitrales. Un proceso arbitral se nutre, consideramos, no sólo de las normas a las cuales está sometido el proceso, sino además de los principios internacionales del derecho y de las prácticas que estos principios han desarrollado, por ello su invocación en un

proceso en donde esté plenamente acreditada la corrupción, no debería ser visto como un recurso exótico o sofisticado, sino como algo acorde a las tendencias que buscan fortalecer sistemas como el arbitral.

4. CONSECUENCIAS DE HALLAZGOS COMPROBADOS DE CORRUPCIÓN: EL ÁRBITRO NO ES JUEZ

Aquí llegamos a la parte decisiva en la actuación del tribunal frente a tales hechos. ¿Cómo debe enfrentar el tribunal estos elementos que, luego de haber contrastado tales evidencias, ha llegado al pleno convencimiento que en el proceso existen elementos de corrupción? Como señala GONZÁLEZ GARCÍA, son varias las opciones que se pueden adoptar al resolver un caso. Por un lado, el tribunal puede optar por no hacer una determinación sobre los alegatos de corrupción. Segundo, un tribunal podrá decidir que la demanda de arbitraje es inadmisibles por considerar que la transacción violenta el orden público internacional. Por último, el tribunal podrá concluir que el contrato objeto del arbitraje es nulo o que la transacción es tipificada como una actividad ilegal según las normas obligatorias³⁷.

En el caso peruano, el árbitro está en total capacidad conforme a la ley de arbitraje, según lo veremos, en pronunciarse, y en lo absoluto dejarlos de lado como parte de su decisión final, en salvaguarda de la institución arbitral. Asimismo, bajo la aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* y la separabilidad del convenio arbitral, el tribunal se encuentra premunido de los elementos que le permitan declarar la jurisdicción sobre el caso y hacer el pronunciamiento que corresponda, y finalmente optar por una decisión definitiva dependerá de cada caso en particular y el impacto que hayan tenido estos elementos de corrupción en el contrato materia de controversia, de ahí que muchos consideren entre las diferentes variables: **(i)** ser inadmisibles la demanda;

37. L. A. GONZÁLEZ GARCÍA, N. 27, p. 266.

(ii) ser admisible pero no arbitrable³⁸, (iii) optar por la declaración de invalidez y nulidad del contrato.

Sobre la arbitrabilidad, el especialista ULUC realiza un comentario muy interesante, la doctrina de la arbitrabilidad reposa sobre una simple pregunta: ¿qué tipo de disputa puede ser sometida a arbitraje? Las partes podrían someter cualquier disputa, pero las leyes nacionales restringen esto. Por ejemplo las leyes nacionales mandatorias serían un factor determinante de la arbitrabilidad de la disputa³⁹. Consecuentemente entendemos que disputas basadas en hechos que violaron las normas mandatorias, serían materias no arbitrables.

Sobre una declaración de nulidad e invalidez del contrato, en opinión de MUJIC, los árbitros son algo renuentes al considerar que el contrato entre las partes es el resultado de la autonomía de las partes. Esta renuencia de los árbitros es criticada por MUJIC e indica que tal renuencia debe ser considerada como injustificada toda vez que la nulidad del contrato no va a invalidar el convenio arbitral y por ello el árbitro no pierde jurisdicción para pronunciarse en casos en que se presenten tales elementos⁴⁰.

En opinión de ULUC, en el contexto de sobornos y otras prácticas corruptas, un contrato que promueve la corrupción o esté teñido de corrupción será contrario a las normas de orden público y no es previsto que sea ejecutable debido a lo inapropiado de la violación a las normas y costumbres y el antagonismo a la ley moderna⁴¹. Entendemos, entonces, que atendiendo estas consideraciones se estaría ante la posibilidad de poder declarar en forma suficiente la nulidad e invalidez del contrato. PAVIC es de esta posición y es muy firme al señalar que no importa cuáles sean las reglas a las que un tribunal ha recurrido (nacionales o transnacionales), cuando examinando el potencial soborno, una vez este

38. La doctrina de la arbitrabilidad es compleja, pero en síntesis se considera que la declaración de arbitrabilidad está ligada a elementos que puedan ser transgresores de normas mandatorias o del orden público internacional y producto de ello, no ser arbitrables.

39. I. ULUC, N. 13, p. 96.

40. E. MUJIC, N. 9, p. 38.

41. I. ULUC, N. 13, p. 22.

es hallado que bajo las leyes aplicables el soborno tomó lugar, el referido contrato que apuntaba al soborno, será declarado nulo e inválido. Debe ser resaltado que algunas veces esta consecuencia seguirá aún si la ley aplicable no trata una conducta particular como el soborno, ya que la sanción de nulidad puede devenir por el objeto de un contrato el cual es inmoral y consecuentemente ilegal⁴².

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El análisis del tema contenido en el presente artículo es complejo; no obstante, somos de la opinión que un asunto ligado al manejo arbitral en casos de corrupción, resulta ser de vital importancia. La preparación y entendimiento del tema por parte del árbitro es esencial, puesto que coadyuvará a que el arbitraje no sirva de subterfugio a este problema.

Es por ello que el fortalecimiento del sistema arbitral es una tarea de todos, académicos, expertos, abogados; pero sobre todo creemos que el trabajo es de quienes ejercen el poder decisorio en una contienda como son los árbitros, quienes deben asumir su rol sin temor alguno de ejercer las facultades que el convenio arbitral, la ley y conjuntamente con las buenas prácticas procesales le permiten.

Cada persona ligada al tema podrá obtener sus propias conclusiones, sin embargo queremos resaltar a manera de resumen los siguientes aspectos que a nuestro parecer son decisivos a tener en cuenta cuando se esté ante tal tipo de controversias:

- Es innegable la realidad que existen controversias derivadas de contratos gestados bajo actos de corrupción en el arbitraje de contrataciones públicas, por ello dejar de lado elemento o atisbo alguno de corrupción, implicaría que el arbitraje pierda vigencia por una falta de reacción en defender la pro-

42. V. PAVIC, "Bribery and International Commercial Arbitration. The Role of Mandatory Rules and Public Policy", *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 43, No. 4, 2012, p. 679.

pia institución y sirva de refugio, siendo usado para lavar el provecho económico de hechos delictivos, perdiendo toda la credibilidad.

- El árbitro que tenga claro lo antes señalado deberá establecer el método de valoración, pero sopesando siempre el grado de implicancia del elemento de corrupción con relación a la controversia planteada. Es importante que el análisis evalúe previamente qué dispone la Ley de Arbitraje local, a fin de poder ingresar a ver este tipo a fin que el árbitro o tribunal esté facultado para evaluar aspectos *sua sponte* que hayan surgido en el desarrollo del proceso.
- Finalmente es necesario que el árbitro (y las partes) entienda que él no es un Juez penal, que no se le pide que establezca una sanción o una pena privativa de la libertad a una persona en particular o entienda que con su decisión estaría vulnerando el principio de inocencia, tan sólo constatar que ante hechos que demuestren actos de corrupción subyacentes, afecta la materia que es puesta a resolución arbitral.

3. Sección

Ensayos Libres

La caución en el arbitraje

*Fausto Albuja Guarderas**

*Ana Carolina Donoso Bustamante***

Recibido/Received: 07/08/2018

Aceptado/Accepted: 08/08/2018

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y finalidad de la caución. 3. Problemas que se generan por la falta de normativa en el tratamiento de la caución. 3.1 La norma no establece la forma en que debe calcularse el monto de la caución. 3.2 No se establece con claridad donde se debe consignar la caución, especialmente en un arbitraje independiente. 3.3 La norma no señala el procedimiento para la devolución de la caución. 3.4 El término para consignar la caución podría ser muy corto especialmente para entidades del sector público. 4. Formas de rendir caución. 4.1 Aspectos importantes a tener en cuenta respecto a las formas de rendir caución. 4.1.1 Disponibilidad inmediata. 4.1.2 Vigencia. 4.1.3 Efectividad independiente. 5. Ejemplos de fórmulas utilizadas. 6. Problema: ¿Qué es “caución suficiente”? 7. ¿Se puede reglamentar la forma en cómo se debe fijar la caución?. 8. Conclusiones.

* Socio de la firma Guarderas & Guarderas Abogados; Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito; Miembro del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal; Docente de la Universidad de las Américas desde el año 2007 hasta la presente fecha y de la Universidad de los Hemisferios desde abril de 2016 hasta junio de 2018. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Universidad Católica del Ecuador; Magister en Derecho de Empresa por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: fausto_albuja@hotmail.com

** Socia del Estudio Jurídico Santacruz & Donoso Abogados; Árbitro de la Cámara de Comercio de Quito y de la Cámara de la Construcción de Quito; Docente de la Universidad San Francisco de Quito en las materias de Derecho Procesal; Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar en el Módulo de Métodos Alternativos de Resolución de Controversias de la Maestría en Derecho Procesal; Abogada *Magna Cum Laude* por la Universidad San Francisco de Quito; Especialista Superior y Máster en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar; Candidata a Doctora en Derecho - *Phd* por la Universidad Andina Simón Bolívar. Correo electrónico: acdonosob@gmail.com

PALABRAS CLAVE: Caución, arbitraje, cálculo, reglamentación.

KEYWORDS: Caution or bond, arbitration, calculation, regulation.

RESUMEN: La caución es una garantía que se rinde con el objeto de asegurar el cumplimiento de una obligación. Jueces y árbitros en determinadas situaciones deben ordenar la consignación de una caución. En materia arbitral, hay dos situaciones en las cuales los árbitros requieren fijar caución, esto es, cuando la parte contra quien se ha ordenado una medida cautelar pide su suspensión, y cuando quien interpone la acción de nulidad en contra del laudo arbitral, solicita la suspensión de la ejecución del laudo, siendo ésta última situación la que se presenta con mayor frecuencia. Para estos casos, los árbitros no cuentan con una guía o criterio unificado, especialmente respecto al monto de la caución, por lo que tal decisión resulta ser discrecional, lo que en ocasiones afecta los derechos de las partes. El presente artículo pretende abrir el debate, planteando los puntos centrales del tema, en vías a una posible regulación.

ABSTRACT: "Bond is a guarantee that is submitted to ensure compliance with an obligation. Judges and arbitrators in certain situations must order the deposit of a bond. In arbitration, there are two situations in which arbitrators need to set a bond, which are, when the party against whom a precautionary measure has been ordered asks for its suspension, and when the person bringing the nullity action against the arbitration award, requests the suspension of the enforcement of it, the latter being the one that occurs most frequently. For these cases, arbitrators do not have a unified guide or criteria, especially regarding the amount of the bond, which in occasions results on discretionary decisions that sometimes affects the rights of the parties. This article aims to open the debate, raising the central points of the issue, in the way of possible regulation.

1. INTRODUCCIÓN

En el sistema legal ecuatoriano no existe normativa, ni guía, ni uniformidad de criterios para establecer los parámetros que deben seguir los juzgadores al momento de establecer el monto de la caución, cuando en el proceso se requiere asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones derivadas del mismo. Esto significa un problema tanto para los juzgadores, como para las partes, pues la decisión que al respecto tome el juez, puede resultar perjudicial para ellas y afectar el interés de la justicia.

La materia arbitral, no es la excepción. Con frecuencia los árbitros se ven abocados a fijar una caución cuando la parte, dentro del proceso arbitral, ha planteado una acción de nulidad del laudo, y dentro de su petición, ha solicitado la suspensión de la ejecución del laudo o cuando la parte contra quien se ha dictado una medida cautelar, requiere su suspensión. No existe claridad sobre los aspectos básicos para la fijación de la caución por parte de los árbitros, lo que plantea un problema de orden práctico con graves consecuencias. La falta de normas claras al respecto o al menos directrices que puedan guiar a los árbitros en esta tarea, ha tenido como consecuencia que en el ejercicio se hayan adoptado distintas prácticas que en ciertos casos podrían afectar a las partes.

En el presente estudio se busca hacer un acercamiento al tema y presentar, dentro del contexto de la escasa normativa existente, las prácticas comúnmente utilizadas por los árbitros al fijar la caución, cuando la parte que plantea acción de nulidad, solicita la suspensión de la ejecución del laudo. Así, se analizará el concepto de caución y su finalidad, algunos de los problemas que la falta de normativa puede generar en el tratamiento de la caución, las formas de rendir la caución, y se revisarán algunos aspectos importantes a tener en cuenta sobre dichas formas, además de los parámetros que utilizan en la práctica los árbitros para establecer el monto de la caución. Finalmente, se buscará responder a dos cuestionamientos sobre el tema: ¿qué es “caución suficiente”? y ¿se puede reglamentar la forma cómo se debe fijar la caución?

2. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA CAUCIÓN

El artículo 31 del Código Civil ecuatoriano señala que “[c]aución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca”. Por su parte, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, caución significa “[g]arantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación actual o eventual”¹.

La finalidad de la caución, en el ámbito legal, es otorgar una garantía que sirva para asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, que en el contexto de este análisis, se encuentra contenida en una sentencia² o laudo arbitral, según corresponda. En efecto, en el arbitraje, la fijación de la caución se produce cuando la parte que plantea una acción de nulidad contra el laudo arbitral, solicita que se suspenda la ejecución del laudo, mientras se tramita dicha acción ante el Presidente de la Corte Provincial³.

1. Real Academia Española, *Diccionario*, <<http://dle.rae.es/?id=7z4jpFL>>, (24/07/2018).
 2. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Art. 271, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.
Art. 271.- “El recurrente podrá solicitar, al interponer el recurso, que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte. El Tribunal correspondiente establecerá el monto de la caución al momento de expedir el auto que califica la oportunidad del recurso, en el término máximo de tres días desde su presentación. Si la caución es consignada dentro del término de diez días posteriores a la notificación del auto de calificación del recurso, se dispondrá la suspensión de la ejecución de la sentencia o auto. En caso contrario, se ordenará su ejecución”.
 3. Como se ha mencionado, en arbitraje también existe la posibilidad de que, contra quien el Tribunal Arbitral ha dictado una medida cautelar, rinda caución para suspender tal medida conforme lo previsto en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dispone: “Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del [COGEP] 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 ésta, 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. [...]”.
- La situación referida se presenta en la práctica con menos frecuencia que la señalada en el texto, por lo que el presente estudio se centrará a analizar aquella, esto es, la caución que se rinde con la finalidad de que se produzca la suspensión de la ejecución del laudo arbitral hasta que se resuelva la acción de nulidad.

La Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 31, establece que:

Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral *que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte*. El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el *monto de la caución*, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo. La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación (énfasis añadido)⁴.

Por lo dicho, la figura de la caución sirve para garantizar el eventual cumplimiento de la obligación resultante del laudo, cuando éste establece la ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer, dependiendo el caso⁵. Entendiendo a ésta como la función principal de la caución, se pueden pensar dos funciones adicionales de la caución. En primer lugar, la caución sirve además para resarcir el daño que la demora en la ejecución del laudo, pueda provocar a quien obtuvo un laudo favorable, conforme lo reconoce expresamente la norma de la Ley de Arbitraje y Mediación citada anteriormente. Y, en segundo lugar, aún cuando no sea una finalidad expresamente reconocida, se puede entender que la caución en cierta medida tiene como efecto desincentivar el uso abusivo de la acción de nulidad. En otras palabras, en cierta medida la figura de la caución evita que se pretenda utilizar a la acción de nulidad, como mecanismo para dilatar el cumplimiento de la obligación declarada en laudo, pues el planteamiento de dicha acción, no suspende por sí mismo la ejecución del laudo, sino a través de la caución.

4. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 31, RO No. 417, 14/12/2006.

5. La Ley de Conciliación y Arbitraje de Bolivia, no establece expresamente la figura de la caución para suspender la ejecución del laudo arbitral. Sin embargo, en el numeral II del artículo 114 señala: "La autoridad judicial cuando se le solicite la nulidad del Laudo Arbitral, podrá suspender la ejecución del Laudo Arbitral, cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, por el plazo que estime pertinente, a fin de dar a la o el Árbitro Único o al Tribunal Arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o adoptar cualquier otra medida que a su juicio elimine las causas que motivaron el recurso de nulidad del Laudo Arbitral".

Ley de Conciliación y Arbitraje de Bolivia, Art. 114(11), Ley No. 708, 25/06/2015.

Asimismo, la norma señalada, únicamente menciona los siguientes aspectos en relación con la caución: **(i)** el interesado debe solicitar la suspensión del laudo cuando interponga la acción de nulidad; **(ii)** la caución se refiere a los perjuicios estimados en la demora en la ejecución del laudo; **(iii)** el tribunal arbitral deberá fijar la caución mediante providencia en el término de tres días; y, **(iv)** la caución debe rendirse en el término de tres días. Sin embargo, tal como lo revisaremos a continuación, lo expuesto no es suficiente para el tratamiento de la caución, generándose una serie de dificultades e interrogantes que aún no han podido ser resueltas de manera definitiva.

3. PROBLEMAS QUE SE GENERAN POR LA FALTA DE NORMATIVA EN EL TRATAMIENTO DE LA CAUCIÓN

Si bien en el acápite anterior se estableció cual es la finalidad de la caución en el arbitraje, sobre lo cual no hay dificultad alguna, es preciso señalar que de la lectura del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación antes citado, existen algunos problemas en el tratamiento de la caución que no han tenido solución definitiva. Como veremos más adelante, los tribunales arbitrales han optado por diversas decisiones para dar viabilidad a algunos de estos problemas.

Se pueden identificar al menos los siguientes problemas: **(i)** la norma no establece la forma en que debe calcularse el monto de la caución⁶; **(ii)** no se establece con claridad donde se debe consignar la caución especialmente en un arbitraje independiente;

6. Tal como lo reseña S. ANDRADE en su libro *La Casación Civil en el Ecuador*, este problema no se presenta sólo en el arbitraje, pues en casación tampoco existe normativa alguna que regule los parámetros para fijar la caución. "A pesar de los años transcurridos, la Corte Suprema de Justicia no ha dictado el instructivo que deberían seguir los tribunales para el perjuicio de la demora. Los tribunales de instancia proceden con innegable discrecionalidad en este campo, unas veces fijan cauciones excesivamente elevadas, lo que imposibilita el que se las constituyan y colocan a los recurrentes en imposibilidad de alcanzar la suspensión de la ejecución de la sentencia o auto recurrido; en otros casos, en cambio, señalan cauciones mínimas. Esta discrecionalidad extrema indudablemente atenta contra la seguridad jurídica".

S. ANDRADE, *La Casación Civil en el Ecuador*, Ed. Andrade & Asociados, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005, p. 267.

(iii) la norma no señala el procedimiento para la devolución de la caución; y, (iv) el término para consignar la caución podría ser muy corto especialmente para entidades del sector público.

3.1 La norma no establece la forma en que debe calcularse el monto de la caución

En lo que tiene que ver con el primer punto, el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación únicamente establece como parámetro de cálculo “[...] los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte”. Al respecto, hablar de perjuicios estimados resulta una fórmula demasiado general que ha obligado a los tribunales arbitrales a utilizar distintas formas para fijar la caución.

La decisión que debe tomar el tribunal arbitral al momento de fijar el monto de la caución, resulta muy compleja, considerando que el principal parámetro es un tanto subjetivo y existen elementos muy variables a tener en cuenta.

El principal parámetro a considerar, al momento de establecer el monto de la caución, es la razonabilidad. Como se ha dicho, lastimosamente éste es un término que fácilmente cae en la consideración de criterios subjetivos, pues resulta muy difícil establecer el monto justo o adecuado para ambas partes. Así, no es fácil establecer una caución “razonable”, sin que el árbitro caiga en criterios un tanto subjetivos.

En este contexto, los parámetros que comúnmente se utilizan por parte de los tribunales arbitrales son el tiempo que puede demorar el trámite de la acción de nulidad y la cuantía de la condena. Respecto al primer parámetro señalado, esto es el tiempo de demora, cabe señalar que aun cuando la norma del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que el presidente de la Corte Provincial debe resolver la acción de nulidad en el término de treinta días, esto no se cumple y en la práctica, el tiempo de demora en la tramitación de la acción de nulidad es un tanto incierto.

En la práctica, el término señalado en la ley para la resolución de la acción de nulidad no se cumple, pues resulta irreal en vista de la carga de trabajo que tiene la Corte Provincial⁷.

En relación con el segundo parámetro señalado, esto es la cuantía de la condena, es importante tener en cuenta que resulta inaplicable cuando las obligaciones derivadas del laudo son de hacer, como podría ser por ejemplo la entrega de un bien.

Un ejemplo de cómo un tribunal arbitral ha fijado una caución utilizando los parámetros señalados, es el que aparece en el juicio de nulidad del laudo arbitral No. 070-2014-17100. En este caso, los miembros del tribunal arbitral ordenaron lo siguiente:

[...] 2.1. Que el monto de la caución de USD \$ 244,711.80 fue establecido tomando como base el valor total del adeudo a la compañía XXXXXX que es USD \$ 974,798.14.- Por ello, y sobre la base de su atribución establecida en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación este Tribunal ha estimado que los perjuicios que soportaría la compañía XXXXXX por la demora en el reintegro de valores adeudados, *corresponderían al costo financiero de dicho valor*, criterio que se ha aplicado no solamente en el caso que refirió XXXXXX en el escrito que se manda agregar, sino en un sinnúmero de otros casos. Por ello, el Tribunal Arbitral mantiene tal criterio, difiriendo en el tipo de interés aplicable y en el tiempo respecto del cual debe ser calculado ese interés;

2.2. Que para estimar los posibles daños derivados de la demora en la ejecución del laudo arbitral, *se ha tomado la tasa de interés legal establecida por el Banco Central del Ecuador* para el mes de julio de 2011 y que fue del 8,33%, calculado sobre el valor de USD \$ 974,798.14 sobre un periodo de 36 meses y no de 18 meses solamente. El periodo más amplio comprenderá *el estimado para resolver la acción de nulidad*, (tomando en cuenta

7. Cuando entró en vigencia el COGEP, la Corte Provincial suspendió la tramitación de las acciones de nulidad hasta tener una resolución que le guiara sobre la forma de tramitar la acción de nulidad, ante la vigencia de la nueva norma. En consecuencia, habiendo entrado en vigencia el COGEP el 22/05/2016, la Corte Nacional emitió la resolución No. 08-2017, estableciendo las Reglas para el trámite de la acción de nulidad de laudo arbitral, y es recién en ese momento que la Corte Provincial tiene un fundamento para la tramitación de dicha acción, y retoma la tramitación de las acciones de nulidad que se encontraban represadas por un año, con la consecuente demora de todos esos trámites. Corte Nacional de Justicia, *Resolución No. 08-2017*, 22/03/2017.

los registros del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito que establece ese promedio de un año y medio, más 18 meses adicionales por cuanto *se ha reiterado una práctica de interponer*, contra las sentencias de la Corte Superior, recursos de casación y, posteriormente, acciones de protección ante el Tribunal Constitucional;

2.3. Que el análisis anterior lo ha hecho este tribunal arbitral con el voto conforme de todos sus miembros y no solamente de uno de ellos y por ello, ratificamos que en el señalado periodo de 36 meses, también *se ponderó el contexto de reorganización de la administración de justicia* que podría provocar retrasos aún mayores a los que ordinariamente se comprometerían en el trámite de la acción de nulidad (énfasis añadido)⁸.

En el caso mencionado, el tribunal arbitral estimó los perjuicios utilizando dos elementos: (i) el costo financiero del valor de la condena, y (ii) el tiempo estimado para resolver la acción de nulidad, utilizando para su cálculo los registros del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, en cuanto al tiempo que demora dicha resolución y el hecho de que en la práctica se interponen recursos sobre la sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial⁹.

En otro caso¹⁰, un tribunal arbitral conformado en un Centro de Arbitraje de la ciudad de Esmeraldas, señaló:

[...] En el término de 3 días rindan caución suficiente garantizando los daños y perjuicio [sic] que la demora de la ejecución del laudo arbitral pueda causar a la otra parte, el valor de la caución es de USD 459.440,76/100. Tal como lo determina el Art. 31 de la Codificación a la Ley de Arbitraje y Mediación [...] ¹¹.

8. Laudo arbitral No. 070-2014-17100.

9. Cabe aclarar que a partir de la Resolución No. 08-2017, la Corte dispuso: "Art. 4.- De la sentencia que dicte la o el Presidente de la Corte Provincial, no habrá recurso alguno, salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación". Se aclara que el caso señalado como ejemplo es anterior a esta resolución. Corte Nacional de Justicia, N. 6, Art. 4.

10. En este caso la entidad pública interpuso equivocadamente una acción de protección en contra del laudo arbitral, la misma que fue conocida por la Unidad Judicial Penal de Esmeraldas; la causa fue signada con el número 2018-00377.

11. Proceso Arbitral No. 001-2017.

Como se puede apreciar del párrafo precedente, no existe motivación alguna que justifique dicho monto, más allá de señalar que esto garantizaría los daños y perjuicios por la demora en la ejecución. Lo más preocupante del caso fue que de manera subjetiva y arbitraria, el valor de la condena fue exactamente el mismo que el tribunal arbitral señaló como caución y siendo que la entidad pública demandada no caucionó el valor señalado por el tribunal arbitral, éste resolvió lo siguiente:

[...] por cuanto los recurrentes, no dieron cumplimiento a lo dispuesto por este tribunal en decreto de 21 de diciembre del 2017, a las 11h10 es decir, no rindieron caución suficiente, por los perjuicios estimados que en la demora de la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte contraviniendo la disposición legal prevista en la letra e), inciso cuarto del Artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; y lo dispuesto por la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 007-16-SCM.CC, CASO No. 0141-14-CN, este Tribunal Arbitral amparado en las Normas Legales y Constitucionales citadas; y en el precedente constitucional antedicho, niega los recursos de nulidad, interpuestos por el demandado [...]¹².

Así, el tribunal arbitral negó la acción de nulidad por no haberse rendido la caución que había dispuesto, considerando que supuestamente se vulneró la ley, desconociendo de este modo la finalidad de la caución y evidentemente afectando los derechos de una de las partes.

Como se puede ver en los casos referidos, marcando la enorme distancia entre el primero y el segundo, resulta indispensable regular de manera inmediata la forma en que se debe calcular la caución, pues, puede pasar como en los casos mencionados, que por un lado, un tribunal arbitral fundamente su decisión en la normativa –independientemente de estar o no de acuerdo con la misma– y por otro, como sucedió en el segundo caso, un tribunal sin conocimiento sobre la materia, perjudique a la parte que interpuso correctamente una acción de nulidad.

12. *Ibidem*.

Adicionalmente, dado que no existen lineamientos básicos sobre el tema, puede suceder que otros tribunales tengan criterios distintos y dependiendo del caso, utilicen otros elementos para fijar la caución. Más adelante se analizarán otros ejemplos de cómo se ha fijado la caución en distintos casos.

3.2 No se establece con claridad donde se debe consignar la caución, especialmente en un arbitraje independiente

En cuanto al segundo punto, referente a la falta de claridad del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación en relación a la consignación de la caución, especialmente en un arbitraje independiente, es necesario señalar que es un tema que no ha sido desarrollado. La razón podría fundamentarse, en que en el Ecuador, la mayoría de arbitrajes son administrados, por lo que no se ha presentado la necesidad de debatir el tema ampliamente.

Si bien la Ley de Arbitraje y Mediación no señala nada al respecto, los reglamentos de algunos centros de arbitraje si lo hacen¹³. Por ejemplo, el reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana en su artículo 66 dispone que dicha cámara será la custodia de la caución en la forma como fuere consignada. Asimismo, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, en su artículo 26 dispone:

Cuando se haya solicitado la suspensión de la ejecución del laudo por haberse interpuesto acción de nulidad, el tribunal fijará la caución teniendo en cuenta los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de lo ordenado en el laudo pueda irrogar a la parte vencedora del arbitraje. La caución se constituirá a favor de la Cámara de Comercio de Guayaquil, quien dispondrá su entrega a quien corresponda, una

13. Revisados los reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias y Producción (CIAM) y del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Industria de la Construcción (CENAMACO), se verifica que no cuentan con normativa específica relacionada con el tratamiento de la caución.

vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad¹⁴.

Por su parte, el Reglamento Modelo del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, en su artículo 37 ha tratado de prever todos los aspectos relacionados al tema de la siguiente manera:

Suspensión de los efectos del laudo.

1. Cuando se haya solicitado la suspensión de la ejecución del laudo por haberse interpuesto acción de nulidad, el tribunal fijará la caución teniendo en cuenta los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de lo ordenado en el laudo pueda irrogar a la parte vencedora del arbitraje.

2. Las cauciones que podrán rendirse son:

- a. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco, o institución financiera, establecidos en el país o por intermedio de ellos;
- b. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;
- c. Efectivo o Cheque Certificado de una institución financiera establecida en el país consignado en la Cámara XX, que deberá ser depositado en una cuenta de la misma.

3. La caución se constituirá a favor del vencedor del arbitraje y se entregará a la Cámara XX, quien dispondrá su entrega a quien corresponda, una vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad.

4. La caución deberá ser constituida en el término establecido por el Tribunal Arbitral para estos efectos. Este término podrá ser prorrogado a solicitud motivada de parte.

5. La caución rendida deberá ser renovable automáticamente antes de su vencimiento o a la sola solicitud del Centro. De no ser renovada la caución esta se efectivizará y la Cámara tendrá los fondos disponibles hasta cuando se resuelva la acción de nulidad.

6. Una vez resuelta la acción de nulidad la caución será devuelta:

- a. Al vencedor del arbitraje, si la acción de nulidad fuera rechazada.

14. Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Art. 26.

- b. Al proponente de la acción de nulidad, si la acción de nulidad fuera aceptada, total o parcialmente¹⁵.

De este modo, algunos reglamentos plantean que la cámara a la que pertenecen los centros de arbitraje será el custodio de las cauciones rendidas.

Sin embargo, resulta evidente la dificultad que se presenta con relación a los arbitrajes ad-hoc o independientes. Considerando que el tribunal arbitral pierde competencia luego de haber dictado el laudo arbitral, cabe preguntarse: ¿es correcto que el tribunal sea custodio de la caución? Al respecto, si bien el tribunal pierde facultades jurisdiccionales al momento de dictar el laudo, las facultades administrativas que adquiere al momento de su constitución, aceptación del cargo y declaratoria de competencia, deben mantenerse hasta cuando haya culminado su labor, pues es necesario, especialmente en arbitrajes *ad-hoc*, tener en cuenta las facultades residuales de los árbitros¹⁶. Lo mismo sucedería con el secretario que fuera nombrado para el caso, quien mantiene sus facultades para atender casos específicos que se producen, tiempo después de dictado el laudo arbitral. En consecuencia, no existe limitación alguna para que el tribunal ad-hoc se constituya en custodio de la caución, hasta que la acción de nulidad sea resuelta. Sin embargo, no existe una norma que sustente tal postura.

3.3 La norma no señala el procedimiento para la devolución de la caución

Sobre el tercer punto, tampoco existe un procedimiento en la Ley para la devolución de la caución. Sin embargo, en los reglamentos de varios centros de arbitraje, se encontró que éstos han tratado de buscar una forma de solucionar el tema. Como se ha

15. Reglamento Modelo del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Art. 37.

16. Entre las facultades residuales de los árbitros y de los secretarios está la de conocer cualquier pedido de las partes que no pueda ser atendido por el centro de arbitraje, especialmente y con más frecuencia, en casos de arbitrajes independiente. En algunos casos los tribunales arbitrales han debido atender pedidos relativos a medidas cautelares ordenadas en el proceso arbitral, tiempo después de dictar el laudo arbitral.

citado anteriormente, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil se limita a señalar en su artículo 26 que “[l]a caución se constituirá a favor de la Cámara de Comercio de Guayaquil, quien dispondrá su entrega a quien corresponda, una vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad”¹⁷.

Por su parte el Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana establece en su artículo 66, lo siguiente: “La caución se constituirá a favor del vencedor del arbitraje y se entregará a la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, quien dispondrá su entrega a quien corresponda, una vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad”¹⁸.

En ambos casos, la solución que han adoptado estos centros, es que la caución sea devuelta “a quien corresponda”, una vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad. De lo referido resulta evidente que será al vencedor de la acción de nulidad a quien se le entregue la caución, ya sea que tenga la calidad de actor o demandado en dicho proceso, en otras palabras, si la corte acepta la acción de nulidad, se devuelve la caución a quien la consignó, y si la corte niega dicha acción, se la entrega a quien habría sufrido el daño por la demora en la ejecución del laudo. Sin embargo, las normas citadas no son expresas al respecto.

Siendo que hay otros centros de arbitraje¹⁹ que no cuentan con normas como la señalada, se puede llegar a la conclusión de que no existiría uniformidad en este criterio, lo cual genera una

17. Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, N. 14.

18. Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Art. 66.

19. Cabe señalar que, aún cuando no contiene normas que regulan lo relativo a la caución, el Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, en su artículo 91 señala: “En aquellos casos no previstos por este Reglamento, el Centro resolverá por analogía de acuerdo a las disposiciones de otros Centros de Arbitraje y Mediación para casos similares”. Esta disposición, permite al centro mencionado, utilizar las normas de los reglamentos de otros centros relacionadas con la caución y de esa forma resolver cualquier vacío al respecto. Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, <goo.gl/FeMwyX> (06/8/2018).

incertidumbre para el usuario del arbitraje. La situación es aún más grave cuando el arbitraje es independiente y no ha contado con la colaboración de ningún centro de arbitraje.

3.4 El término para consignar la caución podría ser muy corto especialmente para entidades del sector público

En lo que tiene que ver con el cuarto punto, relacionado con el tiempo que la Ley otorga para rendir la caución, es preciso señalar que este podría ser muy corto, sobre todo cuando en los arbitrajes participa una entidad del Estado, y la disponibilidad de los fondos requiere un trámite particular.

En efecto, tres días no es un tiempo suficiente para rendir una caución, en especial para las entidades públicas que deben cumplir con un proceso administrativo que podría llevar más tiempo que el previsto en la Ley. Si bien, se podría planificar y prever los fondos para rendir la caución, al no tener una regulación que establezca la forma en cómo debe calcularse su valor, la entidad o cualquier persona privada no sabrá el monto, sino hasta cuando el tribunal arbitral lo determine mediante providencia.

Lo dicho, puede llevar a que la entidad pública no cuente con el tiempo suficiente para rendir la caución correspondiente y por ello perder su derecho a suspender la ejecución del laudo arbitral.

En este punto, cabe señalar que los árbitros están impedidos por la existencia de una norma expresa a otorgar más tiempo para que la parte pueda rendir la caución. Un ejemplo de lo referido se encuentra, en el caso de nulidad No. 070-2014-17100, antes mencionado, en donde el tribunal arbitral dispuso:

[...] 3.- La accionante de la nulidad consignará en el término improrrogable de tres días, la caución señalada por este Tribunal, bajo prevenciones del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, puesto que, de no hacerlo, se remitirá el proceso

a la Corte Provincial de Justicia, sin orden de suspensión de laudo arbitral [...] ²⁰.

Sin embargo de lo dicho, algunos tribunales arbitrales, cuando las partes solicitan una prórroga para rendir la caución, la han otorgado a fin de precautelar los derechos de las partes.

Visto lo señalado, resulta interesante valorar la posibilidad de una reforma a la Ley estableciendo: **(i)** un término mayor para rendir la caución; o, **(ii)** dejar en libertad a los árbitros la determinación del tiempo necesario para rendirla y la posibilidad de prorrogar dicho término ²¹.

4. FORMAS DE RENDIR CAUCIÓN

En general, se utilizan tres formas de rendir caución. La primera es a través de la entrega de efectivo o de un cheque certificado de una institución financiera. La segunda forma de rendir caución es a través de la entrega de una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por una entidad financiera. Y, finalmente, se puede rendir caución a través de una póliza de seguro incondicional, e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros.

Este criterio aparece en el artículo 66 del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, cuando dispone:

[...] Las cauciones que podrán rendirse son: 1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco, o institución financiera, establecidos en el país o por intermedio de ellos; 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emi-

20. Laudo arbitral, N. 8.

21. El Reglamento Modelo propuesto por el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje propone justamente que el tiempo para rendir la caución sea señalado libremente por los árbitros, pudiendo ser incluso prorrogado. Así, el artículo 37 plantea: “[...] 4. La caución deberá ser constituida en el término establecido por el Tribunal Arbitral para estos efectos. Este término podrá ser prorrogado a solicitud motivada de parte [...]”.

tida por una compañía de seguros establecida en el país; 3. Efectivo o Cheque Certificado de una institución financiera establecida en el país consignado en la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, que deberá ser depositado en una cuenta de la misma [...] ²².

Asimismo, el artículo 37 del Reglamento Modelo del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje citado anteriormente dispone al respecto:

[...] 2. Las cauciones que podrán rendirse son: a. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco, o institución financiera, establecidos en el país o por intermedio de ellos; b. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; c. Efectivo o Cheque Certificado de una institución financiera establecida en el país consignado en la Cámara XX, que deberá ser depositado en una cuenta de la misma. 3. La caución se constituirá a favor del vencedor del arbitraje y se entregará a la Cámara XX, quien dispondrá su entrega a quien corresponda, una vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad. [...] ²³.

4.1 Aspectos importantes a tener en cuenta respecto a las formas de rendir caución

Se identifican tres elementos fundamentales que se deben tener en cuenta con relación a las formas de rendir caución descritas anteriormente, estos son disponibilidad inmediata, vigencia y efectividad independiente. A continuación se analizan estos aspectos.

22. Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, N. 18.

23. Reglamento Modelo del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, N. 15.

4.1.1 Disponibilidad inmediata

Que la caución sea de disponibilidad inmediata significa que el medio que se utilice debe garantizar la posibilidad de acceder a la cantidad ordenada de manera efectiva y rápida. No parecería ser un problema pues, cuando se trata de dinero en efectivo, el Centro de Arbitraje no podría hacer uso de él y por lo tanto, lo tendrá disponible en la cuenta asignada para estos efectos, al momento en que la parte beneficiaria solicite su devolución. Asimismo, cuando se trata de garantías bancarias o pólizas de seguro, es importante que los fondos que estos documentos representan, estén disponibles tan pronto se los requiera.

4.1.2 Vigencia

Es indispensable que la caución se mantenga vigente hasta la ejecutoria del fallo que resuelva la acción de nulidad, pues caso contrario, cuando se la requiera, no podrá estar a disposición del centro de arbitraje, en el caso de un arbitraje administrado, o del tribunal arbitral independiente, en el caso de un arbitraje ad-hoc. Por lo dicho, la caución o específicamente el documento que la contenga, deberá tener el carácter de renovable automáticamente antes de su vencimiento, a petición y bajo responsabilidad de quien la rinde.

El artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación no determina quién debería hacer la renovación de los documentos, a saber: la parte que lo entregó o el Centro de Arbitraje, y tampoco señala la procedencia de una renovación automática.

El Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana señala que en caso de falta de renovación de la póliza, esta se efectivizará y la Cámara tendrá en custodia los fondos hasta cuando se resuelva la acción de nulidad²⁴. Sin embargo, esta alternativa pare-

24. Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Art. 66. <https://www.ecamcham.com/Base_%20Legal_CAM/Reglamento_para_el_funcionamiento_CAM.pdf> (06/8/2018).

cería obligar a que el documento tenga como beneficiaria a dicha Cámara y no a la parte que se vería perjudicada por la demora en la ejecución del laudo (vencedor del arbitraje), conforme lo establece el propio artículo 66 de su reglamento de funcionamiento en concordancia con el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. El Reglamento Modelo del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, en este punto sigue la línea del Reglamento del Centro de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana²⁵.

4.1.3 Efectividad independiente

Finalmente, la efectividad independiente de la caución significa que ésta no requiera del concurso de ninguna otra voluntad para hacerse efectiva. Así, la caución no puede estar condicionada a la voluntad de persona o ente alguno, o al cumplimiento de determinadas circunstancias, pues de ser ese el caso, eventualmente no estaría disponible. Por lo dicho, el acceso a la caución, debe ser libre de condición alguna, para que cumpla debidamente su finalidad y razón de ser.

5. EJEMPLOS DE FÓRMULAS UTILIZADAS

En el contexto de lo señalado anteriormente, resulta de gran interés revisar las fórmulas que utilizan en la práctica los tribunales arbitrales al momento de establecer, tanto la forma, como el monto de la caución, en los casos particulares que les corresponde. Así, a continuación se presentan a manera de ejemplo algunas decisiones al respecto emitidas por distintos tribunales arbitrales de Quito.

Art. 66. - “[...] La caución rendida deberá ser renovable automáticamente antes de su vencimiento o a la sola solicitud del Centro. De no ser renovada la caución esta se efectivizará y la Cámara tendrá los fondos disponibles hasta cuando se resuelva la acción de nulidad [...]”.

25. Reglamento Modelo del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, N. 15, Art. 37.

Art. 37. - “[...] 5. La caución rendida deberá ser renovable automáticamente antes de su vencimiento o a la sola solicitud del Centro. De no ser renovada la caución esta se efectivizará y la Cámara tendrá los fondos disponibles hasta cuando se resuelva la acción de nulidad. [...]”.

La fórmula que con más frecuencia se utiliza se evidencia de la siguiente manera: el valor de la caución corresponde al “10% del valor ordenado a pagar, considerando el tiempo aproximado real que toma la tramitación de la acción de nulidad en la Corte Provincial”²⁶.

Cabe señalar que algunos tribunales arbitrales utilizan para fijar el monto de la caución un análisis de perjuicios asimilable al cálculo de intereses. Esta fórmula resulta interesante pues considera los parámetros indicados anteriormente de tiempo y cuantía. Un caso concreto que ejemplifica esta posibilidad es el siguiente: la caución es el valor “equivalente al 4% de interés por un año, tiempo estimado para que concluya el proceso respectivo. La caución se mantendrá vigente hasta que se acepte finalmente la acción de nulidad o se haga efectiva por juez competente, al iniciarse el procedimiento de ejecución, de rechazarse la acción”²⁷.

Siguiendo la misma idea, tenemos el siguiente ejemplo: la caución se fija al “aplicar la tasa de interés legal por 12 meses que podría demorar la ejecución del laudo”²⁸.

En algunas ocasiones los árbitros no dan explicación respecto a la forma cómo se fija el monto de la caución, pero detallan los asuntos relacionados con la caución, como en el siguiente ejemplo:

2.- Con fundamento en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, este Tribunal Arbitral dispone: 2.1.- Suspender la ejecución del laudo, para lo cual fija la cuantía de la caución que deberá rendir XXX a favor de XXX, en el valor de US\$ 1.908.57 (mil novecientos ocho 57/100 Dólares de los Estados Unidos de América); caución que deberá ser consignada en este Centro de Arbitraje y Mediación en el término de tres días, en una de las siguientes formas: a) garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por una entidad financiera; b) póliza de seguro incondicional, e

26. Proceso arbitral No. 053-17.

27. Proceso arbitral No. 114-13.

28. Proceso arbitral No. 002-15.

irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros; o, c) efectivo o cheque certificado de una institución financiera a órdenes del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito (o según haya establecido el Centro). La caución, en los casos a) y b) deberá mantenerse vigente hasta la ejecutoria del fallo que resuelva la acción de nulidad, por lo que deberá tener el carácter de renovable automáticamente antes de su vencimiento, a petición y bajo responsabilidad de XXX. 2.2.- Una vez constituida la caución a satisfacción del Tribunal y se disponga de la copia certificada del proceso, remítase el expediente al Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha²⁹.

Un ejemplo utilizado para establecer la caución en relación a obligaciones que son distintas al pago de un monto de dinero específico, tenemos el siguiente caso:

En vista de la petición de la demandada de que se suspenda la ejecución del laudo, en consideración de que el inciso tercero del citado artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que tal suspensión se dispondrá siempre y cuando se caucionen los daños y perjuicios que la suspensión puede causar a la parte contraria y de que el principal daño que sufrirán las actoras, por tal suspensión, será la demora en la entrega del inmueble objeto del contrato, suspensión que impedirá su explotación por alrededor de dieciocho meses que suele tomar la tramitación de una acción de nulidad, en esta provincia, se fija en US \$ 14.400 la caución que debe rendir la demandada, que la mantendrá vigente hasta que se inicie la ejecución del laudo³⁰.

6. PROBLEMA: ¿QUÉ ES “CAUCIÓN SUFICIENTE”?

Como se ha dicho, el principal problema para los juzgadores, específicamente para los árbitros, está en establecer qué significa “caución suficiente”. Los criterios de temporalidad y cuantía en ocasiones no reflejan ni la realidad, ni la justicia. De los ejemplos

29. Proceso arbitral No. 154-16.

30. Proceso arbitral No. 024-14.

revisados se puede evidenciar que los árbitros se ven en la necesidad de estimar el tiempo que puede demorar la tramitación de la acción de nulidad, que como se ha dicho, es incierto, pues así como puede demorar seis meses, puede ser un año o más.

El problema planteado no es simple, considerando que existen derechos de las partes que pueden ser vulnerados con facilidad. Así, si el monto de la caución fijado es muy alto el accionante que tenga interés real y fundado para pedir la suspensión de la ejecución del laudo, puede verse en la imposibilidad de rendir la caución y esto afectar sus derechos, pues significaría una vulneración al derecho de tutela judicial efectiva. Y, por el otro lado, si se fija un monto de caución muy bajo, quien obtuvo laudo favorable puede quedar desprotegido cuando se fija una caución que no alcance a cubrir el daño potencial por el retardo en la ejecución.

Por lo dicho, parece que la solución para evitar la discrecionalidad en la forma de establecer el monto de la caución se podría solucionar si se provee de directrices a los árbitros, y en general a los juzgadores, para entender en qué rangos una caución es "suficiente". Así, si los juzgadores cuentan con reglas o guías, se estaría caminando hacia contar con seguridad jurídica en el tema y evitar la arbitrariedad. Esto nos lleva a la siguiente pregunta planteada en este análisis.

7. ¿SE PUEDE REGLAMENTAR LA FORMA EN CÓMO SE DEBE FIJAR LA CAUCIÓN?

La pregunta que corresponde hacerse en este punto, a fin de buscar posibles soluciones a los problemas planteados, es si este tema es o no legible o regulable a través de normas positivas. A fin de responder esta interrogante, en primer lugar, se debe tener en cuenta que el hecho de fijar la caución, no puede entenderse como una operación automática, pues evidentemente debe responder a un análisis de las circunstancias específicas del caso

y ser el resultado de un proceso lógico, que debe ser individualizado y no genérico o aleatorio.

Con el fin de buscar una solución del tema a través de las normas positivas, se puede pensar en hacerlo a través de tres vías:

- i. Una resolución por parte de la Corte Nacional de Justicia, en la cual se emita un instructivo con directrices básicas para jueces y árbitros. Al igual que lo hizo con el trámite de la acción de nulidad, la Corte Nacional de Justicia pueda emitir una resolución obligatoria, tanto para el tratamiento de la caución en la casación, como en el arbitraje. Una de las dificultades que podría enfrentar, siendo quizás la razón por la cual no lo ha hecho hasta ahora, es la dificultad intrínseca para fijar los parámetros que el monto de la caución representa;
- ii. La inclusión en los reglamentos de los centros de arbitraje de parámetros mínimos suficientes de cómo establecer el monto de la caución. Como hemos visto, algunos centros han hecho lo posible por tratar de regular algunos aspectos relacionados con el tratamiento de la caución, sin embargo, no ha sido suficiente, quedando en manos de los árbitros tomar las decisiones al respecto. Considerando que en el Ecuador, en su mayoría, los arbitrajes son administrados, contar con reglas claras en los reglamentos de los centros podría ser de mucha utilidad y solucionar definitivamente el problema. Aún más, si en los arbitrajes ad-hoc se utilizan también estos reglamentos; y,
- iii. Por medio de una reforma legislativa, considerando que se encuentra en debate una reforma a la actual Ley de Arbitraje y Mediación, a la luz de la Ley Modelo CNUDMI³¹. Esta op-

31. La Ley Modelo CNUDMI no utiliza la palabra caución, sino “garantía” y en su artículo 35 dispone al respecto lo siguiente: “[...] 2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas. [...]”. Es claro que la Ley Modelo no trae luces al respecto, pues contiene una norma demasiado general, por lo que cualquier reforma debe ir más allá sobre el punto de la caución.

Ley Modelo CNUDMI, Art. 35(2), <goo.gl/j2cfFj> (06/08/2018).

ción parece ser la más complicada, sin embargo, de lograrse un tratamiento legislativo a este tema, sería importante al menos definir cuáles serían los parámetros propuestos para la reforma. Quizá podría incluirse, siguiendo la línea de lo que ha sido aceptado hasta ahora, se fije la caución, atendiendo al tiempo que la propia ley establezca para resolver la acción de nulidad y la tasa de interés legal calculado sobre la cuantía de la condena. Considerando la resolución sobre el trámite de la acción de nulidad emitida por la Corte Nacional de Justicia y la oralidad en los procesos, podría ser interesante que en la reforma se incluya que esta acción sea resuelta en un término no mayor a noventa días. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la fórmula a utilizarse sea útil para casos donde la condena es declarativa o no se pueda valorar en dinero, además de que se puede pensar en la posibilidad de que la Corte revise la decisión que sobre el monto haya tomado el tribunal arbitral, como lo plantea la norma correspondiente peruana³².

Mientras no haya una regulación clara sobre la forma en que debe fijarse la caución, los árbitros continuarán con esta tarea, y

32. Decreto Legislativo No. 1071 de la República del Perú, Art. 66. "Garantía de cumplimiento. 1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión. 2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo. 3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes. 4. La parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la fianza bancaria prevista en el numeral anterior a la Corte Superior que conoce del recurso, cuando el tribunal arbitral no lo hubiera determinado. También podrá solicitar su graduación, cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral. La Corte Superior luego de dar traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable. 5. La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución del laudo. Para tal efecto, la Corte Superior, a pedido de la parte interesada, de ser el caso, oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación. 6. Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

su decisión al respecto, como todas aquellas que emitan durante un proceso, deberá estar debidamente motivada, más aun considerando que no existe una normativa que sustente tal decisión. Es decir, el tribunal arbitral deberá explicar claramente a las partes, cuáles fueron las directrices que utilizó para fijar el monto de la caución. Si bien, como se ha señalado, la norma apenas proporciona un solo parámetro –el perjuicio que la demora en la ejecución pueda provocar–, esto no justifica que los árbitros omitan explicar fehacientemente como llegaron al monto de la caución. La falta de motivación al respecto afecta directamente el derecho constitucional de las partes. Un ejemplo de ello, es aquel caso descrito en líneas anteriores en donde un tribunal arbitral conformado en un Centro de Arbitraje de Esmeraldas, decidió sin motivación alguna que el valor de la caución sería exactamente igual al valor al cual fue condenado a pagar una de las partes.

8. CONCLUSIONES

La falta de normativa, o al menos de una guía básica que facilite a los juzgadores la tarea de fijar la forma y el monto a fin de que las partes rindan caución en los casos que se requiera, ha dado como resultado afectaciones a la seguridad jurídica, por la inevitable discrecionalidad y posible arbitrariedad en el tema. Se identifican al menos los siguientes problemas: **(i)** la norma no establece la forma en que debe calcularse el monto de la caución; **(ii)** no se establece con claridad donde se debe consignar la caución especialmente en un arbitraje independiente; **(iii)** la norma no señala el procedimiento para la devolución de la caución; y, **(iv)** el término para consignar la caución podría ser muy corto especialmente para entidades del sector público.

Con el fin de abrir el debate sobre la posibilidad de reglamentar lo concerniente a la fijación de la caución, se plantean los aspectos más importantes a tener en cuenta, considerando que ésta no puede ser el resultado de una operación automática, sino que

debe analizar las circunstancias específicas del caso, y permitir cierta flexibilidad al juzgador.

En este contexto, se debe considerar que, a fin de señalar el monto de la caución, los parámetros a tener presente son el tiempo y el monto de la condena; y sobre la forma de rendirla, los aspectos fundamentales son disponibilidad inmediata, vigencia y efectividad independiente.

No resulta fácil determinar qué significa “caución suficiente” conforme lo previsto en la ley, por lo que resulta indispensable una reglamentación suficiente al respecto.

Distintivamente Dechert

El equipo de arbitraje internacional de Dechert LLP es reconocido por *Chambers Latin America*, *The Legal 500 Latin America* y *Global Arbitration Review* como una de las firmas más importantes y activas en arbitraje internacional comercial y de inversión a nivel mundial, Dechert cuenta con abogados que poseen una amplia experiencia como abogados de parte y árbitros en arbitrajes complejos. Liderado por el Profesor Eduardo Silva Romero, el equipo de arbitraje internacional de Dechert cuenta con Alvaro Galindo, Consejero Internacional, y más de 20 abogados de origen hispanoamericano con un notable recorrido profesional y académico a nivel internacional. dechert.com



Eduardo Silva Romero

Socio
Arbitraje Internacional
Paris
+33 1 57 57 80 14
eduardo.silvaromero@dechert.com



Alvaro Galindo

Consejero Internacional
Washington D.C.
+1 202 261 3316
alvaro.galindo@dechert.com

La cuantía en la demanda arbitral, un limitante a los derechos de reparación

Carolina Arroyo Aguirre*
Leyre Suárez Dávalos**
Gabriela Rivadeneira Chacón***

Recibido/Received: 07/08/2018
Aceptado/Accepted: 08/08/2018

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución histórica de la cuantía como requisito de la demanda en Ecuador. 2.1 Código de Enjuiciamientos en materia Civil (1907). 2.2 Código de Procedimiento Civil (1953). 2.3 Código de Procedimiento Civil (1987). 2.4 Código de Procedimiento Civil (2005). 2.5 Código Orgánico General del Procesos. 3. Sobre la naturaleza jurídica de la cuantía. 4. *Ultra petita* como vicio de nulidad de laudos arbitrales en la jurisprudencia ecuatoriana. 5. Cuantía: análisis comparado leyes, reglamentos y jurisprudencia. 5.1 La cuantía en la legislación comparada. 5.2 La cuantía en los principales reglamentos de arbitraje. 5.3 *Ultra petita* como vicio que anula o impide la ejecución de laudos arbitrales. 6. El problema de los costos arbitrales. 7. Conclusiones y soluciones.

* Asociada Senior de la firma Andrade Veloz. LL.B y B.A en Administración de Empresas por la Universidad San Francisco de Quito, MLB por Bucerius Law School, WHU Otto Beisheim School of Management. Correo electrónico: carroyo@andradeveloz.com

** Asociada Senior de la firma Andrade Veloz, Profesora de la Universidad San Francisco de Quito, LL.B por la Universidad San Francisco de Quito, LL.M por New York University. Correo electrónico: lsuares@andradeveloz.com

*** Asociada de la firma Andrade Veloz, LL.B por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: grivadeneira@andradeveloz.com

PALABRAS CLAVE: cuantía, solicitud de arbitraje, *ultra petita*, vicio de incongruencia, reparación, daños, nulidad de laudo, exceso de poder.

KEYWORDS: quantum, notice of arbitration, *ultra petita*, incongruence vice, reparation, damages, award annulment, excess of power.

RESUMEN: Este artículo analiza una práctica arbitral común en el Ecuador, por la cual los árbitros limitan los derechos de reparación al monto de la cuantía. Después de una revisión histórica, jurisprudencial y de derecho comparado, se concluye que la fijación de una cuantía exacta es ajena al arbitraje. Además, esta figura no puede implicar una limitación en la indemnización solicitada y que no existe una justificación para esta práctica, desde el punto de vista de la validez ni la ejecutividad del laudo arbitral.

ABSTRACT: This article analyses a common practice in Ecuadorian arbitration, in which the right to compensation is limited by the amount set as quantum in the claim. After a historic, jurisprudential and comparative law review, the article concludes that fixing an exact quantum is unknown in arbitration. Also, it concludes that this institution may not amount to a limitation in the relief sought and there is no justification for this practice, under a validity or execution of the arbitral award perspective.

1. INTRODUCCIÓN

La cuantía es un concepto que ha conestado en la legislación procesal civil ecuatoriana desde –al menos– 1907. La noción de la cuantía ha ido evolucionando y adquiriendo diversas interpretaciones con el pasar del tiempo y en atención a la ley procesal vigente en un determinado momento.

Actualmente, al presentar una demanda ante cualquier centro de arbitraje en Ecuador, se debe determinar la cuantía del reclamo, para que así, puedan calcularse los costos administrativos del centro y se dé trámite a la demanda. Sin embargo, este requisito procesal limita a muchos tribunales arbitrales, quienes se ven forzados a otorgar como indemnización un valor que no exceda el monto establecido como cuantía, aun cuando del proceso arbitral o de las pruebas se desprenda que cualquiera de las partes, de acuerdo a sus pretensiones, tienen derecho a una indemnización mayor.

Es evidente que tanto el juez, como los árbitros no pueden otorgar más allá de lo reclamado, pero esto se refiere a la pretensión no a la cuantía. Por ejemplo, si una persona demanda el incumplimiento de un contrato de arrendamiento por falta de restitución de un inmueble, una vez que se ha vencido el plazo, más la indemnización de daños y perjuicios y estima la cuantía en USD \$20,000.00, considerando el canon de arrendamiento de USD \$ 1,250.00 por 16 meses que estiman tomará el proceso arbitral, plazo en el que su contraparte deberá restituir el inmueble. Sin embargo, el proceso arbitral toma 30 meses y durante la sustanciación del mismo, el demandado no restituye el inmueble.

Entonces, ¿el actor ha renunciado a su derecho de una reparación íntegra que borre todos los efectos del incumplimiento y le deje en la misma posición que se encontraría si no se hubiera producido el ilícito? La respuesta que se debe obtener es definitivamente no, pues el actor reclamó los daños y perjuicios como pretensión, si erró o subestimó la cuantía esto no puede ser interpretado como un limitante al derecho de reparación.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CUANTÍA COMO REQUISITO DE LA DEMANDA EN ECUADOR

La cuantía ha sido un criterio empleado para determinar el trámite que se debía dar a los juicios, para limitar la competencia de los jueces en razón de la cuantía y para poder interponer re-

cursos verticales. En la actualidad, la cuantía sigue siendo un requisito de la demanda, sin embargo, ya no cumple un papel relevante dentro de la tramitación de los juicios.

2.1 Código de Enjuiciamientos en Materia Civil (1907)

El Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1907¹ empleó el concepto de la cuantía para determinar, entre otros: **(i)** la competencia de los juzgadores; **(ii)** el tipo de trámite –considerando el monto del reclamo–; **(iii)** la posibilidad de interponer recursos verticales²; **(iv)** el monto de las multas, como por ejemplo, por la falta de procuración judicial³; **(v)** establecer las formalida-

1. Decreto Legislativo 0, RA No. 1907, 19/10/1907.
2. Véase, Sentencia de Tercera Instancia, Serie 2, Gaceta Judicial 144, 19/06/1912: “[...] y así, como el capital, materia de la ejecución asciende solo a novecientos sesenta sucres, la sentencia expedida en segunda instancia no es susceptible del recurso de tercera (art. 394, número 3º del dicho Código)”; Sentencia de Tercera Instancia, Gaceta Judicial 50, 30/06/1931: “La cuantía del presente juicio es la de la obligación demandada, o sea, la de mil sucres, para todos los efectos del pleito, inclusive para el de los recursos de las providencias que en él se ha expedido; sin que tal cuantía puede variar por la de la reconvencción, para el último de los indicados efectos. Por tanto, no siendo susceptible del recurso de tercera instancia la sentencia expedida por la Corte Superior de Guayaquil [...]”; Sentencia de Tercera Instancia, Serie 5, Gaceta Judicial 78, 04/04/1933: “[...] fijada la cuantía mediante la determinación hecha por el actor y que no ha sido contradicha por el demandado, a ella debe atenerse para el efecto de los recursos sin que sea del caso atender al valor de la obligación demandada, otra porque este valor no está precisado desde que se exigen los intereses hasta la total cancelación del crédito, ora porque al Juez no le es dado desconocer el acuerdo de las partes sobre la cuantía. Por lo mismo, principiando por declarar que es susceptible del recurso de tercera instancia la providencia venida en grado, [...]”; Voto Salvado: “2º. Según el Art. 5º. De las Reformas de 28 de octubre de 1925 al Código de Enjuiciamiento Civil, no hay tercera instancia de los decretos y autos interlocutorios de la Corte Superior en las causas cuya cuantía no pase de cinco mil sucres; Para determinar la cuantía, el juez debe atender, ante todo, al importe de lo que se demanda, o sea la prestación que se exige, y solo a falta de este dato, ha de pasar por la cuantía que fije el actor y que no haya sido contradicha por el demandado; pues la determinación de la cuantía por parte de aquel, es un medio supletorio para su estimación, según el artículo 94 del Código citado, y que por lo mismo no puede aceptarse sino cuando falta el principal, esto es, cuando de la demanda o de los documentos con que se la haya propuesto no conste la verdadera cuantía del juicio; 4º Por lo tanto, en el presente caso, la declaración que el actor hace con respecto a la cuantía no puede prevalecer, por innecesaria y errónea, sobre lo que tocante a ella, a la cuantía, aparece de la misma reclamación que la demanda continúe; y 5º. Es de todo punto gratuita la suposición de que para el cómputo de la cuantía tuvo en cuenta el actor también los intereses posteriores a la fecha de la demanda, y aun cuando así hubiera sido, al juez le habría correspondido corregir este error, respecto del cual, por ser de derecho, no era posible el allanamiento de la otra parte; Sentencia de Tercera Instancia, Serie 5, Gaceta Judicial 161, 26/04/1939: “[...] no hay tercera instancia de las sentencias dictadas por la Corte Superior, en las causas cuya cuantía no pasa de seis mil sucres”.
3. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, Art. 51, RA No. 1907, 19/10/1907.
Art. 51. – “Los procuradores deben presentar poder en el juicio en que comparecen como tales, bien al principiar la litis, o antes de la sentencia; pero, si, en cualquier estado del juicio, la otra parte exigiere que lo presenten, serán obligados a ello; y, si no lo hacen, pagarán las costas y perjuicios que hubieren ocasionado, así como una multa de diez a quinientos sucres. Para la imposición de la multa el Juez tomará en cuenta la naturaleza de la causa y su cuantía. [...]”.

des para dar cuenta de la citación⁴ y; **(vi)** establecer ciertas solemnidades dependiendo del trámite, como por ejemplo, la forma en la que debía otorgarse un poder⁵.

Según este cuerpo legal, los juicios de mayor cuantía eran aquellos que excedían de 200 sucres, mientras que los inferiores a ese monto eran juicios de menor cuantía. Para la determinación de la cuantía debían tenerse en cuenta los intereses⁶ y, en los casos en que no se hubiere fijado la cuantía en la demanda, ni constare de los documentos aparejados a la demanda, el juez debía solicitar de oficio que el actor la determinara⁷.

En este cuerpo legal existían lineamientos para la determinación de la cuantía. Así, por ejemplo, si el reclamo versaba sobre derechos de valor indeterminado, la cuantía se fijaba atendiendo al precio de la cosa sobre la cual recaía el derecho⁸; en reclamos de arrendamiento la cuantía se fijaba en el canon de arrendamiento por un año⁹.

4. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, N. 3, Art. 104.
Art. 104. – “En el proceso se pondrá diligencia de haberse hecho la citación, la cual será firmada por la parte a quien se haga y por el Secretario Relator, Escribano o Secretario ad hoc de la causa, si se hallare a la parte y el juicio fuere de mayor cuantía; pero si fuere de menor cuantía, la citación será firmada por la parte y por el Juez de la causa. Si la parte no quisiere o no supiere firmar, firmará por ella un testigo. Se expresará la fecha y la hora de la diligencia”.
5. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, N. 3, Art. 53.
Art. 53. – “En las causas de mayor cuantía, los poderes se otorgarán con las mismas solemnidades que una escritura pública; y, si no hubiere Escribano, se observará lo dispuesto en la parte final del inciso 2o. del art. 128 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.
6. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, N. 3, Art. 91.
Art. 91. – “Juicio de mayor cuantía es el que versa sobre un asunto que excede de doscientos sucres, en su acción principal; los demás son de menor cuantía. Para fijar la cuantía de la demanda se tomarán en cuenta los intereses líquidos del capital, los que estuvieren pactados en el documento con que se proponga la demanda, y los frutos que también se hubieren liquidado antes de proponerla”.
7. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, N. 3, Art. 92.
Art. 92. – “Cuando la cuantía no se hubiere fijado en la demanda, ni constare de los documentos con que se hubiere propuesto, el Juez, de oficio, ordenará al actor que la determine; y el juicio se sustanciará según la cuantía fijada por este, sin perjuicio de que pueda oponerse la excepción de incompetencia por razón de la cuantía, si se hubiere dado un valor distinto a la cosa o al derecho, objeto de la demanda”.
8. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, N. 3, Art. 93.
Art. 93. – “Cuando la demanda verse sobre derechos de valor indeterminado, se fijará la cuantía atendiendo al precio de la cosa a que se refieran, y, en caso de duda, se considerará como de mayor cuantía”.
9. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, N. 3, Art. 94.
Art. 94. – “En los juicios sobre arrendamientos, la cuantía se determinará por la importancia de la pensión conductiva en un año, o por lo que valga en el tiempo estipulado, si hubiere sido menor”.

En la jurisprudencia también se determinó que la cuantía se utilizaba para fijar la competencia del juzgador en razón de la cuantía:

Son las partes quienes determinan el Juez que ha de conocer del juicio por la razón de la cuantía; pues el demandante la fija autorizado por la ley, y si el demandado no la contradice alegando falta de jurisdicción, queda establecida la competencia del Juzgado de primera instancia, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia, en virtud del acuerdo de las partes sobre la referida cuantía [...] ¹⁰.

En un interesante voto salvado se determinó que, aun cuando el Actor no hubiere fijado la cuantía, el juez debía determinarla según los documentos adjuntos; es decir, la jurisprudencia ecuatoriana, desde 1916, ya contemplaba la posibilidad de que los juzgadores atendieren a los documentos de prueba que acompañaban a la demanda para determinar el monto del reclamo:

Los artículos 91, 92, 93 y 94 del Código de enjuiciamientos dan las reglas a que debe sujetarse el Juez para conocer la cuantía de un juicio; y, en la presente causa, son aplicables las del artículo 92, según el cual, a no determinarse la cuantía en la demanda, debe estarse a la que aparezca de los documentos con que se la hubiese propuesto ¹¹.

Este mismo criterio fue adoptado en otras ocasiones:

[...] la prohibición de enajenar, esto es, la cantidad de dos mil sucres, aun cuando el auto afirme en la demanda que la cuantía es indeterminada, por cuanto, para la fijación de ésta hay que atenerse al referido valor del derecho, cuando este valor aparece de los documentos que se funda en la demanda como aparece en el presente caso, y no la cuantía que se hubiere fijado por el demandante ¹².

10. Sentencia de Tercera Instancia, Serie 3, Gaceta Judicial 143, 11/07/1916.

11. *Ibidem*.

12. Sentencia de Tercera Instancia, Serie 4, Gaceta Judicial 188, 12/06/1924.

En el mismo sentido, en una sentencia de tercera instancia, la Corte determinó que, atendiendo a las reglas procesales, no era necesario fijar la cuantía de la demanda con absoluta precisión, bastando únicamente enunciar el máximo y el mínimo de lo que se reclamaba para dar oportunidad al demandado de fijar excepciones:

Trabada así la litis, en orden a las demandas principales, se considera: 1o. ninguna de estas señala, cierta, la cantidad fija, determinada cuyo pago se pide por capital, intereses y cambio; pero, si se atiende ora a que la primera, al expresar la cuantía, dice que lo debido por el "Ingenio Rocafuerte" monta a una cantidad mayor de diez y seis mil sucres, no de veinte mil, ora que la segunda reclama el pago de más de doce mil sucres, no puede aceptarse, por falta de esa determinación, lo alegado, a fojas 967 - 972, acerca de la improcedencia de las demandas. En cualquiera de la expresiones usadas en ellas, se encuentra cumplido el número tercero del artículo 99 del Código de enjuiciamientos, el que, tratándose de cantidad, si requiere se la mencione, no precisa, por ello, el que se la determine y fije con toda exactitud matemática: y, por lo tanto, observado el número 4o. del mismo artículo, *basta, a ese respecto, que se enuncie lo menos y lo más que se demanda, para que así el demandado pueda proponer excepciones, como el Juez, vistas las pruebas, pueda condenar al respectivo pago [...]*¹³ (énfasis añadido).

A pesar de esto, esta misma sentencia, limitaba la facultad de los jueces a extender el reclamo a más de lo demandado:

Conforme a los más obvios principios jurídicos, la sentencia condenatoria no puede extenderse, en ningún caso, a más de lo demandado. Fuera de que no pudiendo conocer el demandante lo que había de durar el litigio le era absolutamente imposible calcular la cantidad que en definitiva se le adeudare por intereses. Por estas consideraciones, los suscritos se separan del parecer de la mayoría en lo relativo a la jurisdicción del Tribunal para conocer de la providencia que le ha venido en grado¹⁴.

13. Sentencia de Tercera Instancia, Gaceta Judicial 117, 30/03/1916.

14. *Ibidem*.

Finalmente, esta facultad del juzgador parecería haber sido reconocida por la Corte de Tercera Instancia, aunque con un voto salvado:

Voto Salvado: “Manuel Ignacio Ramón, al demandar la reforma del testamento de éste y pedir que, en definitiva, se declare que corresponde a la cedente, y por ella al cesionario, la porción de bienes que forma su legítima rigurosa; fijo la cuantía del juicio expresando que ésta pasaba de dos mil sucres y no excedía de cinco mil; cuantía que no fue objetada por la otra parte al contestar la demanda, ni se ha puesto en duda en ningún momento de la causa, y que ha servido de base en el curso del trámite para los efectos de la jurisdicción y de los recursos; y fijación que se halla en el caso del inciso primero del artículo 2o., de las Reformas de 28 de Octubre de 1925 del Código de Enjuiciamiento Civil ya que, si bien la demanda versa sobre un derecho de valor indeterminado, éste se refiere a cosas susceptibles de apreciación, como la cuota legitimaria que reclama el demandante. *En consecuencia, y no siendo potestativo a los jueces alterar la cuantía de un juicio; cuando el actor la ha fijado y el demandado se ha convenido expresa o tácitamente con ella; resulta que la del presente juicio está determinada y no puede, en este momento, cambiársela de oficio en indeterminada, para el efecto de que la sentencia expedida por la Corte Superior de Cuenca, siendo, como es, confirmatoria de la de primera y expedida en un juicio cuya cuantía no pasa de cinco mil sucres, fuese susceptible del recurso de tercera instancia. Por tanto, este Tribunal no tiene jurisdicción para conocer del recurso interpuesto por Francisco Carrasco, ni para examinar la validez del proceso*¹⁵ (énfasis añadido).

2.2 Código de Procedimiento Civil (1953)

El Código de Procedimiento Civil de 1953, mantuvo la distinción entre juicios de mayor cuantía y juicios de menor cuantía, estableciendo el límite en \$ 4,000 sucres para diferenciarlos¹⁶, con

15. Sentencia de Tercera Instancia, Serie 5, Gaceta Judicial 45, 26/03/1931.

16. Código de Procedimiento Civil, Art. 66, RO Sup. No. 133, 07/02/1953.

Art. 66. – “Juicio de mayor cuantía es el que versa sobre un asunto que vale cuatro mil sucres o más, aunque lo que se reclame sea inferior a esta cantidad; los demás son de menor cuantía. Para fijar la

el fin de determinar el juez competente, el procedimiento¹⁷ y ante quien debía presentarse la demanda¹⁸.

La cuantía debía constar en la demanda o en los documentos aparejados a ella y si no hubiere sido determinada, el juez debía solicitar de oficio que el actor determine la cuantía para poder determinar el juzgador competente en razón de la cuantía¹⁹.

Para la determinación de la cuantía, en caso de reclamos sobre derechos de valor indeterminado, debían tenerse en cuenta el precio de las cosas y si esto no pudiera determinarse, se daría el trámite de un juicio de mayor cuantía al reclamo²⁰. En caso de reclamos de arrendamiento, la cuantía se determinaría por la importancia de la pensión conductiva de un año²¹ y para los reclamos de alimentos, la cuantía se fijaría atendiendo al máximo de la pensión reclamada por el actor durante un año²².

cuantía de la demanda, se tomarán en cuenta los intereses líquidos del capital, los que estuvieren pactados en el documento con que se proponga la demanda, y los frutos que se hubieren liquidado antes de proponerla”.

17. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 1108.

Art. 1108. – “El Presidente de la Corte Suprema y los de las Cortes Superiores, en las causas civiles de que conozcan en primera instancia, arreglarán el procedimiento a las formas establecidas en este Código, según la cuantía del asunto y la naturaleza de los juicios”.

18. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 446.

Art. 446. – “Las demandas en los juicios cuya cuantía no pase de doscientos sucres, se presentarán al teniente político respectivo, quien citará al demandado para que conteste dentro de segundo día. Si, citado, no contestare, se resolverá la causa en rebeldía, por las pruebas del actor. Si el demandado propusiere excepciones que deban probarse, o la demanda se fundare en hechos justificables, se concederá el término de tres días para pruebas y tachas. Vencido este término, se pronunciará sentencia. Estos juicios se tramitarán en papel común, formando el correspondiente expedientillo no causarán otros derechos que los de amanuense y sólo de las sentencias se concederá recurso de apelación para ante el juez cantonal, cuyo fallo causará ejecutoria”.

19. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 67.

Art. 67. – “Cuando la cuantía no consta en la demanda ni en los documentos con que se la haya propuesto, el juez ordenará de oficio que el actor la determine, y sustanciará la causa según la cuantía fijada por éste; sin perjuicio de que pueda oponerse la excepción de incompetencia, por razón de la cuantía, si se hubiere dado un valor distinto a la cosa o al derecho sobre que versa la demanda”.

20. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 68.

Art. 68. – “Cuando la demanda verse sobre derechos de valor indeterminado que se refieran a cosas susceptibles de apreciación, se fijará la cuantía atendiendo al precio de la cosa o cosas; y si el actor no la fijare, el juez procederá en todo como lo dispone el Art. 67. Si la demanda versa sobre derechos de valor indeterminado a los que no pudiera aplicarse lo dispuesto en el inciso anterior, se ventilará como de mayor cuantía, y, en lo relativo a la concesión de recursos, se considerará como que la cuantía pasa de seis mil sucres”.

21. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 69.

Art. 69. – “En los juicios provenientes de arrendamiento, la cuantía se determinará por la importancia de la pensión conductiva de un año, o por lo que valga en el tiempo estipulado, si éste fuere menor”.

22. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 70.

Al igual que en Código de Enjuiciamiento de 1907, la posibilidad de interponer recursos verticales dependía de la cuantía del reclamo:

Las sentencias en las causas cuya cuantía pase de doscientos sucres, son apelables para ante el juez provincial. El fallo causará ejecutoria en las causas cuya cuantía sea de dos mil sucres o menos; en las demás habrá recurso de tercera instancia para ante la Corte Superior²³.

El Código de Procedimiento Civil de 1953 determinaba que los laudos arbitrales se ejecutarían “dentro de los mismos términos señalados para las de los juzgados comunes, según la naturaleza y cuantía de los pleitos”²⁴. Es en este Código, que se establece que los procedimientos arbitrales, se someterían “en todo” a las disposiciones de los otros juicios, atendiendo su naturaleza y la cuantía:

Los recursos de apelación, en los juicios arbitrales, se someterán en todo a las disposiciones establecidas para los demás juicios, atendiendo a su naturaleza y cuantía; pero, si la causa ha sido juzgada por árbitros arbitradores, podrán los tribunales proceder en su decisión, también como arbitradores²⁵.

2.3 Código de Procedimiento Civil (1987)

En el Código de Procedimiento Civil de 1987 se estableció claramente que el juez debía sustanciar la causa según la cuantía fijada por el actor y que, para fijar la cuantía de la demanda, “se tomarán en cuenta los intereses líquidos del capital, los que estuvieren pactados en el documento con que se proponga la demanda, y los frutos que se hubieren liquidado antes de proponerla”²⁶.

23. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 444.

24. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 1045.

25. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 1054.

26. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Arts. 64 y 494.

Art. 494. – “La cuantía se determinará por el valor del capital y los intereses adeudados, según el título con que se demande, sin consideración de los pagos parciales”.

Al igual que en los cuerpos legales precedentes, para fijar la cuantía en caso de cuantías indeterminadas se debía atender al precio de las cosas²⁷, al canon de arrendamiento o el reclamo de la pensión alimenticia. El artículo 71 de este cuerpo legal incluía, como uno de los requisitos de la demanda, la determinación de la cuantía:

La demanda debe ser clara y contendrá:
(...) 5o.- La determinación de la cuantía; (...).
El límite de dos mil sucres servía para determinar ante quien debía proponerse la demanda²⁸.

En este cuerpo legal, se estableció que el recurso de apelación en los juicios arbitrales someterá en todo a las disposiciones establecidas para los demás juicios, atendiendo a su naturaleza y cuantía²⁹. Este criterio es semejante al contenido en el Código de Procedimiento Civil de 1953.

2.4 Código de Procedimiento Civil (2005)

El Código de Procedimiento Civil prescribía que los jueces debían sustanciar la causa de acuerdo a la cuantía³⁰. De este modo, si el juicio versaba sobre una obligación que no excediera USD\$ 20,00 se trataba de un juicio de ínfima cuantía.

La fijación de la cuantía debía realizarse según las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil. De este modo, cuando la demanda versaba sobre derechos de valor indeterminado que se refieran a cosas susceptibles de apreciación, la cuantía se fijaba de acuerdo al valor de las cosas. Empero, si la demanda trataba sobre derechos de valor indeterminado se consideraba que la cuantía era mayor a USD\$ 500,00 dólares³¹.

27. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 494.

28. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 416.

Art. 416: Las demandas, si se trata de juicios cuya cuantía no pase de dos mil sucres, se presentarán ante el juez de lo civil respectivo, quien mandará citar al demandado para que conteste dentro del segundo día; y, Art. 490: Si el juicio ejecutivo versare sobre una obligación que no exceda de dos mil sucres, se observará lo prescrito en los artículos anteriores, procediendo para las actuaciones, en forma prescrita en el Art. 416.

29. Código de Procedimiento Civil, N. 16, Art. 990.

30. Código de Procedimiento Civil, Art. 60, RO Sup. No. 58, 12/07/2005.

31. Código de Procedimiento Civil, N. 30, Art. 61.

Por otra parte, en los juicios de arrendamiento, la cuantía se fijaba por la pensión conductiva de un año o por lo que valga en el tiempo estipulado si este era menor de un año³². En los juicios de alimentos la cuantía debía fijarse sobre el máximo de la pensión reclamada por el actor durante un año³³.

Por último, cabe mencionar que, según el Código de Procedimiento Civil, uno de los requisitos de la demanda era la determinación de la cuantía³⁴, de lo contrario

[...] la demanda será incompleta y caben dos posibilidades: a) que el Juez al calificarla, advierta esta omisión, caso en el cual deberá mandar la complete y si el actor no lo hace en el término señalado por la ley, deberá abstenerse de tramitarla, al tenor de lo que dispone el artículo 73 inciso 3ro. del Código de Procedimiento Civil; y, b) que el Juez incumpla con este deber de velar porque la demanda sea completa y la sustancia, evento en el cual será sancionado por el superior con la multa establecida en el inciso 4 del antes citado artículo 73³⁵.

2.5 Código Orgánico General de Procesos

En el Código Orgánico General de Procesos, a diferencia de los cuerpos legales mencionados anteriormente, la cuantía no es un criterio diferenciador del trámite que se deba dar a cada juicio. Sin embargo, la cuantía aún constituye uno de los requisitos que debe contener la demanda³⁶. Adicionalmente, este código contiene reglas específicas para la fijación de la cuantía:

32. Código de Procedimiento Civil, N. 30, Art. 62.

33. Código de Procedimiento Civil, N. 30, Art. 63.

34. Código de Procedimiento Civil, N. 30, Art. 67(5). Véase también, la sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia, Expediente de Casación 410, RO Edición Especial No. 172, 07/07/2011: “De conformidad con lo previsto en el Art. 67, numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, uno de los requisitos que debe contener la demanda es la determinación de la cuantía; y una de las formas de cumplir con este requisito, es el determinar cuantía indeterminada. Así mismo según lo dispuesto en el Art. 69 ibídem, corresponde al Juez calificar la demanda, y si es aceptada por reunir los requisitos legales, precluye el momento para exigir el cumplimiento de estos requisitos”.

35. Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, *Asociación de Productores de Fibra Monterrey v. Compañía Furukawa del Ecuador C.A.*, 30/05/2007, RO Sup. No. 423, 11/09/2008, pp. 62-63.

36. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Art. 142(10), RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

1. Para fijar la cuantía de la demanda, se tomarán en cuenta los intereses líquidos del capital, los que estén pactados en el documento con que se proponga la demanda y los frutos que se han liquidado antes de proponerla.
2. Cuando la demanda verse sobre derechos de valor indeterminado que se refieran a cosas susceptibles de apreciación, se fijará la cuantía atendiendo el precio de las cosas.
3. En los procesos provenientes de arrendamiento, la cuantía se determinará por el importe de la pensión de un año o por lo que valga en el tiempo estipulado, si este es menor.
4. En los procesos de alimentos se fijará la cuantía atendiendo al máximo de la reclamada por la o el actor durante un año.
5. En materia laboral se cuantificará cada una de las pretensiones de la o del actor para establecer la cuantía.
6. La cuantía será indeterminada únicamente cuando trate de asuntos no apreciables en dinero o que no se encuentren previstos en los incisos anteriores³⁷.

En resumen, la cuantía es una figura propia del procedimiento civil, que se estableció como un requisito de la demanda, el cual determinaba la competencia y el procedimiento a seguir. En la actualidad, esta característica de la cuantía ha sido abandonada y la misma se fija, solamente como un requisito de la demanda.

3. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CUANTÍA

La cuantía ha sido definida como la cantidad a la que asciende el importe total de lo reclamado en una demanda³⁸. Esta figura encuentra un tratamiento efímero y limitado, dentro de los libros de Derecho Procesal, cuando se trata el tema de la competencia de los jueces o como un requisito de la demanda³⁹. Así, por ejemplo, ECHANDÍA menciona que: “[l]a mayor o menor importancia económica del negocio opera como factor para determinar

37. COGEP, N. 36, Art. 144.

38. G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Heliasta, 2008.

39. Véase, por ejemplo, J. GUASP y P. ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, 5ta Ed., Tomo I, Civitas, 2002, p. 328.

la competencia del juez que debe conocerlo, de conformidad con el principio de que a menor valor del litigio debe corresponder un menor costo en su composición⁴⁰.

Además, este autor reconoce la posibilidad de que se altere la cuantía, ya sea por una reforma a la demanda, o por cualquier circunstancia que aumente o disminuya el valor de lo reclamado. Solo en el primer caso, esta alteración podría conllevar a una pérdida de la competencia del juez⁴¹; lo cual claramente indica la relación estrecha entre la cuantía y las pretensiones, siendo la primera una estimación de las segundas, pero nunca un limitante.

La cuantía mirada como un elemento para determinar la competencia del juez no tiene ninguna cabida en el arbitraje, donde la competencia de los árbitros nace por el acuerdo de las partes y no tiene relación con el monto reclamado⁴².

Por otra parte, esta figura también ha sido relacionada con los costos en la administración de justicia⁴³. Esta segunda noción sí es compatible con el arbitraje, ya que en la cuantía determinada en la demanda arbitral se refleja en los costos arbitrales. Sin embargo, como se explicará más adelante, existen normas que permiten reliquidar los costos arbitrales.

Por lo tanto, la cuantía nació como una figura procesal que permitía determinar la competencia de los jueces y no puede ser interpretada como un límite a la pretensión del actor o reconviniente.

40. D. ECHANDÍA, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Aguilar, 2009, p. 108.

41. D. ECHANDÍA, N. 40, p. 110.

42. Existen cláusulas arbitrales que establecen diferentes reglas dependiendo de la cuantía de la disputa, en estos casos, al igual que lo señalado por ECHANDÍA, el tribunal o árbitro único que conozca el proceso no perderá la competencia, si posteriormente se determina que la cuantía es mayor.

43. D. ECHANDÍA, N. 40, p. 109. "También al Estado debe resultarle más barata la función de administrar justicia en el caso de juicios de inferior valor; por eso conocen de ello jueces de inferior jerarquía y con sueldos menores".

4. *ULTRA PETITA* COMO VICIO DE NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

La cuantía en el arbitraje local ha sido interpretada como el límite máximo del derecho de reparación del actor o el reconviente. La principal razón para esto es la observancia al deber de emitir un laudo válido y ejecutable, y el temor a que el laudo sea anulado por un vicio de incongruencia *ultra petita*. Del análisis realizado en nuestra muestra, se puede concluir que esta práctica de los tribunales arbitrales no responde a lo manifestado por la jurisprudencia ecuatoriana.

En los últimos años se han iniciado numerosas acciones de nulidad de laudos arbitrales bajo el argumento de que el tribunal arbitral incurrió en un vicio de incongruencia al otorgar a una de las partes más de lo que solicitó dentro del proceso arbitral.

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 sometidas 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*.

Los principales argumentos que se han utilizado para fundamentar una acción de nulidad de laudo por el vicio de incongruencia *ultra petita* son: **(i)** en el contexto de un contrato de arrendamiento, se ordenó el reembolso de los costos de servicios básicos, fondos de garantías, costos de arbitraje y honorario de abogados, cuando estos pagos no estaban a consideración del tribunal⁴⁴; **(ii)** se limitó la reclamación por concepto de intereses a un monto específico y el tribunal arbitral excedió dicho monto⁴⁵; **(iii)** el tribunal arbitral ordenó el pago de ciertas facturas más in-

44. Véase, Proceso No. 17100-2014-0078.

45. Véase, Proceso No. 17100-2015-0007.

tereses por mora, las cuales no fueron solicitadas dentro del proceso arbitral⁴⁶; **(iv)** el monto al que ascendían los daños y perjuicios se elevaron debido a que el tribunal arbitral consideró algunas facturas, cuyo valor no era parte de la pretensión⁴⁷; **(v)** el tribunal concedió el reembolso del pago de un anticipo sin que exista en el contrato de promesa de compraventa una cláusula que les faculte a hacerlo⁴⁸ y; **(vi)** el tribunal arbitral condenó a la parte demandada al pago de un valor superior al fijado por la demandante por concepto de pago de planillas⁴⁹.

Todos los argumentos presentados han sido desechados, principalmente porque se ha considerado que en la mayoría de los casos los tribunales arbitrales han resuelto analizando las pretensiones, excepciones y pruebas que han sido presentadas por las partes dentro del proceso arbitral y que, por lo tanto, no existe vicio de incongruencia *ultra petita* cuando el tribunal resuelve sobre la materia con la que se trabó la *litis*.

Específicamente, respecto al pago de intereses, la Corte ha manifestado: “[...] el Tribunal Arbitral no se ha concedido más del monto fijado por la parte actora, por el contrario, se ha limitado a aplicar la ley sobre el monto de intereses por mora, que es parte del contexto total de la cuantía de la demanda”⁵⁰.

Como se puede evidenciar, las cortes ecuatorianas se han negado a declarar la nulidad de laudos arbitrales por el vicio de incongruencia *ultra petita*. De hecho, no se declaró la nulidad del laudo arbitral en ninguno de los seis casos mencionados. Por lo expuesto, es claro que limitar los derechos del accionante al valor fijado en la cuantía de la demanda o reconvenición, no tiene justificación en el deber de los árbitros de emitir laudos válidos y ejecutables.

46. Véase, Proceso No. 17100-2016-00011.

47. Véase, Proceso No. 17113-2014-1296.

48. Véase, Proceso No. 17100-2017-00047.

49. Véase, Proceso No. 17100-2017-0015.

50. Proceso No. 17100-2014-0078, 15/06/2016. Véase también, Procesos No. 17100-2014-0078; 17100-2015-0007; 17100-2016-00011; 17113-2014-1296; 17100-2017-00047; y 17100-2017-0015.

5. CUANTÍA, ANÁLISIS COMPARADO, LEYES, REGLAMENTOS Y JURISPRUDENCIA

La determinación de la cuantía en los procesos arbitrales, en otras jurisdicciones, no tiene ninguna relevancia. De un análisis de derecho comparado, se puede concluir que, en la gran mayoría de legislación y reglamentos de arbitraje, la determinación de la cuantía no es un requisito para iniciar un arbitraje. Además, en la revisión jurisprudencial no se ha encontrado un fallo arbitral que haya sido anulado o se haya negado su reconocimiento y ejecución porque el Tribunal Arbitral otorgó una cuantía distinta a la solicitada.

5.1 La cuantía en la legislación comparada

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que ha sido acogida por 80 estados y 111 jurisdicciones⁵¹, establece un esquema –que es la regla en el arbitraje internacional– por el cual, el arbitraje no inicia con la presentación de una demanda, sino que esta se presenta posteriormente.

El artículo 23 de la Ley Modelo de la CNUDMI regula el contenido de la demanda y contestación arbitral, sin mencionar a la cuantía como un requisito⁵². Asimismo, las leyes de arbitraje de Estados Unidos⁵³, Francia⁵⁴ y del Reino Unido⁵⁵, tres de las juris-

51. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Situación actual: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>.

52. Ley Modelo de la CNUDMI (1985), Art. 23.

Art. 23. – “Demanda y contestación. - 1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar [...]”.

53. Véase, Ley de Arbitraje Federal, 12/02/1925.

54. Véase, Decreto No. 2011-48, 13/01/2011.

55. Véase, Ley de Arbitraje, 1996.

dicciones más prominentes en temas arbitrales, no contienen disposiciones que regulen el contenido de la demanda arbitral y otorgan libertad a los árbitros para fijar las normas de procedimiento y amplios poderes al respecto.

5.2 La cuantía en los principales reglamentos de arbitraje

Los principales reglamentos internacionales de arbitraje no establecen la fijación de una cuantía exacta para iniciar un arbitraje. Los reglamentos exigen únicamente un estimado del monto a que ascienden los reclamos planteados. Por lo tanto, la fijación de una cuantía exacta es en general ajena en las instituciones que manejan el mayor número de arbitrajes en el mundo.

Para citar algunos ejemplos, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, también conocido como reglas UNCITRAL, establece como un requisito que debe contener la notificación de arbitraje “[u]na breve descripción de la controversia y, si procede, una indicación de la suma reclamada”⁵⁶. También, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su artículo 1 establece los requisitos que debe contener la solicitud de arbitraje, entre ellos se señala como literal d) la pretensión, junto con el monto de cualquier reclamo cuantificable y en la medida de lo posible, un monto estimado del valor de otros reclamos⁵⁷.

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), por su parte, establece algo similar a

56. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Art. 3(3).

Art. 3(3). – “La notificación del arbitraje contendrá la siguiente información: a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje; b) El nombre y los datos de contacto de las partes; c) Una especificación del acuerdo de arbitraje que se invoca; d) Una especificación de todo contrato u otro instrumento jurídico que haya suscitado o al que se refiera el litigio o, a falta de ese contrato o de otro instrumento jurídico, una breve descripción de la relación controvertida; e) Una breve descripción de la controversia y, si procede, una indicación de la suma reclamada; f) La materia u objeto que se demandan; g) Una propuesta acerca del número de árbitros, el idioma y el lugar del arbitraje, cuando las partes no hayan convenido antes en ello”.

57. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Art. 1(3).

Art. 1(3). – “*The Request shall contain the following information: [...] d) a statement of the relief sought, together with the amounts of any quantified claims and, to the extent possible, an estimate of the monetary value of any other claims; [...]*”.

la CCI, la solicitud de arbitraje deberá describir brevemente la naturaleza y circunstancias de la disputa, su monto o valor estimado, la transacción en cuestión y los reclamos en contra de cada uno de los demandados⁵⁸. De igual manera, la Corte Internacional de Arbitraje de Singapur en su Reglamento de Arbitraje requiere únicamente una cuantificación inicial del monto del reclamo, si esto es posible⁵⁹.

De lo expuesto se desprende que determinar de manera exacta la cuantía no es un requisito que deba contener la solicitud de arbitraje. Como es razonable, los reglamentos de arbitraje de los centros más reconocidos en la materia, solicitan al demandante, solamente y si es posible, estimar la cuantía de su demanda, sin que la falta de determinación sea un motivo para no aceptar a trámite la solicitud de arbitraje y mucho menos, se interpreta a esta estimación como un limitante a su derecho de reparación.

5.3 *Ultra petita* como vicio que anula o impide la ejecución de laudos arbitrales

La práctica arbitral ecuatoriana, como se mencionó anteriormente, ve a la fijación de la cuantía como un limitante en la reparación que pueden otorgar al demandante, porque existe el temor de que el laudo arbitral sea anulado, temor que no tiene fundamentación en la jurisprudencia ecuatoriana. En esta sección se demostrará que, desde el punto de vista del derecho comparado, este temor es de igual manera, francamente infundado.

58. Reglamento de arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, Art. 1(1).
Art. 1(1). – “Any party wishing to commence an arbitration under the LCIA Rules (the ‘Claimant’) shall deliver to the Registrar of the LCIA Court (the ‘Registrar’) a written request for arbitration (the ‘Request’), containing or accompanied by: [...] (iii) a statement briefly summarising the nature and circumstances of the dispute, its estimated monetary amount or value, the transaction(s) at issue and the claim advanced by the Claimant against any other party to the arbitration (each such other party being here separately described as a ‘Respondent’)[...]”.
59. Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Singapur, Regla 3(1).
Regla 3(1). – “A party wishing to commence an arbitration under these Rules (the “Claimant”) shall file with the Registrar a Notice of Arbitration which shall include: [...] e. a brief statement describing the nature and circumstances of the dispute, specifying the relief claimed and, where possible, an initial quantification of the claim amount [...]”.

Las leyes de arbitraje regulan las causales de nulidad de los laudos arbitrales emitidos en su jurisdicción. La gran mayoría de ellas establecen como una causal para anular un laudo arbitral, que el laudo se refiera a una diferencia no sometida a arbitraje, o contenga decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria, lo que se ha denominado exceso de poder⁶⁰, una causal casi idéntica a la prescrita por el artículo 31 literal d) de la LAM⁶¹.

De igual manera, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de (Convención de Nueva York)⁶² establece al llamado exceso de poder o vicio de incongruencia, como una causal para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral⁶³.

De la investigación realizada no hemos encontrado ninguna sentencia en que se haya anulado un laudo arbitral o se haya denegado su ejecución porque el tribunal arbitral otorgó más allá

60. Véase, Ley Modelo de CNUDMI, Art. 34.

Art. 34.- “La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. **1)** Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos **2)** y **3)** del presente artículo. **2)** El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: [...] **b)** el tribunal compruebe: **i)** que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; [...]; Ley de Arbitraje Federal, N. 53, Sección 10(a)(4): “*In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration: [...] (4) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made*”; Ley de Arbitraje, N. 55, Art. 68(2)(b): “*A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court challenging an award in the proceedings on the ground of serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award. [...] (2) Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant [...] (b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction*”.

61. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 31(d), RO No. 417, 14/12/2006.

Art. 31(d). – “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado [...]”.

62. La Convención de Nueva York (1958) ha sido ratificada por 159 Estados, véase, <goo.gl/3YdB7w>.

63. Convención de Nueva York (1958), Art. V(1)(c).

Art. V(1)(c). – “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...] e) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras [...]”.

del monto fijado como cuantía. Las cortes de manera reiterada se han referido a la excepcionalidad de las causales de nulidad y a la deferencia que se debe otorgar a las decisiones de los tribunales arbitrales.

Las cortes en procesos de anulación o ejecución de laudos, se han enfrentado a varias alegaciones relacionadas a la valoración de daños y vicios de exceso o incongruencias, todas ellas infructuosas. Por ejemplo, las cortes estadounidenses han desestimado como un vicio de exceso de poder en la emisión del laudo, una serie de argumentos y han otorgado una gran deferencia a las decisiones de los tribunales arbitrales: **(i)** la supuesta falta de autoridad del tribunal para otorgar como indemnización honorarios de abogados⁶⁴; **(ii)** inclusión de una indemnización por daño futuro no prevista en el contrato⁶⁵; **(iii)** escribió de nuevo el contrato cuando aplicó una responsabilidad limitada a todas las pérdidas e impuso una sanción en forma de honorarios de los abogados⁶⁶; **(iv)** los árbitros de oficio determinaron que existió una novación⁶⁷; **(v)** orden de cumplimiento específico⁶⁸ y; **(vi)** revisó el contrato a pesar de que la condición suspensiva para su nacimiento no se verificó y estableció un esquema dual de precio⁶⁹.

De igual manera, las cortes españolas han rechazado, en varios casos, las alegaciones de exceso o vicio de incongruencia en contra de laudos arbitrales. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, rechazó el argumento de que el Tribunal arbitral había excedido sus facultades por condenar al fiador solidario al pago de las cuotas cuyo vencimiento se encontraba pendiente, en caso de que las mismas no sean pagadas en las fechas acordadas. Este Tribunal consideró que, respetando el principio de intervención mínima, lo ordenado por el tribunal arbitral no excede sus facultades, sino que se ajusta a las mismas por estar íntimamente vin-

64. Véase, *Dastime Group Limited, et al. v. Moonvale Investments Limited, et al.*, 17-cv-01859-JSW.

65. Véase, *OJSC Ukrnafta v. Carpatyky Petroleum Corp., et al.*, H-09-891.

66. Véase, *Century Indemnity Company, et al. v. Axa Belgium*, 11 Civ. 7263(JMF).

67. Véase, *Sei Societa Esplosivi Industriali SPA v. L-3 Fuzing and Ordnance Systems, INC.*, 11-149-RGA.

68. Véase, *Four Seasons Hotels and Resorts B.V. et al. v. Consorcio Barr S.A.*, 04-20673-CIV-MOOREI-SIMONT.

69. Véase, *Gas Natural Aprovevisionamientos SDG S.A. v. Atlantic LNG Company of Trinidad and Tobago*, 08 Civ. 1109 (DLC).

culadas con la pretensión principal⁷⁰. Otros tribunales de otras regiones de España han seguido este ejemplo de mínima intervención rechazando argumentos relacionados con el vicio de *ultra y extra petita*⁷¹.

Asimismo, otras cortes en distintas jurisdicciones también han decidido no anular laudos arbitrales ni negar su ejecución, por esta causal. Las cortes inglesas rechazaron argumentos como: **(i)** exceso de poder por otorgar intereses⁷²; **(ii)** otorgar una reparación sobre disputas nacidas después de la solicitud de arbitraje, relacionadas con la terminación del contrato⁷³. Por su parte, la Corte Superior de Singapur, jurisdicción muy activa en arbitraje, también rechazó alegaciones sobre exceso de poder en la determinación de los daños realizado por el tribunal arbitral⁷⁴.

Finalmente, las cortes chilenas, relevantes para nuestro análisis porque la cláusula modelo de arbitraje internacional en Ecuador establece como sede Santiago de Chile, también han sido renuentes a anular laudos arbitrales, por ejemplo, en el caso Productos Naturales de la Sabana S.A., la Corte de Apelaciones rechazó el argumento de que el tribunal arbitral modificó el contrato y condenó al accionante al pago de las costas⁷⁵.

6. EL PROBLEMA DE LOS COSTOS ARBITRALES

Otra causa de la problemática práctica descrita en este artículo, son los costos arbitrales, los cuales se fijan de acuerdo a la cuantía y obligan al actor a estimar sus daños, de manera anticipada, en el momento de la presentación de la demanda, momento

70. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, D. Dionisio c. Errementari S.L., STSJ M 6565/2015.

71. Véase, Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, D. Nemesio, D. Roberto y D. Sixto c. El Pozo Alimentacion S.A., STSJ MU 584/2014; y, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, France Telecom S.A., Orange S.A., Atlas Services Nederland B.V. y France Telecom España S.A. c. Euskaltel S.A., ATSJ PV 2/2012.

72. House of Lords, *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo Spa*, UKHL 43.

73. High Court, *Honeywell International Middle East Limited v. Meydan Group LLC*, HT-12-372.

74. High Court, *Galsworthy Ltd of the Republic of Liberia v. Glory Wealth Shipping Pte Ltd.*, SGHC 304.

75. Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Productos Naturales de la Sabana S.A.*, Rol No. 6975- 2012, 29/04/2014.

en que inicia el procedimiento arbitral en Ecuador. La realidad es que en casos complejos es difícil calcular en esa instancia el monto al que ascenderán los perjuicios; por lo tanto, sería apropiado que la cuantía sea estimada, como sucede en la legislación comparada.

Los centros más relevantes de arbitraje en Ecuador establecen, en sus reglamentos, normas adecuadas que permiten reliquidar los costos arbitrales en el caso de que la cuantía final sea superior a la inicial fijada en la demanda. Esto corrobora lo afirmado respecto a que la cuantía fijada no puede ser un limitante al derecho de reparación, y que otorgar un monto mayor –si este corresponde a las pretensiones planteadas– no puede ser una causal de nulidad por vicio de *ultra petita*. Sin embargo, estas normas son totalmente desconocidas e inaplicadas en nuestro sistema y de hecho se ven todo el tiempo casos en los cuales los árbitros reducen la indemnización al monto fijado en la cuantía.

El Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, al respecto establece lo siguiente:

Costos de Arbitraje.- Por el servicio de arbitraje el Centro cobrará los costos respectivos. Para tal efecto, el Directorio de la Cámara de Comercio de Quito aprobará una tabla de tarifas que será anexo al presente reglamento y que por tanto se constituye en parte integrante del mismo. En caso de cuantía indeterminada el valor será el constante en la tabla de tarifas vigente, sin perjuicio de que el tribunal reliquide estos costos en el caso que de la cuantía del laudo se desprenda un valor superior. Así mismo, el tribunal ordenará la reliquidación de costos de arbitraje en el caso de que la cuantía del laudo sea superior a aquella sobre la cual se cancelaron los costos al inicio del proceso. Una vez reliquidados los costos, el actor deberá consignar la diferencia, sin perjuicio de que en laudo se le condene al demandado al pago de los costos del arbitraje. De lo contrario el Centro se reserva el derecho de no expedir copias certificadas del proceso, así como tampoco tramitar el desglose de documentos⁷⁶.

76. Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Art. 70.

Igualmente, el reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (AMCHAM), dispone en forma similar:

Por el servicio de arbitraje el CAM cobrará los costos respectivos. Para tal efecto, el Directorio del CAM aprobará un tarifario que se anexa al presente Reglamento y que por lo tanto constituye parte integrante del mismo. El costo del arbitraje se calculará en base a la cuantía de la demanda. En caso de cuantía indeterminada el valor que se cobrará será el determinado en el tarifario aprobado por el Directorio del CAM. En los casos en que la cuantía pueda ser determinable, el Director o en su defecto el tribunal arbitral, determinará la cuantía de la controversia, y por lo tanto, fijará el costo del arbitraje y quien debe asumirlo. Así mismo, se ordenará la reliquidación de costos de arbitraje en el caso de que la cuantía del laudo sea superior a aquella sobre la cual se cancelaron los costos al inicio del proceso, *hecho que no constituirá ni ultra ni plus petita* (énfasis añadido)⁷⁷.

Asimismo, el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, regula lo siguiente:

El Tribunal podrá, en cualquier estado de la causa, reliquidar el arancel por arbitraje en caso que la cuantía se modifique o si la complejidad del caso así lo amerita. Si cualquiera de las partes presentare impugnación a la reliquidación hecha por el tribunal, será resuelta por el Consejo Asesor. No se proseguirá la sustanciación de un arbitraje sin la cancelación oportuna del costo del arbitraje según la reliquidación debidamente ordenada por el Tribunal o por el Consejo Asesor, según el caso⁷⁸.

Por lo expuesto, los propios reglamentos de arbitraje autorizan a los árbitros a otorgar un monto mayor al fijado en la demanda o reconvencción como cuantía. El reglamento de arbitraje de la AMCHAM, además, establece que esta determinación no

77. Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Art. 67.

78. Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Art. 64.

puede ser considerado como *ultra petita*. Entonces, no existe una justificación real, desde el punto de vista económico, para que, en la práctica arbitral, los tribunales vean a la cuantía como un limitante a los derechos de las partes.

7. CONCLUSIONES Y SOLUCIONES

La cuantía como requisito a la demanda nace de los códigos de procedimiento civil, como una forma para determinar la competencia de los jueces, en procesos de mayor o menor cuantía. Estos procesos tenían diferencias entre sí, principalmente en la posibilidad de interponer ciertos recursos. La figura jurídica de la cuantía está relacionada con las pretensiones del actor, pero no puede ser interpretada como un límite a su derecho de reparación.

La jurisprudencia ecuatoriana en reiteradas ocasiones, ha rechazado las acciones de nulidad de laudos arbitrales que se fundamentan en el vicio de incongruencia *ultra petita*, cuando se ha evidenciado que los tribunales arbitrales han resuelto sobre la base de los argumentos y pruebas aportadas por las partes. De igual manera, según nuestra jurisprudencia si un tribunal arbitral concede un monto superior al fijado en la demanda por la liquidación de intereses, tampoco se configuraría un vicio *ultra petita*, debido a que los intereses forman parte de la pretensión reclamada.

Desde el punto de vista del derecho comparado, la cuantía no es un requisito para iniciar un arbitraje. Los centros de arbitraje más reconocidos imponen como requisitos para presentar una solicitud de arbitraje, simplemente, una estimación del monto reclamado, dicha estimación usualmente es diferente a lo ordenado en el laudo arbitral. Tampoco existe jurisprudencia comparada, en la cual los laudos arbitrales hayan sido anulados ni se haya rechazado su ejecución porque el tribunal arbitral otorgó más allá de la cuantía fijada. Seguramente, esto se debe a que la cuantía no se mira como un requisito esencial.

Por todo lo expuesto, desde nuestra perspectiva existen dos soluciones al problema planteado. La *primera*, de fácil implementación, es que los árbitros abandonen esta práctica ajena a la naturaleza del arbitraje y apliquen las correspondientes reglas de los reglamentos de arbitraje, para reliquidar los costos arbitrales, en los casos en los cuales las pretensiones del actor o reconviente, después de la práctica y análisis de la prueba, superen la cuantía fijada en su demanda o reconvención.

La *segunda* solución, que impone una mayor dificultad, es la necesidad de una reforma legal a la LAM, que, en *primer lugar*, reconozca la tendencia mundial por la cual el arbitraje inicia con una solicitud o notificación, la demanda se presenta posteriormente cuando el tribunal ya se encuentra constituido y puede determinar sus lineamientos; y, en *segundo lugar*, elimine la cuantía como un requisito para iniciar un arbitraje.

El cuarto árbitro: la escala de grises en la función del secretario administrativo

*Orlando F. Cabrera Colorado**

Recibido/Received: 25/09/2017
Aceptado/Accepted: 20/10/2017

SUMARIO: 1. La problemática. 2. El mandato arbitral y la idoneidad de un secretario arbitral. 3. Principios rectores. 3.1 Imparcialidad e independencia del secretario arbitral. 3.2 Actividades permitidas para el secretario administrativo. 3.3 Deliberaciones. 3.4 Actividades prohibidas para el secretario administrativo. 3.5 La remuneración del secretario administrativo. 4. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: secretario administrativo, asistente del tribunal arbitral, funciones.

KEYWORDS: administrative secretary, assistant to the arbitral tribunal, roles.

RESUMEN: La función del secretario administrativo o asistente de un tribunal arbitral transita por una escala de grises que genera preocupaciones en cuanto a la legitimidad del procedimiento arbitral. Si bien existen algunos instrumentos de *soft law* que brindan certidumbre a las partes en cuanto a las funciones que el tribunal arbitral puede delegar al secretario ad-

* *Foreign Law Clerk* en Hogan Lovells US LLP. Licenciado en Derecho *magna cum laude* por la Universidad de las Américas Puebla (México), Maestro en Derecho por New York University School of Law. Correo electrónico: orlando.cabrera@hoganlovells.com

ministrativo, resultan insuficientes. Algunos reglamentos de arbitraje dejan a la discrecionalidad del tribunal arbitral el rol de este asistente. No es de sorprenderse que esta discrecionalidad genere una problemática pues la falta de estándares crea diferentes percepciones. Se han intentado anular laudos arbitrales argumentando una extralimitación de funciones por parte del secretario arbitral. Para describir la escala de grises, se comenta la problemática, la naturaleza del mandato arbitral, las actividades que idealmente tienen permitidas los secretarios y aquéllas que tienen prohibidas; así como la percepción que la comunidad arbitral tiene respecto de estos asistentes.

ABSTRACT: The role of the administrative secretary or assistant to the arbitral tribunal navigates through a grayscale generating concerns in regards to the arbitration's legitimacy. Even though some instruments of *soft law* provide certitude to the parties concerning the tasks that the arbitral tribunal may delegate to the administrative secretary, these remain insufficient. Some arbitration rules leave to the discretion of the arbitral tribunal the task to determine the role of the administrative secretary. Not surprisingly, this discretion causes problems, the lack of standards generates diverse perceptions. Parties have tried to set aside arbitral awards alleging that the administrative secretary exceeded its functions. To describe the grayscale, we explore the problem, the nature of the arbitral mandate, the activities ideally permitted to the secretary and those impermissible ones, as well as the perception of the arbitral community regarding these assistants.

1. LA PROBLEMÁTICA

Frecuentemente, surgen preguntas en el arbitraje internacional respecto al rol que desempeña el secretario del tribunal arbitral para el cual los reglamentos de arbitraje u otros instrumentos

relevantes de *soft law*¹ no contienen respuestas claras. Incluso, se ha dicho, que en el arbitraje internacional, el rol del secretario administrativo se presenta como una “enorme área gris” objeto de múltiples abusos².

Bajo esta área gris, Sonatrach de Algeria demandó la nulidad de un laudo ICC que le condenaba a pagar USD\$ 536'000,000 a favor de Statoil. El segundo argumento, con el cual Sonatrach intentó la nulidad consistió en que el secretario participó indebidamente en las deliberaciones del tribunal. Sin embargo, la Corte Superior de Inglaterra y Gales desechó la solicitud de Sonatrach³.

El ejemplo más representativo de esta zona de grises se presentó con los laudos arbitrales emitidos en tres casos que inició OAO Yukos Oil Company en contra de Rusia. Derivado de estos arbitrajes, el tribunal arbitral condenó a Rusia a pagar más de 50 mil millones de dólares. Rusia buscó la nulidad ante un Juzgado de Distrito en La Haya, Países Bajos, alegando, entre otros argumentos, que los árbitros no desempeñaron personalmente su mandato porque el asistente del tribunal jugó un papel protagónico en el análisis de pruebas y argumentos, en las deliberaciones del tribunal y en la redacción del laudo⁴. Para Rusia, los árbitros delegaron responsabilidades sustantivas al asistente del Tribunal; por tanto, violaron el mandato de realizar sus responsabilidades personalmente. En otras palabras, el asistente actuó como el cuarto árbitro.

En su momento, YVES FORTIER, el Presidente del Tribunal Arbitral, informó a las partes que designó a Martin Valasek para “asistirme en la conducción del caso”. FORTIER refirió “porque,

1. El término *soft law* se refiere a aquellos estándares, códigos, principios, lineamientos y tratados que no tienen carácter vinculante, en contraste con las normas de derecho obligatorio impuestas por leyes arbitrales y tratados internacionales, así como el marco procesal elegido por las partes a través de un reglamento de arbitraje. W.W. PARK, “Chapter 7: The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Governmental Instruments”, en J. D. M. LEW y L. A. MISTELIS, *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, pp.141-154.
2. M. POLKINGHORNE y C. B. ROSENBERG, “The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard”, *Dispute Resolution International*, Vol. 8 (2), 2014, p. 107.
3. England and Wales High Court, *Sonatrach v. Statoil*, 02/04/2014, párr. 46-50.
4. D. GALAGAN, “The Challenge of the Yukos Award: an Award Written by Someone Else - a Violation of the Tribunal’s Mandate?”, *Kluwer Arbitration Blog*, <goo.gl/KkT4J2>, (19/09/2017).

como todos nosotros, yo viajo mucho, si en algún momento no estoy localizable, ustedes siempre pueden contactarlo”⁵. El nombramiento fue hecho sin previa consulta de las partes, pero cuando se reveló, las partes no lo objetaron⁶.

Rusia buscó anular el laudo arguyendo que la delegación de responsabilidades arbitrales al asistente se manifiesta en la desproporcionada facturación de horas hecha por Valasek misma que ascendió la cantidad de EUR 970,562 mientras que los honorarios de los árbitros –Charles Poncet, Stephahn M Schewebel e Yves Fortier– fueron por EUR 1’513,880, EUR 2’011,092 y EUR 1’732,937 respectivamente. Aplicando una tarifa por hora del asistente de EUR 250-325 y de cada árbitro de EUR 750-850, Rusia argumentó que el asistente empleó más horas que cualquiera de los árbitros especialmente en la fase de méritos del caso. En total, Valasek trabajó 3,006 horas en los arbitrajes de Yukos, tan solo 381 horas en las audiencias de jurisdicción y admisibilidad, así como unas 2,625 horas tanto en la fase de méritos como en la redacción del laudo. Esto es un 40 a 70% más que el número de horas empleadas por cualquiera de los árbitros⁷.

Rusia consideró que el tiempo empleado por Valasek no se explica en su rol administrativo o logístico porque dos miembros de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya emplearon más de 5,200 horas asistiendo también en estos arbitrajes. Rusia solicitó los detalles del trabajo desempeñado por el asistente, pero esta solicitud fue rechazada con el argumento que esto pondría en peligro “la confidencialidad de las deliberaciones del Tribunal”. Para Rusia, esto significó una admisión por el Tribunal que Valasek participó en las deliberaciones del caso⁸.

El exceso en el cobro de honorarios y otras quejas, no son del todo nuevas. El anterior Secretario General de la ICC, ERIC SCHWARTZ, comentó en 1996 que la ICC había recibido quejas al

5. L.W. NEWMAN y D. ZASLOWSKY, “The Yukos Case: More on the Fourth Arbitrator”, *International Dispute Resolution*, *New York Law Journal*, (28/05/2015), <goo.gl/kyF3as>, (18/09/2017), p. 2.

6. *Ibidem*.

7. D. GALAGAN, N. 4.

8. *Ibidem*.

respecto. Las partes reclamaron que en diversas ocasiones sintieron que no podían objetar el nombramiento del secretario administrativo. Además, las cantidades por honorarios del secretario administrativo, en ocasiones, fueron muy altas, incluso iguales a los honorarios de los árbitros⁹. Del mismo modo, SCHWARTZ reportó que al menos en un caso, la Corte de la ICC requirió al Tribunal que reemplazara al secretario porque actuaba como un árbitro¹⁰.

Esta problemática respecto a las funciones del secretario o asistente de un tribunal arbitral se ve acentuada por otras dudas relativas a las facultades del tribunal para imponerlo. Aunque en el año de 1990 la Corte de Apelaciones de París resolvió que un tribunal arbitral tiene la “posibilidad de designar un secretario”¹¹ e incluso algunos han señalado que es una práctica arbitral en el arbitraje de inversión designar asistentes¹², han existido pocos intentos de considerar completamente la fuente, naturaleza y alcance de la función del secretario arbitral, así como su relación con el tribunal arbitral. Este es el objeto de análisis del presente trabajo.

Los puntos antes señalados son oportunos en virtud de la prevaleciente incertidumbre concerniente a la intervención del secretario administrativo en el arbitraje. Incertidumbre misma que ha cuestionado la legitimidad del arbitraje. También este artículo resulta oportuno en vista de la creciente aparición de múltiples instrumentos, principalmente de *soft law*, que reflejan una regulación disonante al grado que es posible sostener que no existe uniformidad en la regulación de las funciones de los secretarios administrativos. Esto pone de manifiesto la existencia de un área gris en el arbitraje internacional.

9. E. A. SCHAWRTZ, “On the subject of ‘Administrative Secretaries’: A Reply by Mr. Eric Schwartz, Secretary General of the ICC”, *ASA Bulletin*, Vol. 14 (1) 1996, pp. 32-34.
10. E. A. SCHAWRTZ, “The Rights and Duties of ICC Arbitrators”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin Special Supplement: The Statute of the Arbitrator*, 1995, p. 86.
11. Corte de Apelaciones de París, *Compagnie Honeywell Bull S.A. v. Compatacion Bull de Venezuela C.A.* (20/06/1990).
12. Véase, D. GALAGAN N. 4; UNCITRAL, 2016 *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, párr. 35. “Some arbitral institutions routinely assign secretaries to cases administered by them. Where this is not the case, some arbitrators frequently engage secretaries, particularly in large or complex cases [...]”.

Encontramos una pluralidad de instrumentos tales como las Notas de la CNUDMI de 2016 sobre la organización del proceso arbitral, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration* (2016), *SIAC Practice Note on the Appointment of Administrative Secretaries* (2015), *HKIAC Guidelines on the Use of Secretary of the Arbitral Tribunal* (2014), *SCC's Arbitrator's Guidelines* (2014), *Finland Arbitration Institute's Note on the Use of a Secretary* (2013); *ICC Note on Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries* (2012), *JAMS Guidelines for Use of Clerks and Tribunal Secretaries in Arbitrations* (2012), *Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI* (2006), *AAA – Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* y *LCIA's position on the appointment of Secretaries to Tribunals*. No se puede pasar por alto que Young ICCA, sin ser una institución arbitral, ha hecho un esfuerzo importante al publicar su *Guide on Arbitral Secretaries* (2014).

La reciente proliferación de lineamientos de *soft law* sugiere que los usuarios del arbitraje buscan que sea predecible. Una mayor regulación de *soft law* de cierta forma constriñe la flexibilidad, concepto que cambia de color dependiendo el contexto, cosa que no debe sorprender para una palabra que se define como la habilidad de adaptarse en respuesta a nuevas situaciones. Pero al mismo tiempo, la regulación de *soft law* forja un sentido de igualdad de trato, promoviendo la percepción que el procedimiento es “normal” y conforme al principio de estado de derecho. Es deseable que casos similares sean tratados de forma similar. El potencial beneficio del *soft law* procesal radica en que mejora la percepción de justicia en la resolución de controversias. Esto ayuda a mantener el equilibrio entre lo que es justo y eficiente. Toda vez que el arbitraje implica respeto al debido proceso -a la obligación de ser oído- el debido proceso se encuentra en el centro de lo que los litigantes buscan en el arbitraje¹³.

Mientras no existan expectativas acerca de la forma normal o regular de hacer las cosas, los litigantes carecen de supuestos de lo que es justo. La ausencia de estándares definidos con anti-

13. W.W. PARK, N. 1, párr. 7-12; 7-17; 7-28; 7-29.

cipación puede generar sentimientos de falta de igualdad. La existencia de dos diferentes líneas de medida de cualquier decisión *ex post* que haga el árbitro se va a desviar de una de las impresiones de integridad procesal que tengan las partes¹⁴. Los lineamientos de *soft law* han evolucionado para mitigar algunos de los riesgos de la discreción arbitral.

Este artículo inicia señalando el mandato arbitral y la idoneidad de un secretario arbitral para la eficiente conducción de un arbitraje. Posteriormente, nos referimos a la percepción común de algunas partes hacia la existencia de secretarios y su intervención en el arbitraje. Acto seguido, se expondrán los principios comunes entre estos instrumentos de *soft law*. Finalmente, pasaremos a señalar la problemática existente en esta escala de grises que transita la función del secretario arbitral.

2. EL MANDATO ARBITRAL Y LA IDONEIDAD DE UN SECRETARIO ARBITRAL

La misión del árbitro tiene una naturaleza *intuitu personae*. La elección de una parte respecto de su árbitro es personal, y así también resulta el mandato del árbitro elegido. Al aceptar el nombramiento, el árbitro necesariamente acepta la obligación de no delegar su mandato¹⁵, cuyo núcleo consistente en resolver la controversia que se le plantea. PARTASIDES hace notar que esta obligación personal está implícita en el artículo 2.3 de las Reglas de la IBA sobre Ética para Árbitros Internacionales. Este artículo señala “sólo si él está dispuesto a dar al arbitraje el tiempo y la atención que las partes razonablemente tienen derecho a esperar”¹⁶. Con lo cual se infiere que es el árbitro nombrado y no otra persona la que debe dedicar tanto tiempo como atención en la resolución de la disputa.

14. Ídem, párr. 7-34.

15. C. PARTASIDES, “The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 18 (2), 2002, p. 147.

16. Ibídem.

Es cierto que en diversas jurisdicciones nacionales las cortes utilizan el auxilio de asistentes, secretarios u otros profesionales para desempeñar la función judicial, pero Partasides hace notar algunas importantes diferencias entre el sistema judicial y el arbitral. Primero, las partes eligen al árbitro, no así al juez. La relación entre el juez y la parte no es *intuitu personae*. Segundo, los jueces -por lo general¹⁷- no pueden controlar el volumen de casos que llega a sus juzgados; los árbitros por el contrario, tienen un absoluto control del número de tribunales en los cuáles deciden fungir como árbitros. El árbitro es el único responsable de no tener tiempo para dedicarle al caso¹⁸, bien puede rechazar un nombramiento si ya tiene una cantidad absorbente de trabajo¹⁹, que el impida dedicar tiempo suficiente para resolver un arbitraje más.

En una entrevista previa al nombramiento, las partes antes de elegir al árbitro -además de verificar que no exista conflicto de interés y otros temas- pueden preguntar si éste tiene tiempo²⁰. Dependiendo de la respuesta que dé el árbitro, las partes pueden desistir de nombrar al potencial candidato en vista de la sobrecarga de trabajo que este profesional tenga. De otra forma, las partes conscientes que el potencial candidato tenga ya múltiples nombramientos²¹, también implícitamente aceptan el riesgo que el árbitro no tenga tiempo para hacer todas y cada una de las actividades derivadas de la función arbitral. De otra forma, las partes bien podrían optar por elegir un árbitro que tenga pocos o ningún nombramiento para que haga todas y cada una de las tareas que implica el ser árbitro. Incluso, las partes podrían llegar

17. La Corte Suprema de Estados Unidos de América es una excepción, ya que admite sólo unos 100 a 150 *writs of certiorari* al año, en la medida que estos tengan una trascendencia nacional, sirvan para armonizar una contradicción de criterios entre las cortes federales de circuito, y/o tenga un importante valor para sentar un precedente. US Courts, *Supreme Court Procedures*, <goo.gl/uJWJVk>, (20/09/2017).

18. El Comentario al Artículo 2, inciso (e) de la Guía del Chartered Institute of Arbitrators refiere: “*Before deciding to accept any appointment, prospective arbitrators should determine whether they can devote the necessary time and attention to remain available throughout the proceedings and ensure expeditious and efficient conduct of the arbitration*”. Chartered Institute of Arbitrators, *Interviews for Prospective Arbitrators*, <goo.gl/aK37Cy>, (20/09/2017).

19. C. PARTASIDES, N. 14, p. 147.

20. Chartered Institute of Arbitrators, N. 17, Art. 2.

21. ICCA, “Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries”, *The ICCA Reports No. 1* <www.youngicca.org> (21/09/2017).

a exigir, en un acta de misión u otro instrumento, que los árbitros se obliguen a no delegar la función, si es que tuvieran esta preocupación.

Ante estas circunstancias, los árbitros que tengan una carga abundante de compromisos y acepten un nombramiento más para actuar en un tribunal arbitral, bien pueden echar mano del apoyo que un secretario administrativo o asistente le puede brindar a un tribunal arbitral. Además, sumando otras variables como la multiplicidad de partes en un arbitraje, el abundante intercambio de comunicaciones, el volumen de un expediente, la complejidad de una disputa y otras tareas administrativas favorecen la idea de tener ayuda adicional para ejercer la función arbitral de forma más eficiente²².

Incluso, cabe señalar que el papel de un secretario arbitral es una escuela de aprendizaje que bien justifica la necesidad de enseñar y entrenar a las nuevas generaciones²³. Pero a la vez, PARTASIDES subraya que los principiantes no sólo aprenden de la observación sino del hacer. Esta es su preocupación, que los secretarios sirvan como aprendices pero que hagan el trabajo del árbitro poniendo en riesgo la legitimidad del arbitraje²⁴. Estas preocupaciones y la falta de claridad en diversos instrumentos de *soft law* llevaron a Young ICCA a tratar de entender la percepción de la comunidad arbitral a través de dos sondeos²⁵.

En 2012, Young ICCA realizó un sondeo que arrojó que 95% de los encuestados aprueba el uso de los secretarios arbitrales, principalmente para actividades administrativas como organizar juntas y audiencias con las partes, manejar correspondencia y pruebas, así como recordar a las partes de juntas y fechas de término. Los encuestados se vieron menos favorables respecto a la posibilidad que los secretarios arbitrales hagan investigaciones jurídicas para el tribunal arbitral, redacten órdenes procesales, re-

22. Véase, ibídem; F. MANTILLA SERRANO, "Uso y abuso del secretario del tribunal arbitral", *Legis*, <ambitojuridico.com>, (18/09/2017).

23. C. PARTASIDES, N. 14; F. MANTILLA, N. 21.

24. C. PARTASIDES, N. 14, p. 149.

25. ICCA, N. 20.

alicen comunicaciones con las partes en nombre del tribunal arbitral, comunicaciones con la institución y redacten partes del laudo, así como analicen los escritos de las partes. Los encuestados favorecieron la idea que el secretario sea un abogado joven, éste es el perfil ideal que debe tener un secretario arbitral para un 89%. La mayoría favoreció la idea que sean las partes quienes paguen los honorarios del secretario arbitral²⁶.

Posteriormente, Young ICCA llevó a cabo otro sondeo en 2013 donde se puede entender mejor la percepción de la comunidad arbitral respecto de la función del secretario. La mayoría está a favor que el secretario arbitral esté admitido para ejercer en una jurisdicción, sin que sea necesario que cuente con experiencia profesional. Un 94% de los encuestados favoreció que el tribunal arbitral proponga el nombramiento del secretario arbitral y un 81% está de acuerdo que sea el tribunal quien lo designe. Sin embargo, casi el 80% está de acuerdo en que sean las partes quienes consientan al nombramiento del secretario arbitral, así como la necesidad de que presenten una declaración de independencia e imparcialidad. Este sondeo coincide con el anterior, pues la mayoría favorece que el secretario arbitral organice cuestiones administrativas. Empero, un 83.5% está en contra que el secretario arbitral participe en las deliberaciones del tribunal. A diferencia del sondeo anterior, en el sondeo de 2013 la mayoría está de acuerdo en que sea el tribunal arbitral quien pague los costos del secretario arbitral (60.5%).

Si bien existen similitudes en el sondeo, lo cierto es que los puntos de consenso entre los instrumentos de *soft law* resultan mínimos. A continuación, se exponen esos escasos puntos en relación con la función del secretario arbitral donde existe consenso y otros que parecen prudentes para seguir avanzando la uniformidad de esta figura encaminada a la eficiencia del arbitraje.

26. *Ibidem*.

3. PRINCIPIOS RECTORES

POLKINGHORNE y ROSENBERG postulan ciertos estándares que deben ser atendidos para poder definir el rol del secretario arbitral²⁷. Algunos de estos estándares encuentran el reconocimiento de diversas instituciones; sin embargo, otros quedan sin atención por las instituciones y prosiguen en el área gris. Bien esta área gris se puede erigir como un nicho de oportunidad. A continuación, pasamos a exponer los estándares y a enunciar los preceptos de *soft law* que los reconocen para determinar el estatus que guarda la regulación.

3.1 Imparcialidad e independencia del secretario arbitral

A fin de identificar conflictos de interés y proveer a las partes con una razonable oportunidad de objetar el nombramiento del secretario arbitral, el candidato a secretario debe firmar una declaración de imparcialidad e independencia revelando cualquier circunstancia probable que justifique dudas relacionadas a su actuar. Esta obligación de revelar permanece vigente aún durante su desempeño como secretario arbitral una vez nombrado²⁸.

Este primer estándar se ve reflejado en diversos instrumentos. La Nota de la ICC de 2016 en el párrafo 79 refiere que los secretarios administrativos deben satisfacer los mismos requisitos de imparcialidad e independencia que los árbitros bajo el reglamento ICC. Asimismo, esta Nota de 2016 refiere que el tribunal arbitral debe presentar a las partes el currículum vitae del potencial secretario, una declaración de imparcialidad e independencia, un compromiso del secretario de actuar conforme a esta Nota y un compromiso del tribunal arbitral donde se asegurará que esta obligación del secretario administrativo se cumpla. La Nota de la ICC de 2016 incorporó la totalidad del texto que apareció en la Nota de la ICC de 2012, por lo cual en lo sucesivo sólo nos referiremos a la Nota más reciente. De esta forma, la ICC cumple con este estándar.

27. M. POLKINGHORNE y C. B. ROSENBERG, N. 2, p. 122.

28. *Ibidem*.

La Nota de la ICC de 2016 refiere en el párrafo 80 que el tribunal arbitral debe aclarar a las partes que ellas pueden objetar esta propuesta y el secretario no debe ser nombrado si las partes le han objetado. Este párrafo parece atender la queja que tuvieron las partes durante la gestión de Eric Schwartz como Secretario General de la ICC durante la década de los años 90. Ciertamente, parece razonable que un secretario administrativo no sea designado si las partes objetan su actuación en el arbitraje.

LCIA en la sección de *Frequently Asked Questions* refiere que los secretarios requieren la verificación del conflicto de intereses de rutina²⁹. La Nota de SIAC de 2015 en su párrafo 4, obliga al secretario administrativo a firmar una declaración de independencia e imparcialidad y confidencialidad previo a su nombramiento. Por último, HKIAC en sus *Guidelines* de 2014 exigen en el numeral 2.2 que el candidato a secretario haga su declaración de disponibilidad, imparcialidad e independencia, así como revele cualquier circunstancia que pueda dar motivo a dudas de su imparcialidad e independencia. También en el punto 2.3 estos lineamientos obligan a presentar el currículum del potencial secretario. JAMS en sus *Guidelines* de 2012 establece que los secretarios requieren una revelación de conflictos de intereses por separado.

3.2 Actividades permitidas para el secretario administrativo

Las actividades permitidas para el secretario arbitral se refieren a las actividades administrativas y otras de asistencia que puede dar al tribunal, mismas que están reflejadas en las Notas de la ICC, los HKIAC *Guidelines* y la Nota de la CNUDMI de 2016. Por una parte, se permite que el secretario organice y administre ciertas tareas, incluyendo la transmisión de comunicaciones a nombre del tribunal arbitral, organizar y mantener los expedientes del tribunal, así como coordinar la logística y servicios secretariales.

29. LCIA, *Frequently Asked Questions*, <goo.gl/4WBsuQ>, (20/09/2017).

Por otra parte, se acepta que el secretario pueda investigar cuestiones fácticas y jurídicas en el expediente siguiendo la dirección detallada del tribunal arbitral. El secretario no puede buscar cuestiones fácticas fuera del expediente. POLKINGHORNE y ROSENBERG señalan que atendiendo el volumen de documentos ofrecidos como pruebas en arbitrajes internacionales complejos, puede resultar eficiente por tiempo y costos que el secretario busque ciertos hechos y cuestiones jurídicas en el expediente en lugar que sean los árbitros quienes dediquen muchas horas buscando detalles en los documentos³⁰.

Estos autores citan como ejemplos permisibles de actividades de investigación la preparación de la cronología de hechos y resumen de fuentes jurídicas. No obstante, hacen notar, que cualquier investigación que haga el secretario administrativo debe ser bajo la dirección detallada de un miembro del tribunal para minimizar el riesgo que el secretario omita inadvertidamente o tergiversar hechos o disposiciones jurídicas clave³¹.

PARTASIDES incluso sugiere que en aquellos casos donde la competencia no sea objeto de disputa, el árbitro, puede legítimamente hacer un primer borrador de aquellas partes del laudo identificando las partes y describiendo las bases de la competencia del tribunal arbitral sin sacrificar el control de la toma de decisiones. Igualmente sugiere, que en casos donde las decisiones procesales no sean controvertidas el árbitro puede responsablemente encargar al secretario un primer borrador de parte del laudo en que se describa el procedimiento. Incluso, va más allá y considera que en casos excepcionales, cuando los hechos de la controversia o su resultado sean para el tribunal suficientemente claros, no se sacrifica la toma de decisiones teniendo al secretario que haga un primer borrador de parte del laudo en el que se describe la disputa o se discuten los méritos³².

30. M. POLKINGHORNE y C. B. ROSENBERG, N. 2, p. 122.

31. *Ibidem*.

32. C. PARTASIDES, N. 14, p. 158.

Contrario a lo anterior, el Profesor DALHUISEN sostiene que el secretario no debe preparar porción alguna del laudo. Para él, los argumentos clave y relevantes, así como la forma en que han de presentarse en el laudo final corresponde a los árbitros o al comité *ad hoc*. Así, a DALHUISEN le resulta inapropiado que el secretario prepare parte o toda la decisión y el razonamiento, incluso si fuera bajo las instrucciones de los árbitros³³. La diferente forma de pensar que tienen PARTASIDES y DALHUISEN pueden ser motivos para elegirles o no como árbitros. Esto también dependerá del estilo de las partes que los nombren como coárbitros.

Estos dos estándares están insertos en la Nota de la ICC de 2016, numeral 83, al explicar con detalle que el secretario puede realizar actividades administrativas como transmitir documentos y comunicaciones a nombre del tribunal arbitral; organizar y mantener el expediente del tribunal arbitral así como localizar documentos; organizar audiencias y juntas; presenciar audiencias, juntas y deliberaciones, tomando el tiempo, notas o minutas; conducir investigaciones jurídicas o similares; pruebas de lecturas, revisión de citas, fechas, referencias cruzadas en tanto en órdenes procesales como laudos, así como corregir errores ortográficos, gramaticales y de cálculo.

Esta Nota en el punto 86 recuerda que la función arbitral es *intuitu personae*, pues independientemente de las notas o memorándums que prepare el secretario, no releva al tribunal arbitral de su *obligación personal* de revisar el expediente y rectar cualquier decisión que le competa. Este numeral parece estar en contra del razonamiento que predica PARTASIDES, por lo cual, se ve difícil que tenga cabida su pensamiento en el arbitraje ICC.

Cabe decir que las dos Notas de la ICC están armonizadas con los *HKIAC Guidelines* de 2014 numerales 3.3. y 3.6. Los *HKIAC Guidelines* agregan a lo anterior que los secretarios pueden recolectar las facturas de los árbitros y realizar otros asuntos administrativos que no sean responsabilidad del HKIAC. Estos

33. *Compañía de Aguas del Aconquija SA & Vivendi Universal SA v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Procedimiento de Anulación, Opinión Adicional del Professor J. H. Dalhusein, 30/07/2010.

lineamientos en el numeral 3.4 permiten otras actividades siempre que no se influencie la decisión del tribunal arbitral como hacer investigaciones jurídicas o similares, recopilar casos y doctrina, verificar citas, buscar cuestiones fácticas, preparar resúmenes de casos y las posiciones de las partes, presenciar las deliberaciones del tribunal y tomar notas, redactar borradores de cartas no sustantivas para el tribunal arbitral así como partes no sustantivas de órdenes, decisiones y laudos tales como la historia procesal y cronología de eventos.

Las Notas de la CNUDMI de 2016 en el punto 36 refieren que los secretarios pueden brindar apoyo puramente técnico como hacer reservaciones de audiencias y salas de juntas; así también coordinar y dar servicios administrativos. Igualmente señala que los tribunales pueden solicitar que los secretarios hagan investigaciones jurídicas, resúmenes de hechos, o la historia procesal del arbitraje, recopilando y haciendo resúmenes de casos, doctrina, y borradores de decisiones procesales.

LCIA es limita al decir que el secretario puede organizar papeles para el tribunal guardando las hojas de tiempos del tribunal y cosas similares³⁴. El Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI establece en la Regla 25 que el secretario levantará actas resumidas de las audiencias a menos que se acuerde algo distinto. En un 50% de los casos, las partes y árbitros utilizan al secretario administrativo en los procedimientos CIADI, como un intercesor entre las partes y el tribunal arbitral para transmitir comunicaciones y temas administrativos.

3.3 Deliberaciones

Presenciar las deliberaciones ha sido un tema escabroso y motivo de argumentos de nulidad en el caso de *Sonatrach v. Statoil* que comentamos al principio de este artículo. El secretario puede presenciar deliberaciones si todos los miembros del tribunal lo consienten. Puede resultar eficiente que el secretario esté presente

34. M. POLKINGHORNE y C. B. ROSENBERG, N. 2, pp. 126-127.

en las deliberaciones, especialmente si el secretario va a preparar proyectos de órdenes procesales y partes del laudo no relacionadas con el fondo del asunto. Inclusive, POLKINGHORNE y RONSENBERG señalan que el tribunal arbitral necesita acceder rápidamente a los documentos del caso durante las deliberaciones, por lo que el secretario puede ayudar a facilitar esta tarea al tribunal³⁵.

No obstante, se sugiere que la presencia del secretario sea condicionada a que todos los miembros del tribunal lo consientan como lo estipula la Regla de Arbitraje CIADI 15(2). Esta regla refiere: "(1) Las deliberaciones del Tribunal se realizarán en privado y permanecerán secretas. (2) Sólo los miembros del Tribunal tomarán parte en sus deliberaciones. Ninguna otra persona será admitida, a menos que el Tribunal decida otra cosa"³⁶. Las deliberaciones generalmente son secretas para asegurar un intercambio libre de ideas sin obstáculos. Empero, la presencia del secretario no debe perjudicar la franqueza en la discusión de forma tal que sea un detrimento en la toma de decisión. La función del secretario debe quedar estrictamente limitada a transcribir el razonamiento del tribunal y sus decisiones. El secretario no debe participar activamente en las deliberaciones³⁷. No existen instrumentos que soporten este nivel de detalle pero pueden resultar eficientes estas ideas.

3.4 Actividades prohibidas para el secretario administrativo

El secretario no deberá redactar partes relativas a la sustancia del laudo. La sustancia es el núcleo del arbitraje, la resolución misma de la controversia. Por consiguiente, la redacción de la sustancia y fondo del laudo concierne a los árbitros en virtud que la función arbitral es *intuitu personae*. De lo contrario, POLKINGHORNE y RONSENBERG hacen notar que existe un riesgo alto de que el razonamiento o la sección dispositiva de un laudo lleve consigo la perspectiva del secretario influenciando indebidamente el juicio

35. *Ibidem*.

36. Regla de Arbitraje CIADI. Regla 15(2).

37. M. POLKINGHORNE y C. B. ROSENBERG, N. 2, pp. 126-127.

de los árbitros³⁸. Es evidente que el secretario arbitral no debe constituirse como el cuarto árbitro, decidiendo el caso y actuando de forma tal que implique una toma de decisiones sobre el fondo del asunto. El secretario debe limitarse a asistir, no a reemplazar el trabajo de los árbitros.

La Nota de la ICC 2016 numeral 84 adopta esta ideología, pues expresamente prohíbe al tribunal arbitral delegar la toma de decisiones. El tribunal arbitral no se puede apoyar en un secretario administrativo para realizar obligaciones esenciales que le corresponden al árbitro.

A su vez la Nota de la CNUDMI de 2016 en el párrafo 36 reconoce que los secretarios no se involucran y no participan en la toma de decisiones del tribunal arbitral, salvo en ciertos raros y especializados tipos de arbitraje, por ejemplo, cuando el reglamento de arbitraje dispone que se espera que los secretarios brinden consejería jurídica en relación a la decisión del tribunal arbitral y cuando el tribunal está compuesto de especialistas que no son abogados.

HKIAC Guidelines estipulan en el apartado 3.2 que el tribunal arbitral no debe delegar la toma de decisiones al secretario o apoyarse en el secretario para realizar cualquier obligación esencial del tribunal. *JAMS Guidelines* establecen que en ningún momento el secretario se puede comprometer a la toma de decisiones en nombre del tribunal arbitral.

3.5 La remuneración del secretario administrativo

Los altos honorarios del secretario han sido otra preocupación desde los años 90 en el seno de la ICC, misma que permanece vigente al día de hoy como se vio en el caso de Yukos. La facturación de Valasek estuvo cerca de ser igual a la de uno de los árbitros. Para evitar un incremento en los costos del arbitraje y tomando en cuenta que el secretario asistirá al tribunal en su

38. *Ibíd.*

labor, resulta prudente que los honorarios del secretario sean deducidos de los honorarios de los árbitros y que los gastos así como viáticos que genere el Secretario sean cubiertos por las partes³⁹. Este estándar adopta la Nota de la ICC de 2016 en sus numerales 89 a 91, los *SCC Administrative Guidelines* de 2014 y los numerales 4.3 y 4.5 de los *HKIAC Guidelines*.

La Nota de SIAC de 2015 contiene una solución diferente. Cuando la cantidad materia de la controversia sea de USD\$ 15'000,000⁴⁰ o superior al momento de la solicitud de nombramiento del secretario, el tribunal arbitral puede acordar con las partes que los honorarios y gastos razonables del secretario sean pagados por las partes. Los honorarios del secretario están tazados a un máximo de USD\$ 250 por hora.

4. CONCLUSIONES

Rusia –a diferencia de Sonatrach– sí logró anular los tres laudos parciales y tres finales que se dictaron en su contra ante el Juzgado de Distrito en La Haya, Países Bajos, pero no porque el asistente del tribunal Martin Valasek haya extralimitado sus funciones en la toma de decisiones. El Juzgado de Distrito en La Haya determinó que el tribunal arbitral no era competente para conocer del asunto y no entró al análisis de los otros puntos⁴¹. Esta es una de tantas otras batallas que Rusia libra ante las cortes de Alemania, Bélgica, Estados Unidos de América, Francia y Reino Unido donde Yukos intenta ejecutar los laudos dictados a su favor⁴².

A pesar de que el Juzgado de Distrito en La Haya no entró al estudio de las objeciones rusas en cuanto al papel de Martin Valasek, se puede decir que todas las funciones de orden adminis-

39. *Ibidem*.

40. Esta cantidad equivale aproximadamente a USD \$11'153,660.26, calculada a una tasa de cambio de un dólar de Singapur por USD \$0.74 al 24/09/2017.

41. Juzgado de Distrito de la Haya, *The Russian Federation v. Veteran Petroleum Limited*, Sentencia de 20/04/2016, C/09/477160/HA ZA 15-1, párr. 5.97, 5.98, 6.1-6.9. <goo.gl/4zkBwm> (24/09/2017).

42. Véase, Shearman & Sterling, <goo.gl/5y1hdw>.

trativas resultan permisibles, tales como transmitir documentos y comunicaciones a las partes en nombre del tribunal arbitral; organizar y mantener el expediente; localizar documentos; organizar audiencias; presenciar audiencias, juntas y deliberaciones con el consentimiento de todos los miembros del tribunal; hacer notas y minutas; realizar investigaciones jurídicas y hasta una prueba de lectura para encontrar errores tipográficos, ortográficos y gramaticales o de cálculo en el laudo.

Incluso habría algunos argumentos a favor que PARTASIDES defendería para no otorgar la nulidad. Por ejemplo, PARTASIDES estaría a favor de que Valasek haya preparado un primer borrador de aquellas secciones del laudo donde (i) se identifiquen a las partes; (ii) la historia del procedimiento, siempre que la resolución de puntos procesales no haya sido controvertida; (iii) el señalamiento de los fundamentos concernientes a la competencia del tribunal arbitral siempre que no hayan sido controvertidos; y, (iv) cuando los hechos de la controversia están suficientemente claros, se discutan los méritos del caso⁴³.

Empero, como ya vimos existen opiniones contrarias. Por una parte, DALHUISEN no comparte la idea que el secretario redacte cualquier decisión. Para él, los árbitros deben redactar la presentación de argumentos clave y la forma en que deben aparecer en el laudo final. Incluso, la redacción del secretario, aun y cuando sea bajo la dirección de los árbitros, le parece inapropiada. Este es el problema típico de diferentes expectativas que existe ante la ausencia de estándares claros que puedan balancear el procedimiento o decir qué es el debido proceso. Por eso es vital que existan instrumentos de *soft law* que permitan a las partes anticipar la toma de decisiones de un tribunal arbitral y los temas que puede delegar al secretario administrativo.

Así, La Nota ICC de 2016 ilumina la zona gris. En este punto en particular conviene remitirse al párrafo 86 que refiere que el tribunal arbitral debe personalmente redactar cualquier decisión. La diferente forma de pensar que tienen PARTASIDES y DALHUISEN

43. C. PARTASIDES, N. 14, p. 158.

pueden ser motivos para elegirlos o no como árbitros, pero esto no necesariamente arroja un factor que brinde certidumbre a las partes a través de un resultado predecible en cuanto al actuar del secretario administrativo. Instrumentos de *soft law* son útiles para llegar a tal expectativa.

Los lineamientos de ICC y HKIAC resultan los más elaborados; consecuentemente, brindan mayor certidumbre a las partes, pues éstas pueden anticipar, hasta cierto punto, las funciones que el tribunal puede delegar al asistente, así como las obligaciones que implica desempeñar tal papel. Pero esto es un destello de luz. ¿Qué hay bajo los demás reglamentos de arbitraje? Una escala de grises donde no existe guía alguna para resolver algunos temas preocupantes. La escala de grises se agudiza en la medida que la discrecionalidad del tribunal arbitral es mayor y no consulta a las partes en la intervención del secretario.

Es cierto que un instrumento regulatorio limita la flexibilidad y discreción, pero el beneficio de una mayor regulación de *soft law*, puede mejorar la percepción de lo que es justo en la solución de controversias. Por esta y demás razones expuestas, es conveniente seguir desarrollando un marco similar al de la ICC y HKIAC que permita dar certidumbre a las partes del futuro a través de un marco predecible.

Del procesalismo rígido a la modernización del arbitraje en el Ecuador: Aplicación de normas no domésticas en el arbitraje local*.-**

*Eduardo Carmigniani****

*Carla Cepeda*****

*Bernarda Muriel******

Recibido/Received: 16/08/2018

Aceptado/Accepted: 17/08/2018

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La autonomía de la voluntad. 2.1 Los reglamentos de arbitraje. 2.2 El poder de los árbitros. 2.3 Directrices sobre arbitraje internacional. 2.4 Límites: orden público y debido proceso. 2.4.1 Orden público. 2.4.2 Debido proceso. 3. El problema real: el ritualismo cultural. 4. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: modernización, arbitraje local, normas internacionales, flexibilidad.

* El presente artículo se publicó también en el libro *Experiencias y Retos del Ecuador en el Arbitraje de Inversión y Comercial* de la Cámara de Comercio Internacional.

** Un especial reconocimiento y agradecimiento a Ana Isabel Cobo por su eficiente y desinteresada participación en la investigación y revisión de este artículo.

*** Socio de Carmigniani Pérez Abogados. Abogado por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: ecarmi@cplaw.ec

**** Asociada de Carmigniani Pérez Abogados. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: ccepeda@cplaw.ec

***** Asociada de Carmigniani Pérez Abogados. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: bmuriel@cplaw.ec

KEYWORDS: modernization, local arbitration, international rules, flexibility.

RESUMEN: En este artículo se discutirá una de las problemáticas más desafiantes que enfrenta el arbitraje ecuatoriano hoy en día: la posibilidad de aplicar en el arbitraje local reglas procesales disintas a las domésticas. Este estudio pretende demostrar que la incorporación de reglas procesales no domésticas en el arbitraje local no solo es admisible, sino deseable a efectos de fortalecer los principios de primacía de autonomía de la voluntad y flexibilidad del proceso arbitral. Se discutirá la importancia que estos principios tienen en materia de arbitraje, en qué consiste su aplicación y sus límites. Se analizará también la aplicación de la normativa procesal no doméstica en el arbitraje interno y casos específicos en los que se lo ha hecho. Finalmente, se planteará el reto que enfrenta el Ecuador: superar el excesivo formalismo procesalista del arbitraje interno.

ABSTRACT: This article will discuss one of the most challenging problems Ecuadorian arbitration faces nowadays: the possibility of applying on local arbitration different procedural rules than the domestic ones. This study tries to demonstrate that the incorporation of non-domestic procedural rules on local arbitration is not only admissible, but also desirable in order to strengthen the principles of autonomy of will and flexibility of the arbitral procedure. We will discuss the importance of these principles within arbitration, how do they apply and their limits. We will also analyze the application of non-domestic procedural rules on internal arbitration and specific cases in which this has been already made. Finally, we will explain the challenge Ecuador is facing: to overcome the excessive procedural formalism of local arbitration.

1. INTRODUCCIÓN

La flexibilidad, omisión de ritualismos y eficiencia son atributos esenciales para el buen funcionamiento del arbitraje y para que las industrias prefieran este sistema sobre otros mecanismos de resolución de disputas¹. Las reglas de procedimiento en el arbitraje varían **(i)** por el lugar geográfico en el que se aplican; **(ii)** por la época en la que se desarrollan las disputas y **(iii)** por la materia que se discute. En algunos casos, los procedimientos arbitrales pueden ser informales y flexibles, alejándose sustancialmente de los procedimientos previstos para la justicia ordinaria². En otros casos, el manejo del arbitraje continúa siendo extremadamente formalista, replicando los mecanismos previstos para la justicia ordinaria³. Lo cierto es que -hoy en día- el arbitraje es atractivo para los negocios nacionales e internacionales porque asegura una resolución neutra, especializada y eficiente de su controversia. En consecuencia, su óptimo funcionamiento –tanto nacional como internacional– depende de que estos atributos se garanticen. En este sentido, el proceso arbitral debe evolucionar y adaptarse a las necesidades de las relaciones de comercio, ofreciendo en lo posible prácticas uniformes, de tal manera que sus usuarios se encuentren familiarizados con este sistema. Por supuesto, debe intentar garantizar una resolución de calidad. Solo de esta manera continuará siendo atractivo.

En este artículo se plantea como admisible que en los arbitrajes internos en Ecuador se adopte reglas procesales modernas, aunque no domésticas, que permitan un más eficiente manejo de los procedimientos. Se plantea también los distintos mecanismos a través de los cuales puede conseguirse.

1. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2da Ed., Kluwer Law, 2014, p. 62.

2. Ídem, p. 63.

3. Ibídem.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

No está en discusión que la autonomía de la voluntad es el pilar fundamental sobre el que se asienta el arbitraje. Por eso en general las partes tienen derecho a estructurar el procedimiento de acuerdo con las circunstancias particulares del caso en concreto. En palabras de CAIVANO:

si hubiéramos de subrayar sólo una de sus condiciones favorables [del arbitraje], sin duda anotaríamos la flexibilidad, pues permite a las partes implementar un sistema a la medida de cada caso. Las partes pueden construir el arbitraje que mejor atienda sus necesidades y las particularidades del caso, sin por ello perder efectividad⁴.

El derecho de las partes a diseñar el procedimiento arbitral que mejor acomode a sus necesidades está reconocido categóricamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM), inspirada en el principio de flexibilidad de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre arbitraje comercial (en adelante, Ley Modelo)⁵, dice en su artículo 38 que “el arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan [...]”⁶ (énfasis añadido).

Es claro entonces que el principio de autonomía de la voluntad en materia de arbitraje en Ecuador no sólo garantiza la celebración de convenios de arbitraje, sino que quienes lo hacen tienen plena facultad para convenir las reglas del procedimiento⁷, en el propio convenio arbitral, o después. Las partes son dueñas

4. R. CAIVANO, *El arbitraje: Nociones Introductorias*, p. 7, <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf> (05/07/2018).
5. Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on international Commercial Arbitration, UN Doc. A/CN.9/207, XII, Year Book UNICTRAL, 1981, p. 78: “Probably the most important principle on which the Model Law should be based is the freedom of the parties in order to facilitate the proper functioning of international commercial arbitrations according to their expectations”.
6. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 38, RO No. 417, 14/12/2006.
7. LAM, N. 6, Art. 38.

de sus conflictos y tienen, en general, derecho a adecuar el procedimiento a sus particulares intereses.

En el sistema jurisdiccional, la normativa procesal, por el hecho de referirse a una de las funciones del Estado, es de derecho público⁸, pues regula la organización y el funcionamiento de la actividad jurisdiccional del Estado, las instituciones del proceso, su desarrollo y efectos⁹. En este sentido, toda la actividad jurisdiccional está sometida al principio de legalidad¹⁰. En un proceso judicial las partes y los jueces deben acatar expresamente las disposiciones del ordenamiento jurídico controlando que su actuación se apege a la ley.

Por el contrario, dado que el arbitraje está fundado en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes tienen el derecho de configurar el procedimiento, sea en el propio convenio arbitral, sea después¹¹. CREMADES expone con claridad esta distinción entre el proceso arbitral y el judicial:

la posibilidad de configurar libremente el procedimiento distingue al arbitraje de la rigidez del proceso judicial, en donde estrictas reglas y formalismos delimitan los mecanismos para hacer valer las pretensiones de las partes [...]. Pocas cuestiones se dejan en un proceso judicial al arbitrio de las partes o a la discrecionalidad del Juez, ya que uno y otro cuentan con unos cauces normativos, a través de los cuales se desarrollará forzosamente el proceso¹² (énfasis añadido).

8. Véase, H. DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de Derecho Procesal*, 11va Ed., Temis, 2012, p. 6; E. Véscovi, *Teoría general del proceso*, 2da Ed., Temis, 2006, p. 8.

9. E. VÉSCOVI, N. 8, p. 8.

10. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 8, RO No. 544, 09/3/2009.

Art. 8.- "Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial".

11. LAM, N. 6, Art. 38.

Art. 38.- "El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables".

12. 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.

En definitiva, el principio de autonomía de la voluntad “permite que las partes pacten y diseñen reglas que más convengan a su particular relación. Esta interacción entre las partes tiene características similares a las de un orden espontáneo: la ausencia de planificación, de rigidez y de inmutabilidad”¹³. Por lo tanto, el carácter negocial de la normativa procesal del arbitraje es una consecuencia lógica de la naturaleza consensual de la institución.

2.1 Los reglamentos de arbitraje

El diseño de las partes de su procedimiento arbitral puede adoptar varias formas. El propio convenio arbitral puede contener reglas muy detalladas, por ejemplo. Pero es muy común que no se lo haga y que más bien las partes opten por encomendar la administración de su arbitraje¹⁴ a una institución especializada y permanente, que cuenta con un reglamento propio, que se entiende incorporado al convenio arbitral.

Las razones para escoger a una institución específica para que administre un arbitraje generalmente son su reputación, familiaridad con sus reglas, conocimiento previo sobre los costos del arbitraje y la conveniencia de aplicar determinada normativa¹⁵. En consecuencia, el éxito de una institución arbitral dependerá –en gran medida– de que ofrezca reglas procedimentales flexibles, que puedan ajustarse a las necesidades de las partes y a modernas prácticas generalmente aceptadas por la comunidad arbitral.

La facultad que tienen los centros para establecer reglas de procedimiento está reconocida expresamente en el artículo 38 de la LAM¹⁶. Es completamente admisible por lo tanto que las insti-

13. 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.

14. LAM, N. 6, Art. 2.

15. Queen Mary University of London, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices*, 2008, p. 15. The results are consistent with the 2006 Study. Citado por G. CORDERO-MOSS (Ed.), *International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features*, Cambridge University Press, 2014, p. 66.

16. LAM, N. 6, Art. 38.

tuciones arbitrales adopten reglamentos flexibles, que permitan ajustar los procedimientos a las necesidades específicas de las partes. Eso puede hacerse mediante referencia a normativas no domésticas, o estándares internacionales. También confiriendo expreso poder a los tribunales arbitrales para que gobiernen el procedimiento en defecto del acuerdo de las partes.

2.2 El poder de los árbitros

La naturaleza negocial del arbitraje también se evidencia en otro momento. Adicional al acuerdo que existe entre las partes para que sus disputas se resuelvan mediante arbitraje, también surge una relación consensual entre ellas y el tribunal arbitral que decidirá su controversia. Este último negocio jurídico lleva el nombre de *receptum arbitrii*¹⁷. La LAM prescribe en su artículo 17 que los árbitros designados “dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el cargo”¹⁸. Al momento de la aceptación nace entre las partes y el tribunal arbitral el mencionado contrato¹⁹. En virtud de este acuerdo, los árbitros quedan obligados a: **(i)** resolver la controversia de manera definitiva de conformidad con los principios y la normativa aplicable; **(ii)** conducir el proceso de manera imparcial, independiente y diligente; **(iii)** garantizar el debido proceso; **(iv)** culminar su tarea con la emisión del laudo; **(v)** procurar que el laudo sea ejecutable²⁰.

Ya está visto que, por lo general, corresponde a las partes la elección de la normativa procesal aplicable a su controversia. Sin embargo, en virtud del *receptum arbitrii* “en el caso de que las par-

17. Concepto que surge en el derecho romano, durante el periodo de Justiniano y que hace alusión a un contrato (*pactum*) celebrado entre el *arbiter* y las partes. Para algunos autores el *receptum* es un pacto o contrato, pero no una mera y simple declaración del *arbiter* de su voluntad de juzgar; sin embargo, otros admiten la existencia de un juramento del *arbiter* para asegurar a las partes que haría el arbitraje con la mejor conciencia y voluntad. Sobre el concepto de *receptum arbitrii*. Véase C. GUTIERREZ, *Receptum Arbitrii*, RUA, No. 6, 1991.

18. LAM, N. 6, Art. 17.

19. P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 618. Citado por R. CAIVANO, *El Contrato entre las partes y los árbitros en el Código Civil y Comercial*, 2015, p. 1.

20. J. M. MARCHÁN y X. ANDRADE, “El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial”, en C. CONEJERO ROOS et al., *El arbitraje internacional comercial en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencial*, 2da Ed., 2012, p. 363.

tes no hayan acordado las normas de procedimiento, la responsabilidad de dirigirlo pasará al tribunal arbitral, quien para estos efectos podrá cumplir su misión del modo que estime más apropiado, teniendo siempre en consideración los principios y normas de la ley”²¹. Es decir, los árbitros están obligados a determinar las normas del procedimiento cuando las partes han omitido hacerlo.

La Ley Modelo en su artículo 19, numeral 2 establece que “a falta de acuerdo [de las partes], 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”²². De acuerdo con la nota explicativa de la Ley Modelo, la facultad discrecional supletoria del Tribunal Arbitral:

*es igualmente importante pues permite que éste sustancie las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin las limitaciones impuestas por la legislación interna que suele aplicarse, incluso la que rige la práctica de la prueba. Además proporciona la base para dar muestras de iniciativa a fin de solucionar toda cuestión procesal no contemplada en el acuerdo de arbitraje ni en la Ley Modelo*²³ (énfasis añadido).

En esta línea, la LAM, inspirada en la Ley Modelo, reconoce la potestad del tribunal para regular las reglas que regirán el arbitraje. Su artículo 17 faculta expresamente al presidente del tribunal arbitral a sustanciar y dirigir el proceso²⁴. Los reglamentos de las instituciones administradoras de arbitraje, sobre la base de la capacidad que les confiere el artículo 38 de la LAM para establecer reglas de procedimiento, también pueden conferir expreso poder a los tribunales arbitrales para que gobiernen el procedimiento en defecto del acuerdo de las partes.

21. E. PICAND ALBÓNICO, *Arbitraje Comercial Internacional*, Tomo I, Editorial Jurídica Chile, 2005, p. 324. Citado por C. CORONEL JONES, “Arbitraje y Procedimiento”, *Iuris Dictio*, No. 11, 2007, p. 38.
22. Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, (2008), Art. 19(2).
23. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, pp. 35-36.
24. LAM, N. 6, Art. 17.

En el ejercicio de esa potestad el tribunal arbitral puede aplicar normativa procesal no doméstica. No existe prohibición legal para ello.

2.3 Directrices sobre arbitraje internacional

Internacionalmente existen reglas o directrices, de general aceptación, que han sido elaboradas por instituciones u organismos profesionales en la materia²⁵. Algunas de ellas han alcanzado un importante reconocimiento en la comunidad arbitral, de tal manera que, su aplicación es ampliamente aceptada y deseable²⁶. Entre las directrices más destacadas se encuentran:

- (i) Las Reglas de la International Bar Association (en adelante, IBA) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje (2010). Estas directrices establecen disposiciones detalladas sobre la metodología para la presentación y admisión de evidencia durante el proceso arbitral²⁷;
- (ii) Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (2004). Esta normativa se encuentra diseñada para establecer estándares éticos que garantizan la independencia e imparcialidad de los árbitros²⁸. Así, plantean una serie de situaciones específicas que se clasifican según su importancia o no para generar dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad. Además, establecen el deber de develar cualquier información que consideren relevante en este ámbito²⁹;
- (iii) Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional (2013). Estas directrices proponen guías sobre la conducta que se espera de los abogados y representantes de las partes durante el proceso arbitral³⁰. Se encuen-

25. A. REDFERN et al., *International Arbitration*, 5ta Ed., Oxford University Press, 2009, p. 66.

26. *Ibidem*.

27. International Bar Association Council, *Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje*, 29/05/2010. Véase, <goo.gl/GBg6ET>.

28. International Bar Association Council, *Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional*, Norma General 3, 22/05/2014, <goo.gl/12FbqE>.

29. *Ibidem*.

30. International Bar Association Council, *Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional*, 25/05/2013. Véase, <goo.gl/oNTdqZ>.

tran inspiradas bajo el principio de que los representantes deben actuar con integridad y honestidad. En esta línea, se rechaza toda conducta maliciosa, tendiente a retrasar o entorpecer la conducción efectiva del arbitraje³¹.

Directrices como las relatadas son mecanismos normativos de suma relevancia y utilidad para el gobierno de los procedimientos arbitrales. Su aplicación en el arbitraje interno ecuatoriano puede darse al amparo de algunos supuestos: **(i)** por acuerdo de las partes; **(ii)** por referencia expresa del reglamento de arbitraje al que las partes se hubiesen sometido y **(iii)** por decisión del tribunal arbitral, en defecto de acuerdo de las partes, en ejercicio del deber de conducir de manera efectiva el arbitraje³².

En el arbitraje interno ecuatoriano ya existen precedentes en los que estas directrices se han aplicado.

Un primer ejemplo es el caso *Chaparro c. Ecuador*³³. En este caso se constituyó un tribunal arbitral independiente para resolver sobre la cuantificación de daños y perjuicios sufridos por el señor Chaparro por una violación de derechos humanos por parte del Estado ecuatoriano. En el arbitraje en mención, el tribunal arbitral decidió aplicar las Reglas IBA sobre Conflictos de Intereses para la recusación de uno de los miembros. El tribunal arbitral manifestó que:

[...] Todos estos conceptos [sobre imparcialidad] han sido recogidos de manera muy prolija por las Directrices de la International Bar Association (en adelante IBA) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional, que constituye un catálogo de normas generales y casuística referencial más completo, de mayor aceptación y más usado en la comunidad actual del arbitraje.- Estas normas han sido cruciales para el desarrollo del arbitraje, puesto que proponen un test que de manera relativamente objetiva, aterriza el análisis subje-

31. G. BORN, N. 1, p. 62.

32. Véase sección 2.

33. Tribunal Independiente, *Juan Carlos Chaparro Álvarez c. República del Ecuador*, Laudo Final, 12/11/2012, en H. GARCÍA LARRIVA (Coord.), *Gaceta arbitral*, No. 1, 2013. Tribunal Arbitral: Alicia Arias Salgado (presidente), Patricio Peña Romero (miembro del tribunal), Ignacio Vidal Maspons (miembro del tribunal).

tivo que puede inmiscuirse dentro de la imparcialidad e independencia de los árbitros.- La directriz general 2 (b) propone que un árbitro deberá negarse a seguir actuando cuando sucedan “hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro”, y en la directriz general 2 (c) añade que son “consideradas justificadas, aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes”-. Este estándar planteado implica un elevado nivel de imparcialidad e independencia pues imponen a los árbitros, no solo el ser sino el parecer imparciales en todo momento.

[...] *Este Tribunal considera la insuficiencia que representan las causales del Código de Procedimiento Civil, en orden a garantizar la plena vigencia del derecho al debido proceso, en particular la garantía de un juez imparcial e independiente; esto producto de que nuestra norma procesal adjetiva responde a una época distinta y prueba evidente de aquello, es que el mismo artículo 856 numeral tercero limita la causal a juicios civiles y penales, dejando por fuera los demás tipos de pleitos y de otra índole, lo que quiere decir que el legislador quisiese que solo se recusase en estas materias, la respuesta simplemente es negativa, debido a que la limitación que hace el Código de Procedimiento Civil, responde a su antigüedad; por lo tanto, esta norma debe ser interpretada de manera extensiva y a la luz de las garantías constitucionales invocadas en la presente resolución*³⁴ (énfasis añadido).

En el mismo caso, las partes acordaron la aplicación de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Comercial Internacional³⁵. Por este motivo, durante la etapa probatoria se adoptaron prácticas internacionales –no previstas en el arbitraje local en ese momento– como por ejemplo, el careo de peritos y la presentación de un informe conjunto realizado por los peritos de cada parte³⁶.

34. Tribunal Independiente, N. 33, *Recusación de Santiago Cuesta*, pp. 342-346.

35. Tribunal Independiente, N. 33, p. 300, cita al pie No. 20.

“Para la práctica de la prueba se adoptó las Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional; y para la imparcialidad e independencia de los árbitros, las Directrices de la IBA sobre conflicto de intereses”.

36. Tribunal Independiente, N. 33, p. 312, párr. 85.

Este caso reviste crucial importancia respecto a la implementación de normativa internacional en el arbitraje local, porque **(i)** el tribunal arbitral fue quien decidió sobre la implementación de normativa internacional para determinar la independencia e imparcialidad de uno de sus miembros, mostrando así su facultad para dirigir el proceso; **(ii)** el tribunal arbitral reconoció que la aplicación de las prácticas internacionales son más adecuadas y pertinentes que la normativa procesal prevista para la justicia ordinaria y **(iii)** las partes acordaron la aplicación de reglas internacionales para la práctica de la prueba, lo cual permitió que la controversia sea resuelta de manera acertada y satisfactoria a sus intereses.

Siguiendo esta tendencia, en el caso 06-16³⁷ administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, se aplicaron las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional en una resolución emitida por la Directora del Centro sobre la recusación de uno de los árbitros designados por las partes. La Directora sostuvo que de acuerdo con el numeral 3.1.2 de su Listado Naranja de las Reglas IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional existía el deber de revelación de los árbitros en el supuesto que: “[D]entro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente de la causa”³⁸.

Finalmente, en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ambato de la Cámara de Industrias de Tungurahua, en los casos 003-2016, 004-2016 y 007-2016, se incluyeron –por acuerdo de las partes y el tribunal arbitral durante la Audiencia de Sustanciación– las reglas de la IBA para la Práctica de la Prueba en Arbitraje Internacional como disposiciones idóneas para conducir el arbitraje de manera efectiva.

37. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, *Resolución sobre recusación del árbitro Álvaro Galindo Cardona*, Proceso Arbitral No. 06-16, 03/08/2016, en E. CARMIGNANI, H. GARCÍA, y C. CEPEDA, “Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas Legales Recientes”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015, p. 197.

38. *Ibidem*.

Los precedentes expuestos demuestran que en el Ecuador ya se han aplicado estas directrices localmente de manera efectiva y su beneficio es indudable porque: **(i)** resuelven vacíos que nuestra legislación local mantiene al momento; **(ii)** son guías elaboradas por expertos en la materia; **(iii)** han sido aceptadas por la comunidad arbitral más sofisticada; **(iv)** su funcionalidad ha sido ampliamente probada y **(v)** garantizan una resolución efectiva, acorde a los principios del debido proceso.

2.4 Límites: orden público y debido proceso

Como ha quedado claro, recurrir al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias permite contar con un procedimiento en el que la voluntad de las partes prima. En ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden diseñar el procedimiento, ya directamente (en el convenio arbitral o después), ya mediante referencia a un reglamento de arbitraje. También el tribunal arbitral, en ausencia de acuerdo de las partes, tiene el deber de organizar el procedimiento. Hay unos límites, sin embargo, para todos esos casos: el orden público y el debido proceso.

2.4.1 Orden público

El orden público es considerado como el conjunto de principios que versan sobre las nociones más básicas de moralidad y justicia de un Estado en particular³⁹. Este constituye un límite a la voluntad de los particulares con el fin de garantizar que el interés general prevalezca sobre el interés personal⁴⁰. Esta limitación se encuentra reconocida en materia de arbitraje. Así, el artículo 34(b) de la Ley Modelo señala que la anulación del laudo puede solicitarse cuando el tribunal compruebe que aquel es con-

39. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, "Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo Dinámico del Arbitraje", *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 2008, p. 4.

40. A. ACEDO, "El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia", *Anuario de la Facultad de Derecho*, No. 14, 1996, p. 350.

trario al orden público del Estado⁴¹. De igual manera, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) prescribe en su artículo V(2)(b) que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero si la autoridad competente comprueba que se contraría el orden público del país requerido⁴². El orden público constituye una barrera para la autonomía de la voluntad.

Casos en los que vulneraría el orden público, por ejemplo, son la incorrecta conformación del tribunal arbitral, la violación de una regla fundamental de procedimiento o de ser el caso, la corrupción por parte de uno de los miembros del tribunal⁴³.

En el Ecuador, las normas de orden público de índole procesal y arbitral son las relacionadas con la nulidad. En este sentido, las partes no pueden pactar causales en las que se acuerde que el proceso de nulidad se tramitará por vía arbitral. En la misma línea, no se podrá convenir el término para presentar esta acción o para disponer la competencia de la Corte Provincial para conocer la misma.

Es importante precisar que el orden público es un concepto distinto del derecho público, al cual pertenecen las normas procesales previstas para la justicia ordinaria. La Corte Suprema ecuatoriana los ha diferenciado nítidamente: “no son sinónimos, derecho público y orden público. No todo lo que es derecho público pertenece al orden público; en efecto, derecho público es un criterio de clasificación de la ley; orden público es un concepto político, social y jurídico”⁴⁴. La libertad que tienen las partes para fijar las reglas aplicables a un caso en concreto se encuentra limi-

41. Ley Modelo CNUDMI, N. 22, Art. 34(b).

42. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) (1958), Art. V(2)(b).

43. A. MEZGRAVIS, *El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: especial referencia a Venezuela y otros países de América Latina*, Club Español de Arbitraje, III Congreso Internacional de Arbitraje, 2008, p. 26, cita al pie No. 54.

44. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito, *Luis Enrique Figueroa Polo y Carmen Enriqueta Mendieta Riofrío c. Manuel Ignacio, Milton Gonzalo y Graciela Guillermina Bejarano Mendieta*. Sentencia, 29/08/2002, Gaceta Judicial. Año CIII, Serie XVII No. 10.

tada por el orden público, más no por las normas de derecho público previstas para la justicia ordinaria en los códigos procesales.

2.4.2 *Debido proceso*

Un segundo límite a la autonomía de la voluntad en el arbitraje es el respeto a las reglas básicas del debido proceso. Si bien la institución arbitral es de carácter negocial, esto no justifica que se desconozcan principios básicos sin los cuales no se podría hablar de justicia⁴⁵. En efecto, en palabras de Rivera: “[e]n toda hipótesis los árbitros están obligados a respetar ciertos principios fundamentales, más allá de los cuales no puede verdaderamente concebirse una verdadera justicia”⁴⁶.

El debido proceso es el conjunto de garantías y derechos mínimos para las partes, en los procedimientos de resolución de sus disputas⁴⁷. La Constitución del Ecuador (artículo 76) detalla esas garantías básicas que deben observarse en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden⁴⁸. Esto incluye al proceso arbitral. Estas garantías mínimas son, por ejemplo, que las partes tengan igualdad de condiciones para exponer argumentos y rebatirlos; a presentar pruebas y contradecirlas. Asimismo, el debido proceso incluye que las partes sean juzgadas por árbitros o jueces independientes, imparciales y competentes, que reciban una decisión motivada respaldada en argumentos fácticos y jurídicos.

En el arbitraje, la inobservancia del debido proceso puede conllevar a la anulación del laudo. La LAM establece en su artículo 31, entre las causales de nulidad, la inobservancia de reglas generalmente admitidas sobre el debido proceso. Las causales

45. H. DIAZ CANDIA, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*, 2da Ed., Editorial Legis, 2013, p. 69.

46. J. C. RIVERA, *Arbitraje Comercial. Internacional y Doméstico*, Lexis Nexis, 2007, p. 317, en J. SANTISTEVAN DE NORIEGA, “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: El debido proceso en sede arbitral”, *Ius La Revista*, No. 37, p. 43.

47. H. DEVIS ECHANDÍA, N. 8, p. 706.

48. Constitución de la República del Ecuador, Art. 76, RO No. 449, 20/10/2008.

a) ⁴⁹, b) ⁵⁰ y c) ⁵¹ de este artículo prescriben, en síntesis, que puede anularse el laudo por la falta de citación o notificación de una actuación procesal y esto haya privado o vulnerado el derecho a la defensa de una de las partes. Adicionalmente, la causal de anulación que alude al derecho de defensa también se reconoce en el artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York⁵². Es indiscutible que la autonomía de la voluntad tiene al respeto al debido proceso como otro límite infranqueable.

3. EL PROBLEMA REAL: EL RITUALISMO CULTURAL

El arbitraje interno era prácticamente inexistente en el Ecuador hasta 1997, cuando se promulgó la LAM⁵³. Este cuerpo normativo, acompañado de una importante campaña de difusión por parte de la comunidad arbitral ecuatoriana, ha logrado que el arbitraje se desarrolle y se posicione como un sistema adecuado para la resolución de controversias comerciales locales⁵⁴. La LAM, si bien no constituye una copia íntegra de la Ley Modelo y mantiene vacíos que podrían mejorarse en el tiempo, ha adoptado los principios fundamentales que deben ser adecuadamente entendidos y respetados por los usuarios del sistema⁵⁵. En efecto, la normativa actualmente aplicable al arbitraje local, si es bien entendida puede garantizar la efectividad de los procedimientos arbitrales.

49. LAM, N. 6, Art. 31(a).

Art. 31. - "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".

50. LAM, N. 6, Art. 31(b).

Art. 31. - "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".

51. LAM, N. 6, Art. 31(c).

Art. 31. - "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".

52. Convención de Nueva York, N. 42, Art. V(1)(b).

53. LAM, N. 6.

54. E. CARMIGNANI y 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, pp. 364-365.

55. Ídem, pp. 360-364.

En este contexto, la problemática que inicialmente se ha planteado, de si a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano es admisible la implementación de normativa no doméstica, merece respuesta positiva. En el Ecuador es posible aplicar esa normativa internacional en varios supuestos: **(i)** por acuerdo de las partes; **(ii)** por referencia expresa del reglamento de arbitraje al que las partes se hubiesen sometido y **(iii)** por decisión del tribunal arbitral, en defecto de acuerdo de las partes, en ejercicio del deber de conducir de manera efectiva el arbitraje⁵⁶.

El problema en verdad no es normativo. El problema es, por decirlo de alguna manera, cultural, por **(i)** escasa difusión; **(ii)** cierto temor que los operadores del sistema a alejarse de las prácticas ritualistas previstas para la justicia ordinaria y **(iii)** falta de cooperación entre la comunidad arbitral local y el sistema judicial para garantizar la efectividad del sistema. Como dice CORONEL JONES:

(...) dificultades, resistencias y temores, especialmente por parte de los operadores jurídicos: abogados, jueces e inclusive los propios árbitros quienes, formados con las ideas de respeto profundo a las normas procesales e inclusive inclinados hacia el formalismo y ritualismo en la práctica litigiosa, se ven abocados a lidiar con una modalidad de resolución de controversias que privilegia ampliamente el contenido sobre la forma, la agilidad y celeridad por sobre el rito y las fórmulas sacramentales⁵⁷.

Para superar esas falencias es esencial que los operadores del sistema –partes, árbitros, centros de arbitraje e incluso jueces– entiendan que el arbitraje es un mecanismo en esencia negocial. Esto quiere decir que –mientras no se vulneren el orden público o el debido proceso– existe plena libertad y flexibilidad para que las partes o el tribunal arbitral diseñen el proceso más idóneo para la resolución del caso concreto. Esto incluye la posibilidad de aplicar las mejores prácticas y el marco normativo no doméstico en el arbitraje local.

56. Véase, sección 1.

57. C. CORONEL JONES, N. 21, p. 37.

También tiene importante rol las instituciones arbitrales, que no solo deben profundizar el proceso de capacitación a los operadores del sistema arbitral, sino que deben modernizar sus reglamentos, adaptándolos, aunque sea por referencia, a las tendencias más modernas del arbitraje comercial internacional. Nuevamente, los únicos límites son el orden público y el debido proceso.

4. CONCLUSIONES

La autonomía de la voluntad es el principio medular de la institución arbitral en el Ecuador y en el mundo; la naturaleza jurídica del arbitraje es en esencia negocial. De esta manera, en este mecanismo rige la premisa de que puede convenirse de procedimientos modernos y flexibles, en la medida en que no atenten contra el orden público o no vulneren las garantías mínimas del debido proceso.

Con este entendimiento, este estudio demuestra que el principio de autonomía de la voluntad admite la aplicación del marco jurídico no doméstico en el arbitraje local. La comunidad arbitral internacional ha desarrollado una serie de cuerpos normativos que regulan el arbitraje comercial de manera efectiva que se ajusta a las nuevas necesidades que surge en el comercio. Este marco normativo se caracteriza por sus constantes avances y mejoras en la formación y fortalecimiento de un sistema legal uniforme.

De acuerdo con los principios que inspiran nuestra legislación, la aplicación de normas internacionales en el arbitraje local no solo es jurídicamente admisible, sino beneficioso. La inclusión de prácticas modernas sólo representa ventajas para el sistema local, pues plantean respuestas satisfactorias a problemáticas que suelen presentarse en el decurso de los procedimientos arbitrales.

El reto es superar ataduras culturales.

FERRERE



4 países | **1000** personas | **1** firma líder

BOLIVIA | ECUADOR | PARAGUAY | URUGUAY

www.ferrere.com

La arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada: Análisis del alcance del artículo 20.2 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*

*María Bernarda Carpio Frixone***

Recibido/Received: 25/06/2018

Aceptado/Accepted: 20/07/2018

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La cláusula de estabilidad en el Derecho de Inversiones y su regulación en la legislación ecuatoriana. 2.1 Acercamiento a la cláusula de estabilidad jurídica en el Derecho de Inversiones. 2.2 La cláusula de estabilidad no compromete la soberanía estatal. 2.3 La cláusula de estabilidad jurídica y su tratamiento en Ecuador. 3. Naturaleza de los compromisos asumidos por el Estado a través de la suscripción de una cláusula de estabilidad jurídica y los efectos de su incumplimiento. 3.1 La cláusula de estabilidad como una obligación de no hacer del Estado. 3.2 El incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad se da me-

* Este artículo es una adaptación del Trabajo de Titulación presentado para la obtención del título de Abogada, el cual se encuentra disponible en <<https://goo.gl/F2oDuQ>>.

** Abogada *summa cum laude* por la Universidad San Francisco de Quito con subespecialización en Manejo de Conflictos, Negociación, Mediación y Arbitraje. Correo electrónico: mbernarda.carpio@gmail.com

dian­te la apli­ca­ción de la ley, no por su mera promulga­ción. **3.3** El incumpli­miento del Estado se mate­rializa a través de actos admi­nistrativos. **3.4** El ré­gi­men indemniza­torio ante el incumpli­miento del Estado a la cláusula de estabilidad. **3.4.1** El ré­gi­men indemniza­torio ante el incumpli­miento de las obligaciones de no hacer. **3.4.2** ¿Cabe la destrucción del hecho prohibido ante el incumpli­miento a la cláusula de estabilidad? **3.4.3** En caso de no mediar destrucción del hecho prohibido, la Entidad Delegante debe indemnizar al inversionista. **4.** La arbitrabilidad del incumpli­miento del Estado a la cláusula de estabilidad. **4.1** El arbitraje al amparo de la Ley APP. **4.2** El incumpli­miento del Estado a la cláusula de estabilidad: ¿un caso de arbitrabilidad de actos admi­nistrativos? **4.3** El incumpli­miento a la cláusula de estabilidad es arbitrable. **4.3.1** El incumpli­miento a la cláusula de estabilidad no deriva de la potestad legisla­tiva ni regulatoria del Estado. **4.3.2** El incumpli­miento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es un asunto netamente contractual, razón por la cual su arbitrabilidad es indiscu­tible. **5.** Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: arbitrabilidad, alianza público-privada, cláusula de estabilidad.

KEYWORDS: arbitrability, public-private partnership agreement, stabilization clause.

RESUMEN: La inversión extranjera se presenta como una alternativa idónea para potenciar la economía del país. En diciembre de 2015 se promulgó la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (en adelante, Ley APP). Dentro de los incentivos reconocidos en esta ley se encuentran la posibilidad de incluir en los contratos de gestión delegada **(i)** una cláusula de estabilidad y **(ii)** una cláusula arbitral. A través de la primera se asegura al inversionista certeza sobre el marco jurídico que regulará su inversión; por su parte, la segunda garantiza la posibilidad de acudir a una sede imparcial a fin de resolver cualquier eventual disputa entre el Estado y el inversionista. El artículo 20.2 de la Ley APP excluye la posibilidad de someter a arbitraje los actos que deriven directamente de la potestad legis-

lativa o regulatoria del Estado. Ante esto surge la siguiente interrogante ¿es arbitrable el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad? El propósito de este artículo es analizar el alcance del referido artículo a fin de concluir que el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad es arbitrable.

ABSTRACT: Foreign investment is an ideal alternative to bust the country's economy. Thus, in December 2015, the Organic Law of Incentives for Public-Private Partnerships and Foreign Investment (onwards, PPP Act) was enacted. Among the incentives recognized in this statute are the possibility of including in the public-private partnership agreement **(i)** a stabilization clause and **(ii)** an arbitration clause. The stabilization clause gives certainty about the legal framework that will govern the investment and the arbitration clause guarantees the possibility of accessing an impartial jurisdiction for resolving any possible dispute between the State and the investor. Article 20 of the PPP Act excludes the possibility of submitting to arbitration acts that derive directly from the legislative or regulatory power of the State. This article arises the following question: can breach of the stability clause be solved in arbitration? The purpose of this article is to clarify the scope of article 20.2 of the PPP Act in order to determine that breach of the stabilization clause can be solved in arbitration.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los incentivos que contempla la Ley APP es la incorporación de una cláusula de estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada. En virtud a dicha cláusula el Estado se compromete a congelar la normativa sectorial específica, que haya sido declarada como relevante en el contrato de gestión delegada, de suerte que, ninguna modificación posterior pueda ser aplicada al inversionista. Es por ello que la inclusión de esta cláusula consti-

tuye un mecanismo de protección al otorgar certeza sobre el marco jurídico que regirá la inversión.

Por otro lado, en su artículo 20.2, la Ley APP también reconoce la posibilidad de pactar una cláusula arbitral a fin de someter a arbitraje la resolución de controversias que surjan respecto al contrato. Esta posibilidad es otra de las garantías que tiene el inversionista. Debe tomarse en cuenta que la entidad delegante es parte del Estado, por lo que acudir a una sede fuera de la jurisdicción estatal asegura la imparcialidad en la resolución del conflicto y, por tanto, configura una protección adicional para el inversionista.

Si bien, por un lado, la Ley APP reconoce la posibilidad de suscribir una cláusula de estabilidad y un convenio arbitral; por otro, también prescribe que “[no] se someterán a arbitraje los asuntos tributarios, así como ningún otro acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano”¹. Al excluir la posibilidad de arbitrar cualquier acto que derive de estas potestades, podría ponerse en tela de duda la arbitrabilidad de un eventual incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad.

El alcance de esta norma puede ser malinterpretado, pues podría creerse que la aplicación de una nueva ley a un inversionista extranjero, que se encuentra amparado por la cláusula de estabilidad, es un acto que deriva de la potestad regulatoria o legislativa del Estado y como tal no podría ser arbitrable. De adoptarse esta postura, se estaría imposibilitando al inversionista reclamar en arbitraje el incumplimiento de una de sus principales garantías.

La conclusión de este artículo es que el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad es arbitrable, pues escapa de la prohibición del artículo 20.2 de la Ley APP. Para sostener aquello se tratará en primer lugar la naturaleza de la cláusula de estabilidad jurídica y su tratamiento en la legislación ecuatoriana; en

1. Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (Ley APP), Art. 20, RO Sup. No. 652, 18/12/2015.

segundo lugar, se estudiarán los efectos del incumplimiento a la cláusula de estabilidad; para, finalmente, analizar su arbitrabilidad.

2. LA CLÁUSULA DE ESTABILIDAD EN EL DERECHO DE INVERSIONES Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

A fin de comprender el compromiso que asume el Estado al suscribir una cláusula de estabilidad jurídica, corresponde en primer lugar analizar su naturaleza en el Derecho de Inversiones [2.1], a fin de aclarar que la celebración de esta cláusula no compromete la soberanía estatal [2.2]. Finalmente se estudiará su tratamiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano [2.3].

2.1 Acercamiento a la cláusula de estabilidad jurídica en el Derecho de Inversiones

Dentro del Derecho de Inversiones, existen algunas herramientas para proporcionar seguridad al inversionista², una de ellas es la cláusula de estabilidad jurídica (conocida también como cláusula de congelamiento)³. Esta cláusula es un mecanismo legal

2. Otro tipo de cláusulas de estabilización son las cláusulas de equilibrio económico y las cláusulas híbridas. Para mayor información al respecto, véase, A. AL FARUQUE, "Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection v. Functional Value", *Journal of International Arbitration*, Vol. 23 (4), 2006, p. 319; E. PAASIVIRTA, "Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty", *British Yearbook of International Law*, 1989, p. 323; J. CASTAÑO y P. GALEANO, *Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia*, Eafit, 2011, p. 71; S. FRANK, "Stabilisation Clauses and Foreign Direct Investment: Presumptions versus Realities", *The Journal of World Investment & Trade*, No. 16, 2015, pp. 89-91; K. GEHNE y R. BRILLO, *Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment*, Transnational Economic Law Research Center, 2017, pp. 6-9; y, J. SINGH, "Stabilization Clauses in Investment Contracts in Developing Countries", <<http://ssrn.com/abstract=2658185>>; L. COTULA, "Regulatory takings, stabilization clauses and sustainable development"; *OECD Global Forum on International Investment VII*, 2008, p. 5, <goo.gl/pCvmyr>.
3. Véase, G. DELAUME, "Transnational Contracts: Applicable Law and Settlement of Disputes", *Law and Practice* No. 8, 1983, p. 39; L. GRANATO y C. NAHUEL ODDONE, "La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión", *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas Universidad de Nariño*, Vol. VIII (2), 2007, p. 59; P. DUMBERRY, *International Investment Contracts*, en T. GAZZINI y E. DE BRABANDERE (Ed.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leiden, 2012, p. 221; D.C. BERNAL, *El Derecho Interna-*

que brinda certeza al inversionista sobre las reglas del juego⁴. En este sentido:

Las cláusulas de estabilidad en *stricto sensu* tienen concordancia con el principio de no retroactividad de la ley. Mediante estas cláusulas la ley que está en vigor en el Estado receptor, al momento de la ratificación de la concesión, es la ley que será aplicable para suplir los términos del contrato, a pesar de posteriores promulgaciones del gobierno. En suma, el propósito de éstas es precluir el acuerdo de la aplicación de cualquier subsecuente actuación legislativa (estatutaria) o administrativa (regulatoria) por el gobierno [...] que modifique la situación legal del inversionista. Es precisamente por esta razón que las cláusulas de estabilidad o estabilización jurídica son uno de los tipos contractuales e incentivos fiscales más utilizados por los países en desarrollo para la atracción de inversión extranjera directa a sus territorios⁵.

En efecto, el objetivo primordial de estas cláusulas es “asegurar el acuerdo frente a futuras acciones del gobierno o cambios en la ley”⁶. Estas cláusulas pueden ser totales o parciales. Las primeras garantizan el congelamiento de todas las leyes que podrían afectar al inversionista, mientras que las segundas únicamente brindan estabilidad sobre normativa específica⁷.

Si bien las cláusulas de estabilidad “pretenden congelar las leyes existentes desde el momento del perfeccionamiento del contrato hasta el momento de su terminación”⁸; de suerte que “ningún cambio en la legislación del Estado receptor que afecte al inversionista podrá aplicársele”⁹; su suscripción no implica una

cional de Inversión, Las Cláusulas de Estabilidad: ¿un caso de protección internacional prima facie?, Editorial Académica Española, 2013, p. 137; y C. RODRÍGUEZ-YONG y K. MARTÍNEZ-MUÑOZ, “The Andean approach to stabilisation clauses”, *International Journal of Private Law*, Vol. 6 (1), 2013, pp. 68-69.

4. D.C. BERNAL PÉREZ, N. 3, p. 150.

5. Ídem, p. 153.

6. C. CURTIS, “The Legal Security of Economic Development Agreements”, *Harvard International Law Journal* No. 29, 1988, p. 246.

7. Véase, D. C. MARÍN VERGARA, *Contratos de estabilidad jurídica para la promoción de las inversiones: la experiencia colombiana*, Tesis de grado. Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 5.

8. J. CASTAÑO Y P. GALEANO, N. 2, p. 72.

9. R. DOLZER Y C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 75.

renuncia por parte del Estado a la potestad de emitir normativa futura.

Al contrario, “esta cláusula simplemente impide la aplicación de la nueva legislación al acuerdo de inversión”¹⁰. En consecuencia, el Estado mantiene su aptitud para modificar y actualizar su ordenamiento jurídico cuantas veces lo desee, pero estas alteraciones no son aplicables al inversionista *vis-a-vis* con el Estado. Ello debido a que la cláusula de estabilidad no compromete la soberanía estatal.

2.2 La cláusula de estabilidad no compromete la soberanía estatal

Dentro del Derecho de Inversiones algunos doctrinarios han cuestionado la validez de la cláusula de estabilidad¹¹. Esta crítica se debe a que “en su forma más pura [...] las cláusulas de congelamiento prohíben contractualmente al Estado la promulgación de legislación incompatible con los términos del acuerdo”¹². Esta concepción ha puesto en tela de duda a las cláusulas de estabilidad, pues “[algunos escritores] [s]ostienen que la cláusula impone restricciones importantes al derecho soberano de un Estado a ejercer su prerrogativa legislativa dentro de su propio territorio [...]”¹³.

DOLZER y SCHREUER explican que existen dos perspectivas sobre el alcance de la cláusula de estabilidad. La primera –aquella que sostienen quienes critican la validez de este tipo de cláusulas– radica en que “cualquier cambio en la legislación aplicable al contrato [...] contraviene la cláusula de estabilidad”¹⁴. En cambio, la segunda “apunta a proteger la soberanía del Estado receptor y sostiene que todo cambio en la legislación es permitido, pero que

10. Traducción libre. M. SAR, *Stabilization Clauses in Investment Contracts*, p.12, <goo.gl/oyXc9R>.

11. Véase, A. AL FARUQUE, N. 2, pp. 323-325; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Press, 2010, pp. 282-284; C. RODRÍGUEZ-YONG y K. MARTÍNEZ-MUÑOZ, N. 3, pp. 70-71 y, K. GEHNE y R. BRILLO, N. 2, pp. 3-5.

12. Traducción libre. M. SAR, N. 10, p. 12.

13. Traducción libre. P. DUMBERRY, N. 3, p. 221.

14. Traducción libre. R. DOLZER y C. SCHREUER, N. 9, p. 75.

conlleva el deber de compensar a la compañía extranjera que está protegida por la cláusula de estabilidad¹⁵.

Frente a la existencia de estas dos posturas, es importante notar que al inversionista no le interesa que el Estado se abstenga de modificar su legislación indistintamente, sino que pretende no verse afectado por dicha modificación. Por tanto, lo que realmente busca el inversionista es que la legislación sea congelada *para él*, no en general. De este modo es posible desvirtuar la primera postura, ya que el verdadero objetivo de una cláusula de estabilidad no es impedir al Estado que legisle, sino evitar que los efectos de las nuevas normas afecten una inversión en concreto.

Al respecto, el tribunal arbitral del caso *AGIP c. República Popular del Congo* reconoció la validez de las cláusulas de estabilidad al señalar que “[e]stas cláusulas de estabilización, aceptadas libremente por el Gobierno, no afectan al principio de soberanía sobre sus facultades legislativas y reglamentarias, ya que las conserva frente a los nacionales y extranjeros con los que no ha asumido tales obligaciones¹⁶. De igual modo se pronunció el tribunal arbitral en el caso *Texaco Overseas Petroleum Company c. República de Libia* al sostener que “Libia conserva todas sus facultades para regular el campo de las actividades petroleras respecto de nacionales y extranjeros con los que no asumió tal compromiso [contenido en cláusula de estabilidad]”¹⁷. Por lo tanto, la cláusula de estabilidad no contraviene la soberanía estatal. Precisamente, al pactar una cláusula de estabilidad jurídica,

[...] el Estado anfitrión promete que la legislación posterior no se aplicará a la relación entre las partes en el acuerdo. Por lo tanto, *este tipo de cláusula no equivale a una renuncia a la soberanía estatal para legislar*; significa más bien que la legislación posterior no se aplique al contrato (énfasis añadido)¹⁸.

15. *Ibidem*.

16. Traducción libre. *AGIP c. República Popular del Congo*, Laudo final, 30/11/1979, pp. 735-736.

En el caso *LETCO c. Liberia* el tribunal arbitral también reconoció la validez de estas cláusulas al sostener que “la cláusula de estabilidad debe ser respetada [...]. De lo contrario, el Estado contratante podría fácilmente evadir sus obligaciones contractuales”.

17. Traducción libre. *Texaco Overseas Petroleum Company c. República de Libia* (en adelante, *TOPCO c. Libia*). Laudo final, 19/01/1977, párr. 71.

18. Traducción libre. A. AL FARUQUE, N. 2, p. 329.

A su vez, otro de los argumentos que permite otorgarle validez a la cláusula de estabilidad gira en torno a la posibilidad que tiene el Estado, en ejercicio de su soberanía, de autolimitarse. Así, DUMBERRY explica que “[...] [n]ada impide que un Estado acuerde restringir su propia autoridad y tal concesión es, de hecho, un acto de soberanía en sí mismo”¹⁹. Si la legislación del Estado receptor de la inversión permite la incorporación de tales cláusulas, no hay razón para cuestionar su validez. Al contrario, su suscripción es como tal un acto soberano²⁰. Precisamente por estos motivos AL FARRUQUE denomina a estas cláusulas como:

[...] una limitación autoimpuesta, pero temporal, a la soberanía de los Estados receptores [que no puede ser] interpretada como un bloque absoluto sobre el poder legislativo del Estado [porque] simplemente [significa] que cualquier legislación promulgada posteriormente, que pueda tener un impacto especialmente adverso sobre el régimen del contrato, no le será aplicable (énfasis añadido)²¹.

En este sentido, en el caso *TOPCO c. Libia*, el tribunal arbitral estimó que la cláusula de estabilidad no afectó la soberanía legislativa de Libia. Al contrario, señaló que Libia ejerció dicha soberanía “aceptando la inclusión de cláusulas de estabilización pactadas con una parte privada extranjera”²². De este modo el tribunal consideró que “el Estado no puede invocar su soberanía para desconocer compromisos que asumió libremente a través del ejercicio de esa misma soberanía”²³. Así, sobre la base de ello, afirmó que el hecho que el Estado deba abstenerse de aplicar al inversionista una determinada ley no se debe a que la soberanía de Libia haya sido reducida, sino que simplemente se debe al hecho que Libia, a través del ejercicio de su soberanía, asumió este compromiso²⁴. El mismo criterio llevó al tribunal arbitral del

19. *Ibíd.*

20. H. SMITH FREEHILLS, *Stabilisation clauses- issues and trends*, <goo.gl/dhWrkd> (20/03/2017); y C. RODRÍGUEZ-YONG y K. MARTÍNEZ-MUÑOZ, N. 3, p. 70.

21. Traducción libre. A. AL FARUQUE, N. 2, pp. 324-325.

22. Traducción libre. *TOPCO c. Libia*, N. 17.

23. *Ídem*, párr. 68.

24. *Ídem*, párr. 71.

caso *Arabia Saudita c. Arabian American Oil Co.* a reconocer la validez de la cláusula de estabilidad²⁵.

A pesar de ello, es importante reconocer que “el ejercicio por parte del Estado de su potestad soberana en pos del interés público no puede negarse en el contexto de las clásicas cláusulas de estabilización”²⁶. Ello quiere decir que independientemente de si se pactó una cláusula de estabilidad, el Estado conserva su potestad para aplicar la norma modificada, inclusive, al inversionista protegido por la inversión. A esta posibilidad se refiere precisamente la segunda postura mencionada por DOLZER y SCHREUER²⁷.

Si ello ocurre, el Estado deberá responder por los perjuicios ocasionados. Así, en el caso *LIAMO c. República de Libia* el tribunal arbitral sostuvo que, debido al principio de soberanía estatal, resulta imposible impedir a través de cláusulas de congelamiento que un Estado cambie su ley. Sin embargo, reconoció que al incluir en un contrato una cláusula de estabilidad, el Estado es responsable ante su incumplimiento, por lo que el inversionista puede reclamar de indemnización correspondiente²⁸. Así, “las cláusulas de estabilidad, al no privar al Estado del ejercicio de su inalienable facultad de legislar en razón del interés público, la principal consecuencia jurídica del incumplimiento a la cláusula de estabilidad es la obligación de pagar una compensación (énfasis añadido)”²⁹.

Al no ser posible limitar la soberanía estatal mediante la celebración de una cláusula de estabilidad, la garantía que obtiene el inversionista a través de su suscripción es “recibir una indem-

25. En este caso el tribunal señaló que “En razón de su propia soberanía en su territorio nacional, el Estado posee los poderes legales para otorgar derechos [al inversionista] [...]. Nada puede impedir que un Estado, en el ejercicio de su soberanía, se vincule irrevocablemente por las disposiciones de una concesión y otorgue al concesionario derechos irrevocables. Tales derechos tienen el carácter de derechos adquiridos”. *Arabia Saudita c. Arabian American Oil Co.* Laudo final, 23/08/1958, párr. 168.

26. A. F. M. MANIRUZZAMAN, “The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends”, *Journal of World Energy Law & Business*, Vol.1 (2), 2008, p. 138.

27. R. DOLZER Y C. SCHREUER, N. 9, p. 75.

28. *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. República de Libia*, Laudo final, 12 de abril de 1977, pp. 121-122 y 167-168.

29. Traducción libre. A. AL FARUQUE, N. 2, p. 330.

nización mayor, por el daño ocasionado, a la que le correspondería en aquellos casos en los que no exista tal cláusula”³⁰. Así, la Corte Constitucional de Colombia, al referirse al alcance de las cláusulas de estabilidad, fue enfática al sostener que a pesar de haberse pactado una cláusula de estabilidad, “los órganos del Estado conservan plenamente sus competencias normativas, incluso sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión, sin perjuicio de las acciones judiciales a que tengan derecho los inversionistas”³¹.

En consecuencia, al suscribir una cláusula de estabilidad, el Estado no renuncia a su potestad soberana de legislar, sino que se abstiene de aplicar las nuevas normas al inversor. Dicha aclaración es de suma importancia, pues únicamente sobre la base de ella será posible determinar cómo se configura el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad (sección 3.2).

2.3 La cláusula de estabilidad jurídica y su tratamiento en Ecuador

Una vez expuesto el concepto y alcance de la cláusula de estabilidad jurídica, corresponde analizar cuál es su tratamiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En Ecuador las cláusulas de estabilidad jurídica son plenamente válidas. La legislación ecuatoriana las reconoce como un instrumento idóneo y legítimo para incentivar la inversión extranjera. Estas cláusulas son reco-

30. A. F. M. MANIRUZZAMAN, N. 26, p. 126.

31. Corte Constitucional de la República de Colombia, *Sentencia C-320*, Gaceta de la Corte Constitucional, 24/04/2006. En esta línea argumentativa, la Corte Constitucional colombiana, en el mismo precedente, sostuvo que “[...] la Ley 963 de 2005 no le está impidiendo al Congreso de la República ejercer su competencia en el futuro para reformar las leyes [...]; lo que sucede es que, dichas modificaciones, llegado el caso, pueden dar origen a controversias con los inversionistas, para cuya solución las partes pueden incluir una cláusula compromisoria mediante la cual se prevé la conformación de un tribunal de arbitramento. En otras palabras, no se está garantizando una inmutabilidad del ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto, de llegar a entendida de esa manera, se vulneraría el principio democrático, consagrado en el artículo 1 Superior. De allí que la Ley 963 de 2005 no puede ser entendida como una cesión al ejercicio de la soberanía nacional. [...]. Lo que sucede, se insiste, es que se está ante un contrato, en virtud del cual el Estado se comprometió a mantener unas condiciones normativas favorables, aplicables únicamente en el contexto de dicho acuerdo particular, *equilibrio económico que podría verse alterado por la adopción de una norma aplicable a la inversión realizada, caso en el cual el Estado podría ver comprometida su responsabilidad* (énfasis añadido)”.

nocidas tanto en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, como en la Ley APP. Sin embargo, a efectos de este artículo corresponde centrarse exclusivamente en el tratamiento al amparo de la Ley APP.

El artículo 15 de la ley en mención prescribe la posibilidad de incluir en el contrato de gestión delegada una cláusula de estabilidad. Es así que en su tenor literal prescribe:

La estabilidad jurídica que se garantiza en esta Ley se extiende a los aspectos regulatorios sectoriales y específicos que hayan sido declarados como esenciales en los correspondientes contratos de gestión delegada.

[...]

La estabilidad jurídica no recaerá sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por el tribunal competente, durante la vigencia de los contratos de gestión delegada [...]³².

Se evidencia de este modo que la Ley APP contempla una cláusula de congelamiento parcial, pues no otorga inmutabilidad sobre todo el ordenamiento jurídico sino que exclusivamente frente a los aspectos sectoriales que hayan sido declarados como esenciales en el contrato de gestión delegada.

En este sentido, el artículo 10 del Reglamento a la Ley APP es claro al establecer que “[I]a estabilidad jurídica asegura la permanencia de los aspectos regulatorios sectoriales y específicos que hayan sido declarados como esenciales en el contrato [...]”³³. Es decir que si el inversionista desea contar con una protección de estabilidad no bastará la inclusión de una cláusula de estabilidad en sentido amplio, pues si en esta no se detalla cuáles son las normas regulatorias sobre las cuales se desea estabilidad, la cláusula será ineficaz.

Por otro lado, cabe señalar que en Ecuador no existe cabida para sostener que la cláusula de estabilidad implica un menos-

32. Ley APP, N. 1, Art. 15.

33. Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (Reglamento a la Ley APP), Art. 10, RO No. 786, 29/06/2016.

cabo a la soberanía estatal, pues el último inciso del artículo 10 del Reglamento a la Ley APP es claro al establecer que “[l]a señalada garantía [de estabilidad] no implica la renuncia del Estado al ejercicio de su capacidad regulatoria”³⁴. Es de este modo que es posible evidenciar la diferenciación que existe entre el compromiso a no regular y el compromiso a no aplicar la normativa en cuestión.

A la luz del Reglamento a la Ley APP no queda duda que al suscribir una cláusula de estabilidad jurídica el Estado mantiene su potestad de emitir cuanta regulación desee. Esta cláusula no afecta, entonces, la potestad legislativa o regulatoria del Estado, sino que tan solo impide que la normativa, sobre la cual se pactó estabilidad, sea aplicada al inversionista con el cual se ha suscrito dicha cláusula, quedando plenamente aplicable en otros casos.

En la práctica, algunos contratos de gestión delegada suscritos en el país, desde la entrada en vigencia de la Ley APP, han incluido una cláusula en los siguientes términos³⁵:

79. Equilibrio Económico-Financiero del Acuerdo. [...] Por medio del presente las Partes acuerdan que la Entidad Delegante compensará al Gestor Privado solamente para restaurar el equilibrio económico-financiero del Acuerdo, en los siguientes casos: “Variaciones Relevantes”: Cualquier cambio posterior al 07 de octubre de 2016 (fecha de presentación de la propuesta) en la Legislación aplicable o la práctica de una entidad gubernamental que incluya la legislación fiscal o la imposición de un impuesto, o cualquier acto, orden u omisión de la administración o de cualquier entidad gubernamental que afecte negativamente al Gestor Privado, incluyendo pero sin limitarse a sus ingresos, gastos, ganancias o que incremente sus responsabilidades. Para evitar dudas, la Legislación Aplicable incluirá toda ley, ordenanza, decreto, regulación o estatuto, o toda norma, circular, directiva o cualquier licencia, autorización, permiso,

34. Reglamento a la Ley APP, N. 33, Art. 10.

35. La cláusula citada es la contenida en el “Contrato de Gestión Delegada para el Diseño y Planificación, Financiación, Equipamiento y Construcción de Obras Adicionales, Operación y Mantenimiento de la Terminal Portuaria de Manta”, esta es similar a la cláusula de otros contratos de gestión delegada, tales como los suscritos con DPWORLD POSORJA S.A. y YILPORT TERMINAL OPERATION.

concesión o demás aprobaciones *emitidas por cualquier Autoridad Competente* [...] (énfasis añadido)³⁶.

El contenido de esta cláusula amerita ciertas observaciones³⁷, pues a través de ella se evidencia que: **(i)** Para que surja el deber de indemnizar al inversionista es fundamental que el cambio en la legislación afecte al gestor privado, es decir, que sea efectivamente aplicada la modificación en cuestión. Ello confirma que la suscripción de una cláusula de estabilidad no compromete la soberanía estatal y que el Estado está en capacidad de realizar todos los cambios legislativos que desee (e inclusive aplicarlos al inversionista), bajo la condición de indemnizarlo en caso de generarle un daño; **(ii)** La Entidad Delegante expresamente asume el deber de indemnizar, inclusive en caso que la normativa aplicable sea modificada por otra autoridad estatal, lo cual atribuye al inversionista mayor seguridad, pues la redacción de la cláusula no da cabida a que el Estado evada su obligación indemnizatoria alegando falta de causalidad. Esta situación, en la que la estabilidad jurídica la irrumpe una autoridad distinta a la entidad delegante será analizada con mayor detalle en la sección 3.4.2, y; **(iii)** Al contemplarse expresamente como uno de los supuestos que obliga a la Entidad Delegante indemnizar al inversionista, los cambios en la legislación fiscal o la política impositiva; se evidencia con claridad la separación que existe entre el deber indemnizatorio de la Entidad Delegante (aspecto arbitrable) y el asunto tributario (aspecto inarbitrable por disposición del artículo 20.2 de la Ley APP) (sección 4.3.2).

36. Escritura Pública No. 20161308006P02095, suscrita el 16/12/2016 ante el Notario Sexto de Manta, la cual contiene el Contrato de Gestión Delegada para el Diseño y Planificación, Financiación, Equipamiento y Construcción de Obras Adicionales, Operación y Mantenimiento de la Terminal Portuaria de Manta. *Cláusula 79*, p. 174.

37. Véase, N. 74.

3. NATURALEZA DE LOS COMPROMISOS ASUMIDOS POR EL ESTADO A TRAVÉS DE LA SUSCRIPCIÓN DE UNA CLÁUSULA DE ESTABILIDAD JURÍDICA Y LOS EFECTOS DE SU INCUMPLIMIENTO

En esta sección se evidenciará que, al suscribir una cláusula de estabilidad jurídica, el Estado asume una obligación de no hacer [3.1]. El incumplimiento a dicha obligación no se da por la mera promulgación de una nueva ley [3.2], sino que requiere de un acto administrativo mediante el cual dicha ley sea aplicada al inversionista [3.3]. Finalmente, se analizarán las particularidades del régimen indemnizatorio ante el incumplimiento a la cláusula de estabilidad [3.4].

3.1 La cláusula de estabilidad como una obligación de no hacer del Estado

Conforme al artículo 1467 del Código Civil toda obligación debe tener una prestación de dar, hacer o no hacer. Estas últimas consisten en una abstención a cargo del deudor³⁸. Es así que

[e]l objeto de la obligación de no hacer es una omisión: abstenerse de ejecutar un hecho que de no existir la obligación podría hacerse. Es como una limitación a la libertad de actuar de una persona, que debe privarse de hacer ciertas cosas que normalmente y a no mediar la obligación podría llevar a cabo³⁹.

En efecto, la “obligación de no hacer es aquella que tiene por objeto la no ejecución de un hecho por parte del deudor, aquella que le impone al deudor la no ejecución de un hecho que sin la obligación le sería lícito hacer”⁴⁰. En consecuencia, este tipo de obligaciones se cumplen mediante la abstención por

38. Véase, A. ALESSANDRI, *Teoría de las Obligaciones*, Tomo I, Nascimento, 1936, p. 26; M. COHEN CHICUREL, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Porrúa, 2014, p. 23; L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 11va Ed., Tomo I, Tecnos, 2016, p. 127; y, G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen General de las Obligaciones*, 6ta Ed., Temis, 1998, p. 24.

39. R. ABELIUK, *Las Obligaciones*, 4ta Ed., Tomo I, Dislexia Virtual, p. 220.

40. A. ALESSANDRI, N. 38, p. 26.

parte del deudor, en los términos que se haya convenido por las partes.

Al pactar una cláusula de estabilidad jurídica “el Estado se obliga a través del acuerdo contenido en la cláusula *a no aplicar*, al contrato en particular, cualquier cambio posterior en la legislación” (énfasis añadido)⁴¹. Así:

La principal implicación de este tipo de cláusulas de estabilidad sugiere que el Estado receptor prometa que las subsecuentes legislaciones u otro tipo de intervención por el ejercicio de los poderes estatales *no le serán aplicables a las relaciones entre las partes del acuerdo durante el periodo de duración del mismo [...]* (énfasis añadido)⁴².

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia resolvió que:

[a través de] los contratos de estabilidad jurídica no se les garantiza a los inversionistas la inmodificabilidad de la ley, sino que se les asegura la permanencia, dentro los términos del acuerdo celebrado con el Estado, las mismas condiciones legales existentes al momento de la celebración de aquél⁴³.

A través del compromiso de estabilidad jurídica:

[...] el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo⁴⁴.

Este derecho que tienen los inversionistas para que les sean aplicadas las normas vigentes al momento de la inversión tiene como correlativa obligación la abstención por parte del Estado de

41. Traducción libre. M. SORNARAJAH, N. 11, p. 281.

42. D. C. BERNAL, N. 3, p. 154.

43. Corte Constitucional de la República de Colombia, N. 31.

44. A. MARRUGO, *Contratos de estabilidad jurídica en Colombia. Análisis de la ley 963 de 2005*, Tesis de Grado. Universidad de Cartagena, 2012, p. 5.

aplicar la normativa que, tras la suscripción del acuerdo de inversión, haya sufrido alteraciones.

De este modo, se evidencia que al incorporar una cláusula de estabilidad el Estado asume un deber de abstención que se traduce en la *no aplicación*, al inversionista, de la normativa que no estaba vigente al momento de la inversión. Esto quiere decir que la obligación que asume el Estado a través de una cláusula de estabilidad tiene como prestación un *no hacer*. Por lo tanto, el incumplimiento y las acciones que tiene el inversionista en calidad de acreedor serán aquellas que correspondan a este tipo de obligaciones. Para ello deberá tomarse en consideración las particularidades que surgen en los casos en los que no es la Entidad Delegante quien irrumpe la estabilidad, las cuales serán analizadas en la sección 3.4.2 de este artículo.

3.2 El incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad se da mediante la aplicación de la ley, no por su mera promulgación

El incumplimiento a las obligaciones de no hacer se configura a través de la realización, por parte del deudor, del acto que prometió abstenerse⁴⁵. Así, “la obligación de no hacer se viola por el solo hecho de que el deudor ejecute el hecho prohibido”⁴⁶. El hecho prohibido para el Estado es la aplicación, al inversionista, de toda alteración que haya sufrido la normativa estabilizada. Entonces, el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad se traduce en la aplicación de estas normas al inversor. Si bien aquella conclusión resulta lógica, no es la única.

CALERO TAFUR, al determinar en qué momento se da el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad menciona que se puede optar por dos vías⁴⁷: **(i)** una interpretación literal del

45. Véase, O. BARBERO, *Introducción al Derecho Privado*, Editorial Iuris, 2004, p. 193 y L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. 5, Editorial Jurídica Chile, 1992, p. 700.

46. A. ALESSANDRI, N. 38, p. 72.

47. M. A. CALERO TAFUR, *El Contrato Estatal de Estabilidad Jurídica*, Tesis de postgrado. Universidad del Rosario, 2014, pp. 90-93.

contrato de inversión o (ii) una interpretación de la sentencia C-320 de la Corte Constitucional de Colombia (a la cual se ha hecho referencia en líneas anteriores de este artículo). Según la primera alternativa el incumplimiento del Estado consiste en “[...] el hecho de *aplicar al inversionista una nueva norma* que desmejore sus intereses por ser contraria a otra, previamente ‘congelada’ para él”⁴⁸ (énfasis añadido). En cambio, considera que a la luz del precedente de la Corte Constitucional, “el incumplimiento coincide con el cambio de legislación, siempre que este sea adverso a los intereses de un inversionista”⁴⁹.

La segunda interpretación se fundamenta en el hecho que en su sentencia, la Corte Constitucional señaló que: “el artículo 1° de la Ley 963 de 2005 [referente a la estabilidad jurídica] no habilita o faculta a un determinado grupo de personas para que incumplan la Constitución o la ley”⁵⁰. Al amparo de esta aclaración, CALERO TAFUR considera que al no estar facultado a incumplir la ley, por su simple promulgación, el inversionista debe acatarla y que, en consecuencia, todo cambio en la legislación siempre le será aplicable.

Sin perjuicio del hecho que en Ecuador el precedente de la Corte Constitucional colombiana no tenga fuerza vinculante, este trabajo sostiene que la interpretación realizada por CALERO TAFUR a dicha sentencia no es el única plausible. Si bien la Corte Constitucional menciona que al amparo de una cláusula de estabilidad el inversionista no está facultado a incumplir la ley, ello no quiere decir que la simple modificación de una ley sobre la cual rige estabilidad sea en sí un incumplimiento a la cláusula de estabilidad.

Al contrario, para que alguien pueda incumplir una ley debe encontrarse bajo sus efectos. Es decir, nadie puede incumplir algo que no le es aplicado. En este sentido, si la norma modificada no es aplicada al inversionista, este, bajo ningún supuesto puede in-

48. Ídem, p. 91.

49. Ibídem.

50. Corte Constitucional de la República de Colombia, *Sentencia C-320*, N. 31.

cumplirla. A la luz de este razonamiento, otra interpretación a la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia permite concluir que la afirmación de la Corte consiste en que si el Estado, en contravención a su obligación de no hacer, decide aplicar al inversionista la norma modificada, este no puede ampararse en la cláusula de estabilidad para incumplir aquella norma. En este caso, tal como lo menciona la Corte, lo que el inversionista puede hacer ante el incumplimiento del Estado, es exigir la correspondiente indemnización⁵¹.

Esta interpretación se sustenta en el hecho que, como se mencionó en líneas anteriores, en la misma sentencia la Corte Constitucional señaló **(i)** que a través de una cláusula de estabilidad se garantiza al inversor la permanencia de las condiciones legales, no la inmodificabilidad de la ley; y, **(ii)** que la cláusula de estabilidad no limita la potestad normativa de los órganos del Estado. Por tanto, la Corte reconoce que pese a la existencia de una cláusula de estabilidad el Estado puede modificar la ley. Esta modificación no puede, entonces, ser entendida como un incumplimiento, pues ello nos llevaría al absurdo de considerar que aún si la norma no es aplicada, pero sí modificada, existe un incumplimiento por parte del Estado.

De este modo, no es posible afirmar que el incumplimiento del Estado consiste en la simple promulgación de una nueva ley o en la modificación de otra. Ello debido a que “la violación de los convenios de estabilidad jurídica se genera [...] por el incumplimiento por parte del estado cuando pretenda aplicar un régimen legal distinto al estabilizado alterando unilateralmente las normas que fueran materia de las garantías de estabilidad”⁵².

Así, al amparo de la teoría de las obligaciones, y tomando en cuenta que al pactar una cláusula de estabilidad, el Estado asume una obligación de no hacer y que el hecho prohibido consiste en aplicar la normativa modificada al inversionista; el incumpli-

51. Véase, N. 31.

52. J. DANÓS ORDÓÑEZ, “Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú”, *Ius et Veritas*, No. 46, 2013, p. 269.

miento no puede darse de otra forma que mediante la aplicación de la ley que se prometió no sería aplicada.

3.3 El incumplimiento del Estado se materializa a través de actos administrativos

Puesto que la promulgación de una nueva ley no implica, *per se*, una inobservancia por parte del Estado a la cláusula de estabilidad, entonces, para que exista incumplimiento es necesario que medie un acto de aplicación de esta ley. De acuerdo al artículo 98 del Código Orgánico Administrativo (en adelante, COA), el acto administrativo es la “declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que *produce efectos jurídicos individuales* o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa” (énfasis añadido)⁵³.

Los actos administrativos están encaminados a producir efectos jurídicos de manera individual⁵⁴. Es así que se definen como “toda clase de declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual, la Administración tiende a crear, modificar o extinguir *situaciones jurídicas subjetivas*” (énfasis añadido)⁵⁵.

El acto mediante el cual el Estado incumple su obligación es un acto creador de una situación jurídica individual. En efecto, a través de este el Estado aplica al inversionista una ley cuyos efectos no le eran aplicables, creando de este modo una nueva situación jurídica para el inversionista en cuestión. Esta modificación es personal, pues era ese inversionista en particular el que no se encontraba bajo los efectos de la norma y, por tanto, es únicamente él quien requiere de un acto de aplicación que lo obligue a acatar la norma modificada. De no mediar este acto administra-

53. Código Orgánico Administrativo (COA), Art. 98, RO Sup. No. 31, 07/07/2017. Los actos administrativos se diferencian de los actos normativos en la medida en la que los segundos, tal como lo prescribe el artículo 128 del COA, no producen efectos de forma individual, solo general. Por esta razón los actos normativos entran en la primera categoría de la clasificación de los actos jurídicos.

54. Véase, J. C. CASSAGNE, *El Acto Administrativo*, Themis, 2013, pp. 17-25; J. COMADIRA, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 2003, pp. 4-7; y, E. PÉREZ, “La noción de acto administrativo en el Derecho Público Ecuatoriano”, *Iuris Dictio*, No. 5, 2005, p. 79.

55. P. JARAMILLO, *Derecho Público Interno*, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953, p. 273.

tivo, el inversionista, al verse excluido de la aplicación de la norma, no se encuentra bajo sus efectos.

En consecuencia, es a través de un acto administrativo que el Estado incumple la cláusula de estabilidad, al modificar a través de este la situación jurídica del inversionista. Esta conclusión es relevante a efectos de analizar en la sección 4.2 si someter a arbitraje el incumplimiento a la cláusula de estabilidad es un caso de arbitrabilidad de actos administrativos.

3.4 El régimen indemnizatorio ante el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad

En primer lugar, se estudiará el régimen indemnizatorio ante el incumplimiento de las obligaciones de no hacer [3.4.1]. Sobre la base de ello se analizará si, ante el incumplimiento a la cláusula de estabilidad, cabe la destrucción del hecho prohibido [3.4.2]; y, qué sucede si no media dicha destrucción [3.4.3].

3.4.1 El régimen indemnizatorio ante el incumplimiento de las obligaciones de no hacer

Al contraer una obligación de no hacer, el deudor se abstiene de realizar determinado hecho, pero, ¿qué sucede ante la realización del hecho prohibido? El artículo 1571 del Código Civil señala que:

Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, será oído el deudor que se allane a prestarlos.

El acreedor quedará de todos modos indemne⁵⁶.

56. Código Civil, Art. 1571, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

En este sentido, se evidencia que “las obligaciones de no hacer llevan implícito la obligación de indemnizar [...] pero únicamente cuando no se puede deshacer lo hecho”⁵⁷.

A la luz del artículo 1571 del Código Civil, para determinar qué opciones tiene el acreedor es imprescindible analizar si cabe la destrucción del hecho prohibido. La necesidad de preferir la destrucción del hecho prohibido radica en “la fuerza obligatoria del contrato [la cual] exige que se asegure el cumplimiento de la obligación”⁵⁸. En caso de ser posible la destrucción del hecho, “la ejecución forzada consistirá en la destrucción de lo hecho a costa del que estaba obligado a no hacerlo”⁵⁹.

Es importante señalar que también es posible que “la destrucción del hecho prohibido se sustituy[a] por algo que suple cumplidamente el fin”⁶⁰, en cuyo caso estamos ante un cumplimiento por analogía, toda vez que el deudor logra revertir los efectos del hecho dañoso⁶¹. En estos casos nos encontramos ante situaciones que si bien no equivalen al cumplimiento en naturaleza (es decir a la abstención del hecho prohibido) “[...] tienden a imitarlo, y por ello son casos de cumplimiento forzado y no de indemnización”⁶².

No obstante, existen ocasiones en las que no es posible alcanzar el cumplimiento forzado de una obligación de no hacer⁶³. En estos escenarios, una vez incumplido el deber de abstención “la ejecución forzada no podrá consistir en el cumplimiento de la obligación, por lo tanto el pago de una cantidad de dinero a título de indemnización por los daños y perjuicios causados hará sus veces”⁶⁴. Ello se debe a que “la obligación que uno se ha impuesto de no hacer alguna cosa, produce asimismo el efecto de que con-

57. Corte Nacional de Justicia, Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil, *Juicio No. 710-2009*, 31/10/2012.

58. L. CLARO SOLAR, N. 45, p. 700.

59. S. AZÚA REYES, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, 1997, p. 26.

60. R. MOELLER GÓMEZ, “La indemnización de perjuicios”, *Revista Jurídica Online*, p. 326, <goo.gl/5WTFy7>.

61. *Ibidem*.

62. R. ABELIUK, N. 39, p. 132.

63. M. BEJERANO SÁNCHEZ, *Obligaciones civiles*, Oxford University Press, 1999, p. 269.

64. S. AZÚA REYES, N. 59, p. 26.

travinando el deudor a lo pactado, estará tenido al pago de todos los daños y perjuicios ocasionados al acreedor con la ejecución del hecho cuya omisión se le había prometido”⁶⁵.

Es importante resaltar el último inciso del artículo 1571 del Código Civil en virtud del cual “[e]l acreedor quedará de todos modos indemne”⁶⁶. De este se destaca la necesidad de reparar al acreedor cualquier daño que haya sufrido por la realización del hecho prohibido, sea que esta reparación se alcance por medio de la destrucción del hecho o a través del pago de una indemnización. Una vez establecidas ambas alternativas, cabe analizar a cuál de ellas puede recurrir el inversionista ante el incumplimiento a la cláusula de estabilidad.

3.4.2 *¿Cabe la destrucción del hecho prohibido ante el incumplimiento a la cláusula de estabilidad?*

Al irrumpir la estabilidad jurídica existe una alteración del equilibrio económico del contrato. Ello debido a que los riesgos y cargas se fijaron bajo el entendido que ninguna modificación en la normativa estabilizada afectaría la inversión. En consecuencia, para revertir los daños generados, es necesario que se retome el equilibrio económico del contrato, ya sea dejando sin efecto el acto administrativo mediante el cual se alteró la estabilidad jurídica o renegociando el contrato. Estas opciones dependerán de quién alteró la estabilidad jurídica, la Entidad Delegante u otra entidad del Estado.

Si fue la Entidad Delegante quien afectó la estabilidad, es posible que exista una revocatoria del acto administrativo mediante el cual se incumplió la obligación y que de este modo se destruyan los efectos del hecho dañoso. El artículo 103 del COA establece que entre las formas por las que se puede extinguir un acto administrativo están **(i)** las razones de legitimidad y **(ii)** la revocatoria⁶⁷.

65. J. POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, Rogers, 1839, p. 88.

66. Código Civil, N. 56, Art. 1571.

67. El artículo 103 del COA prescribe que “El acto administrativo se extingue por: **(I)** Razones de legiti-

Respecto a la primera es importante tomar en cuenta que no en todos los casos será posible atacar el acto administrativo por su ilegitimidad. Ello debido a que, al suscribir una cláusula de estabilidad, el Estado conserva intacta la facultad de emitir o modificar su legislación. En consecuencia, es plenamente legítimo que el Estado, en uso de sus facultades soberanas, aplique sus leyes incluso a un inversionista protegido por una cláusula de estabilidad. Así, pese a que el acto administrativo mediante el cual se altera la estabilidad jurídica genere un daño, y una correspondiente responsabilidad de la Entidad Delegante, dicho acto es legítimo.

La legitimidad de este acto solo podrá cuestionarse si ocurre alguna de las causales contempladas en el artículo 105 del COA⁶⁸. Es por ello que, por regla general, el acto por el cual se irrumpe la estabilidad jurídica no es un acto con vicios de ilegitimidad. Siendo así, es del todo probable que ante el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad no quepa la extinción del acto administrativo por razones de legitimidad. De ser así, cabe analizar, entonces, la viabilidad de la revocatoria.

El artículo 118 del COA prescribe la posibilidad de que la Administración revoque el acto administrativo desfavorable para el administrado en aquellos casos en los que “tal revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por el ordenamiento jurídico o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”⁶⁹. Es claro que la Ley APP permite incluir en los contratos de gestión delegada una cláusula de esta-

midad, cuando se declara su nulidad; (2) Revocatoria, en los casos previstos en este Código; (3) Cumplimiento, cuando se trata de un acto administrativo cuyos efectos se agotan; (4) Caducidad, cuando se verifica la condición resolutoria o se cumple el plazo previsto en el mismo acto administrativo o su régimen específico; (5) Ejecución de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que se deriven de él, de conformidad con la ley, si no se ha previsto un régimen específico”.

68. El artículo 105 contempla las siguientes causales de nulidad del acto administrativo: (i) sea contrario a la Constitución y a la ley; (ii) viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide; (iii) se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo; (iv) se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado; (v) determine actuaciones imposibles; (vi) resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo; (vii) se origine en hechos que constituyan una infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada; y, (viii) se origine de modo anticipado en un acto de simple administración.

69. COA, N. 53, Art. 118.

bilidad jurídica, por lo que si se revoca el acto en consideración a la estabilidad jurídica que la propia Entidad Delegante garantizó en el contrato, tal revocatoria se sustentaría precisamente en una exención permitida por el ordenamiento jurídico y que bajo ningún concepto podría contravenirlo.

Al respecto, vale la pena aclarar que la revocatoria del acto no se fundamenta en que el contrato de gestión delegada prime por sobre la ley. La cláusula de estabilidad jurídica no puede ser entendida como una simple disposición contractual, sino que debe recordarse que el propio ordenamiento jurídico habilita al Estado a pactar este tipo de cláusulas, precisamente, en uso de sus facultades soberanas. Por lo tanto, es viable que la Entidad Delegante revoque su propio acto administrativo, en consideración a las disposiciones legales que le facultaron inicialmente a asumir los compromisos que derivan de la cláusula de estabilidad. La revocatoria es, entonces, una opción idónea para destruir el hecho prohibido, siempre y cuando, claro está, los daños generados por el acto sean revertidos mediante su revocatoria, pues, si no es así, la revocatoria del acto resultará insuficiente, por lo que persistiría el deber del Estado de indemnizar los daños generados.

Por otro lado, cabe señalar que la revocatoria se presenta como una alternativa plausible para destruir el hecho prohibido solamente si la Entidad Delegante es quien lo emitió, pues no está facultada a revocar los actos emitidos por otro órgano del Estado. Así, si la revocatoria no depende de la propia Entidad Delegante mal se haría en esperar que el inversionista deba acudir ante otra entidad, con la cual no suscribió el contrato de gestión delegada, para pretender dicha revocatoria, pues conforme lo prescrito en el artículo 1571 del Código Civil la destrucción del hecho prohibido le compete al deudor (es decir, la Entidad Delegante) y al acreedor en aquellos casos en los que esté autorizado. Así, en ningún supuesto tal destrucción está a cargo de un tercero. En consecuencia, si la Entidad Delegante no emitió el acto, la revocatoria no es una alternativa para destruir el hecho prohibido.

Sin embargo, en estos casos es posible que, sin perjuicio de que no se destruya el acto administrativo, exista una destrucción de los efectos dañinos de este acto. Es así que aún en los casos en los que es otra entidad del Estado quien altera la estabilidad jurídica, la Entidad Delegante está en la posibilidad de destruir, por equivalencia, el hecho prohibido, al retomar el equilibrio económico del contrato.

En todo contrato administrativo rige el principio de equilibrio financiero⁷⁰, el cual “implica el mantenimiento de la equivalencia entre las ventajas y las cargas como habían sido calculadas [...] en el momento de perfeccionamiento el contrato”⁷¹. En consecuencia,

[...] cuando la conmutatividad de las prestaciones establecida en la celebración del contrato resulte gravemente afectada, nace tanto para el contratista como para la Administración el derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, correlativamente, *surge en cabeza del contratante correspondiente el deber de la restauración del mismo* (énfasis añadido)⁷².

Al incorporar una cláusula de estabilidad en un contrato de gestión delegada, el inversionista calcula los riesgos asumiendo la permanencia de la normativa que fue estabilizada. En consecuencia, la aplicación de cualquier variación a esta normativa se traduce en un actual o eventual quiebre en el equilibrio económico financiero, existiendo la posibilidad de que el cumplimiento del inversionista se vuelva más gravoso. Cuando tal aplicación se realiza por una institución distinta a la Entidad Delegante, la única forma que tiene la Entidad Delegante, en su calidad de deudor de la obligación contenida en la cláusula de estabilidad jurídica, para destruir los efectos del hecho dañino, es retomar el equilibrio económico del contrato. En caso de no hacerlo, al no

70. Véase, J. PARRA BENÍTEZ, *La teoría del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión como instrumentos que restablecen el equilibrio económico contractual en los Contratos Estatales*, <goo.gl/wBDkvJ>, pp. 185-186.

71. Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, *Juicio No. 409-2007*, 04/12/2007.

72. M. CANAL-SILVA, “La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 15, 2016, p. 147.

existir destrucción de los efectos del hecho dañoso, le corresponderá entonces indemnizar al inversionista el daño generado.

Al respecto vale señalar que el procurar la destrucción del hecho prohibido por equivalencia, mediante la restauración del equilibrio económico del contrato, va de la mano con lo prescrito en el artículo 20.1 de la Ley APP. Según este artículo “[c]uando la parte que se estime afectada comunique a la otra el objeto de la controversia, estas podrán solucionar la disputa mediante diálogos directos o mediación”⁷³. En efecto, antes de accionar la vía arbitral el inversionista podrá en el marco de una negociación (ya sea por diálogos directos o dentro de un proceso de mediación) procurar que se retome el equilibrio económico del contrato. Si tal renegociación es alcanzada, entonces habrá una destrucción de los efectos del hecho dañoso, lo que implica que no existe daño que deba ser indemnizado y como tal no existe controversia que pueda ser sometida a arbitraje. En cambio, si la Entidad Delegante no retoma el equilibrio contractual, existe un incumplimiento y un respectivo daño que debe ser indemnizado.

3.4.3 En caso de no mediar destrucción del hecho prohibido, la Entidad Delegante debe indemnizar al inversionista

El contrato de gestión delegada se suscribe entre el gestor privado –inversionista– y la Entidad Delegante, por lo que al ser la Entidad Delegante quien contrajo las obligaciones del contrato de gestión delegada, es quien al suscribir la cláusula de estabilidad asume la respectiva obligación de indemnización. En consecuencia, si la Entidad Delegante no destruye el hecho prohibido, el inversionista tiene derecho a que la Entidad Delegante, en su calidad de deudora, lo indemnice.

La Entidad Delegante está obligada a indemnizar al inversionista por los daños generados, independientemente de si fue ella, u otra entidad del Estado, quien alteró la estabilidad jurídica del contrato. Si bien el aplicar el inversionista normativa que no

73. Ley APP, N. 1, Art. 20(1).

estaba vigente al momento de la inversión es un acto que no depende necesariamente de la Entidad Delegante, ello no la exime de su deber de indemnización. De hecho, este deber indemnizatorio se ha incluido expresamente en algunos de los contratos de gestión delegada suscritos en el país, tal como se señaló en la sección 2.3⁷⁴.

Es claro que la Entidad Delegante no es siempre la encargada de aplicar la normativa estabilizada, por lo que no tiene sentido pensar que la obligación de indemnizar al inversionista sea exigible solo en casos en los que sea la propia Entidad Delegante quien altere la estabilidad jurídica del contrato. Al contrario, mediante la suscripción de una cláusula de estabilidad jurídica, la Entidad Delegante garantiza al inversionista que aún en los casos en los que sea otra entidad del Estado quien altere la estabilidad jurídica, la Entidad Delegante hará frente a los daños causados. Si no fuere así ¿cuál sería entonces la garantía de pactar una cláusula de estabilidad?

Por tanto, a través de la cláusula de estabilidad jurídica la Entidad Delegante asume la responsabilidad por todo hecho ajeno mediante el cual se aplique, al inversionista, cualquier modificación en la normativa estabilizada. Precisamente,

74. En este punto vale la pena señalar que, en atención a los términos en los que se ha pactado la estabilidad en algunos contratos de gestión delegada en Ecuador (véase notas al pie N. 35 y 36) se podría sostener que en realidad el Estado asume una obligación de hacer, cuya prestación es indemnizar al inversionista en caso que algún cambio en la normativa estabilizada lo afecte. A pesar de ello, la postura de este trabajo es que, independientemente de la redacción empleada, la obligación del Estado es un “no hacer” (no aplicar los cambios en la normativa estabilizada). La obligación indemnizatoria contenida en la cláusula citada no es más que una positivización de los efectos que tiene el incumplir la estabilidad jurídica; situación que otorga aún más certeza al inversionista, pues la redacción de la cláusula no da cabida a que el Estado evada su obligación indemnizatoria ni siquiera alegando falta de causalidad, puesto que la asume expresamente en casos en los que es otra entidad estatal quien altera la estabilidad. Como se señala a lo largo de la sección 3.4 de este artículo, el régimen indemnizatorio de las obligaciones de no hacer implica que en caso de realizarse el hecho prohibido (en este caso, aplicar los cambios en la legislación estabilizada), el deudor está en la obligación de indemnizar. El hecho que en las cláusulas de estabilidad pactadas en algunos contratos de gestión delegada en Ecuador, se contemple expresamente el deber indemnizatorio del Estado en caso de incumplimiento, no cambia la naturaleza de la prestación detrás de la cláusula de estabilidad jurídica. Así, sin perjuicio de la redacción empleada, el Estado, al garantizar estabilidad jurídica al inversionista, debe *abstenerse* de aplicarle cualquier modificación que se dé en la normativa estabilizada, pues, de no hacerlo (incumplir la prestación de no hacer) estará obligado a indemnizar. Esta aclaración resulta relevante a fin de ratificar que el régimen aplicable en caso de incumplimiento del Estado será el previsto para las obligaciones de no hacer, por lo que resulta preciso analizar los supuestos de destrucción del hecho prohibido previstos en la sección 3.4.2.

[en los casos de] responsabilidad contractual por el hecho ajeno, la fuente de imputación al principal deudor no radicaría en su acto personal, sino en aquél del tercero por quien responde. Y, como es evidente, el deudor no respondería por cualquier tercero involucrado en la ejecución de la obligación contractual, dependerá si el deudor participó en dicha elección. Sólo en las hipótesis en que el deudor principal haya introducido -organizado- una ejecución mediante la participación de los terceros deberá responder por estos (énfasis añadido)⁷⁵.

Esta es la situación que se da al pactar una cláusula de estabilidad jurídica. Al otorgar al inversionista la garantía de que los cambios a la legislación estabilizada no le serán aplicados, la Entidad Delegante asume la responsabilidad contractual por los daños que se generen en caso de irrumpir aquella estabilidad.

La modificación y aplicación de la normativa estabilizada no está necesariamente en manos de la Entidad Delegante. De hecho, es por ello que desde la suscripción del contrato, la Entidad Delegante sabe que la ejecución de su obligación de *no aplicación* no depende únicamente de ella, ya que existen otras entidades del Estado que están en la posibilidad de aplicar al inversionista la normativa estabilizada. De esta forma, la ejecución de la obligación de *no hacer*, a cargo de la Entidad Delegante, requiere a su vez de la participación de otros actores estatales; actores que la Entidad Delegante reconoció al acordar, en el contrato de gestión delegada, el alcance de la cláusula de estabilidad. Así, la obligación que asume al incluir una cláusula de estabilidad jurídica conlleva la responsabilidad de indemnizar al inversionista también por los hechos ajenos que generen una inobservancia a su obligación. En consecuencia, no existe razón para desconocer la responsabilidad contractual a cargo de la Entidad Delegante, pues lo contrario sería desnaturalizar la protección que brinda la estabilidad jurídica.

75. C. PIZARRO WILSON, "Obligaciones y responsabilidad civil", *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 13, 2009, p. 242.

4. LA ARBITRABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO A LA CLÁUSULA DE ESTABILIDAD

En esta sección se estudiará cómo la Ley APP regula el arbitraje [4.1]. Posteriormente se tratará si el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad es un caso de arbitrabilidad de actos administrativos [4.2], para, finalmente concluir que el incumplimiento a la cláusula de estabilidad es arbitrable [4.3].

4.1 El arbitraje al amparo de la Ley APP

El artículo 20.2 de la Ley APP prescribe la posibilidad de incluir una cláusula arbitral en el contrato de gestión delegada, por lo que no queda duda que existe habilitación legal para acudir a sede arbitral y resolver las controversias que surjan de estos contratos. Sin embargo, existen una serie de exigencias para que pueda llevarse a cabo este proceso.

El artículo en mención exige que antes de someter la controversia a cualquier método heterocompositivo, las partes realicen diálogos directos o mediación. Si no fuere posible solucionar la disputa, entonces la ley prescribe que el inversionista deberá agotar la vía administrativa antes de llevar el conflicto a arbitraje. El artículo 20 del Reglamento a la Ley APP establece que “[p]revio a iniciar el arbitraje, el gestor privado tendrá la obligación de agotar internamente la vía administrativa *ante la propia entidad pública delegante* [...] (énfasis añadido)”⁷⁶.

En caso que no sea la Entidad Delegante quien altere la estabilidad jurídica, podría presentarse un problema, puesto que el Reglamento a la Ley APP exige que la vía administrativa se agote ante la propia entidad delegante y no queda claro qué sucede en aquellos casos en los que el acto de aplicación no fue emitido por dicha entidad.

76. Reglamento a la Ley APP, N. 33, Art. 20.

Si es necesario que antes de acudir a arbitraje se agote la vía administrativa ante la propia entidad delegante, pero dicha entidad no emitió el acto que alteró la estabilidad jurídica, ¿qué debe hacer el inversionista? A fin de evitar que en sede arbitral la Entidad Delegante objete la competencia del tribunal bajo el argumento de que no se cumplieron todos los presupuestos de admisibilidad, es importante analizar los distintos escenarios.

Por un lado podría pensarse que sin el agotamiento de la vía administrativa no es posible iniciar el proceso arbitral. De ser así, sin importar quién emitió el acto será necesario agotar la vía administrativa ante la entidad delegante. Afirmar aquello implicaría que se requiere de acto administrativo de dicha entidad a fin de poder agotar la vía administrativa y en consecuencia accionar la sede arbitral. A continuación, se partirá de esta premisa a fin de analizar sus efectos.

Como se señaló en la sección 3.4.2 en los casos en los que es otra entidad del Estado la que rompe la estabilidad jurídica, el retomar el equilibrio económico del contrato se presenta como una alternativa plausible para destruir los efectos del hecho dañoso. Ante ello pueden presentarse tres escenarios: **(i)** *La entidad delegante retoma el equilibrio económico del contrato.* En este caso, tal como se expuso en la sección 3.4.2 existe una situación que puede asimilarse a la destrucción del hecho prohibido. Así, al no existir controversia, no es necesario el agotamiento de la vía administrativa, razón por la cual este escenario no amerita mayor análisis; **(ii)** *La entidad delegante no retoma el equilibrio económico del contrato y dicha negativa se declara a través de un acto administrativo.* En este caso, entonces este es el acto que podría impugnarse a fin de agotar la vía administrativa; **(iii)** *La entidad delegante no retoma el equilibrio económico del contrato, pero dicha negativa no se declara a través de un acto administrativo.* Este es el caso que genera mayor dificultad. Por un lado, esta omisión no puede ser entendida como un hecho administrativo, pues el COA, en su artículo 127, es claro al definirlo como “*toda actividad material*”, sin dejar paso a que las omisiones de la Administración constituyan hechos. Por este motivo no es posible activar la vía administrativa a través de los me-

dios existentes para la impugnación de un hecho. Por otro lado, tampoco cabría el silencio positivo ya que los temas contractuales no son objeto de silencio administrativo⁷⁷. Ello se debe a la naturaleza y objetivo del reclamo realizado por el inversionista. El retomar el equilibrio económico del Contrato exige un proceso de negociación entre las partes, por lo que no es posible que el contenido de un contrato sea modificado mediante silencio administrativo. Resulta indispensable que medie consentimiento y el silencio no puede constituir la aceptación de la Entidad Delegante para la renegociación del contrato. En consecuencia, en este escenario no existe acto administrativo que puede ser objeto de impugnación. Siendo así ¿cómo puede el inversionista agotar la vía administrativa conforme lo exige la Ley APP y su Reglamento?

Este trabajo sostiene que la respuesta a esta pregunta se halla en una interpretación del artículo 20 del Reglamento a la Ley APP. Esta disposición es clara al señalar que la vía administrativa debe agotarse ante la misma entidad delegante. Siendo así, debe entenderse que este requisito únicamente cabe en aquellos casos en los que el hecho violatorio del contrato **(i)** fue emitido por la entidad delegante; **(ii)** por su naturaleza está sujeto a una impugnación administrativa ante esta entidad; y, **(iii)** el remedio que ofrece la vía administrativa sea eficaz para recomponer el incumplimiento a la cláusula de estabilidad.

Afirmar lo contrario, pondría al inversionista en una situación de indefensión pues al verse imposibilitado de cumplir los requisitos de admisibilidad, no podría accionar la sede arbitral. Esta situación llevaría al inversionista a una encrucijada en la que se vería obligado a buscar que la entidad delegante emita un acto administrativo a fin de agotar, de manera aparente, la vía administrativa.

Aquello contravendría la finalidad de este requisito y llevaría a la conclusión de que el reconocimiento del arbitraje en la Ley

77. Al respecto la Procuraduría General del Estado señaló que “no se puede considerar al contratista como administrado a fin de beneficiarse del silencio, por cuanto al haberse celebrado un contrato administrativo, las relaciones entre las partes se rigen por lo estipulado en el contrato”. Procuraduría General del Estado, *Oficio No. 13521*, RO No. 233, 12/07/2010.

APP es una mera ficción, ya que el agotamiento de la vía administrativa resultaría sumamente gravoso para el inversionista a tal punto que la cláusula arbitral devendría en inejecutable. En consecuencia, la posición de este trabajo es que no corresponde agotar la vía administrativa cuando no sea posible interponer recurso de impugnación alguno ante la propia Entidad Delegante.

Por otro lado, si bien la ley reconoce la posibilidad de arbitraje nacional e internacional, también impone una serie de exigencias para que el arbitraje se lleve a cabo. En primer lugar, tal como lo prescribe el artículo 19 del Reglamento a la Ley APP, tanto para arbitraje nacional como internacional, la cláusula arbitral deberá ser aprobada por el Procurador General del Estado. Respecto al arbitraje nacional, el artículo 21 del Reglamento señala que **(i)** el proceso debe ser administrado en un centro de arbitraje de reconocida trayectoria, que no tenga menos de 10 años de experiencia; **(ii)** el arbitraje debe ser en Derecho; **(iii)** la legislación aplicable debe ser ecuatoriana; y, **(iv)** los laudos deben ser definitivos y obligatorios para las partes.

En cuanto al arbitraje internacional, este último podrá ventilarse únicamente en una sede regional, tal como lo exige el artículo 19 de la Ley APP⁷⁸. Además, conforme lo prescribe el artículo 22 del Reglamento, este arbitraje **(i)** será en derecho; **(ii)** en idioma castellano; y, **(iii)** la legislación aplicable será la ecuatoriana.

Finalmente, este artículo prescribe que “todas las controversias relacionadas, directa o indirectamente, con asuntos de naturaleza tributaria no podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán tramitarse ante los tribunales competentes de la República del Ecuador”⁷⁹. El alcance de esta disposición debe ser analizado junto con el segundo inciso del artículo 20.2 de la Ley APP según el cual “[n]o se someterán a arbitraje los asuntos tributarios, así como ningún otro acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano”⁸⁰. Al

78. Es artículo prescribe que “[e]n el caso de que se sometan las controversias contractuales al arbitraje internacional, este se realizará ante una instancia arbitral regional latinoamericana”.

79. Ley APP, N. 1, Art. 19.

80. Ley APP, N. 1, Art. 20.

comparar ambas disposiciones es posible evidenciar que la prohibición respecto a temas tributarios es más amplia que aquella respecto a la potestad legislativa y regulatoria del Estado. Sin embargo, como se evidenciará en este artículo, ninguna de estas prohibiciones impide que se someta a arbitraje el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad.

4.2 El incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad: ¿un caso de arbitrabilidad de actos administrativos?

Como se señaló en la sección 3.3, el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad se materializa a través de actos administrativos. Sin perjuicio de las distintas posturas que existen respecto a la posibilidad de someter a arbitraje estos actos⁸¹, e independientemente de que este artículo se incline a favor de su arbitrabilidad, a continuación se aclararán ciertas salvedades sobre el caso particular del incumplimiento a la cláusula de estabilidad, a fin de analizar si este incumplimiento es un caso de arbitrabilidad de actos administrativos.

En primer lugar, debe recordarse que en el caso que nos ocupa existe un acto administrativo que genera daños sin ser necesariamente anulable. Ello se debe a que, como se señaló anteriormente, el acto con el cual se irrumpe la estabilidad jurídica no tiene por qué incurrir en alguna de las causales de nulidad contempladas en el artículo 105 del COA⁸². En este sentido, no cabe discutir en ninguna sede su ilegitimidad, es decir que condenar al Estado al pago de la indemnización no implica cuestionar en sede arbitral la legalidad del acto administrativo en cuestión. El inversionista no pretende anular el acto, sino que espera simplemente que la Entidad Delegante lo indemnice por el daño ocasio-

81. Es posible identificar tres tendencias: (i) aquella que niega por completo la arbitrabilidad de los actos administrativos; (ii) aquella que admite la arbitrabilidad de los efectos económicos de los actos administrativos, negando la posibilidad de arbitrar aspectos relacionados a su legalidad; y, (iii) aquella que acepta que se arbitre inclusive la legalidad de los actos administrativos, con los únicos límites impuestos en la ley. Véase, J. P. AGUILAR, *Arbitrabilidad de Actos Administrativos*, Tesis de Postgrado. Universidad San Francisco de Quito, 2014 y F. LARREA, “Arbitrabilidad de los Actos Administrativos Contractuales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

82. Véase, N. 68.

nado, por lo que somete a arbitraje un asunto netamente contractual: la responsabilidad indemnizatoria que recae en el Estado en razón de su incumplimiento.

En segundo lugar, cabe señalar que la posibilidad de arbitrar actos administrativos está condicionada a que estos estén vinculados a la relación contractual, es decir, que sean *actos administrativos contractuales* y no actos de *ius imperi*. Por lo general, la aplicación de las modificaciones a la normativa estabilizada será un acto que se realiza en atención a las potestades soberanas del Estado y no es un acto realizado por el Estado en su calidad de parte contractual. De hecho, como se anticipó en este artículo, es del todo posible que el acto que altera la estabilidad jurídica, no sea emitido por la Entidad Delegante. Es por ello que en estos casos, no corresponde analizar si es posible arbitrar el acto administrativo, pues la respuesta será negativa, ya que el acto emitido por una entidad distinta a la Entidad Delegante no es, de forma alguna, un acto administrativo contractual.

Sin perjuicio de ello, no se debe dejar de lado la posibilidad de que el acto a través del cual se altera la estabilidad jurídica, sea a su vez un acto de ejecución contractual. Por ejemplo, en un caso en el cual la normativa que fue estabilizada incluya normas que regulen la forma de terminar unilateralmente el contrato. Si esas normas son modificadas y, posteriormente, la Entidad Delegante aplica dichas modificaciones al inversionista; el acto de terminación unilateral sería a su vez un acto de ejecución contractual y un acto que altera la normativa estabilizada.

En situaciones como esta cabría, entonces, analizar si el acto administrativo contractual puede ser arbitrable. Al respecto, este artículo se inclina por aceptar arbitrar la legalidad de este acto de ejecución contractual. De hecho, cabe resaltar, que a través de una interpretación de la propia Ley APP, es posible sostener que la legalidad de actos administrativos, en el marco de una disputa suscitada en un contrato de gestión delegada, es arbitrable. El artículo 20 la referida norma prescribe que:

[...] Le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de las controversias que se susciten respecto de contratos de gestión delegada:

- a. Cuando no se haya pactado arbitraje nacional o internacional regional en el contrato de gestión delegada.
- b. En los casos que corresponda, si transcurrido el plazo previsto para la notificación al interesado con la resolución que agota la vía administrativa, no se ha ejercido la acción ante la jurisdicción arbitral pactada en el correspondiente contrato de gestión delegada⁸³.

Este artículo es claro al señalar que existen únicamente dos escenarios en los que las controversias derivadas del contrato de gestión delegada deberán ser resueltas ante la jurisdicción contencioso administrativa: **(i)** ante la inexistencia de cláusula arbitral y **(ii)** ante la falta de ejercicio de acción en sede arbitral dentro del plazo de 30 días, previsto en el artículo 20 del Reglamento a la Ley APP⁸⁴.

Por lo tanto, no existe razón para considerar que exista competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos que afecten al contrato de gestión delegada. Si así lo habría querido el legislador bastaba que incluya un tercer caso **(iii)** en el que señale que “le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de las controversias que se susciten respecto de contratos de gestión delegada: [...] c. *Cuando esté en discusión la legalidad de cualquier acto administrativo*”. Al no haberse incluido una exclusión en esos términos, y tomando en cuenta que en Derecho Público la arbitrabilidad debe medirse en función al principio de legalidad y no a la transigibilidad⁸⁵; no existe

83. Ley APP, N. 1, Art. 20.

84. El artículo 20 del Reglamento a la Ley APP prescribe que “[...] Una vez agotada la vía administrativa, el gestor privado tendrá 30 días hábiles para demandar por la vía arbitral”.

85. En arbitraje en el sector público es inadecuado limitar la arbitrabilidad a la transigibilidad de la disputa. Al contrario, dado que la Administración actúa con base en el principio de legalidad, el establecer si procede o no pactar arbitraje dependerá de si la ley lo permite y en qué términos lo hace. Véase, J. P. AGUILAR, N. 81; F. LARREA, N. 81; J. P. AGUILAR, “Derecho administrativo y transigibilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014; R. HUAPAYA TAPIA, “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal”, *Círculo de Derecho Administrativo*, No. 13, 2013, p. 31; E. JEQUIER LEHUEDÉ, “La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40 (1), 2013, p. 179; F. VICENT

impedimento para que un tribunal arbitral conozca asuntos relacionados a la legalidad de actos administrativos que alteren el contrato de gestión delegada; ello con la salvedad de los asuntos tributarios y los actos derivados de la potestad legislativa o regulatoria, dado que en este caso sí existe prohibición expresa.

A pesar de este argumento, es importante dejar en claro al lector que, por regla general, en casos de incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad no corresponderá analizar la viabilidad de someter el acto administrativo a arbitraje. Las situaciones en las que se abrirá paso a este análisis son reducidas, pues, como se explicó anteriormente, exigen que el acto a través del cual se altere la estabilidad jurídica sea a su vez un acto administrativo contractual, cuya legitimidad esté en discusión.

4.3 El incumplimiento a la cláusula de estabilidad es arbitrable

En este apartado se evidenciará que el incumplimiento a la cláusula de estabilidad no es un acto que derive de la potestad legislativa ni regulatoria del Estado, por lo que su arbitrabilidad no se encuentra prohibida [4.3.1]. Como consecuencia de ello, el reclamo que presenta el inversionista ante el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad es un asunto netamente contractual [4.3.2].

4.3.1 El incumplimiento a la cláusula de estabilidad no deriva de la potestad legislativa ni regulatoria del Estado

El artículo 20.2 de la Ley APP impide que se someta a arbitraje todo “acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano”⁸⁶. A fin de determinar

CHULIÁ, “Arbitraje de Impugnación de Acuerdos Sociales. Acto Final”, *Anuario Justicia Alternativa*, No. 1, 2001, p. 114; R. CAIVANO, “Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2, 2006, p. 129; S. MONTES, “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”, *Revista de Derecho Público*, 2002, p. 142.

86. Ley APP, N. 1, Art. 20.

si el incumplimiento a la cláusula de estabilidad es arbitrable es fundamental analizar cuáles son los actos directamente derivados de estas dos potestades.

Refiriéndose a los actos que pueden derivar de la potestad legislativa, GORDILLO aclara que “el régimen jurídico previsto para la función legislativa se aplica únicamente a los actos que sean *materialmente legislativos y que además hayan sido realizados por el órgano legislativo* (cursivas en el original)”⁸⁷. Además, señala la diferencia existente entre la ley y los reglamentos; y, sobre la base de esta diferenciación, establece que:

[...] Esta notoria diferencia de régimen *jurídico* entre la ley y el reglamento nos demuestra que el concepto *jurídico*, formal, de función legislativa, no puede comprender a los reglamentos, a pesar de que por su contenido sean similares. *Los órganos administrativos, pues, no ejercen función legislativa* (énfasis añadido)⁸⁸.

En efecto, se evidencia que la Ley APP, al excluir la posibilidad de arbitrar actos derivados de la potestad legislativa, se refiere exclusivamente a los actos normativos emitidos por los órganos legislativos o cuasi-legislativos, no los actos administrativos dictados por autoridades públicas. Dichos actos están contenidos en el artículo 120 de la Constitución y ninguno de ellos se refiere a la aplicación de la norma. Así, dado que el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad se da mediante la aplicación de la ley, y no por su promulgación [sección 3.2], dicho incumplimiento no deriva de la potestad legislativa del Estado.

Respecto a la potestad reguladora, IBÁÑEZ afirma que:

La potestad reguladora es aquella atribuida por la Constitución Política a diferentes autoridades para que *mediante actos administrativos normativos, de carácter general, impersonal y abstracto*, sea con sujeción a las reglas generales que señale el le-

87. A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 8, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 91.

88. Ídem, p. 92.

gislador o con sujeción directamente a lo que determine la misma Constitución Política, se cree por primera vez el ordenamiento jurídico en aquellas materias en las cuales el constituyente considera que debiendo existir regulación ella no deba ser de carácter legislativo (énfasis añadido)⁸⁹.

En consecuencia, el ejercicio de esta potestad se manifiesta a través de actos de carácter general. En cambio, el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad se materializa necesariamente a través de un acto de carácter individual, pues requiere la aplicación, al inversionista, de la modificación a la normativa estabilizada (sección 3.3).

Si bien la Constitución no se refiere expresamente a la potestad regulatoria, es posible definir su alcance al amparo del artículo 10 (h) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante, ERJAFE). Este artículo prescribe que la potestad de regulación “[e]s la facultad de *emitir normas* para el adecuado y oportuno desarrollo y cumplimiento de la política pública y la prestación de los servicios, con el fin de dirigir, orientar o modificar la conducta de los agentes regulados (énfasis añadido)”⁹⁰. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, se refirió a esta potestad en sentencia de 9 de enero de 2004 al establecer que:

La Constitución en el inciso segundo del art. 228 dice que la facultad legislativa de los consejos provinciales y de las municipalidades se expresará en ordenanzas. La expresión “facultad legislativa” se presta a equívocos; *habría sido preferible la facultad “normativa” o “reguladora”* que es indiscutiblemente lo que el legislador constituyente quiso expresar, puesto que él bien sabía que “legislar” en el sentido estricto de dictar leyes, es potestad exclusiva de la Función Legislativa; en todo caso, la disposición en referencia muestra que es absolutamente constitucional la atribución de las municipalidades y

89. J. E. IBÁÑEZ NAJAR, “Alcance y Límites de las Potestades Regulatoria y Reglamentaria. La división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario”, *Revista Universitas*, 2013, p. 26.

90. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 10, RO No. 536, 18/03/2002.

los consejos provinciales de expedir normas secundarias, a través de ordenanzas. En consecuencia, la facultad de las municipalidades para sancionar mediante multas las infracciones tipificadas en las ordenanzas y más normas que rigen la actividad municipal, se halla establecida en las disposiciones constitucionales relativas al Régimen Seccional (énfasis añadido)⁹¹.

En este caso, la Corte Suprema estableció que la potestad reguladora es aquella que permite expedir normas secundarias, es decir, la facultad de emitir actos normativos. Sin embargo, también sostuvo que es a través de esta facultad que las municipalidades están en capacidad de “sancionar mediante multas las infracciones tipificadas en las ordenanzas y más normas que rigen la actividad municipal”; por lo que podría también pensarse que en este caso la Corte Suprema consideró que la facultad reguladora abarca la potestad de *aplicar* dichas normas secundarias.

No obstante, un análisis más amplio de la jurisprudencia ecuatoriana permite concluir que en realidad la potestad regulatoria se refiere a la facultad de emitir normas. Así, por ejemplo, la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 13 de diciembre de 2008, tras analizar las disposiciones de las letras a y b del artículo 51 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, concluyó que estas “determinan una potestad regulatoria en materia de remuneraciones en el sector público”⁹². Las disposiciones en cuestión se refieren a la potestad de **(a)** “determinar las políticas salariales a aplicarse en las instituciones del Estado” y **(b)** “establecer mediante resoluciones de carácter obligatorio para todas las instituciones del Estado, las normas relativas al control de la masa salarial y la regulación de su incremento”. Por lo tanto, es claro que la potestad regulatoria se asimila a la facultad de emitir normas de carácter general.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 21 de enero de 2003 identificó que una de las facultades regulatorias

91. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Juicio No. 220/2001*, 09/01/2004.

92. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Juicio No. 391-06*, 13/12/2006.

del CONATEL consiste en la posibilidad de “que expida el reglamento que se aplicará para otorgar las concesiones de los servicios de telecomunicación”⁹³. De igual forma, en sentencia de 06 de abril de 2016, la Corte Constitucional señaló que “el entonces Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión tenía en general una facultad regulatoria de los servicios de radiodifusión y televisión y específicamente, una *potestad normativa para expedir reglamentos administrativos o técnicos complementarios en esta materia* (énfasis añadido)”⁹⁴.

Sobre la base de ello, se concluye que la potestad regulatoria implica la facultad de emitir normas de carácter general. Al no ser posible arbitrar actos con efecto *erga omnes* (pues solo se admite la arbitrabilidad de actos administrativos contractuales⁹⁵), no sorprende entonces que la Ley APP excluya la posibilidad de arbitrar los actos derivados directamente de la potestad legislativa o regulatoria del Estado, pues en ambos casos estamos ante actos de carácter general.

4.3.2 *El incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es un asunto netamente contractual, razón por la cual su arbitrabilidad es indiscutible*

A lo largo de este artículo ha quedado claro que al suscribir una cláusula de estabilidad el Estado asume una obligación de no hacer y que en caso de no ser posible destruir los efectos dañinos del hecho prohibido, la Entidad Delegante está obligada a indemnizar al inversionista. Así, el inversionista acude a arbitraje con el objetivo de que el tribunal arbitral condene a la Entidad Delegante al pago de la indemnización correspondiente. Conocer sobre esta indemnización es un asunto netamente contractual.

El tribunal arbitral deberá analizar si existió o no incumplimiento y sobre la base de ello resolver respecto de la responsabilidad contractual que recae en la Entidad Delegante. En ningún

93. Tribunal Constitucional, *Caso No. 009-2002-TC*, 21/01/2003.

94. Corte Constitucional, *Caso No. 006-10-IA*, 06/04/2016.

95. Véase, J. P. AGUILAR, N. 81 y F. LARREA, N. 81.

momento el tribunal arbitral se verá en la necesidad de pronunciarse sobre la validez de las leyes promulgadas o sobre la potestad soberana que tiene el Estado para aplicar dichas leyes. Siendo así, no existe un sometimiento a arbitraje de actos que deriven de la potestad legislativa o regulatoria del Estado.

Lo mismo sucede con la prohibición que contempla el artículo 20.2 respecto a la posibilidad de arbitrar los *asuntos* tributarios. Es decir, en un caso en el que la normativa estabilizada contemple normas que otorgan incentivos tributarios, no se pretende que el tribunal arbitral conozca los temas tributarios, sino únicamente que se pronuncie sobre el incumplimiento contractual y sus efectos indemnizatorios.

En consecuencia, no queda duda que el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es un asunto contractual y, como tal, es arbitrable al amparo de lo prescrito en el artículo 20.2 de la Ley APP.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo ha sido posible llegar a una serie de conclusiones que permiten evidenciar que el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es arbitrable. Estas conclusiones se refieren **(i)** al régimen de la cláusula de estabilidad en el Derecho de Inversiones y su regulación en la legislación ecuatoriana; **(ii)** a la naturaleza de los compromisos asumidos por el Estado a través de la suscripción de una cláusula de estabilidad jurídica y los efectos de su incumplimiento; y, **(iii)** a la arbitrabilidad del incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad.

Sobre el régimen de la cláusula de estabilidad en el Derecho de Inversiones y su regulación en la legislación ecuatoriana:

Primero, en el Derecho de Inversiones la cláusula de congelamiento tiene por objetivo otorgar al inversionista seguridad sobre el régimen jurídico que regulará su inversión.

Segundo, la suscripción de una cláusula de estabilidad no contraviene la soberanía estatal. El Estado no está impedido de emitir nuevas normas, o de modificarlas, sino que, en ejercicio de sus facultades soberanas, asume el compromiso de no aplicar determinadas normas al inversionista.

Tercero, en Ecuador, la Ley APP prescribe, como uno de sus incentivos, la posibilidad de incluir una cláusula de congelamiento parcial. Así, no es posible otorgar estabilidad sobre todo el ordenamiento jurídico, sino que exclusivamente sobre la normativa sectorial específica que haya sido declarada como esencial en el contrato de gestión delegada. Además, no tiene cabida el cuestionar la validez de estas cláusulas por considerarlas contrarias a la soberanía estatal pues el artículo 10 del Reglamento a la Ley APP prescribe claramente que pese a la incorporación de una cláusula de estabilidad, el Estado conserva su facultad regulatoria.

Sobre la naturaleza de los compromisos asumidos por el Estado a través de la suscripción de una cláusula de estabilidad jurídica y los efectos de su incumplimiento

Primero, a través de la cláusula de estabilidad el Estado contrae una obligación de no hacer, cuya prestación consiste en abstenerse de aplicar al inversionista las modificaciones a las normas sobre las cuáles se pactó estabilidad.

Segundo, sobre la base de aquello se evidencia que el incumplimiento del Estado consiste en aplicar al inversionista alguna modificación a la normativa estabilizada, por lo que la simple promulgación o modificación de una ley no implica incumplimiento.

Tercero, este incumplimiento se da mediante un acto administrativo, a través del cual se crea una nueva situación jurídica para el inversionista en cuestión, el cual, previo a dicho acto, no se encontraba bajo los efectos de la norma que fue modificada.

Cuarto, debido a que toda obligación nace para cumplirse, ante el incumplimiento de una obligación de no hacer, debe preferirse la destrucción del hecho prohibido por sobre la indemnización de perjuicios. Así, solo en caso de no ser posible tal destrucción cabrá la indemnización. Frente al incumplimiento a la Cláusula de Estabilidad, la forma en la que se alcanza esta destrucción dependerá de quien alteró la estabilidad jurídica: **(i)** la Entidad Delegante u **(ii)** otra entidad del Estado. En el primer escenario la destrucción del hecho prohibido requiere que se deje sin efecto el acto por medio del cual se aplicó cualquier modificación a la normativa estabilizada (lo cual incluye revertir cualquier daño generado). En cambio, en el segundo caso, la destrucción, por equivalencia, consiste en retomar el equilibrio económico del Contrato. Por último, en caso de no ser posible la destrucción del hecho, es la Entidad Delegante quien debe indemnizar al inversionista los perjuicios generados, independientemente de si fue ella quien modificó la estabilidad jurídica.

Sobre la posibilidad de someter a arbitraje el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad:

Primero, la Ley APP impone una serie de requisitos para que se lleve a cabo el arbitraje, entre los cuales se encuentran **(i)** requisitos de admisibilidad: agotamiento de fases previas: diálogos directos, mediación y vía administrativa; **(ii)** requisitos de validez: la necesidad de contar con aprobación del Procurador General del Estado; **(iii)** requisitos sobre el proceso: la necesidad de ser un arbitraje en derecho, el idioma, la normativa aplicable, el centro ante el que puede llevarse, etc.; y, **(iv)** requisitos sobre la arbitrabilidad: una prohibición amplia respecto a los asuntos tributarios y una más restringida sobre actos que deriven directamente de las potestades legislativa y regulatoria.

Segundo, el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad no es, por regla general, un caso en el que quepa analizar la arbitrabilidad de actos administrativos. Sin embargo, en los casos, excepcionales, en los que sí corresponde; este trabajo se inclina por la posibilidad de arbitrar dichos actos, ello tomando en

consideración las particularidades que existe en el Derecho Público respecto a la transigibilidad y la arbitrabilidad.

Tercero, el acto mediante el cual se materializa el incumplimiento del Estado no deriva directamente de la potestad legislativa ni regulatoria del Estado, pues de estas potestades derivan exclusivamente actos de carácter normativo, no de carácter individual. Por lo tanto, el incumplimiento del Estado a la cláusula de estabilidad es un asunto netamente contractual que, al no derivar de ninguna de estas potestades, es plenamente arbitrable al amparo de lo prescrito en el artículo 20.2 de la Ley APP.

Sobre la base de estas conclusiones, se confirma que el incumplimiento del Estado a la Cláusula de Estabilidad es arbitrable, pues no se encuentra contenido en la prohibición del artículo 20.2 de la Ley APP. Ello en razón que, al suscribir una cláusula de estabilidad, el Estado asume una obligación de no hacer, cuyo incumplimiento acarrea una responsabilidad indemnizatoria a cargo de la Entidad Delegante. El acto mediante el cual se configura este incumplimiento no deriva de la potestad legislativa o regulatoria del Estado, y en consecuencia, no existe razón para cuestionar su arbitrabilidad al amparo del artículo 20.2 de la Ley APP.



H O N E S T I D A D

E F I C I E N C I A

E X P E R I E N C I A

MEYTHALER & ZAMBRANO

ABOGADOS

Quito: Av. 6 de diciembre
2816 y Paúl Rivet, Edificio
Josueth González, Piso 10,
Teléfonos: (593-2) 2232720,
Fax: (593-2) 2568613

Guayaquil: Ciudad Colón,
Edificio Empresarial 2,
Oficina 308,
Teléfono: (593-4) 3901953
info@lmzabogados.com

W W W . L M Z A B O G A D O S . C O M

Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo*

*Valentina Centeno Arteaga***

*Ana Belén Morales Solís****

*Romina Isabel Sánchez Romero*****

Recibido/Received: 06/07/2018

Aceptado/Accepted: 23/07/2018

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La acción de nulidad y su finalidad. 3. Las causales de nulidad de laudo arbitral en el Ecuador. 4. Los criterios de competencia en un proceso arbitral. 4.1 Competencia *ratione materiae*. 4.2 Competencia *ratione personae*. 4.3 Competencia *ratione voluntatis*. 5. La incompetencia como causal de nulidad del laudo en el derecho comparado. 5.1 Breve análisis del caso colombiano. 5.2 La incompetencia como causal en Chile. 6. ¿Se requiere la causal de nulidad por falta de competencia del tribunal arbitral en el Ecuador? 7. Obstáculos de la causal por falta de competencia en la acción de nulidad. 8. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Acción de nulidad, laudo, debido proceso, competencia, causales.

* Este trabajo fue uno de los ganadores del concurso de ensayos escritos realizado en el marco del curso de Procesos Arbitrales, dictado por Javier Jaramillo Troya, Profesor de la Universidad San Francisco de Quito.

** Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: valen_centeno@hotmail.es

*** Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: anabelenmcap@gmail.com

**** Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: romiisanz96@gmail.com

KEYWORDS: Action of nullity, award, due process, competence, causes.

RESUMEN: La acción de nulidad del laudo arbitral protege el derecho al debido proceso, esto incluye el derecho a ser juzgado por un juez competente. Las partes tienen la facultad de pedir la revisión de la competencia del tribunal arbitral en sede judicial. Al analizar la competencia del árbitro se deben aplicar tres criterios: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione voluntatis*. Sin embargo, la Ley de Arbitraje y Mediación solo se pronuncia sobre la falta de competencia del árbitro por materia no sometida a arbitraje.

Este artículo propone analizar la incorporación de una causal de nulidad expresa por la falta de competencia del árbitro que abarque los tres criterios antes mencionados. Se analizará la utilidad de dicha causal y los obstáculos en su implementación.

ABSTRACT: The annulment action of the arbitral award protects the right to due process, this includes the right to be judge by a competent authority. The parties have the power to request the review of the competence of the arbitral tribunal in court. When analyzing the arbitrator's competence, three criteria may be applied: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione voluntatis*. However, the Arbitration and Mediation Law only pronounces on the arbitrator's lack of competence in matters not submitted to arbitration.

This article refers to the incorporation of a ground of nullity expressed by the lack of competence of the arbitrator, which covers the three criteria mentioned above. The usefulness of the causal and the obstacles in its implementation are also analyzed.

1. INTRODUCCIÓN

Ha transcurrido alrededor de veintiún años de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM)¹. Ante varias incertidumbres que la norma genera, no cabe duda que se requiere una reforma.

La acción de nulidad de laudo arbitral ha sido uno de los puntos más controvertidos de la LAM; no sólo por los errores que contiene, sino también por omisiones. Vista la importancia que tiene la acción de nulidad como un mecanismo para salvaguardar garantías básicas del debido proceso², se debe analizar a profundidad las necesidades que deberían considerarse ante una eventual reforma. Así, la omisión de la causal de incompetencia del tribunal como causal de nulidad es uno de los elementos que requiere la atención del legislador.

El objetivo de este estudio es determinar la necesidad de incorporar la incompetencia del tribunal como una causal de anulación del laudo arbitral en la LAM. Para ello, se analizará: **(i)** los fines de la acción de nulidad, **(ii)** la ambigüedad de los criterios para determinar la competencia de un tribunal arbitral, **(iii)** la causal de incompetencia en el derecho comparado y, finalmente, **(iv)** la necesidad y los obstáculos de la inclusión de una nueva causal en el sistema jurídico ecuatoriano.

2. LA ACCIÓN DE NULIDAD Y SU FINALIDAD

La esencia del arbitraje es su carácter privado, pues emana de la voluntad de dos o más partes de someter una controversia a jurisdicción arbitral³. A pesar de ser de naturaleza privada, el arbitraje es un proceso de administración justicia⁴. Por esta razón,

1. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), RO No. 145, 4/9/1997.

2. D. BARRIOS DE ANGELIS, *El Juicio Arbitral*, Universidad de Montevideo, 1956, p. 297.

3. J. FERNÁNDEZ, "Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho privado y Constitución*, No. 19, 2005, p. 56.

4. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 7, RO No. 544, 20/10/2008.

es un mecanismo que está sujeto a regulaciones mínimas para garantizar principios que emanan de la Constitución y la ley⁵.

La acción de nulidad no está encaminada a corregir errores *in judicando* del laudo, sino irregularidades de la actividad exclusivamente procesal; es decir, errores *in procedendo*⁶. Por ello, esta acción sólo se propone una vez que el laudo ha causado ejecutoria⁷.

La actuación de los árbitros deberá respetar principios y garantías fundamentales del proceso. Como menciona CORONEL, “[l]as normas del debido proceso [...] deben ser respetadas en el arbitraje, al igual que en todo proceso y en todas las etapas del procedimiento”⁸. De esta manera, la presente investigación se enfocará en dos garantías del debido proceso que deben ser respetadas por el árbitro: el derecho al doble conforme y el derecho a ser juzgado por un juez competente.

La Constitución de la República del Ecuador (en adelante, Constitución) en su artículo 76, numeral 7 literal m) reconoce el derecho a “[r]ecurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”⁹. Es decir, el derecho al doble conforme permite que la decisión sea revisada por un órgano superior para otorgarle mayor legitimidad, seguridad y tutela¹⁰. Bajo esta noción, la acción de nulidad es una expresión amplia del debido proceso. Ello en virtud que permite a las partes impugnar un laudo, en un procedimiento autónomo, si se verifican ciertas causales previamente establecidas¹¹.

Por otro lado, las garantías básicas del debido proceso incluyen el derecho de las partes a ser juzgado por autoridad competente. Según el artículo 76 numeral 7 literal k) de la Constitución, el derecho al debido proceso incluye el derecho a “[s]er juzgado

5. B. CREMADES, “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, *Lima Arbitration*, No. 1, 2006, p. 186.
6. Tribunal Superior de Bogotá, *Causa No. 11001220300020070038601*, 29/11/2007.
7. LAM, N. 1, Art. 31.
8. C. CORONEL, “Arbitraje y Procedimiento”, *Iuris Dictio Revista de Derecho*, Vol. 7, 2007, p. 39.
9. Constitución de la República del Ecuador, Art. 76(7)(m), RO No. 449, 20/10/2008.
10. Corte Constitucional del Ecuador, *Caso No. 007-16-SCN-CC*, 28/10/2016.
11. LAM, N. 1, Art. 31.

por una jueza o juez independiente, imparcial y *competente* [...]” (énfasis añadido)¹².

Aquello también es reconocido por sistemas internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 establece el “derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un *tribunal competente, independiente e imparcial*” (énfasis añadido)¹³. Asimismo, este derecho es reconocido en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴. El ordenamiento jurídico exige que toda controversia sea resuelta por una autoridad competente, ya sea en vía ordinaria o en vía arbitral, las partes gozan de esta protección y de la facultad de solicitar una segunda revisión de la competencia del tribunal arbitral.

En conclusión, a pesar que los árbitros no son jueces ordinarios, toman decisiones impartiendo justicia¹⁵. De violarse normas del debido proceso en cualquier etapa del procedimiento arbitral, como la incompetencia de la autoridad que resuelve la disputa, las partes podrán activar la vía de control *in procedendo*; es decir, la acción de nulidad de laudo arbitral.

3. LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL EN EL ECUADOR

La acción de nulidad del laudo arbitral tiene su fundamento en la desconfianza que tiene el Estado en un mecanismo privado de solución de conflictos¹⁶. Por ello, las causales de nulidad buscan proteger bienes jurídicos de tal importancia que ameritan una revisión por parte de un órgano jurisdiccional, dentro de una institución completamente autónoma que es el arbitraje¹⁷.

12. Constitución de la República del Ecuador, N. 9, Art. 76 (7)(k).

13. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Art. 14.

14. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Art. 8.

15. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 5.

16. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “Orden Público y Arbitrabilidad”, *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 9, 2008, p. 10.

17. M. VÁSQUEZ, “Comprensión del principio ‘competencia-competencia’ y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral”, *Revista chilena de derecho privado*, No. 15, 2010, pp. 181-196.

Las causales previstas en la LAM son:

- 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 arbitral¹⁸.

No es objeto de este estudio, el análisis profundo de cada una de las causales. Sin embargo, es importante resaltar las siguientes conclusiones: **(i)** las tres primeras causales son una manifestación del interés del Estado del derecho a la defensa; **(ii)** la cuarta causal tiene dos partes importantes. Primero, la nulidad que puede generar los vicios de incongruencia en el laudo arbitral. Segundo, la interpretación de la expresión “cuestiones no sometidas a arbitraje” como una causal de incompetencia respecto a la voluntad. Esta causal será estudiada a fondo en la sección 4.3 del presente estudio.

Finalmente, **(iii)** la quinta causal se refiere a cuestiones procedimentales de la conformación del tribunal arbitral. Esta causal no busca atacar la competencia del tribunal, ni la validez o ejecutabilidad del convenio arbitral¹⁹.

18. LAM, N. 1, Art. 31.

19. Corte Provincial de Pichincha, *Causa No. 17100-2014-0010*, 07/08/2015.

4. LOS CRITERIOS DE COMPETENCIA EN UN PROCESO ARBITRAL

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) considera la competencia del juzgador como una solemnidad sustancial común a todos los procesos²⁰. Expresamente, el artículo 112, capítulo IX, sobre Nulidad de Sentencia, establece como causal de nulidad la falta de jurisdicción o competencia del juzgador²¹. Además, en el artículo 153 numeral 1 de la norma mencionada establece como excepción previa la incompetencia del juzgador²². La mera duda sobre la competencia del juzgador se tramita por los llamados juicios de competencia, previstos en los artículos 14 y 15 del COGEP²³. Así, la competencia es fundamental en un proceso judicial.

Por otro lado, en arbitraje internacional también es indispensable el análisis de la competencia del tribunal. La doctrina lo denomina “laudo de competencia”²⁴; el cual está destinado a la resolución de cuestiones incidentales del proceso. Se trata que el tribunal arbitral deberá pronunciarse sobre el alcance de su mandato y de sus atribuciones²⁵. En el arbitraje local ecuatoriano, el momento procesal para análisis la competencia del árbitro se realiza en una audiencia de sustanciación, según el artículo 22 de la LAM²⁶.

Cabe recalcar que los criterios de valoración en juicio de competencia en sede judicial son distintos a aquellos aplicables en sede arbitral. La competencia de los jueces ordinarios se determina en razón a la persona, materia, territorio y grado. Ello conforme el artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador²⁷. El análisis de estos criterios no requiere una interpretación extensiva de la ley, basta subsumir los hechos a los presupuestos de la norma. Por otro lado, los criterios que determinan la competencia de los árbitros giran en torno a verificar: (i) la ar-

20. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Art. 107, RO Sup. No. 506, 22/5/2015.

21. COGEP, N. 20, Art. 112.

22. COGEP, N. 20, Art. 153.

23. COGEP, N. 20, Arts. 14 y 15.

24. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, Porrúa, 2008.

25. R. DE PINA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Porrúa, 1997.

26. LAM, N. 1, Art. 22.

27. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 5, Art. 156.

bitrabilidad de la materia, **(ii)** las personas que manifestaron la voluntad de arbitrar y **(iii)** la voluntad de las partes respecto al ámbito y alcance de la cláusula arbitral²⁸.

Los criterios mencionados son susceptibles de amplias interpretaciones por parte de los árbitros que conocen la causa. En las siguientes secciones se procede a analizar la competencia del tribunal arbitral en razón de tres parámetros: *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione voluntatis*.

4.1 Competencia *ratione materiae*

La LAM en su artículo 1 establece que: “[e]l sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las *controversias susceptibles de transacción* [...]” (énfasis añadido)²⁹. Para determinar que controversias son susceptibles de transacción, es necesario remitirse al artículo 8 del Código Civil Ecuatoriano (en adelante, Código Civil) que prescribe “a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”³⁰. La interpretación de esta norma, según PARRAGUEZ y DARQUEA, es que: “será transigible todo aquello que no haya sido declarado expresamente como no transigible por ley”³¹. No obstante, la ley no regula todos los supuestos que no se puede transigir; y, si lo regula, esta no suele ser clara. Aquello ha generado puntos de controversia, por ejemplo, en materia laboral³².

Ante la ausencia de regularidad o claridad por la ley, se ha tomado el criterio de orden público para determinar la arbitrabilidad de la materia³³. A pesar que existe referencia expresa al

28. S. RODRÍGUEZ, “El sistema arbitral del CIADI”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII, 2006, p. 783.

29. LAM, N. 1, Art. 1.

30. Código Civil, Art. 8, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

31. L. PARRAGUEZ y J. DARQUEA, “La Arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, p. 97.

32. M. JARA, “Reflexiones sobre el arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de conflictos individuales de trabajo”, *Revista de Derecho*, No. 24, 2015, p. 40.

33. R. CAIVANO, “Arbitrabilidad y Orden Público”, *Foro Jurídico*, No. 12, 2013, p. 65.

orden público en varios cuerpos normativos como la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional³⁴ y Ley de Arbitraje del Perú³⁵, no se ha logrado un consenso respecto a su definición. Entre los intentos de definirlo, se puede destacar al orden público como “aquellas nociones de moralidad y justicia dentro del sistema jurídico de cada estado”³⁶. El orden público también es considerado como la prevalencia del interés general sobre el individual³⁷. La definición de orden público es amplia, por lo que se encuentra sujeta a extensivas interpretaciones. La Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia presupone que usar el criterio de orden público es un estándar alto y rara vez alcanzado³⁸.

Así, se demuestra que existe un área gris cuando el árbitro realiza una valoración de conceptos abstractos para determinar su competencia *ratione materiae* ¿Podrían cometerse errores en este ejercicio de valoración? Sin duda alguna.

4.2 Competencia *ratione personae*

El arbitraje tiene su esencia en la autonomía de la voluntad de las partes que se expresa en el convenio arbitral³⁹. La competencia en razón de la persona encuentra relevancia en cuanto a la oponibilidad de los efectos de la cláusula arbitral frente a un tercero⁴⁰. El principio de relatividad de los negocios jurídicos determina que los efectos de un negocio surgen únicamente entre las partes⁴¹. Sobre este principio, el artículo 1561 del Código Civil establece que: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para

34. Ley Modelo de la CNUDMI, Art. 34.

35. Ley de Arbitraje del Perú, Art. 63, Decreto Legislativo No. 1071, 9/08/2010.

36. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, N. 24, p. 61.

37. C. CARABIBER, *L'arbitrage international de Droit Privé*, LGDJ, 1960, p. 119.

38. Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Circuito del Distrito de Columbia, *Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC c. Electranta S.P. y otros*, Caso No. 06-7058, 25/05/2007.

39. R. HERRERA, “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo”, *Revista de Derecho*, Vol. XXV, 2012, p. 180.

40. A. VILLALOBOS y M. PARÍS, “La Cláusula Arbitral a Partes no Signatarias”, *Revista de ciencias jurídicas*, No. 131, 2013, p. 21.

41. H. GARCÍA, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Vol. 15, 2013, p. 85.

los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales⁴².

Cabe recalcar que “[c]ada parte puede ser una o muchas personas⁴³. Es decir, una parte puede ser varias personas que busquen la consecución de un mismo interés. Además, una parte puede ser formal o material. La parte formal es quien expresa la voluntad del negocio jurídico; mientras que la parte sustancial es titular de los intereses de la relación jurídica⁴⁴.

De esta manera, se someten a arbitraje no sólo quien suscribe, sino quien tiene intereses en la relación jurídica. ¿Cómo conocer quién tiene dicho interés para ser considerado como parte? Existen varias teorías doctrinarias que explican la intervención de una parte no signataria, tal como la teoría del grupo de sociedades, la incorporación por referencia, la relación de agencia, teoría del alter ego, entre otras⁴⁵. Todas ellas permanecen en constante discusión doctrinaria, y las decisiones han dependido de la interpretación amplia o restringida de los tribunales arbitrales de la teoría de partes no signatarios. Por ejemplo, en el caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain* el tribunal mencionó que la cláusula arbitral aceptada por una sociedad obliga a las demás compañías del grupo económico⁴⁶. No obstante, en el caso 6673 de la CCI, el tribunal rechazó esta teoría⁴⁷.

Analizar la competencia en razón de la persona es analizar la aplicabilidad o no de teorías puramente doctrinarias que continúan en desarrollo. Por ende, la ambigüedad al determinar la competencia en razón de la persona ha sido una puerta abierta para que tribunales decidan conforme a su criterio, pues no existe norma expresa a la cual referirse. Una vez más, ¿podrían cometerse errores en este ejercicio de valoración de competencia que recaen en los árbitros?

42. Código Civil, N. 30, Art. 1561.

43. Código Civil, N. 30, Art. 1454.

44. H. GARCÍA, N. 41, p. 87.

45. Ídem, pp. 96-98.

46. Tribunal de Arbitraje del Centro de Comercio Internacional, *Dow Chemicals c. Isover Saint Gobain*, Caso No. 4131, 1982.

47. Tribunal de Arbitraje del Centro de Comercio Internacional, *Caso No. 6673*, 1992.

4.3 Competencia *ratione voluntatis*

En primer lugar, la competencia en razón de la voluntad se encuentra relacionada con el contenido y alcance de la cláusula arbitral, toda vez que en ella se define el ámbito de la disputa sometida a arbitraje⁴⁸. Como afirma VIDAL, es necesario observar la cláusula arbitral para determinar los límites sobre los cuáles el árbitro tiene competencia⁴⁹.

En segundo lugar, dentro del ámbito de la cláusula arbitral, es necesario analizar si existen requisitos o condiciones para el perfeccionamiento de la voluntad de someterse a arbitraje⁵⁰. A modo de ejemplo, los *cooling off periods* o *waiting periods* obliga a las partes a negociar en un periodo de tiempo determinado antes de acudir a la justicia arbitral⁵¹. En consecuencia, es responsabilidad de los árbitros verificar que la voluntad de las partes no se encuentre condicionada o pendiente antes de declararse competente para conocer la causa.

Aterrizando a la normativa nacional, la causal d) del artículo 31 de la LAM hace referencia a las cuestiones no sometidas a arbitraje o que concedan más allá de lo reclamado⁵². La primera parte de esta norma tiene que ver con arbitrabilidad subjetiva; es decir, con la competencia *ratione voluntatis*. Mientras que la segunda parte trata de vicios de incongruencia que no es tema de discusión de este artículo.

En un proceso de acción de nulidad bajo esta causal, el juez deberá declarar nulo todo aquello que verse sobre ámbitos o efectos que las partes no sometieron a arbitraje, sin analizar el fondo. De esta manera, se evidencia que la normativa ecuatoriana recoge una causal referente a la falta de competencia en razón de la voluntad.

48. J. SQUEIROS, "El Alcance (Rationae Materiae Y Ratione Personae) del Acuerdo de Arbitraje en Derecho Mexicano", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 5, 2005, p. 25.

49. R. VIDAL, "Alcances de la Ejecución del Laudo Arbitral", *R.E.D.S.*, No. 11, 2017, p. 85.

50. R. NIETO, "La paradoja del auge del Arbitraje Internacional de Inversión, en Arbitraje Internacional", *Tensiones Actuales*, 2007, p. 35.

51. J. ROBLEDO y R. RINCÓN, "El arbitraje y el gobierno corporativo", *Perspectiva*, 2006, p. 42.

52. LAM, N. 2, Art. 31.

Ahora, para realizar un análisis completo sobre el tema es importante comparar la legislación arbitral ecuatoriana con legislaciones arbitrales extranjeras, en específico el caso de Colombia y Chile.

5. LA INCOMPETENCIA COMO CAUSAL DE NULIDAD DEL LAUDO EN EL DERECHO COMPARADO

5.1 Breve análisis del caso colombiano

El artículo 41 numeral 1 de la Ley 1563 de 2012 de Colombia establece como una causal de nulidad “[l]a inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral”⁵³. La Corte Constitucional de Colombia hace énfasis en que la inoponibilidad del pacto arbitral como causal de nulidad del laudo no constaba como causal en el anterior estatuto, concluyendo que:

Ahora bien, teniendo en cuenta que el pacto arbitral es un negocio jurídico, es consecuencia obligada que en principio él sólo produce efectos jurídicos frente a las partes que lo celebran y no a quienes no han sido parte en él, razón por la cual tal negocio, por regla general, es inoponible frente a estos⁵⁴.

Es anulable un laudo arbitral que produzca efectos jurídicos frente a personas ajenas al negocio, ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos u obligaciones de estos⁵⁵. Como consecuencia se tipifica expresamente la incompetencia del tribunal arbitral en razón de la persona.

Luego, el artículo 41 numeral 2 de la Ley 1563 de 2012 establece como causal de nulidad “[l]a caducidad de la acción, la *falta de jurisdicción o de competencia*” (énfasis añadido)⁵⁶. En un recurso

53. Ley 1563 por medio del cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Art. 41, Diario Oficial 48489, 12/07/2012.

54. Corte Constitucional de Colombia, *Caso T-511/11*, 16/02/2009.

55. *Ibidem*.

56. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso, *Causa No. 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556)*, 23/04/2015.

de nulidad del laudo arbitral entre *EMGESA S.A. c. Sociedad Hotelera Tequendama S.A.*, la Sala de lo Contencioso Administrativo de Colombia, realiza una distinción clara respecto de la falta de jurisdicción arbitral y la falta de competencia arbitral:

Se entiende que la jurisdicción es la función pública de administrar justicia, esto es, aplicar la ley a un determinado conflicto y la competencia es la facultad que se le otorga a determinados órganos públicos o particulares para ejercer dicha función sobre ciertos asuntos o negocios determinados, es decir, ésta última es una parte de la jurisdicción⁵⁷.

Además, en el caso mencionado se declara que habrá carencia de jurisdicción cuando el convenio arbitral no existe, o cuando el asunto que se somete a arbitraje no está autorizado por la ley para ser resuelto en esta sede. Mientras que, habrá carencia de competencia del tribunal arbitral, con base al principio de habilitación, cuando este se pronuncie sobre asuntos que por voluntad de las partes no se encontraban sometidos a su decisión⁵⁸.

A diferencia del Ecuador, en Colombia existe una causal expresa por falta de competencia y falta de jurisdicción del tribunal arbitral. Dicha causal abarca la competencia en razón de la materia susceptible de arbitraje por ley y orden público, y la competencia en razón de la voluntad expresada en el convenio arbitral. De esta forma, protegen el derecho al juez natural, y al principio de habilitación del árbitro por la voluntad.

5.2 La incompetencia como causal en Chile

En Chile, la Ley de Arbitraje en su capítulo VII, artículo 34, enumera las causales de impugnación del laudo, estableciendo la nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. En el numeral 2 literal a) primer inciso del mismo artículo, se establece que podrá pedirse nulidad del laudo arbitral cuando una de las partes en el acuerdo arbitral está afectada por alguna incapaci-

57. *Ibidem*.

58. *Ibidem*.

dad. A diferencia del Ecuador, Chile hace referencia a la condición de las partes como motivo para declarar nulo el laudo arbitral. A pesar de que podría plantearse como excepción previa⁵⁹.

En el mismo numeral, literal a) inciso tercero, se establece que podrá pedirse nulidad si se prueba:

Que el laudo se refiere a una controversia *no prevista en el acuerdo de arbitraje* o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas (énfasis añadido)⁶⁰.

Nótese que, este inciso se refiere expresamente a la voluntad de las partes, o arbitrabilidad subjetiva. Luego, en el literal b) del mismo artículo, establece que podrá pedirse nulidad del laudo cuando el tribunal compruebe que: **(i)** según la ley chilena el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje y **(ii)** que el laudo sea contrario al orden público de Chile⁶¹. Siendo estas dos últimas causales expresiones de la arbitrabilidad en razón de la materia. A diferencia del Ecuador, Chile plantea causales específicas para revisar la competencia de los árbitros en razón de la voluntad de las partes y la materia de la controversia.

Además, en Chile no se hace referencia a una acción sino a un recurso de nulidad que se plantea hasta tres meses contados desde la fecha de recepción del laudo. Este recurso se plantea ante el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva y no se suspende la actuación arbitral. Las partes tienen la posibilidad de requerir a los árbitros que emita un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en actuaciones arbitrales. En este último caso, tendrán las partes treinta días a partir de la recepción del laudo⁶².

59. Ley 19971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 34, Norma 230697, 29/09/2004.

60. Ley 19971, N. 59.

61. Ley 19971, N. 59.

62. Ley 19971, N. 59, Arts. 32 y 34.

6. ¿SE REQUIERE LA CAUSAL DE NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN EL ECUADOR?

En Ecuador, a través de la vía ordinaria puede solicitarse la nulidad del laudo arbitral por incompetencia del árbitro por cuestiones no sometidas a arbitraje. Es decir, por contrariar la voluntad de la partes expresada en el convenio arbitral⁶³. Sin embargo, no existe causal de nulidad del laudo por falta de competencia en razón de la materia y persona. En dichos casos, la parte agraviada solo podrá recurrir a la Corte Constitucional mediante acción extraordinaria de protección⁶⁴.

Una vez que se propone la acción extraordinaria de protección, la justicia constitucional puede conocer sobre laudos arbitrales que hayan violado derechos constitucionales del debido proceso⁶⁵. Sin embargo, esta acción es de carácter extraordinario y debería ser invocado si no existe otro medio para resarcir el derecho violentado⁶⁶. No se justifica recurrir a la justicia constitucional para resolver sobre la competencia de un tribunal arbitral, si existe un procedimiento que precautela el debido proceso, incluyéndose el derecho a un juez competente, como es la acción de nulidad.

En efecto, la discusión recae en la posibilidad de incluir la falta de competencia del tribunal como causal de nulidad del laudo. Existen argumentos a favor y en contra de esta propuesta.

En primer lugar, se suscita una presunta vulneración al principio *kompetenz-kompetenz*. En un inicio se consideraba que el *único* que podía conocer sobre su propia competencia era el árbitro⁶⁷. Sin embargo, esta discusión ha sido superada. Desde una visión moderna, el principio *kompetenz-kompetenz* concede prefe-

63. LAM, N. 1, Art. 31(d).

64. Corte Constitucional, *Caso No. 113-15-SEP-CC*, 08/04/2015.

65. Corte Constitucional, *Caso No. 0006-10-SEP-CC*, 24/02/2010.

66. A. CABO *et al.*, "Investigación jurídica comparada", *Boletín No. 390 del Centro de difusión y estudios del derecho constitucional*, 2016, p. 1.

67. E. SILVA, "Breves observaciones sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz*", *Universidad del Rosario*, 2005, p. 580.

rencia temporal al árbitro para pronunciarse sobre su propia competencia, más no exclusividad para hacerlo⁶⁸. La posibilidad de analizar la competencia del tribunal por segunda vez, protege el derecho a tutela judicial efectiva y el derecho a ser juzgado por un juez competente, sin menoscabar la potestad del árbitro de decidir sobre su propia competencia.

En segundo lugar, existe una supuesta afectación a la naturaleza del arbitraje por revisarse la competencia del tribunal arbitral en sede judicial. En realidad, sucede todo lo contrario ya que constituiría un refuerzo a la legalidad de los deberes y atribuciones de los árbitros, y a la confianza del sistema arbitral. Esto en virtud que se garantiza la protección de derechos fundamentales del debido proceso, doble conforme, tutela judicial efectiva y a ser juzgado por un juez competente. Derechos que deben ser respetados por cualquier sistema de administración de justicia.

Incluir causales expresas de nulidad del laudo arbitral por falta de competencia del tribunal garantizará: **(i)** motivación en cada resolución o decisión por parte de los árbitros respecto de su competencia; **(ii)** unidad y concordancia entre laudos arbitrales respecto de los parámetros de competencia de los árbitros en razón de la materia, voluntad y personas; **(iii)** seguridad jurídica y confianza en el sistema arbitral; **(iv)** protección de principios y garantías básicas encaminadas a evitar la indefensión; y, **(v)** se obtienen precedentes sobre conceptos indeterminados como orden público, transigibilidad, arbitrabilidad, entre otros.

El control de la competencia a través de la acción de nulidad, hará que los árbitros analicen a profundidad su competencia bajo distintos parámetros, teorías doctrinarias, principios y garantías básicas del debido proceso. De esta manera, habrá una mejora del sistema de justicia en general. No solo deberá estar preparado el tribunal arbitral a la hora de motivar una decisión sobre su competencia, sino también jueces ordinarios que podrían conocer el recurso de nulidad.

68. *Ibidem*.

7. OBSTÁCULOS DE LA CAUSAL POR FALTA DE COMPETENCIA EN LA ACCIÓN DE NULIDAD

La crítica principal es la desnaturalización del arbitraje. Entre las características del arbitraje se extrae que es un proceso rápido y eficiente⁶⁹ al que las partes acuden para obtener una decisión final y vinculante. Abrir la posibilidad que se revise la competencia del tribunal arbitral en una segunda instancia vulnera la celeridad con que opera el arbitraje. Además, se ocasiona un daño directo a las partes por la pérdida de tiempo y dinero por acudir a la justicia ordinaria. Bajo la misma noción, someter la revisión de competencia del árbitro a jurisdicción ordinaria es una violación a la autonomía de la voluntad de las partes. Dicha voluntad buscaba, en principio, someter sus disputas a arbitraje evitando el formalismo y la ineficiencia del proceso judicial⁷⁰.

Ahora, aumentar una causal de nulidad del laudo arbitral por incompetencia del tribunal sería dar paso a incertidumbre e inseguridad jurídica. Toda vez que quedará en manos de jueces ordinarios la aplicación de principios de un sistema autónomo y auto contenido, como es el sistema arbitral. En palabras de CORONEL, a pesar de la flexibilidad que pueda ofrecer el arbitraje, los jueces y abogados en la práctica siguen aplicando formalismos antagónicos que de nada sirven en muchos de los casos, más que para demorar el proceso⁷¹. Si esto ya sucede en el arbitraje, más aun cuando los jueces revisan un laudo arbitral.

En caso que se declare la nulidad de laudo por incompetencia, las partes habrán pasado por: **(i)** un proceso arbitral; **(ii)** por una acción de nulidad; y, **(iii)** una vez anulado el proceso arbitral, pasarían por un nuevo proceso para obtener una decisión de fondo. ¿Es posible garantizar la celeridad con tres procesos accionados? ¿Afecta esto a la tutela judicial efectiva? Al parecer, sí.

69. J. M. ROCA, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Editor J. M. Bosch, 1991, p. 2.

70. B. BENSON, *International Economic Law and Commercial Arbitration, Economic Analysis of Law: A European Perspective*, Edward Elgar Publisher, 2000, pp. 73-84.

71. C. CORONEL, N. 8, p. 40.

Así, es importante cuestionar si la cultura jurídica de los jueces ordinarios en Ecuador es suficiente para abordar parámetros de competencia arbitral en razón de la materia, persona y voluntad. En el país ha existido gran controversia sobre la falta de independencia de los jueces y la corrupción del sistema judicial⁷². Es evidente, que uno de los principales retos para introducir la incompetencia como causal de nulidad será crear un proceso idóneo, no gravoso, rápido, eficaz, independiente y transparente. Garantizar un derecho no debe ser razón para suprimir otros.

8. CONCLUSIONES

- i. El derecho a la revisión de la competencia del tribunal arbitral es una expresión de la garantía básica del debido proceso. El arbitraje reconocido como una forma de ejercer jurisdicción, se desenvuelve en el marco de los principios del derecho procesal constitucional que reconoce la ley. Por lo tanto, el derecho al doble conforme y el derecho a ser juzgado por autoridad competente, deberán ser respetados y garantizados tanto por jueces y árbitros, en todas las etapas procesales.
- ii. En sistemas jurídicos extranjeros existe la falta de competencia de los árbitros como causal de nulidad del laudo. En el caso de Colombia, la causal es amplia y abarca parámetros de competencia en razón de la materia, personas y voluntad. Mientras que en el caso de Chile, se señalan presupuestos que contienen cada uno de los criterios de competencia de los árbitros por separado.
- iii. A diferencia del Ecuador, el artículo 31 de la LAM hace referencia a la competencia en razón de la voluntad ya que solo se refiere a cuestiones no sometidas a arbitraje. Por lo que se deja de lado la incompetencia en razón de la materia y persona. Así, las partes no podrán impugnar aquellas valoraciones de orden público, transigibilidad de la materia ni la aplicación de teorías de partes no signatarias. Actualmente,

72. S. BASABE-SERRANO, "Explicando la corrupción judicial en las cortes intermedias e inferiores de Chile, Perú y Ecuador", *Perfiles Latinoamericanos*, No. 2, 2013, pp. 92-94.

- la única vía posible de revisión respecto a estos dos criterios, es la vía constitucional mediante acción de protección.
- iv. Implementar una causal general por falta de competencia del tribunal arbitral es factible en la medida en que los jueces conozcan qué criterios deberán valorar para declarar la competencia del tribunal arbitral, estos son: *ratio materiae*, *ratio voluntatis*, y *ratio personae*. Con ello, la interpretación de principios del debido proceso deberá ser sistemática, armónica, coherente y restringida en concordancia con la constitución y la ley. Cabe recalcar que, como requisito al planteamiento de dicha causal, se debe interponer como excepción previa la falta de competencia del árbitro en audiencia de sustanciación, tal como sucede en otros países. De esta forma se garantiza la buena fe procesal, celeridad, economía procesal y el principio de preclusión.
 - v. Incluir la causal de nulidad del laudo por falta de competencia del árbitro que abarque los tres parámetros, generará que los árbitros analicen con mayor profundidad su competencia y decidan motivadamente. A su vez, los jueces requerirán mayor preparación para no cometer arbitrariedad. Por ende, la causal propuesta, a más de evitar indefensión por errores arbitrales, apunta a mejorar la cultura jurídica del Ecuador y a brindar confianza en el sistema arbitral.

El arbitraje de emergencia: ¿Una figura aplicable en el sistema arbitral ecuatoriano?*

*Hernán Escudero Álvarez***

*Fabián Jaramillo Intriago****

*Ana Karina Parra*****

Recibido/Received: 25/06/2018

Aceptado/Accepted: 06/08/2018

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El arbitraje de emergencia. 2.1 Definición del proceso. 2.2 Naturaleza y efectos de la decisión de los árbitros de emergencia. 2.3 El procedimiento que lleva a cabo el árbitro de emergencia. 3. Las reglas CCI sobre arbitraje de emergencia. 3.1 Consideraciones generales. 3.2 Papel del órgano jurisdiccional. 3.3 Ejecución de la decisión del árbitro de emergencia. 3.4 Procedimiento ante el árbitro de emergencia. 4. Aplicación del arbitraje de emergencia en el sistema arbitral ecuatoriano. 4.1 Medidas cautelares: ¿suficientes para una tutela judicial efectiva? 4.2 Cabida de la figura del árbitro de emergencia. 5. Conclusiones.

* Este trabajo fue uno de los ganadores del concurso de ensayos escritos realizado en el marco del curso de Procesos Arbitrales, dictado por Javier Jaramillo Troya, Profesor de la Universidad San Francisco de Quito, a quien agradecemos por la guía brindada en su desarrollo.

** Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: hescudero@estud.usfq.edu.ec

*** Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: fjaramillo@estud.usfq.edu.ec

**** Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: aparrac08@gmail.com

PALABRAS CLAVE: arbitraje de emergencia, árbitro de emergencia, arbitraje, Cámara de Comercio Internacional, Ecuador.

KEYWORDS: emergency arbitration, emergency arbitrator, arbitration, International Chamber of Commerce, Ecuador.

RESUMEN: En los últimos años en el arbitraje internacional se ha desarrollado la figura del árbitro de emergencia. El árbitro de emergencia es una herramienta alternativa a las cortes nacionales para el dictamen de medidas provisionales. El fin de esta institución es proporcionar a las partes del arbitraje la protección de derechos o intereses que pueden verse vulnerados antes de la constitución del tribunal arbitral. Si bien esta institución se ha posicionado en la práctica arbitral internacional, su uso en el Ecuador aún es incierto. Así, el presente artículo analizará en primer lugar la figura del árbitro de emergencia en la doctrina internacional, posteriormente se tratará la aplicación práctica de esta figura en los reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional para finalmente contemplar la posible aplicación del árbitro de emergencia en el contexto ecuatoriano.

ABSTRACT: The emergency arbitrator is a new figure created by international arbitration practice in 2006. This is an alternative tool to national courts to obtain interim reliefs before the arbitration process begins. Thus, emergency arbitrator's main objective is the protection of substantive and procedural rights that might be in danger and in need of urgent reliefs before of the arbitration tribunal formation. In international arbitration, the emergency arbitrator is a recognized figure, although in Ecuador its application is still unknown. Therefore, this article will, firstly analyze the definition of the emergency arbitrator according to international criteria. Then, we will present the practice of this figure within the International Chamber of Commerce's Arbitration Rules. Finally, we will find the applicability of this figure in the Ecuadorian context and legislation.

1. INTRODUCCIÓN

La potestad de los tribunales arbitrales de dictar medidas cautelares tiene ya una larga trayectoria tanto al nivel local como internacional. Sin embargo, aquellas situaciones que ameritan la expedición de una medida cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral, han escapado de este sistema de resolución de disputas privado y las partes se han visto en la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente. “tradicionalmente, si se tenía una emergencia jurídica, se despertaba a algún juez; esto era verdad incluso cuando la disputa sustantiva estaba gobernada por un convenio arbitral¹.” En ese contexto, surge el arbitraje de emergencia por el cual se busca que las partes no tengan que abstraerse del sistema arbitral cuando requieran de la expedición de una medida cautelar urgente.

El arbitraje de emergencia es una institución relativamente nueva. En el 2006 el Centro Internacional de Resolución de Disputas fue el primero en incorporar reglas relativas al arbitraje de emergencia. A este se le han sumado: La Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), el Centro de Arbitraje Internacional de Estocolmo, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Corte Española de Arbitraje, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, entre otros. El Reglamento de la CCI ha sido uno de los más utilizados para el efecto, teniendo alrededor de 78 casos hasta la fecha².

En el presente trabajo se pretende analizar al arbitraje de emergencia como una institución del sistema arbitral. De esta forma se presentarán; **(i)** sus principales características y naturaleza, **(ii)** las disposiciones principales del Reglamento de la CCI como modelo a seguir en la implementación de esta institución ;y, sobre la base de estos conceptos se determinará **(iii)** su posible aplicación en el sistema arbitral ecuatoriano.

1. Traducción libre. E. MORGAN y S. BJORKQUIST, *The new Arbitration Rules of the ICC*, <goo.gl/eo34ub>, p. 2.
2. Cámara de Comercio Internacional (CCI), *ICC announces 2017 figures confirming global reach and leading position for complex, high-value disputes*, <goo.gl/7vXbH5>.

2. EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA

El arbitraje se caracteriza por ser una institución que busca la eficiencia en la resolución de controversias, buscando ser autocontenido y evitando la intervención de tribunales ordinarios. Así, se ha evidenciado la creación de una nueva figura que pueda aplacar los problemas de celeridad procesal que podrían presentarse. Esta figura se denomina arbitraje de emergencia o árbitro de emergencia. El fin último de esta institución es maximizar la eficacia de la voluntad de las partes de abstraerse de la justicia ordinaria para que todos los asuntos relativos a la resolución de disputas se tramiten en vía arbitral, incluyendo las medidas cautelares de carácter urgente.

2.1 Definición del proceso

El denominado arbitraje de emergencia es una etapa anterior al arbitraje que resolverá el conflicto principal. Si bien este es un proceso autónomo e independiente del proceso arbitral, este se configura como una etapa pre-arbitral que busca proporcionar de manera oportuna protección a los derechos e intereses de una de las partes³; en ocasiones también se encuentra a esta institución denominada como árbitro de emergencia⁴. Ello debido a que, en esta etapa interviene un solo árbitro que no se pronuncia sobre el fondo de la controversia⁵. La decisión del árbitro de emergencia al ser parte de una etapa previa al arbitraje puede ser revocada por el tribunal arbitral una vez que se ha conformado⁶.

Este proceso prevé que un árbitro, que es designado temporalmente, dicte medidas para proteger los intereses de alguna de las partes que pueden ser menoscabados por la contraparte o un

3. L. BARRINGTON, "Emergency arbitrators: can they be useful to the construction industry?", *Construction Law International*, No. 7, 2012, p. 42.
4. C. L. SUN y T. WEIYI, "Making Arbitration Effective: Expedited Procedures, Emergency Arbitrators and Interim Relief," *Contemporary Asia Arbitration Journal*, No. 2, Vol. 6, 2013, p. 360.
5. J. FRY, "The Emergency Arbitrator-Flawed Fashion or Sensible Solution", *Dispute Resolution International*, No. 7, 2013, p. 195.
6. E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, "La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional", *Cuadernos de derechos transnacional*, No. 82, 2017, p. 92.

tercero⁷. De esta forma, esta institución dota de eficacia al sistema arbitral para proteger a una de las partes antes de la constitución del tribunal arbitral. No obstante, esta no se configura como una renuncia a la posibilidad de acudir a las cortes nacionales para el dictamen de medidas provisionales⁸. En definitiva, esta etapa pre-arbitral se utiliza para mantener el *status quo* de las partes que intervienen en el proceso y/o para preservar evidencia que se ordenará en el proceso arbitral⁹.

En consecuencia, este procedimiento puede precautelar tantos derechos que pueden objeto del arbitraje y derechos que atañen al desarrollo del proceso¹⁰. El árbitro de emergencia puede dictar medidas provisionales para precautelar derechos, evidencia o bienes que pudieran verse destruidos, dispuestos o afectados antes de que el proceso arbitral inicie y se constituya el tribunal arbitral. Entre las medidas provisionales que más se dictan en el arbitraje se puede encontrar: preservación de prueba, protección a los bienes que son objeto de la controversia o servirán en un futuro para asegurar el cumplimiento de la obligación que es objeto del arbitraje, y la ejecución provisional del contrato¹¹.

Para que procedan las medidas provisionales por parte de un árbitro de emergencia se ha establecido un estándar en el cual deben concurrir cinco requisitos: **(i)** debe tener competencia *prima facie*; **(ii)** la parte solicitante debe tener un derecho o interés *prima facie*; **(iii)** urgencia de la medida; **(iv)** existencia de un daño irreparable¹²; y, **(v)** sea una medida proporcional¹³.

7. D. PARAGUACUTO y C. LECUYER-THIEFFRY, "Emergency arbitrator: a new player in the field – the french perspective", *Fordham International Law Journal*, Vol. 40, No. 3, 2017, pp. 751 y 768.
8. M. ROTH y C. REITH, "Emergency Rules", *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 2, 2012, pp. 68 y 68.
9. P. SHERWIN y D. RENNIE, "Interim Relief Under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis", *American Review of International Arbitration*, Vol. 20, 2010, p. 320.
10. J. FRY, N. 5, p. 181.
11. E. MUÑOZ. "How urgent shall an emergency be? – The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators", *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 4, 2015, p. 53.
12. E. FERNÁNDEZ MASIA, N. 6, p. 60.
13. Tribunal Arbitral. *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostoknetgaz Company c. El gobierno de Mongolia*. Laudo de medidas provisionales, 02/09/2008.

En relación con el primer requisito, el árbitro de emergencia –al igual que el tribunal arbitral que se conformará– puede determinar su propia competencia¹⁴. Por lo cual, no es suficiente la solicitud de medidas provisionales a través del árbitro de emergencia, sino que este sea efectivamente competente para dictar las mismas. Uno de los aspectos a considerar en su competencia, es la voluntad de las partes. Así, es trascendental determinar que las partes han previsto la posibilidad que opere un árbitro de emergencia en la controversia mediante el convenio arbitral o si el reglamento del centro que las partes escogieron contempla reglas sobre arbitraje de emergencia¹⁵; en su defecto, si las partes han estipulado expresamente la exclusión de las normas del reglamento sobre el árbitro de emergencia.

Cabe destacar que sobre el análisis de la competencia del árbitro de emergencia existen dos elementos a considerar: **(i)** la competencia de este árbitro se justifica mediante un análisis *ex ante* de la competencia del tribunal arbitral sobre el fondo de la controversia¹⁶; y, **(ii)** el análisis de competencia del árbitro de emergencia debe ser más flexible. De este modo, la competencia del árbitro de emergencia se debe establecer *prima facie* y de forma independiente a la competencia del tribunal arbitral¹⁷.

Los requisitos contemplados en los puntos **(ii-v)**, están sujetos a análisis en función de las consideraciones de cada árbitro y del objeto de protección. Sobre los objetos de protección, para SAVOLA, cuando se examina la concurrencia de las medidas provisionales que atañen derechos o intereses, el análisis debe ser estricto y poner énfasis en los incisos **(i)**, **(iii)** y **(iv)** de los requisitos que conforman el estándar. En el caso que la protección sea una prueba o los bienes que aseguren la obligación materia del arbitraje, los requisitos pueden ser flexibles por la naturaleza del objeto de protección¹⁸.

14. P. ASHFORD, *Handbook on International Commercial Arbitration*, 2da Ed., JurisNet, LLC, 2014, p. 60.

15. A. REINER y C. ASCHAUER, "ICC Rules", en R. A. SCHÜTZE (Ed.), *Institutional Arbitration: Article-by-Article Commentary*, 2013, p. 144.

16. M. GOLDSTEIN, "A glance into history for the emergency arbitrator", *Fordham International Law Journal*, Vol. 40 (3), 2017, pp. 780-785.

17. *Ibidem*.

18. M. SAVOLA, *Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings*, 23rd Croatian Arbitration Days, conferencia llevada a cabo en la ciudad de Zagreb, Croacia, 03-04/12/2015.

2.2 Naturaleza y efectos de la decisión de los árbitros de emergencia

Ahora bien, la naturaleza de la decisión del árbitro de emergencia puede tomar dos formas: una orden procesal o un laudo¹⁹. Estas pueden ser determinadas por los árbitros y/o estar establecidas en el reglamento del centro de arbitraje. La elección para la forma que adoptará la decisión se debe realizar con base en el criterio de ejecutabilidad de la decisión sobre medidas provisionales²⁰.

La forma que adopte la decisión del árbitro de emergencia es valiosa, porque ello determinará el grado de obligatoriedad de la medida fuera del campo arbitral. En este sentido, la decisión del árbitro se entiende como: una declaración contractualmente obligatoria para las partes y como una decisión ejecutable en la vía judicial²¹. La definición de sus efectos dependerá principalmente de la *lex arbitri* y del reglamento del centro de arbitraje. Este punto se amplificará al tratar la ejecución de la decisión del árbitro de emergencia bajo las reglas CCI.

2.3 El procedimiento que lleva a cabo el árbitro de emergencia

Esta etapa pre-arbitral está orientada a ser eficiente y rápida. Por lo cual, el procedimiento establecido para el árbitro de emergencia tiende a ser corto y expedito. Sin embargo, el tiempo de sustanciación no es homogéneo y puede durar entre 5 días hasta dos meses²².

Esta etapa al igual que el proceso arbitral principal debe: velar por el debido proceso por el derecho a la defensa de las par-

19. J. FRY, N. 5, p. 189.

20. B. GIARETTA, "Duties of Arbitrator and Emergency Arbitrators under the SIAC Rules", *Asian International Arbitration Journal*, 2012, p. 218.

21. Association Suisse de l'Arbitrage, *10 Years of Swiss Rules of International Arbitration*, JurisNet, LLC, 2014, p. 80.

22. J. FRY, N. 5, p. 185.

tes²³. De esta forma, la impugnación del árbitro por falta de imparcialidad o independencia²⁴, la presentación de objeciones a la jurisdicción y las objeciones al fondo de las medidas provisionales es procedente en esta etapa del arbitraje.

El procedimiento inicia con la presentación de la solicitud de las medidas provisionales. No obstante, el reglamento podría determinar cuál es el momento procesal oportuno para realizarlo. La nominación y constitución del árbitro de emergencia varía de igual forma en función de cada reglamento. Aunque por regla general quien designa a este árbitro es el director del centro, ello no necesariamente sucede en todos los casos²⁵.

Es importante destacar que la aplicación de las reglas de estos centros de arbitraje puede generar problemas en un arbitraje ad hoc. Ello debido a que como se estableció anteriormente, quien designa al árbitro de emergencia, generalmente, es el director del centro²⁶. Por lo cual, las partes deberían recurrir a un centro lo que pudiera generar retardo en la solución a la vulneración de derechos o en la protección del objeto del arbitraje futuro.

Los árbitros pueden encontrar limitaciones para el dictamen de medidas provisionales, las cuales son las mismas que podría tener el tribunal arbitral constituido²⁷. En consecuencia, el árbitro de emergencia tiene una facultad que es equiparable con el tribunal arbitral. Ello es importante, ya que la *lex arbitri*, la ley sustantiva o el reglamento del centro de arbitraje podrían reservar el dictamen de ciertas medidas provisionales a las cortes locales o limitar las medidas provisionales que se dicten en el arbitraje con base a criterios de necesidad y pertinencia²⁸.

23. M. GOLDSTEIN, N. 16, p. 77.

24. L. BARRINGTON, N. 3, p. 4.

25. P. SHAUGHNESSY, "The Role and Function of the Emergency Arbitrator in Construction Disputes", *Transnational Construction Arbitration, Key themes in the resolution of construction disputes*, Informa Law from Routledge, 2017, párr. 15.9.

26. Ídem, párr. 15.12.

27. T. WEBSTER y M. BUHLER. *Handbook of ICC Arbitration*, Sweet&Maxwell, 2014, p. 448.

28. E. MUÑOZ, N. 11, pp. 52-53.

Con base en todo lo expuesto, es preciso conceptualizar que esta es una etapa anterior a la sustanciación del proceso arbitral. De esta forma, su carácter es excepcional y debe ser previsto por las partes o la ley procedimental que estas escogieron. Esta institución no es una renuncia o una limitación para que las partes puedan acudir a las cortes nacionales para obtener el remedio oportuno a una vulneración de derechos o atentado a sus intereses.

La decisión del árbitro de emergencia no es final, por lo cual, el tribunal arbitral podría revocarla o extender su vigencia hasta el dictamen del laudo. La naturaleza de esta decisión en el ámbito internacional no es homogénea, por lo tanto, es preciso un análisis profundo de la legislación nacional para determinar su procedencia y ejecutabilidad dentro de un territorio determinado.

3. LAS REGLAS CCI SOBRE ARBITRAJE DE EMERGENCIA

En el año 2012, la Cámara de Comercio Internacional, incorporó en su Reglamento de Arbitraje la posibilidad de acudir a un árbitro de emergencia. Este procedimiento se encuentra regulado por el artículo 29, en conjunto con el Apéndice V del Reglamento (en adelante Apéndice) vigente desde marzo del 2017.

Cabe recalcar que bajo el Reglamento CCI, el arbitraje de emergencia es independiente de la potestad del tribunal, una vez constituido, de otorgar medidas cautelares como lo establece el artículo 28. Según estadísticas de la propia CCI, desde su implementación, se han tramitado 78 arbitrajes de emergencia. A continuación, se presentará las principales características del tratamiento de esta institución en el reglamento de esta institución la cual es ampliamente utilizada en disputas de carácter transnacional²⁹.

29. Cámara de Comercio Internacional (CCI), N. 2.

3.1 Consideraciones generales

El número uno del artículo 29 establece el primer requisito para que pueda activarse el mecanismo del árbitro de emergencia³⁰, este es que la urgencia del requerimiento de medidas cautelares sea de tal magnitud que no pueda esperarse a que se constituya el tribunal ya que esto causaría un daño irreparable³¹. Como se mencionó anteriormente y adoptando el criterio de la Ley Modelo CNUDMI, como referencia, las medidas cautelares tienen en términos generales como propósito mantener el *statu quo* de la litis o preservar evidencia que puede ser utilizada como medio probatorio en el proceso arbitral³². En consecuencia, la urgencia requerida para acudir al árbitro de emergencia está vinculada al riesgo de que una medida cautelar emitida por el tribunal que conoce el proceso sea inútil para cumplir su propósito. Sin embargo, del lenguaje contenido en el mismo párrafo del artículo 29, queda claro que la constitución del tribunal no es un impedimento para que el árbitro de emergencia pueda expedir una orden cautelar. Una solicitud de medidas cautelares ante el árbitro de emergencia es admisible hasta antes que la Secretaría de la Corte remita el proceso al tribunal arbitral³³.

De igual forma, el apartado quinto del artículo 29 establece una regla particular sobre quienes se encuentran cobijados por el régimen del árbitro de emergencia, limitándose a los signatarios del convenio arbitral bajo el Reglamento CCI o sus sucesores³⁴. Esta disposición, tiene dos efectos. En primer lugar, tiende a excluir la admisión de teorías sobre la extensión del arbitraje de emergencia a partes no signatarias del convenio arbitral³⁵. En segundo lugar, se ha entendido que dicha disposición impide la

30. Reglamento de Arbitraje de la CCI, Art. 29(1).

31. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Art. 29(1).

32. Ley Modelo CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 17.

33. Reglamento de Arbitraje CCI, N. 30, Art. 29(1). El artículo 16 del mismo cuerpo establece que la Secretaría transmitirá el proceso al tribunal una vez que este haya sido constituido y que se hayan pagado el avance de los costos administrativos correspondientes, dando fin a la fase administrativa del proceso arbitral.

34. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Art. 29(5).

35. CCI, *Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI*, <goo.gl/3JxxyW>. Véase, D. PARAGUACUTO y C. LECUYER-THIEFFRY, N. 7.

aplicación del arbitraje de emergencia a las disputas relativas a inversión que tengan como fundamento un tratado³⁶. El reporte de la Comisión de Arbitraje de la CCI para el año 2012 menciona que:

Al redactar dicho precepto, la CCI consideró que el inversionista y el Estado receptor no son signatarios del convenio arbitral formado por la oferta estatal contenida en el TBI y la aceptación de la inversionista contenida en una notificación o solicitud de arbitraje³⁷.

El apartado seis establece otros escenarios lógicos en los cuales no se puede acudir al procedimiento de arbitraje de emergencia. Estos son (i) que la solicitud tenga fundamento en un convenio arbitral celebrado antes del 1 de enero de 2012 fecha en la cual entró en vigor el Reglamento incorporando este procedimiento; (ii) que las partes hayan excluido expresamente dicho procedimiento en el convenio arbitral, lo que indica que la regla general es que si se pacta el Reglamento CCI como *lex arbitri* se entiende incorporado también en dicho procedimiento; y, (iii) cuando las partes han acordado un procedimiento distinto para el otorgamiento de medidas de carácter cautelar³⁸.

3.2 Papel del órgano jurisdiccional

Tradicionalmente, quien otorgaba las medidas cautelares incluso en el contexto de una disputa arbitral era el órgano jurisdiccional del Estado³⁹. Esto debido a la urgencia que viene implícito en la necesidad de obtener una medida de protección antes de la constitución del tribunal arbitral. Dado que el transcurso del tiempo es un factor predominante en cuanto a la eficacia de una medida de tal naturaleza, el número *in fine* del artículo 29 expresamente autoriza a que una de las partes del convenio arbi-

36. C. KYONGWHA, *Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes*, Tesis de postgrado. Harvard Law School, 2016.

37. Traducción libre. Cámara de Comercio Internacional (CCI), *ICC Comission Report: States, State Entities, and ICC Arbitration*, <goo.gl/Kz1xVm>, p. 7.

38. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Art. 29(6).

39. M. SAVOLA, N. 18, p. 1.

tral acuda ante el órgano judicial competente con el fin de buscar medidas urgentes⁴⁰. Esto, cuando sea de tal magnitud que no se pueda esperar el nombramiento del árbitro de emergencia⁴¹. “Cualquier solicitud de dichas medidas por parte de una autoridad judicial competente no será considerada como una infracción o renuncia del convenio arbitral”⁴². Claro está, que una de las razones fundamentales para la incorporación de la figura del árbitro de emergencia es permitir que las partes tengan acceso expedito a la justicia sin salir del ámbito privado del sistema arbitral⁴³.

3.3 Ejecución de la decisión del árbitro de emergencia

El número dos del artículo 29 determina que la decisión emitida por el árbitro de emergencia tiene el carácter de una orden procesal la cual puede ser revisada o revocada por parte del tribunal arbitral que conociese la disputa con posterioridad⁴⁴. Esta definición, al igual que la falta de carácter definitivo de la orden, trae incertidumbre con respecto a su ejecución. Se ha considerado que la orden del árbitro de emergencia no puede enmarcarse en la definición de laudo arbitral del artículo 1(1) de la Convención de Nueva York y por lo tanto sus disposiciones son inaplicables⁴⁵.

En al menos en un caso se ha desestimado el argumento sobre el carácter no definitivo de la decisión del árbitro de emergencia para efectos de su ejecución. El Tribunal Distrital para el Distrito Sur de Nueva York, en el caso *Yahoo! Inc.* en contra de *Microsoft Corporation* confirmó una decisión de medidas cautelares por parte de un árbitro de emergencia considerándolo definitivo para ese efecto⁴⁶. La Corte falló que mientras el árbitro actúe dentro de las facultades contempladas en el pacto arbitral, su de-

40. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Art. 29(7).

41. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Art. 29(7).

42. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Art. 29(3).

43. E. MORGAN y S. BJORKQUIST, N. 1.

44. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Art. 29(2).

45. D. PARAGUACUTO y C. LECUYER-THIEFFRY, N. 7, p. 762.

46. Tribunal Distrital para el Distrito Sur de Nueva York. *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*, 21/10 2013.

cisión debe ser respetada y confirmada por parte del órgano jurisdiccional⁴⁷. Sin perjuicio de lo anterior, la ejecutabilidad de la orden dictada por el árbitro de emergencia debe ser valorada en función de las reglas procesales de cada Estado donde se pretende que esta surta efectos.

El número cuatro del artículo 29 le otorga amplias facultades al tribunal arbitral para decidir sobre el incumplimiento de la orden procesal del árbitro de emergencia y las consecuencias que puede acarrear. Esto incluye la posibilidad de que el tribunal arbitral condene al pago de las costas del procedimiento de emergencia a la parte que incumplió dicha orden⁴⁸. Estas potestades deben mirarse en conjunto con la disposición contenida en el número dos del artículo 29 por la cual las partes se obligan a cumplir con la orden dictada por el árbitro de emergencia⁴⁹. Por lo tanto, al estar el Reglamento incorporado al convenio arbitral, viene implícita la idea de que el incumplimiento de la orden procesal acarrea el incumplimiento del convenio arbitral⁵⁰. Tal es así que, con la finalidad de asegurar su cumplimiento, el artículo 6.7 del Apéndice V del Reglamento faculta al árbitro de emergencia a ordenar la constitución de una fianza⁵¹.

3.4 Procedimiento ante el árbitro de emergencia

El procedimiento inicia con la presentación de una solicitud de medidas de emergencia que debe contener todos los requisitos enumerados en el artículo uno del Apéndice. Dentro de esa solicitud, el accionante debe sustentar que la emergencia sea de tal grado que no se pueda esperar a la constitución del tribunal ar-

47. Ídem, p. 10.

48. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Art. 29(4).

49. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Art. 29(2).

50. Primera Sala Sección C de la Corte de Apelación de París, *Société Nationale des Pétroles du Congo*, 29/04/2003. Dentro de una acción de nulidad de laudo arbitral propuesta en contra de la decisión de un *referee* pre-arbitral CCI, la Corte negó la acción por considerar que este no era un laudo y que su incumplimiento acarrea responsabilidad contractual por incumplimiento del convenio arbitral que facultó al tercero a resolver sobre una medida cautelar. Véase, E. GAILLARD y P. PINSOLLE, "The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences", *Arbitration International*, Vol. 20 (1), 2004.

51. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 6(7).

bitral⁵². De igual forma, se debe incluir el convenio arbitral donde se haya pactado el Reglamento CCI como norma procesal⁵³. Una vez recibida la solicitud por parte de la Secretaría, el presidente de la Corte debe, en un periodo máximo de dos días nombrar al árbitro de emergencia, previo a que este firme una declaración acerca de su imparcialidad y disponibilidad para ejercer el cargo⁵⁴. El árbitro de emergencia se ve impedido de ejercer como árbitro en cualquier arbitraje relativo a la misma controversia⁵⁵.

Cualquiera de las partes puede solicitar la recusación de árbitro de emergencia en un periodo no mayor a tres días desde la notificación de su designación⁵⁶. La Corte debe resolver sobre la recusación, tomando en cuenta el escrito presentado por el árbitro⁵⁷. No se establece un término para que la Corte resuelva sobre la recusación. Sin embargo, dada la naturaleza excepcional de este procedimiento, donde el paso del tiempo cobra aún más relevancia, se debe procurar la resolución de incidentes procesales en el periodo más corto posible.

El carácter flexible del proceso se verifica con la escasa regulación del Reglamento en cuanto al procedimiento a seguir. Una vez posesionado, el árbitro de emergencia tiene un margen de discrecionalidad para fijar el calendario procesal al igual que al momento de decidir el tipo de diligencias que se deben realizar⁵⁸. El único criterio que debe tomar en cuenta es el grado de urgencia al igual que el tipo de medidas solicitadas para determinar que diligencias son apropiadas⁵⁹.

Una vez concluidas las diligencias requeridas, el árbitro de emergencia debe emitir la orden procesal cuyos requisitos se encuentran contenidos en el artículo 6 del Apéndice⁶⁰. El tiempo má-

52. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 1.

53. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 1.

54. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 2.

55. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 2.

56. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 3.

57. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 3.

58. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 5.

59. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 5.

60. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 6.

ximo para dictar la orden es de quince días desde que el árbitro recibió la solicitud por parte de la Secretaría⁶¹. Sin embargo, el Reglamento no establece una consecuencia al incumplimiento de dicho plazo⁶². En esa decisión, el árbitro debe en primer lugar resolver sobre su propia competencia para dictar medidas cautelares. Se ha considerado que el estándar aplicable al examinar su competencia es *prima facie*⁶³. Es decir, que, a primera vista, sin realizar un examen exhaustivo del convenio arbitral se considere competente⁶⁴. Desde luego, un análisis minucioso sobre la competencia le corresponde al tribunal definitivo constituido para resolver la disputa y el pronunciamiento del árbitro de emergencia no lo vincula⁶⁵. Posteriormente debe determinar la pertinencia de ordenar medidas cautelares y si fuere el caso, especificar cuáles.

4. APLICACIÓN DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN EL SISTEMA ARBITRAL ECUATORIANO

Una vez definido de manera general el concepto del árbitro de emergencia y su tratamiento internacional, es menester analizar la aplicabilidad de esta institución en el contexto ecuatoriano. De esta manera, la presente sección tratará, en primer lugar, el tema de las medidas cautelares, tanto su definición normativa como su aplicación actual en el arbitraje ecuatoriano. Posteriormente, se tratará la aplicabilidad de la figura del árbitro de emergencia basándose en el concepto de medidas cautelares para llegar a la conclusión de si, bajo la normativa local contemporánea, es posible su incorporación en los procesos arbitrales en el Ecuador.

61. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 6.

62. Reglamento de Arbitraje de la CCI, N. 30, Apéndice V, Art. 6.

63. M. GOLDSTEIN, N. 16, p. 780.

64. *Ibidem*.

65. *Ibidem*.

4.1 Medidas cautelares: ¿suficientes para una tutela judicial efectiva?

El presente apartado buscará desarrollar la definición y alcance dados por el ordenamiento jurídico ecuatoriano a las medidas cautelares. Posteriormente se tratará su aplicación en el arbitraje local para finalmente concluir sobre su eficacia como herramienta para asegurar la tutela judicial efectiva en un proceso arbitral.

Las medidas cautelares han sido sujeto de amplio estudio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así, autores como BORDACHAR las han definido como las medidas que buscan “(...) evitar 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”⁶⁶. Sobre la base de esta definición, queda claro que las medidas cautelares son el medio por el cual el individuo busca precautelar de manera emergente un derecho que busca ser reconocido dentro de un proceso judicial o, como es el caso materia de este artículo, un proceso arbitral.

En este orden de ideas, la normativa ecuatoriana no ha sido ajena al reconocimiento de las medidas cautelares como una herramienta procesal en miras a asegurar derechos. Como ejemplo, se puede hacer referencia a la Constitución de la República que recoge en su artículo 87 las medidas cautelares “con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.”⁶⁷.

La aplicación de medidas cautelares no ha sido extraña a la práctica arbitral en el Ecuador. La Ley de Arbitraje y Mediación, en adelante LAM, contempla en su artículo 9 que “[l]os árbitros

66. R. BORDACHAR URRUTIA, “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”, *Derecho y Ciencias Sociales*, Vol. XIII, 2015, p. 74.

67. Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008.

podrán dictar medidas cautelares (...) para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste”⁶⁸. Las medidas cautelares en arbitraje han sido sujeto de estudio nacional, llegando al consenso mayoritario de que es necesario que exista *periculum in mora*, esto es peligro en la demora de ejercer la medida, y el denominado *fumus boni juris*, referido a la apariencia de buen derecho o un indicio de que el solicitante pueda obtener una resolución favorable en el arbitraje⁶⁹.

Las medidas cautelares pueden ser dictadas por árbitros que ya han sido posesionados en legal y debida forma para conocer la controversia⁷⁰. Esto implica que deben ser árbitros ya seleccionados de acuerdo con el procedimiento fijado por las partes y posesionados de conformidad con la LAM y, de ser el caso, el reglamento aplicable. Este procedimiento de posesión de los árbitros prevé etapas previas que deben cumplirse de manera imperativa. En primer lugar, el actor presentará su demanda⁷¹. Se procederá a citar a la contraparte en el término de 5 días y el demandado tendrá el término de 10 días para contestar⁷²; esto sin contar la posibilidad de reforma a la demanda o contestación⁷³. Posteriormente, el director del centro fijará día y hora para la audiencia de mediación obligatoria⁷⁴, audiencia que no se prevé un término específico para su fijación y dependerá de cada director. Por último, si no ha existido acuerdo de las partes en la audiencia de mediación, las tendrán el término de tres días para designar los árbitros⁷⁵ y éstos últimos tienen 3 días para posesionarse⁷⁶.

Este procedimiento de posesión de los árbitros para dictar medidas cautelares suma, en conjunto, entre 15 y 21 días; sin contar el tiempo que demore la fijación de la audiencia de mediación y la posibilidad de reforma a la demanda o contestación. ¿Tener

68. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 9, RO No. 417, 14/11/2006.

69. Véase, D. VEGA ESPINOZA, “La Incorporación del Árbitro de Emergencia en Nuestro Ordenamiento”, *Arbitraje PUCP*, Vol. VI, 2017, p. 39.

70. Véase, LAM, N. 68, Art. 9.

71. Véase, LAM, N. 68, Art. 10.

72. Véase, LAM, N. 68, Art. 11.

73. Véase, LAM, N. 68, Art. 13.

74. Véase, LAM, N. 68, Art. 15.

75. Véase, LAM, N. 68, Art. 16.

76. Véase, LAM, N. 68, Art. 17.

que esperar este tiempo para finalmente solicitar medidas cautelares, es la manera de asegurar la tutela judicial efectiva? Consideramos que no, ya que ante una espera tan larga la contraparte tendría la posibilidad de alterar u ocultar los bienes o derechos que precisamente se buscan precautelar. Es en este punto que la figura del árbitro de emergencia se muestra como necesaria y debe entrar en juego para precautelar los derechos o intereses de la parte accionante.

4.2 Cabida de la figura del árbitro de emergencia

Como se ha expuesto en el apartado previo, las medidas cautelares en el sistema arbitral ecuatoriano actual no cumplen su función principal de asegurar la tutela judicial efectiva. Es así como, se vuelve necesario incorporar una figura expedita que permita a las partes asegurar un derecho que no pueda esperar hasta la constitución del tribunal arbitral, esta es la figura del árbitro de emergencia. Como ya se ha tratado en las secciones anteriores, el árbitro de emergencia es una figura contemplada en algunos reglamentos de centros de arbitraje internacionales. En su mayoría, la doctrina coincide en que un árbitro de emergencia:

Es un árbitro con todas sus cualidades, designado de manera sencilla y rápida, su intervención es provocada por la parte interesada(...). Una característica especial para este tipo de árbitro es la de la rapidez con la que tiene que tomar sus decisiones, dada la naturaleza de estas, es decir, la urgencia de la decisión, mientras se constituye el Tribunal Arbitral⁷⁷.

Sobre la base de esta definición, queda claro que la aplicación del arbitraje de emergencia es la vía más eficiente para asegurar derechos que corren el riesgo de desaparecer. Sin embargo, es necesario analizar su cabida dentro del actual ordenamiento jurídico ecuatoriano para determinar su posible eficacia. El artículo 9 de la LAM prescribe que los árbitros tendrán la potestad de dictar

77. I. RIVERA, "El Árbitro de Emergencia: una Figura en Crecimiento", *Arbitraje UCP*, No. 4, 2014, p. 169.

medidas cautelares para asegurar bienes materia del proceso o para garantizar su resultado⁷⁸. La única diferencia entre los árbitros de emergencia y los árbitros ordinarios es la materia sobre la que versa su decisión. Mientras que los árbitros ordinarios pueden decidir sobre lo que permite el alcance de la cláusula arbitral, los árbitros de emergencia ven su competencia restringida únicamente a la procedencia de las medidas cautelares solicitadas, sin que esto constituya prejuzgamiento alguno de la materia central del litigio⁷⁹. Así lo han determinado autores como el profesor FERNÁNDEZ MASÍA, arguyendo que:

(...) el árbitro de emergencia tiene una competencia plena para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas, pero también es limitada única y exclusivamente a dicha labor. Las facultades del árbitro de emergencia cesarán una vez que el expediente haya sido trasladado al tribunal arbitral⁸⁰.

Así, ya que los árbitros de emergencia son en sí árbitros con todas sus cualidades⁸¹, nada obsta a que los mismos apliquen esta disposición y puedan dictar medidas cautelares solicitadas por una de las partes.

Cabe destacar que la figura del árbitro de emergencia no se encuentra expresamente regulada ni en la LAM ni en los reglamentos de Centros de arbitraje nacional. Por lo cual, no se podría entender como una figura prohibida o contraria al ordenamiento jurídico ante la falta de prohibición expresa. De hecho, el sistema arbitral en el Ecuador parecería estar conceptualizado de forma tal que permite la flexibilidad de los términos del arbitraje y favorece a la justicia cautelar. Así, consideramos que, esta falta de regulación constituye una muestra de la necesidad de creación de reglas de arbitraje de emergencia por parte de los centros de arbitraje a través de sus reglamentos. Por lo que, es trascendental para el desarrollo de esta etapa pre-arbitral en el Ecuador que los centros de arbitraje opten por un rol activo en la inclusión de esta

78. Véase, LAM, N. 68, Art. 9.

79. Véase, D. VEGA ESPINOZA, N. 69, p. 37.

80. E. FERNÁNDEZ MASÍA, N. 6, p. 91.

81. Véase, I. RIVERA, N. 77, p.169.

institución en sus reglamentos e informen a las partes procesales los beneficios de la aplicación del árbitro de emergencia para medidas cautelares. Estas normas, claramente, serán aplicables de forma subsidiaria, ya que las partes podrían regular voluntariamente esta institución en el convenio arbitral.

De esta manera, el arbitraje de emergencia se configura como un procedimiento pre-arbitral mientras dura el proceso hasta la constitución del tribunal arbitral ordinario. Por lo tanto, determinada la cabida normativa de la figura del árbitro de emergencia en el Ecuador al no existir normas que lo prohíban o que sean explícitamente en conflicto con la misma, bien se la podría aplicar en los procesos arbitrales ecuatorianos. Sin embargo, para que su aplicación sea verdaderamente eficaz, es necesario establecer **(i)** como operaría el proceso de selección y posesión del árbitro de emergencia al igual que la **(ii)** naturaleza y ejecución de las medidas que este dicte.

Sobre el proceso de selección y posesión de árbitros, debido a la falta de regulación al respecto para el arbitraje de emergencia, es necesario recalcar en primer lugar que, las partes deben acordar expresamente dicho procedimiento en el convenio arbitral o referirse a un centro cuyas reglas lo permitan. Así, una vez pactado el mismo, se convierte en una fuente de autoridad para el árbitro de emergencia al ser producto de la voluntad de las partes, piedra angular de la institución arbitral⁸². En este punto, la solicitud de arbitraje podría incorporar el pedido de medidas cautelares o solicitar la intervención de un árbitro de emergencia o de una etapa pre-arbitral⁸³, siendo necesario la citación a la contraparte para el ejercicio de su derecho a la defensa⁸⁴.

Una vez presentada la solicitud de arbitraje de emergencia, el director del centro sería quien seleccionaría al árbitro de emergencia, a quién corresponderá aceptar o rechazar su nombramiento en el término de tres días aplicando de manera análoga

82. Véase, B. CREMADES, "Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral", *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo I, 2011, p. 89.

83. Véase, E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, N. 6, p. 89.

84. Véase, *ibídem*.

al texto de la LAM.⁸⁵ Es importante resaltar que, para la total eficiencia de este procedimiento, es necesario que el director del centro de arbitraje en cuestión escoja un árbitro con mayor disponibilidad de tiempo, esto para asegurar la eficacia de esta institución en el caso concreto⁸⁶. Finalmente, una vez posesionado el árbitro de emergencia, este deberá analizar el caso y resolver en el término de dos días de haber recibido el expediente⁸⁷. Así, la resolución de medidas cautelares se obtendrá en el término aproximado de 5 días de presentada la demanda, o hasta antes de presentarse la misma dependiendo de la vía tomada por el solicitante. Sea cual fuere el caso, esta etapa arbitral se configura como una mejora sustancial al término mínimo de 15 días previsto para el procedimiento arbitral ordinario. Adoptar un procedimiento similar al propuesto anteriormente en los reglamentos de los centros de arbitraje, permitiría instrumentar y desarrollar el arbitraje de emergencia en el Ecuador.

Después de determinado el proceso a seguir para la constitución del árbitro de emergencia, es necesario hacer una pequeña introducción al tema relativo a la ejecución de la decisión del árbitro. Este tema ha generado un fuerte debate en el contexto ecuatoriano, debate que se resume en si es o no potestad del árbitro ejecutar sus propias decisiones, al carecer de *ius imperium*.

Sin embargo, y al ser un tema que demanda su propio estudio a profundidad, nos basaremos en la LAM para zanjar temporalmente esta discusión. En este sentido, el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina que:

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 (...)

85. Véase, LAM, N. 68, Art. 17.

86. Véase, E. FERNÁNDEZ MASIÁ, N. 6, p. 90.

87. Véase, ídem, p. 91; Reglamento de la ICC, N. 30, Apéndice V, Art. 5; Reglamento del SIAC, Apéndice I, Art. 5.

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 (...)⁸⁸.

El citado artículo presenta entonces dos supuestos: **(i)** uno en el que se dote expresamente a los árbitros en el convenio arbitral de la potestad de ejecutar personalmente las medidas cautelares que dicta; o **(ii)** el caso en el que no se establezca expresamente esta posibilidad de ejecución. Sobre el primer supuesto queda claro que las mismas partes son las que otorgan al árbitro la potestad de ejecutar las medidas cautelares que dicte, pudiendo hacer uso de la fuerza pública para tal efecto. Así, estas facultades también las compartiría el árbitro de emergencia por el hecho planteado anteriormente referido a las facultades compartidas entre ambos. Para efectos de asegurar la tutela judicial efectiva del solicitante, ésta sería la vía idónea ya que existiría un considerable ahorro de tiempo en que el mismo árbitro que dictó las medidas sea el que las ejecute, prescindiendo de la justicia ordinaria para ello.

Por otro lado, si las partes no establecen expresamente que el árbitro tendrá la potestad de ejecutar sus propias decisiones, se estaría desnaturalizando el arbitraje de emergencia al presentarse la traba procesal de requerir al solicitante a que acuda a la justicia ordinaria para ejecutar las medidas cautelares, perdiendo la esencia misma del arbitraje de emergencia. Ello provocaría un doble proceso para la obtención de medidas cautelares y, por tanto, una carga excesiva e ineficaz para la parte que ha solicitado medidas cautelares.

5. CONCLUSIÓN

El arbitraje de emergencia es un procedimiento novedoso que busca asegurar aún más la celeridad del arbitraje al momento de resguardar derechos de las partes. Así, se configura como una re-

88. LAM, N. 68, Art. 9.

presentación latente de la tutela judicial efectiva de las partes, cuyo objeto es resguardar el objeto de un litigio sea el mismo bien o derechos del solicitante. Esta institución ya ha sido contemplada en algunos reglamentos internacionales como es el caso del Reglamento de la CCI, en el que se ha dispuesto un procedimiento específico para la designación del árbitro encargado al igual que para el momento de dictar y ejecutar medidas cautelares.

Sin embargo, en el Ecuador no ha existido ninguna clase de reconocimiento a esta figura que presentaría una ventaja y una verdadera forma de asegurar la tutela judicial efectiva de las partes, al existir un proceso expedito que permita resguardar el objeto de un juicio arbitral futuro. De esta manera, se vuelve necesario que esta figura no sea solamente reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, si no también incorporada en los distintos reglamentos de los centros de arbitraje locales, siguiendo el ejemplo que la CCI ha propuesto.

Así, aunque lo más ventajoso sería esta reforma normativa y reglamentaria, la figura del árbitro de emergencia podría ser aplicable bajo la normativa actual ecuatoriana. Esto debido a que no existe una prohibición legal expresa, y la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral podría llenar los vacíos al respecto en los distintos reglamentos. Atribuyendo de manera análoga las potestades de los árbitros ordinarios a los árbitros de emergencia, figuras que comparten plenas cualidades, no existiría impedimento para que se puedan dictar medidas cautelares fruto de un procedimiento de arbitraje de emergencia.

En definitiva, el presente artículo busca dar luces a un tema que no ha sido tratado de manera directa en el Ecuador, invitando así al debate y análisis que esta novedad jurídica trae consigo. El futuro del arbitraje en el Ecuador depende en gran medida de la innovación e incorporación de instituciones que internacionalmente han fortalecido al arbitraje. El contexto global ha demostrado que la adhesión de nuevas figuras es un proceso paulatino, pero necesario para sentar un sistema arbitral tanto nacional como internacional cada vez más eficiente, más confiable y más óptimo.

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE

PBP

100
AÑOS

Ecuador

Quito

Av. República de El Salvador N36-140
Edificio Mansión Blanca
PBX: 400 7800
Llamadas internacionales:
+5932 382-7640 (to 49)

Guayaquil

Av. Francisco de Orellana.
Edificio Las Cámaras,
Torre B, oficina 904.
PBX: (593 4) 370 7960

www.pbplaw.com



¿Queréis revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos).

Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano*.-**

*José Meythaler Baquero***
Mateo Ruales Espinosa*****

*Recibido/Received: 08/08/2018
Aceptado/Accepted: 09/08/2018*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reforma a la LAM desde la óptica del sesgo de retrospectiva. 3. Reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano. 3.1 Mecanismos de designación del Tribunal Arbitral. 3.2 Caucción. 3.3 Árbitro de emergencia. 3.4 Recusación y excusa. 3.5 Otras consideraciones. 3.5.1 Prác-

* Los autores desean agradecer a Ana Paula Chávez Sanz por el apoyo brindado en la investigación de los reglamentos analizados.

** El presente artículo se publicó también en el libro *Experiencias y Retos del Ecuador en el Arbitraje de Inversión y Comercial* de la Cámara de Comercio Internacional.

*** Socio Principal de la firma Meythaler & Zambrano Abogados. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador en las cátedras de Elementos de Ciencia Política y Derecho Administrativo; Universidad Central de Quito en la cátedra de Derecho de Empresas; y Universidad Internacional SEK en la cátedra de Ciencia del Estado; así como la Facultad de Administración de Empresas de la Universidad Central del Ecuador, en la cátedra de Introducción al Derecho. Doctor en Jurisprudencia, Abogado de los Tribunales de la República y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo electrónico: jmeythaler@lmzabogados.com

**** Jefe del Área de Litigio Arbitral de la firma Meythaler & Zambrano Abogados. Maestrante en la Maestría de Derecho Procesal y Litigación Oral de la Universidad Internacional SEK. Diplomatura en Arbitraje Comercial Internacional y de Inversión por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC y la Cámara de Comercio de Lima. Abogado por la Universidad de los Hemisferios. Correo electrónico: mruales@lmzabogados.com

*¿Queréis revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos).
Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano*

ticas probatorias. **3.5.2** Calendario procesal. **3.5.3** Citación por la prensa. **3.5.4** Renuncia a la audiencia de lectura del laudo. **4.** Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, reformas reglamentarias, buenas prácticas arbitrales, comparación de reglamentos.

KEYWORDS: arbitration, reform of the Arbitration and Mediation Law, regulatory reforms, good arbitration practices, comparison of arbitration rules.

RESUMEN: El presente artículo pretende realizar un análisis práctico sobre posibles reformas reglamentarias que podrían mejorar considerablemente la práctica arbitral nacional, mismas que pueden ser implementadas independientemente de que exista o no una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación. Primeramente, analizaremos la Ley de Arbitraje y Mediación desde la óptica del sesgo de retrospectiva para posteriormente aterrizar en un análisis comparativo de los reglamentos de los principales centros de arbitraje ecuatorianos. Dicho análisis, se lo realizará de forma pormenorizada y comparativa en las cuestiones relativas a **(i)** los mecanismos de designación del tribunal arbitral; **(ii)** la caución; **(iii)** la implementación del árbitro de emergencia; **(iv)** la inclusión de buenas prácticas probatorias internacionales; **(v)** la elaboración de un calendario procesal; **(vi)** la renuncia a audiencias irrelevantes como la de lectura de laudo, entre otros temas; planteando en cada una de ellas, lo que a criterio de los autores, son las mejores prácticas recogidas en los reglamentos analizados.

ABSTRACT: This article pretends to make a practical analysis about possible regulatory arbitration reforms which could improve considerably the national arbitration practice, and could be implemented regardless the reform of the Arbitration and Mediation Law. First of all, we will analyze the Arbitration and Mediation Law from the perspective of the retrospective bias, in order to later land on a comparative

analysis of the regulations of the main arbitration centers in Ecuador. This analysis will be made in detail while comparing issues about **(i)** the designation mechanisms of the tribunal; **(ii)** caution; **(iii)** the implementation of the emergency arbitrator; **(iv)** the inclusion of good international evidentiary practices; **(v)** the elaboration of a procedural calendar; **(vi)** the resignation to irrelevant audiences, like the one for the reading of the award; and other topics; proposing in each one of them, according to the authors, which are the best practices compiled in these analyzed arbitration regulations.

1. INTRODUCCIÓN

Con la reciente promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, Argentina se suma a los 5 países latinoamericanos, y a los más de 92 países a nivel mundial, en acoger la Ley Modelo realizada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹.

En el Ecuador, la reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM) fue un tema que, por múltiples motivos, se mantuvo en la congeladora por más de diez años. Sin embargo, actualmente ha vuelto a tomar relevancia en el foro arbitral, reavivando las críticas y cuestionamientos a dicho cuerpo normativo y reclamando la necesidad de una reforma. Esta crítica, sin lugar a dudas, se encuentra sometida al sesgo de retrospectiva, toda vez que nos encontramos realizando un juicio *ex post*; y es por ello que en la primera parte del ensayo realizaremos una aproximación a la luz del referido sesgo de las críticas a la norma arbitral ecuatoriana.

Por otra parte, estamos conscientes que una reforma a la LAM puede ser beneficiosa y necesaria; sin embargo, esta debe

1. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Situación actual: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>

*¿Queréis revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos).
Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano*

iniciarse al interno del foro arbitral a través de la actualización de reglamentos y la sofisticación de las cláusulas arbitrales.

Para la presente investigación se ha realizado un análisis comparativo de los reglamentos de los principales centros de arbitraje a nivel nacional, esto es los Centros de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (en adelante, CCQ), Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana (en adelante, AM-CHAM), Cámara de Comercio de Guayaquil (en adelante, CCG), Cámara de la Construcción (en adelante, CENAMACO), Cámara de la Producción del Azuay (en adelante, CPA), Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (en adelante, CIAM) y el Reglamento Modelo de Arbitraje Doméstico del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (en adelante, IEA); con la finalidad de rescatar las buenas prácticas contenidas en los mismos que pueden servir como luces para eventuales reformas.

2. REFORMA A LA LAM DESDE LA ÓPTICA DEL SESGO DE RETROSPECTIVA

En el estudio realizado por KAMIN y RACHLINSKI², basado en el caso *Petition of Kisman Transit Co.*³, los autores entrevistaron a 76 estudiantes de pregrado de derecho en la Universidad de Stanford. Para la elaboración del estudio se separaron dos grupos, uno de control y uno variable. La información entregada al grupo de control fue la siguiente:

- Una ciudad construyó un puente.
- El grupo debe determinar si el riesgo de inundación justifica contratar a un operador del puente como medida de precaución con el fin de que realice el monitoreo de las condiciones climáticas, para que levante el puente en caso de amenaza.

2. K. A. KAMIN y J. J. RACHLINSKI, *Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*, Cornell Law Faculty Publications, 1995, <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/646/>>.

3. *Petition of Jinsman Transit Co.* Resumen del Caso 338 E2d 708. Citado por J. M. DE LA JARA, G. RIVAS y A. JUSCAMAITA, "Hand vs. Brain: El sesgo de retrospectiva en la implementación de la fórmula de Hand", en A. BULLARD y J. M. DE LA JARA (Coor.), *Análisis Psicológico Del Derecho*, pp. 169-181, <goo.gl/UahbCG>.

Por otra parte, y de forma adicional a la información antes mencionada, al Grupo Variable se le proporcionó los siguientes hechos futuros:

- La ciudad decidió no contratar un operador del puente.
- Posteriormente, se generó una inundación que causó el desprendimiento del puente, hecho que no hubiera sucedido si hubiera existido un operador.
- La inundación generó daños al negocio de un ciudadano, quien demandó a la ciudad.

Los estudiantes de ambos grupos realizaron un análisis de responsabilidad sobre la conducta de los funcionarios de la ciudad al momento de tomar la decisión de contratar o no el operador del puerto; con la única diferencia relativa al conocimiento de los hechos futuros por parte del grupo Variable.

El estudio arrojó los siguientes resultados: únicamente el 24% del Grupo de Control (que no contaba con la información sobre los hechos futuros) concluyó que la probabilidad de una inundación justificaba tomar precauciones. Por su parte, dentro del Grupo Variable, el 57% de los estudiantes determinaron que la inundación era previsible, concluyendo incluso que dicho accidente era tan previsible que el actuar del municipio fue negligente.

El experimento muestra que el conocimiento del desenlace del evento, es decir la realización de un juicio *ex-post*, necesariamente contamina el análisis *ex-ante* de las personas. Dicho en otras palabras, al momento de realizar un análisis en retrospectiva, si ya se conoce el resultado, es altamente probable que este conocimiento sesgue y difiera de la forma real en la que se consumaron los hechos en ese momento, evidentemente sin conocimiento de los resultados futuros⁴.

4. Dicho experimento fue replicado por un estudio similar realizado por José María de la Jara a 153 estudiantes de las facultades de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico y Universidad de Piura. El mismo obtuvo resultados similares al experimento de Kamin y Rachlinski con un incremento en los resultados del 13.16% del Grupo de Control, al 27.55% del Grupo Variable o prospectivo. Véase, J. M. DE LA JARA, G. RIVAS y A. JUSCAMAITA, N. 3.

*¿Queréis revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos).
Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano*

Lo que muestran estos dos experimentos es el sesgo de retrospectiva⁵. Descrito en palabras de DE LA JARA, “el cerebro tiene la capacidad de transportarnos al pasado, pero la ejecución de esa tarea no implica que olvidaremos lo que ya conocemos del presente [...] el conocimiento del presente es un equipaje obligatorio en cualquier viaje al pasado”⁶. FISCHHOFF, por su parte, establece que

[e]n retrospectiva, las personas constantemente exageran lo que podría haberse anticipado de antemano. No solo tienden a ver lo que sucedió como algo inevitable, sino que consideran que ha sido “relativamente inevitable” antes de que sucediera. La gente cree que los demás debían haber sido capaces de anticipar los acontecimientos mucho mejor de lo que realmente era el caso. Incluso recuerdan mal sus propias predicciones para exagerar en retrospectiva lo que sabían de antemano⁷.

Actualmente, las críticas a la LAM ecuatoriana han sido duras. Coincidimos en que muchas de ellas son bastante fundadas; sin embargo, es preciso manifestar que es innegable que estas críticas se encuentran sesgadas por retrospectiva.

Por ejemplo, actualmente es evidente, al menos para la mayoría del foro arbitral ecuatoriano, que resulta infructuosa la supletoriedad de la norma procesal adjetiva establecida en el artículo 37 de la LAM⁸. Sin embargo, al voltear a ver al año 1997, época en la que el arbitraje únicamente existía en la literalidad de una norma empolvada expedida en el año 1963 denominada Ley de Arbitraje Comercial⁹, en el título 33 “Juicio por arbitramiento” del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) de 1953 y en los casos sustanciados bajo dichas normas, mismos podían ser

5. Al respecto, véase X. ANDRADE CADENA, C. ARROYO AGUIRRE y E. FIERRO, “Vicios, sesgos y conjuros arbitrales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

6. Véase J. M. DE LA JARA, G. RIVAS y A. JUSCAMAITA, N. 3, p. 181.

7. Traducción libre. B. FISCHHOFF, *Judgment and Decision Making*, Earthscan from Routledge, 2012, pp. 335-341.

8. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 37, RO No. 417, 14/12/2006.

Art. 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho.

9. Ley de Arbitraje Comercial, RO No. 90 de 28/10/1963. Ley dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23/10/1963.

contados con los dedos de una mano; hace sentido que el legislador haya dado ciertas luces guía, denominadas en aquel momento Código de Procedimiento Civil, para el recién nacido sistema arbitral ecuatoriano.

Durante la última década el arbitraje, a pesar de los arrebatos político-jurídicos que ha padecido, ha generado una considerable institucionalidad. Es por ello que, en este momento, realizando un juicio *ex-post*, resulta lógico aseverar por ejemplo que, uno de los talones de Aquiles del sistema arbitral, es la supletoriedad de la normativa procesal ordinaria, en su momento el CPC y actualmente el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP); supletoriedad que, además de ser mandato legal, parece ser mandato moral en la mente de varios abogados y árbitros que, en mayor o menor medida, frecuentan el sistema¹⁰.

Al respecto CORONEL JONES, menciona que el arbitraje ha enfrentado

[...] dificultades, resistencias y temores, especialmente por parte de los operadores jurídicos: abogados, jueces e inclusive los propios árbitros quienes, formados con las ideas de respeto profundo a las normas procesales, inclusive inclinados hacia el formalismo y ritualismo en la práctica litigiosa, se ven abocados a lidiar con una moralidad de resolución de controversias que privilegia ampliamente el contenido sobre la forma, la agilidad y celeridad por sobre el rito y las fórmulas sacramentales¹¹.

El momento político, las críticas a la LAM, en conjunto con ciertas normas obsoletas que contiene, sumados a la profunda inestabilidad generada por la anulación desmesurada de laudos

10. Al respecto J.M. DE LA JARA, en su artículo “El ataque de los procesalosaurios” expresa: “Rondan por las escaleras del Poder Judicial y tienen largas garras con las que amedrentan a secretarios, jueces y congresistas. Su dieta básica consiste en una porción de excepciones, con guarnición de impugnaciones y salsa de formalismo. Que quede claro: no son abogados procesalistas. Se hacen pasar como tales, pero en realidad son litigantes y ‘operativos’ estancados a la mitad de la cadena evolutiva, sin capacidad de adecuarse a un sistema transparente”. J.M. DE LA JARA, “El ataque de los procesalosaurios”, en A. BULLARD (Ed.), *Litigio Arbitral: El Arbitraje Desde Otra Perspectiva*, 2016, p. 165.

11. C. CORONEL JONES, “Arbitraje y Procedimiento”, *Iuris Dictio*, Vol. 7, No. 11, 2007, p. 37.

*¿Queréis revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos).
Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano*

arbitrales a cargo de los presidentes de las cortes provinciales¹²; ha generado que importantes voces reclamen una reforma a la LAM.

Concordamos: la LAM necesita una reforma urgente; sin embargo, es preciso realizar un *mea culpa* en este sentido, ya que la misma naturaleza del sistema arbitral nos permite realizar esta reforma, al menos con efectos individuales, de múltiples formas. Ya sea a través del pacto de cláusulas arbitrales que contemplen reglas procesales más sofisticadas, o a través de acuerdos probatorios o procedimentales intraproceso.

Pero las cláusulas arbitrales no pueden regular todo. Es por esta limitación que las reformas deben realizarse principalmente a través de la actualización de los reglamentos de los centros. Es una tarea conjunta que nos compete a todos quienes conformamos el sistema arbitral. En este sentido, DERAIS y LÉVY establecen que “[l]os árbitros son responsables de ‘las tuercas y tornillos’ del procedimiento, pero el diseño general de dichos procedimientos es un asunto de las partes y sus abogados”¹³. “[...] [P]ara que el procedimiento arbitral sea adecuado y eficaz, hay conductas y prácticas que dependen de los demás involucrados: abogados, partes y secretario arbitral”¹⁴, y los centros a través de sus reglamentos.

Es el artículo 38 de la LAM, el que ubica en nuestra cancha la forma de subsanar la mayoría de los errores¹⁵ de dicho cuerpo al establecer que:

El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que

12. Lo antedicho fue profundizado por O. SANTOS DÁVALOS. Véase, O. SANTOS DÁVALOS, “La acción de nulidad de los laudos arbitrales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, p. 401.
13. Y. DERAIS y L. LÉVY, *Is arbitration Only as Good as Arbitrator? Status, Power and Role of the Arbitrator*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2011, p. 8.
14. J. E. FIGUEROA, “Buenas prácticas para la mejor conducción del procedimiento en el arbitraje comercial internacional”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015, p. 341.
15. Mencionamos la mayoría, ya que el único elemento que no podría subsanarse a través de reformas a los reglamentos de los Centros, por encontrarse en la esfera del orden público, son las normas relativas a la acción de nulidad.

las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables¹⁶.

La norma es contundente. Son las partes, por el principio de autonomía de la voluntad, las encargadas de regular su proceso; entendiendo a los reglamentos de los centros como una delegación de esta autonomía plasmada al momento de pactar un centro específico en la cláusula compromisoria. El principio de autonomía de la voluntad de las partes también se encuentra regulado en el artículo 5 de la LAM, el mismo que guarda concordancia con lo establecido en la Ley Modelo CNUDMI¹⁷, así como con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 al incluir como causal de denegación de homologación, y por lo tanto de ejecución establecida en el artículo V(1)(d) el hecho de que “la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes”¹⁸.

3. REFORMAS REGLAMENTARIAS AL SISTEMA ARBITRAL ECUATORIANO

Acogiéndonos a la afamada frase expresada por el ex presidente ecuatoriano José María Velasco Ibarra - *¿Queréis revolución? ¡Hacedla primero en vuestros corazones y en vuestras almas!* - entendemos que las reformas deben partir tanto de los centros arbitrales, como de los abogados, más aún con la oportunidad, otorgada por la naturaleza del sistema arbitral de autorregularse.

16. LAM, N. 8, Art. 38.

17. “Probablemente el principio más importante sobre el que debe basarse la Ley Modelo es la libertad de las partes, para facilitar el adecuado funcionamiento de los arbitrajes comerciales internacionales de acuerdo con sus expectativas”. Citado por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration (A/CN.9/207)*, en XII Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1981, pp. 75-78.

18. Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, Art. V(1)(d), RO Sup. No. 153, 25/11/2005.

*¿Queréis revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos).
Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano*

Sin perjuicio de la existencia de otros elementos relevantes que merezcan una reforma, hemos identificado los siguientes elementos de la LAM, que pueden ser subsanados a través de reformas reglamentarias, y sobre los cuales nos referiremos en el presente ensayo: **(i)** mecanismo de designación del Tribunal Arbitral; **(ii)** caución en procesos de nulidad; **(iii)** árbitro de emergencia; **(iv)** causales de recusación y excusa; **(v)** prácticas probatorias; **(vi)** calendario procesal; **(vii)** citación por la prensa; y, **(viii)** audiencia de lectura del laudo.

Para la presente investigación se ha realizado un análisis comparativo de los reglamentos de los principales centros de arbitraje a nivel nacional, esto es los Centros CCQ, AMCHAM, CCG, CENAMACO, CPA, CIAM y el Reglamento Modelo de Arbitraje Doméstico del IEA.

3.1 Mecanismos de designación del Tribunal Arbitral

La designación de la persona que decidirá el pleito, como vertiente del principio de autonomía de la voluntad de las partes, es uno de los elementos constitutivos del sistema arbitral. Dicho elemento se ve menoscabado cuando la designación se la realiza por un mecanismo que rebasa la voluntad de las partes, como lo es el sorteo.

Si bien es cierto que en principio, la LAM en su artículo 16 reconoce este principio al establecer como primera forma de designación el acuerdo de las partes sobre la totalidad del tribunal arbitral¹⁹, es preciso recalcar que este mecanismo es ineficaz ya

19. LAM, N. 8, Art. 16.

Art. 16.- De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, *el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.* Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior. Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro. Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno. *Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo,* para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará

que difícilmente las partes, una vez escalado el conflicto, lograrán acordar en la totalidad de miembros de un tribunal, lo que deviene inevitablemente en que este sea designado por sorteo.

La forma usual de suplir la designación por sorteo, es la establecida por la Ley Modelo CNUDMI, misma que establece básicamente que cada parte designa un árbitro, y el presidente es nombrado de común acuerdo por los árbitros ya designados.

En este sentido, si bien es cierto que la regla general de la LAM en la práctica termina siendo el sorteo, esto puede ser plenamente subsanable por varias formas, ya sea a través de cláusulas compromisorias que contengan mecanismos de designación del tribunal; o a través de reglamentos que reformen el mecanismo preestablecido de la LAM.

De la revisión de los 6 reglamentos referidos anteriormente, se desprende que todos ellos acogen el mecanismo de designación de la LAM; incluso el reglamento del CIAM, se podría entender que evade el envío de la lista de árbitros a las partes y ordena la convocatoria directa al sorteo. El mismo, en su artículo 7 establece:

INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL. - Para la integración del tribunal arbitral, el Director del Centro procederá a identificar la materia del juicio arbitral, con la finalidad de realizar el sorteo entre los árbitros especializados, con conocimientos afines a la materia del juicio en referencia.

A falta de árbitros con conocimientos específicos en la materia del juicio arbitral, se sorteará entre todos los constantes en la lista oficial de árbitros del Centro.

el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje. En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal. Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren. En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo (énfasis añadido).

*¿Queréis revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos).
Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano*

El sorteo de los árbitros se hará con la presencia de las partes procesales, previa convocatoria para la diligencia²⁰.

Adicionalmente, es necesario resaltar que varios reglamentos ordenan que el sorteo deberá realizarse en duplicado para cada árbitro²¹, con la finalidad de evitar múltiples convocatorias a sorteos hasta que acepte la totalidad del tribunal arbitral. Dicha práctica es acertada por la celeridad que brinda al proceso.

Al respecto, el Reglamento Modelo del IEA innova en cuanto al mecanismo de designación, acogiendo el establecido por la Ley Modelo CNUDMI. El artículo 10 numeral 5 de dicho reglamento establece:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, para la constitución un Tribunal Arbitral con tres árbitros, se observarán las siguientes reglas:

- a. El Demandante o Demandantes, en conjunto, designarán en su Demanda su respectivo árbitro.
- b. La Demandada o Demandadas, en conjunto, designarán en su Contestación a la Demanda su respectivo árbitro.
- c. Una vez aceptados sus cargos, los árbitros designados por las partes, dentro del plazo dispuesto por el Director del CAM, designarán al tercer árbitro que presidirá el Tribunal Arbitral.
- d. Si alguna de las partes o los árbitros designados por ellas no designan a los respectivos árbitros, esta designación le realizará el Director del CAM por sorteo de entre los árbitros de las listas del CAM²².

3.2 Caución

La LAM es sumamente escueta al regular la caución necesaria para la suspensión en la ejecución del laudo arbitral durante

20. Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM), Art. 7.

21. Véase, Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (CCQ), Art. 58; Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (AMCHAM), Art. 50; y Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil (CCG), Art. 13.

22. Reglamento Modelo de Arbitraje Doméstico del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA), Art. 10(5).

la sustanciación de la acción de nulidad. Al respecto, el artículo 31 de la LAM establece como único parámetro que la caución será fijada “ [...] sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causarle a la otra parte”^{23 24}.

El hecho de que el único parámetro para la determinación del monto de la caución sea la estimación de los perjuicios por la demora en la ejecución del laudo mientras se sustancia el proceso de nulidad, ha generado múltiples vulneraciones de derechos en este aspecto, como el caso *GAD Río Verde*, sobre el cual volveremos posteriormente. Existe además un vacío sobre la forma en la que esta caución debe instrumentarse y devolverse.

Al respecto vale la pena mencionar el caso *GAD Río Verde*, dentro del cual el tribunal arbitral no sólo decidió fijar el monto de la caución en el valor de la totalidad del laudo²⁵, sino que, ante la falta de consignación de la caución, el tribunal ignorando completamente que el único efecto de la caución es la suspensión en la ejecución del laudo, se negó a remitir la acción de nulidad interpuesta por el demandado a la Corte Provincial²⁶.

Justamente para evitar este tipo de abusos, la fijación del valor de la caución debería ser objeto de regulación dentro de los

23. LAM, N. 8, Art. 31.

Art. 31.- [...] Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte. El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo. La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación.

24. El COGEP tampoco brinda luces al respecto. El artículo 271 de dicha norma se limita a enmarcar la figura, sin regular la forma de fijación del *quantum* o su forma de instrumentación.

25. Mediante providencia de 21/12/2017 el tribunal ordenó que: “[...] en el término de 3 días rindan caución suficiente garantizando los daños y perjuicio [sic] que la demora de la ejecución del laudo arbitral pueda causar a la otra parte, el valor de la caución es de USD 459.440,76/100. Tal como lo determina el Art. 31 de la Codificación a la Ley de Arbitraje y Mediación [...]”. Tomado de la presentación realizada por el Dr. Fausto Albuja Guarderas el 16/05/2018 en la CCQ.

26. Mediante Providencia de 23/01/2018, el tribunal arbitral estableció que: “[...] por cuanto los recurrentes, no dieron cumplimiento a lo dispuesto por este tribunal en decreto de 21/12/2017, a las 11h10, es decir, no rindieron caución suficiente, por los perjuicios estimados que en la demora de la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte contraviniendo la disposición legal prevista en la letra e), inciso cuarto del Artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; y lo dispuesto por la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 007-16-SCM.CC. CASO No. 0141-14-CN, este Tribunal Arbitral amparado en las Normas Legales y Constitucionales citadas; y en el precedente constitucional antedicho, niega los recursos de nulidad, interpuestos por el demandado [...]”. Tomado de la presentación realizada por el Dr. Fausto Albuja Guarderas el 16/05/2018 en la CCQ.

reglamentos de los centros, mismos que, respetando la discrecionalidad del tribunal, otorguen luces al respecto. Ninguno de los siete reglamentos revisados lo regula.

Por otro lado, sobre la falta de regulación de la forma de instrumentación de la caución, y de su devolución, los únicos reglamentos que lo abordan son los pertenecientes al Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCG, que en su artículo 26²⁷ ordena la entrega de la caución “a quién corresponda”. Así también, el reglamento AMCHAM, en su artículo 66 establece taxativamente las formas en las que se podrá instrumentar la caución, esto es: **(i)** Garantía bancaria, **(ii)** Fianza a través de una aseguradora, y, **(iii)** Dinero efectivo o cheque²⁸. Finalmente, cabe mencionar que el Reglamento Modelo del IEA, recoge ambos criterios, regulando tanto la entrega de la caución, como la forma de su instrumentación en su artículo 37²⁹.

27. Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCG, N. 21, Art. 26.
Art. 26.- Cuando se haya solicitado la suspensión de la ejecución del laudo por haberse interpuesto acción de nulidad, el tribunal fijará la caución teniendo en cuenta los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de lo ordenado en el laudo pueda irrogar a la parte vencedora del arbitraje. La caución se constituirá a favor de la Cámara de Comercio de Guayaquil, quien dispondrá su entrega a quien corresponda, una vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad.
28. Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM, N. 21, Art. 66.
Art. 66.- Cuando se haya solicitado la suspensión de la ejecución del laudo por haberse interpuesto acción de nulidad, el tribunal fijará la caución teniendo en cuenta los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de lo ordenado en el laudo pueda irrogar a la parte vencedora del arbitraje. Las cauciones que podrán rendirse son: 1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco, o institución financiera, establecidos en el país o por intermedio de ellos; 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; 3. Efectivo o Cheque Certificado de una institución financiera establecida en el país consignado en la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, que deberá ser depositado en una cuenta de la misma. La caución se constituirá a favor del vencedor del arbitraje y se entregará a la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, quien dispondrá su entrega a quien corresponda, una vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad. La caución rendida deberá ser renovable automáticamente antes de su vencimiento o a la sola solicitud del Centro. De no ser renovada la caución esta se efectivizará y la Cámara tendrá los fondos disponibles hasta cuando se resuelva la acción de nulidad.
29. Reglamento Modelo IEA, N. 22, Art. 37.
Art. 37. - Suspensión de los efectos del laudo. 1. Cuando se haya solicitado la suspensión de la ejecución del laudo por haberse interpuesto acción de nulidad, el tribunal fijará la caución teniendo en cuenta los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de lo ordenado en el laudo pueda irrogar a la parte vencedora del arbitraje. 2. Las cauciones que podrán rendirse son: a. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco, o institución financiera, establecidos en el país o por intermedio de ellos; b. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; c. Efectivo o Cheque Certificado de una institución financiera establecida en el país consignado en la Cámara XX, que deberá ser depositado en una cuenta de la misma. 3. La caución se constituirá a favor del vencedor del arbitraje y se entregará a la Cámara XX, quien dispondrá su entrega a quien corresponda, una vez ejecutoriada la sentencia que resuelva la acción de nulidad. 4. La caución deberá ser constituida en el

3.3 Árbitro de emergencia

La figura del árbitro de emergencia nace por la necesidad de las partes en un arbitraje de adoptar medidas provisionales urgentes no habiéndose constituido el tribunal arbitral aún. Al no existir en ese momento quien conserve el *status quo*, preserve la evidencia, proteja bienes e información, entre otros; las partes recurren al árbitro de emergencia. En palabras de BORN y LEE:

El procedimiento del árbitro de emergencia está destinado a conocer situaciones de extrema urgencia, [por lo que,] hace poco sentido forzar a las partes a esperar hasta el comienzo formal del procedimiento arbitral para buscar medidas temporales a través de dicho procedimiento³⁰.

Varios centros arbitrales alrededor del mundo han incorporado esta figura en sus reglamentos. Entre esos, están los reglamentos de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong y del Centro Internacional para la Resolución de Disputas, siendo este último el primero en adoptar reglas sobre la figura.

En vista de la falta de reconocimiento de esta figura tanto en la LAM como en los reglamentos, las partes tendrán que acudir a la justicia ordinaria a pesar de que “[...] acudir al Poder Judicial es justamente lo que se buscó evitar cuando se pactó arbitraje”³¹. Acudir al poder judicial adicionalmente podría tener un conflicto de competencia, ya que el artículo 120 del COGEP establece que la competencia para el conocimiento de la demanda principal se radica en el juzgador que conoce la diligencia preparatoria. Es

término establecido por el Tribunal Arbitral para estos efectos. Este término podrá ser prorrogado a solicitud motivada de parte. 5. La caución rendida deberá ser renovable automáticamente antes de su vencimiento o a la sola solicitud del Centro. De no ser renovada la caución esta se efectivizará y la Cámara tendrá los fondos disponibles hasta cuando se resuelva la acción de nulidad. 6. Una vez resuelta la acción de nulidad la caución será devuelta: a. Al vencedor del arbitraje, si la acción de nulidad fuera rechazada. b. Al proponente de la acción de nulidad, si la acción de nulidad fuera aceptada, total o parcialmente.

30. G. BORN y S. LEE, “The Emergency Arbitrator Procedure under the New HKIAC Rules”, *Asian Dispute Review*, No. 4, pp. 116-117.

31. H. EZCURRA y J. OLÓRTEGUI, “Y ahora, ¿quién podrá defendernos? El árbitro de emergencia”, en A. BULLARD (Ed.), *Litigio Arbitral: El Arbitraje Desde Otra Perspectiva*, 2016, pp. 193-194.

por este motivo que existen múltiples resoluciones de inadmisión argumentando que es competencia exclusiva del tribunal arbitral el conocimiento de diligencias preparatorias.

El reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) regula la figura del árbitro de emergencia en su artículo 29 y le dedica un apéndice completo (Apéndice V). Su aplicación supone que no se ha constituido el tribunal arbitral todavía y que adoptar medidas provisionales es de carácter urgente. Es el Presidente de la Corte quien nombra al árbitro de emergencia previa petición de parte, no siendo posible nombrarlo una vez que se ha entregado el expediente al tribunal arbitral. La decisión que adopte el árbitro de emergencia tiene carácter de orden y es vinculante para las partes, pero no para el tribunal arbitral que se constituya, según el artículo 29 del reglamento ICC; ya que, según dicho artículo, el tribunal arbitral tiene la facultad de modificar, dejar sin efecto o anular una orden emitida por el árbitro de emergencia.

Dicha figura no se encuentra regulada ni en la LAM, ni en ninguno de los reglamentos analizados, salvo el Reglamento Modelo del IEA, que, refiriéndose a las medidas provisionales o cautelares, en su artículo 25(2)(b) establece que estas podrán ser solicitadas “ante un árbitro de emergencia conforme al reglamento que el Centro expida para estos fines”³².

32. Reglamento Modelo IEA, N. 22, Art. 25.

Art. 25.- Medidas cautelares y provisionales. 1. El Tribunal Arbitral podrá dictar medidas provisionales o cautelares conforme lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación para asegurar el estado de los bienes objeto del litigio, preservar pruebas, garantizar el resultado del laudo o mantener el status quo de la disputa. 2. Las partes, con los mismos fines anteriores, podrán, antes de la conformación del Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas, solicitar medidas provisionales o cautelares: a. Ante cualquier autoridad judicial competente. La solicitud que una parte en este sentido no contraviene el convenio arbitral ni constituye una renuncia a éste, y no afecta la competencia y los poderes del Tribunal Arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación al CAM por la parte solicitante de la misma. b. Ante un árbitro de emergencia conforme al reglamento que el Centro expida para estos fines. 3. Toda medida provisional o cautelar dictada conforme el numeral anterior podrá ser confirmada, revisada, reemplazada o dejada sin efecto por el Tribunal Arbitral.

3.4 Recusación y excusa

La imparcialidad e independencia del juzgador constituye uno de los elementos esenciales del debido proceso³³. Al respecto, la LAM se limita a remitirse a las causales establecidas en el COGEP³⁴, las cuales son: **(i)** ser parte en el proceso; **(ii)** ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de una de las partes o su abogado; **(iii)** ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de una de las partes o su abogado; **(iv)** haber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso; **(v)** retardo injustificado; **(vi)** haber representado a alguna de las partes; **(vii)** haber emitido opinión o consejo anterior sobre el proceso; **(viii)** existencia de un proceso anterior con alguna de las partes; **(ix)** haber recibido de las partes derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios; **(x)** tener con las partes o sus defensores alguna obligación pendiente; **(xi)** amistad íntima o enemistad manifiesta; y, **(xii)** tener interés personal en el proceso³⁵.

Resulta evidentemente impropia la aplicación irrestricta en el arbitraje de una normativa descontextualizada de este método alternativo³⁶. Al respecto, GALINDO y GARCÍA manifiestan que

pareciese que es impropio a la naturaleza del arbitraje establecer una valoración abstracta y a priori de estas circunstancias, presumiendo que ellas entrañan una falta de imparcialidad e independencia de los árbitros per se, sin

33. Constitución de la República del Ecuador, Art. 76(7)(k), RO No. 449, 20/10/2008. Art. 76 (7)(k). - En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente [...].
34. LAM, N. 8, Art. 21. Art. 21.- Son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código Orgánico General de Procesos para los jueces.
35. Véase, Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Art. 22, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.
36. Al respecto resulta interesante la resolución de la Directora del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM dentro de la recusación planteada en el proceso arbitral No. 4-13 en contra de los árbitros Patrick Barrera Sweeney, Alfredo Corral Borrero y Sasha Mandakovic Falconí que establece: “[...] a esta Dirección le resulta al menos difícil de concebir cómo esta causal puede ser aplicable dentro de un proceso arbitral [...]. Un supuesto fenecimiento del encargo arbitral [por vencimiento del término para dictar el laudo] difícilmente podría producir la recusación del [árbitro], pues su efecto se acerca más a la pérdida de la calidad de árbitro [...]”. Citado por E. CARMIGNIANI, H. GARCÍA y C. CEPEDA, “Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas Legales Recientes”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015, pp. 165-194.

*¿Queréis revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos).
Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano*

tener debida cuenta de los hechos específicos del caso en particular³⁷.

En este aspecto, dentro de la práctica arbitral internacional, ha tenido una importante acogida las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflicto de Intereses. Ninguno de los reglamentos analizados en el presente artículo contempla explícitamente³⁸ la posibilidad de recurrir a las dichas Directrices; sin embargo, es preciso manifestar que han sido objeto de referencia de varios fallos de recusación.

En la recusación sustanciada en contra del árbitro Santiago Cuesta Cauputi, dentro del caso *Chaparro c. Ecuador*, el tribunal se cuestiona:

¿[D]entro del nuevo marco constitucional del Ecuador, la defensa de este principio se agota en la aplicación *lex dura, sed lex de estas causales*, o es menester revisar las circunstancias particulares de cada caso?.- [...] Parece ser entonces que una aplicación fría y estática de la norma procesal sobre la recusación a la luz de las disposiciones citadas, debe ser soslayada a favor de un verdadero examen de las circunstancias del caso propio, con el fin de verificar la imparcialidad e independencia del juzgador; por lo tanto, al analizar la causal acusada no solo es obligación de este tribunal realizar una interpretación puramente exegética sino también un análisis de la situación fáctica descrita por el legislador, con el fin de garantizar los principios y garantías ya enunciados³⁹.

Posteriormente el Tribunal hace referencia a las Directrices de la IBA estableciendo que

[t]odos estos conceptos coincidentes han sido recogidos de manera muy prolija por las Directrices de la International Bar

37. 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. 51.

38. Referimos explícitamente, ya que existen varios reglamentos que facultan en casos de oscuridad en el reglamento, esta puede ser suplida por normas de otros reglamentos, o en este caso por las Directrices. Véase, Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación CCQ, N. 21, Art. 91; Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM, N. 21, Art. 107, Reglamento Modelo IEA, N. 22, Art. 42.

39. Tribunal Arbitral *ad-hoc*, *Chaparro Álvarez c. Ecuador*: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta, en H. GARCÍA, *Gaceta arbitral*, No. 1, 2013. Citado por A. GALINDO y H. GARCÍA, N. 37, pp. 194-195.

Association (en adelante IBA) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional, que constituye el catálogo de normas generales y casuística referencial más completo, de mayor aceptación y más usado en la comunidad actual del arbitraje. Estas normas han sido cruciales para el desarrollo del arbitraje, puesto que proponen un test que de manera relativamente objetiva, aterriza el análisis subjetivo que puede inmiscuirse dentro de la imparcialidad e independencia de los árbitros⁴⁰.

Así también las Directrices IBA sobre conflicto de intereses han sido referidas en otros procesos de recusación, como la resolución de la Directora del Centro de Arbitraje y Mediación AM-CHAM, Patricia Vera Nieto, dentro de la recusación planteada en el proceso arbitral No. 6-16 en contra del árbitro Alvaro Galindo Cardona⁴¹.

En este sentido, creemos importante que los reglamentos arbitrales contemplen la posibilidad de someterse, al menos de forma referencial, a las mencionadas Directrices. Ninguno de los reglamentos analizados lo contempla, salvo el Reglamento Modelo del IEA, que en su artículo 12 establece

Para la resolución de las recusaciones planteadas en contra de uno o más árbitros se podrá utilizar de manera referencial las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, o cualquier otra regla o práctica arbitral relevante⁴².

40. *Ibidem*.

41. Al respecto, mediante decisión de 3/08/2016, la Directora estableció: “Asimismo, a modo referencial, las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional en el numeral 3.1.2 de su Listado Naranja establece como parámetro la revelación que debe hacer el árbitro a las partes cuando: ‘Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente de la causa’. En este sentido es importante recalcar que el Listado Naranja refleja situaciones que pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad del árbitro, por lo que se configura la obligación de revelarlas, sin que esto genere necesariamente un conflicto de interés. En relación a lo anterior, la norma citada por la Actora en su solicitud establece un término de tres años, mismo que no se cumple en el presente caso”. Citado en E. CARMIGNANI, H. GARCÍA y C. CEPEDA, N. 36, p. 197.

42. Reglamento Modelo IEA, N. 22, Art. 12(7).

3.5 Otras consideraciones

Finalmente, existen algunos elementos puntuales a resaltar mismos que, por la naturaleza no monográfica del presente ensayo, nos resulta imposible abordar a profundidad; sin embargo, consideramos importante al menos enunciarlas.

3.5.1 *Prácticas probatorias*

Del mismo modo que las Directrices IBA sobre Conflicto de Intereses han adquirido relevancia en el espectro internacional del arbitraje, las Directrices de dicho organismo sobre la práctica de la prueba han marcado, sin lugar a dudas, las mejores prácticas en este sentido. Es por ello que resulta importante que los reglamentos de los centros las incorporen, al menos como una posibilidad para que las partes se acojan a dichas directrices. Ninguno de los reglamentos las consideran, salvo el Reglamento Modelo del IEA que, en su artículo 23 establece:

Salvo acuerdo en contrario, las partes, al presentar la demanda, reconvención o sus respectivas contestaciones, podrán adjuntar peritajes de parte o declaraciones escritas y anticipadas de testigos, para lo cual podrán guiarse por las Reglas de la IBA sobre la práctica de la prueba en arbitraje internacional o cualquier otra regla o práctica arbitral relevante⁴³.

3.5.2 *Calendario procesal*

Un calendario procesal emitido al inicio de la etapa arbitral facilita enormemente la conducción ordenada y ágil del procedimiento. Al respecto GONZÁLEZ DE COSSÍO menciona que “[e]s recomendable por su utilidad, la predictibilidad y facilidad que brinda el organizar para el futuro las etapas y tiempos del procedimiento”⁴⁴.

43. Reglamento Modelo IEA, N. 22, Art. 23(6).

44. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, 1era Ed., 2014, p. 633.

Dicho calendario suele constar en un Acta de Misión. De la revisión de los reglamentos, resalta que únicamente se encuentra regulada en el reglamento de la CCG, mismo que, en su artículo 21 establece como elemento que debe contener el acta de misión lo siguiente:

- 5) [E]l calendario provisional que pretenda seguirse en el arbitraje; y,
- 6) [L]as reglas de procedimiento que va a seguir el tribunal, sin perjuicio de su facultad de determinar reglas específicas posteriormente, en casos o temas determinados⁴⁵.

Así también el Reglamento Modelo de IEA, establece, como parte de los elementos que deberá contener el acta de audiencia de sustanciación: “ 1. El calendario procesal del arbitraje para la presentación de escritos, práctica de prueba y realización de audiencias”⁴⁶.

3.5.3 *Citación por la prensa (declaración juramentada)*

El COGEP generó un vacío jurídico referente a la citación por la prensa en sede arbitral, ya que, en su artículo 56 establece que la declaración juramentada relativa a la imposibilidad de determinación de la individualidad, domicilio o residencia del demandado debe realizarse ante el juzgador de la causa, ya no únicamente a través de una declaración juramentada como lo establecía el derogado Código de Procedimiento Civil⁴⁷.

Toda vez que, en el proceso arbitral, el juzgador del proceso no existe al momento de la citación, ya que el tribunal arbitral será designado en una etapa posterior, surge la duda sobre la autoridad que debe encargarse de recibir dicho juramento. ¿Debe ser el director del centro, ya que ejerce competencia dentro de la

45. Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación CCG, N. 21, Art. 21(5)(6).

46. Reglamento Modelo IEA, N. 22, Art.19(7)(l). Véase, Reglamento de Arbitraje de la CCI, Art. 18(4).

47. Código de Procedimiento Civil, Art. 86, RO Sup. No. 687, 18/07/1987.

Art. 86. – [...] La afirmación de que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien deba ser citado, la hará el solicitante bajo juramento sin el cumplimiento de cuyo requisito, el juez no admitirá la solicitud [...].

etapa pre arbitral, debe ser un notario o debe ser un juez ordinario?

Al respecto consideramos que este vacío debe ser suplido por una norma reglamentaria, inexistente en los reglamentos analizados, salvo el Reglamento Modelo del IEA que lo subsana aclarando que la declaración se la debe realizar ante un notario público⁴⁸.

3.5.4 Renuncia a la audiencia de lectura del laudo

Sin lugar a dudas, uno de los ritualismos innecesarios que contiene la LAM es la audiencia de lectura del laudo contemplada en el artículo 29 de dicha norma. En vista de la falta de una finalidad jurídica o práctica relevante, esta audiencia debe ser eliminada, ordenando únicamente la notificación del laudo escrito, como lo es en la práctica internacional. Al respecto vale la pena recalcar que esta audiencia fue eliminada en el Reglamento Modelo del IEA, que en su artículo 28 establece:

Salvo acuerdo en contrario, el laudo será notificado únicamente por escrito, renunciando a que sea leído en audiencia conforme lo dispone el Artículo 29 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁴⁹.

Finalmente es preciso mencionar que nos encontramos conscientes que existen múltiples elementos no mencionados que merecen al menos ser debatidos a la luz de una reforma reglamentaria; como lo es la eliminación de la etapa de mediación, la posibilidad de un mecanismo de apelación en la misma sede arbitral, la inclusión de terceros no signatarios, los contratos coligados, entre múltiples otras. Invitamos al análisis de los mis-

48. Reglamento Modelo IEA, N. 22, Art. 3(7).

Art. 3. - Citación y notificaciones. 7. Si al Actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado, deberá presentar una declaración juramentada realizada ante un notario. En tal caso, la citación se realizará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar donde se sigue el arbitraje y del domicilio del demandado, si fuere distinto. El costo de las publicaciones correrá a cargo del interesado.

49. Reglamento Modelo IEA, N. 22, Art. 28(5).

mos para que sea desde la academia de donde surja la necesidad de actualización reglamentaria y legal.

4. CONCLUSIONES

Después de haberse cumplido dos décadas desde la entrada en vigencia de la LAM, queda claro que es momento oportuno para que el sistema arbitral ecuatoriano sea reformado con miras a buscar procesos arbitrales más céleres, eficientes, seguros y económicos.

Queda claro también que existen zonas normativas en las que la voluntad de las partes no alcanza a reformar, como lo son por ejemplo la legislación relativa a la acción de nulidad, sus causales y su trámite, así como aquellas que regulan la homologación y ejecución de laudos arbitrales internacionales; sobre los cuales coincidimos con la necesidad de una reforma a la LAM.

Sin embargo, también existe una gran cantidad de espacios que pueden ser subsanados y autorregulados por el mismo sistema. La actualización del sistema arbitral ecuatoriano, debe comenzar puertas adentro. Esta es una tarea compartida, primeramente, por los abogados al momento de la redacción de cláusulas arbitrales y posteriormente por los centros de arbitraje a través de la actualización de sus reglamentos.

El presente ensayo buscó justamente generar la necesidad de dicha actualización reglamentaria, a través de una enunciación que, lejos de ser taxativa y cerrada, pretende enumerar elementos que a nuestro criterio son perfectamente perfectibles simplemente a través de reformas en los reglamentos de los centros.

Responsabilidad de los centros de arbitraje en Ecuador

*Natalia Ordóñez Rivera**

Recibido/Received: 23/07/2018
Aceptado/Accepted: 26/07/2018

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Contrato de Administración de Arbitraje (CAA). 3. Responsabilidad contractual de la institución arbitral bajo el CAA. 4. Las funciones jurisdiccionales de los directores de los centros de arbitraje. 5. La responsabilidad del director del centro en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. 5.1 Retardo injustificado. 5.2 Negligencia. 5.3 Denegación de justicia. 5.4 Quebrantamiento de ley. 6. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: arbitraje institucional, arbitraje administrado, responsabilidad civil, responsabilidad judicial, indemnización de daños y perjuicios.

KEYWORDS: institutional arbitration, liabilities, judicial responsibility, damages.

RESUMEN: El presente trabajo busca determinar el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de los centros de arbitraje de Ecuador en el ejercicio de sus funciones, desde una perspectiva contractual, para el centro de arbitraje en sus funciones administrativas, y extracontractual para el director del centro en el ejercicio de ciertas funciones de carácter jurisdiccional.

* Analista de Contratos para el Legal Support Center de Schlumberger en Bogotá, Colombia. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: natalia.ordonez22@gmail.com

N. ORDÓÑEZ RIVERA, "Responsabilidad de los Centros de Arbitraje en Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.

ABSTRACT: The purpose of this article is to determine the nature of the arbitral institution's liability in Ecuador for the provision of their services, with two different perspectives: the liability seen as contractual for the performance of administrative tasks by the arbitral institution, and then extra contractual for the performance of jurisdictional attributions by the director of the arbitral institution.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando las partes deciden someter sus controversias a arbitraje tienen dos posibilidades, que el arbitraje sea administrado o independiente. Si la opción elegida es que sea administrado, interviene un sujeto adicional en el proceso para la resolución de la disputa: la institución arbitral encargada de administrar la controversia.

Es en este supuesto en el que surge una duda, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la relación que poseen los suscriptores del convenio arbitral y el centro de arbitraje? ¿Es posible hacer un reclamo de daños y perjuicios a un centro de arbitraje por la administración de un procedimiento?

En este artículo analizaremos que sí es posible realizar un reclamo de daños y perjuicios a una institución arbitral porque existe una relación contractual que se sustenta en que ambas partes han llegado a un acuerdo para crear obligaciones, el centro estará obligado a administrar la controversia y las partes del convenio arbitral pagarán este servicio. No vamos a analizar el hecho de que el reclamo debe necesariamente venir aparejado de la solicitud de cumplimiento o la resolución del contrato, pues como a todo contrato, las reglas del Código Civil le son aplicables. A este acuerdo lo llamaremos Contrato de Administración de Arbitraje (en adelante, CAA).

Sin embargo, existen ciertas actuaciones del director del centro que son de naturaleza jurisdiccional y, por tanto, escapan al régimen contractual. Esta responsabilidad sería de la misma naturaleza que la de los jueces y árbitros; es decir, sería extracontractual. El fundamento de esta posición es que, en los procesos judiciales bajo la justicia ordinaria, las diligencias de calificación a la demanda, citación, notificación y resolución de la recusación son responsabilidad de los jueces. En el arbitraje administrado, la práctica de estas diligencias es responsabilidad de los directores del centro de arbitraje, por lo tanto, concluimos que desempeñan funciones jurisdiccionales.

2. EL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJE (CCA)

*“[T]he relationship between the parties to arbitration and the arbitral institution administering the arbitration is generally considered to be contractual”*¹. El CAA cumple todas las características para ser considerado contrato porque es un acuerdo de voluntades en virtud del cual dos o más partes se obligan a acudir a determinada institución arbitral para la administración de su arbitraje. El CAA posee todos los requisitos de existencia de un negocio jurídico que son el consentimiento², el objeto y la causa³.

Respecto del consentimiento, “es el acuerdo de dos o de muchas personas en el contrato proyectado, la resultante de las voluntades que se unen”⁴. Éste constituye la sustancia misma del negocio jurídico, y en nuestro caso, del contrato⁵. Para que el consentimiento sea suficiente para crear obligaciones es necesario

1. “La relación entre las partes del arbitraje y la institución arbitral que administra el arbitraje generalmente se considera contractual”. Traducción libre. N. BLACKABY *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5ta Ed., Oxford University Press, 2009, p. 332.
2. A. VODANOVIC, *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General*, Tomo II, Ediar, 1991 p. 181.
3. Se discute si es que la causa es un requisito de existencia de los negocios jurídicos. OSPINA FERNÁNDEZ sostiene que no, véase, G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Editorial Temis S.A., 2000, p. 28.
4. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo XI, Editorial Jurídica Chile, 1992, p. 54.
5. G. OSPINA FERNÁNDEZ, N. 3, p. 28.

que la voluntad sea seria y exteriorizada, y así produzca efectos jurídicos⁶. Es seria aquella que tiene el propósito de vincular a quien lo manifiesta y exteriorizada aquella que se proyecta ya sea expresa o tácitamente⁷. La forma en que se perfecciona este consentimiento es a través de una oferta y una aceptación⁸, tal como lo prescribe el artículo 141 del Código de Comercio⁹.

En nuestro caso, la oferta para el CAA se realiza a través del reglamento del centro, que es permanente en el tiempo¹⁰. Se trata de una oferta porque es una propuesta de contrato que la institución realiza a las partes¹¹ y cumple todos los requisitos para ser vinculante: es seria, libre y completa¹².

Una oferta es seria si el oferente busca obligarse a través de ella, es decir, tiene la voluntad de celebrar un negocio jurídico futuro¹³. Precisamente, los centros ofrecen sus servicios con la intención de que los particulares los seleccionen en sus convenios arbitrales.

Además, se trata de una oferta completa pues posee todos los elementos necesarios para que el futuro contrato se perfeccione con la simple aceptación de las partes¹⁴. Dentro del reglamento se encuentran detallados todos los aspectos respecto del arbitraje, incluidas las tarifas del centro¹⁵.

6. A. VODANOVIC, N. 2, p. 181.

7. Ídem, pp. 182 y 183.

8. J. MARTÍNEZ ALARCÓN, *Teoría General de las Obligaciones*, 2da Ed., Oxford University Press, 2000, p. 34.

9. Código de Comercio, Art. 141, RO Sup. No. 1202, 20/08/1960.

10. J. M. ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, José María Bosch, 1992, p. 225.

11. M. ALBALADEJO, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, 9na Ed., Vol. 1, José María Bosch, 1994, p. 367.

12. R. PINOCHET OLAVE, "La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información. Parte I: La Oferta Electrónica", *Ius et praxis*, No. 10-2, 2004, pp. 24 y 25.

13. Ídem, p. 24.

14. Véase, M. ALBALADEJO, N. 11, p. 369; A.G. SPOTA, *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. 2da Ed., Tomo I, La Ley, 2009, p. 482.

15. Véase, Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil (en adelante, Reglamento CCG), 13/06/2013; Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana (en adelante, Reglamento AMCHAM), 26/10/2010; Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito (en adelante, Reglamento CCQ), 21/07/2011.

Finalmente, es una oferta que se encuentra dirigida al público¹⁶. Se trata de una policitación, según el artículo 148 del Código de Comercio:

Las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior¹⁷.

En su oferta, el centro describe el servicio que presta e invita a los usuarios a emplear sus cláusulas modelo para que puedan aprovecharlo. De esta forma es claro que estamos frente a una oferta pública vinculante para los centros.

Por su parte, la aceptación se produce cuando cualquiera de los suscriptores del convenio arbitral presenta la demanda ante el centro. Esta aceptación debe ser llana, es decir, no debe estar sujeta a ninguna condición ni modalidad, pues de lo contrario, es una contraoferta¹⁸ y solo surte efectos jurídicos cuando es notificada a la otra parte¹⁹.

Todo lo explicado ha sido sostenido también por los profesores GAILLARD y SAVAGE:

By drafting and publishing its arbitration rules the arbitral institution effectively puts out a permanent offer to contract, aimed at an indeterminate group of persons [...] but made under fixed conditions. By concluding the arbitration agreement, the parties accept that offer and agree to empower their chosen institution to organize and oversee the arbitration in the event that a dispute arises between them [...]. When the request for arbitration is submitted to the institution and it begins to organize the proceedings, the contract is perfected. Generally, it will not be perfected before that point, because the institution will not know whether its offer has been accepted ²⁰.

16. M. ALBALADEJO, N. 11, p. 367.

17. Código de Comercio, N. 9, Art. 148.

18. G. A BORDA, *Manual de Contratos*, 18va Ed., Editorial Perrot, 1998, p. 46.

19. M. FURMSTON, T. NORISADA y J. POOLE, *Contract Formation and Letters of Intent*, John Wiley & Sons Ltd., 1998, p. 34.

20. "Al redactar y publicar sus reglas de arbitraje, la institución arbitral realiza una oferta permanente de

Si la aceptación no se da de una forma clara, corresponderá al tribunal arbitral decidir si existen los suficientes elementos para declararse competente. Si considera que sí, entonces también existe un contrato entre el centro y las partes, pero si considera que no, el CAA no se perfeccionó.

El segundo requisito de existencia de un negocio jurídico es el objeto. “El objeto de los contratos es la prestación prometida por las partes”²¹. Asimismo, “[e]l objeto del contrato son los derechos que él crea y no las cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”²². Por esto, el objeto del CAA está conformado por los derechos y obligaciones creados mediante este contrato. Las partes tienen el derecho de que la institución arbitral administre el arbitraje mientras que la institución tiene el derecho a recibir el pago por sus servicios. Estas dos obligaciones/derechos pueden ser descompuestas en varias prestaciones.

Respecto de la obligación de la institución arbitral de administrar el arbitraje, podemos encontrar que la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM) les obliga a: enviar la lista de árbitros del centro para que las partes los designen²³, realicen un sorteo en caso de imposibilidad de selección de árbitros por las partes²⁴, realizar la convocatoria para la posesión de los árbitros²⁵, posesión de los árbitros frente al presidente del centro²⁶, contar con elementos administrativos y técnicos necesarios para la conducción de los arbitrajes²⁷, guardar confidencialidad cuando las partes así lo hayan dispuesto²⁸, entre otras.

contrato, dirigida a un grupo indeterminado de personas [...] pero con condiciones fijas. Al suscribir el convenio arbitral, las partes aceptan esa oferta y designan a la institución para organizar y supervisar el arbitraje en caso de que surja una disputa entre ellas [...]. Cuando la solicitud de arbitraje se presenta a la institución, el contrato se perfecciona. Generalmente, no se perfeccionará antes de ese punto, porque la institución no sabía que su oferta ha sido aceptada.” Traducción libre. E. GAILLARD y J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer International, 1999, p. 602.

21. G. A BORDA, N. 18, p. 82.

22. P. RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad Contractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 90.

23. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 16, RO No. 417, 14/12/2006.

24. LAM, N. 23, Art. 16.

25. LAM, N. 23, Art. 17.

26. LAM, N. 23, Art. 17.

27. LAM, N. 23, Art. 39.

28. LAM, N. 23, Art. 34.

Además, las instituciones arbitrales tienen reglamentos de funcionamiento. Dentro de éstos, también se incluyen disposiciones que regirán la relación contractual, pues la oferta de arbitraje de los centros está detallada en su reglamento, tal como mencionamos anteriormente. Estos reglamentos recogen las mismas obligaciones de la ley, pero adicionalmente poseen otras normas. Por ejemplo, archivar laudos y para la consulta y la expedición de copias certificadas²⁹, la forma de hacer notificaciones y citaciones³⁰, entre otras.

Por su parte, las obligaciones de las partes frente al centro son las siguientes: adjuntar a los escritos cuantas copias sean necesarias para todos quienes intervienen en el proceso³¹, cumplir todas las disposiciones del reglamento³², asumir los costos del traslado y viáticos del tribunal arbitral cuando soliciten que se constituya en otro sitio que no sea el centro³³, cubrir los costos de las traducciones que se hagan cuando las partes pacten otro idioma para el arbitraje diferente del castellano³⁴, pagar los costos del servicio prestado por la institución arbitral³⁵, realizar el pago de la totalidad del arbitraje por parte del actor al momento de presentar la demanda³⁶, entre otras.

El último requisito de existencia es la causa. “La causa del contrato es [...] el motivo que induce a él, esto es, la fuerza que impulsa a la voluntad a contratar”³⁷. “La causa de la obligación de una de las partes en el contrato bilateral es la obligación correlativa de la otra parte”³⁸.

La nota característica del contrato bilateral es la reciprocidad de las obligaciones que de él derivan. Así pertenecen a esta clase la compraventa y la sociedad, porque cada uno de los

29. Reglamento CCQ, N. 15, Art. 3(f).

30. Reglamento AMCHAM, N. 15, Art. 45; Reglamento CCQ, N. 15, Art. 51.

31. Reglamento AMCHAM, N. 15, Art. 47; Reglamento CCQ, N. 15, Art. 54.

32. Reglamento AMCHAM, N. 15, Art. 48; Reglamento CCQ, N. 15, Art. 55.

33. Reglamento AMCHAM, N. 15, Art. 49; Reglamento CCQ, N. 15, Art. 56.

34. Reglamento AMCHAM, N. 15, Art. 53; Reglamento CCQ, N. 15, Art. 60.

35. Reglamento AMCHAM, N. 15, Art. 67; Reglamento CCQ, N. 15, Art. 70.

36. Reglamento AMCHAM, N. 15, Art. 69. Reglamento CCQ, N. 15, Art. 71.

37. P. RODRÍGUEZ GREZ, N. 22, p. 101.

38. V. VIAL DEL RÍO, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 192.

agentes o partes que en ellas intervienen, desempeña, a la vez, los papeles de deudora y de acreedora de la otra u otras. Es de notar que en estos contratos las partes pueden ser más de dos, como sucede en la sociedad, que se puede formar entre muchos socios, y que, por consiguiente, el calificativo bilateral, consagrado por el uso en vez de plurilateral, resulta impropio³⁹.

Así, aunque se trate de un contrato plurilateral, el CAA tiene por causa la obligación correlativa de cada parte.

3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL BAJO EL CAA

Como ya hemos explicado, la relación entre las partes y el centro cumple los requisitos necesarios para ser considerada contractual. Esto sin duda trae aparejadas una serie de consecuencias, como la aplicación del principio *pacta sunt servanda*⁴⁰ o la buena fe contractual⁴¹ o como el hecho de que la institución arbitral puede ser encontrada responsable civilmente por algún incumplimiento contractual y ser obligada a indemnizar. Así también, como todo acreedor⁴², los suscriptores del convenio arbitral tienen derecho a exigir la ejecución forzosa de las obligaciones de la institución y viceversa.

Es común encontrar dentro de algunos de los reglamentos de las instituciones arbitrales normas que establecen la no responsabilidad de los centros en los arbitrajes. Por ejemplo, el Art. 14 del Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil establece:

La Cámara de Comercio de Guayaquil y el Centro de Arbitraje y Conciliación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, en ejercicio de sus fun-

39. G. OSPINA FERNÁNDEZ, N. 3, p. 59.

40. Código Civil, Art. 1561, RO Sup. No. 46, 24/05/2005.

41. Código Civil, N. 40, Art. 1562.

42. M. PLANIOL, y G. RIPERT, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo IV, Cardenas Editor y Distribuidor, 1991, pp. 123 y 124.

ciones, los conciliadores, árbitros y secretarios ocasionen a las partes o a terceros⁴³.

Lo mismo encontramos en el Art. 18 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana.

La Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, el Centro de Arbitraje y Mediación y sus administradores, no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones, los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, peritos o negociadores ocasionen a las partes o a terceros⁴⁴.

Una disposición similar se encuentra en el Art. 21 de la Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

La Cámara de Comercio de Quito y el Centro de Arbitraje y Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores, árbitros, secretarios y peritos ocasionen a las partes o a terceros.⁴⁵

Estas cláusulas están solamente encaminadas a exonerar de responsabilidad en las funciones ejercidas por árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, peritos, entre otros, pero no eximen a la institución arbitral de la responsabilidad por el incumplimiento de sus propias obligaciones.

Sobre las cláusulas de exoneración de responsabilidad en los reglamentos arbitrales, los profesores GAILLARD y SAVAGE han comentado que su validez es discutible por encontrarnos en un contrato de adhesión.

43. Reglamento CCG, N. 15, Art. 14.

44. Reglamento AMCHAM, N. 15, Art. 18.

45. Reglamento CCQ, N. 15, Art. 21.

Some institutions protect themselves further by including in their rules a clause excluding their liability. This is the case of the ICC, which introduced the following provision at Article 34 of its 1988 Rules:

“Neither the arbitrators, nor the Court and its members, nor the ICC and its employees, nor the ICC National Comitees, shall be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration”.

It is not certain that these provisions enhance the institution’s appeal to its users. Further, it may well be that the courts hold that such clauses to be ineffective in the case of gross fault by the institution or, in certain cases, abusive or unconscionable conduct, given, in particular, that such clauses are contained in a contract of adhesion⁴⁶.

La cláusula de exoneración de responsabilidad debe ser analizada caso por caso, para determinar si exime de responsabilidad a la institución o no. Para casos de incumplimientos exclusivos de la institución arbitral, esta cláusula no tiene aplicación alguna pues solamente está redactada para eximir al centro de responsabilidad por los daños ocasionados por árbitros, peritos, secretarios y mediadores.

Finalmente, “la cláusula de no responsabilidad no llega jamás a suprimir la responsabilidad de su beneficiario culpable de dolo⁴⁷. Así, aunque la cláusula no es eficiente para lograr una exención de responsabilidad para el centro por sus incumplimientos, no se puede pactar una cláusula que sí lo haga en todos los casos, porque el dolo no puede ser condonado, solo la culpa. Tampoco se admite la culpa lata porque ésta es equiparable al dolo⁴⁸.

46. “Algunas instituciones se protegen aún más al incluir en sus reglas una cláusula que excluye su responsabilidad. Este es el caso de la CCI, que introdujo la siguiente disposición en el Artículo 34 de sus Reglas de 1988: ‘Ni los árbitros, ni el Tribunal y sus miembros, ni la CCI, sus empleados, ni los Comités Nacionales de CCI, serán responsables ante ninguna persona por ningún acto u omisión en relación con el arbitraje’. Es incierto que estas disposiciones aumenten el atractivo de la institución para sus usuarios. Además, es posible que los tribunales sostengan que tales cláusulas son ineficaces en caso de negligencia grave por parte de la institución o, en ciertos casos, conductas abusivas o desmesuradas, dado, en particular, que tales cláusulas están contenidas en un contrato de adhesión”. Traducción libre. E. GAILLARD y J. SAVAGE, N. 20, p. 603.

47. L. CLARO SOLAR, N. 4, p. 548.

48. Ídem, p. 551.

4. LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LOS DIRECTORES DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE

En nuestro ordenamiento jurídico se ha declarado que el arbitraje es un servicio público. De acuerdo con la teoría jurisdiccional del arbitraje, el Estado autoriza la existencia de arbitrajes y otros métodos alternativos de resolución de disputas. “Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal”⁴⁹. Así, en el arbitraje existe una delegación de jurisdicción por parte del Estado a los árbitros, y, eventualmente, a los directores de los centros.

Asimismo, nuestro Código Orgánico de la Función Judicial en su art. 17 prescribe:

La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.

El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades⁵⁰.

A través de este artículo, el arbitraje está siendo asimilado a la administración de justicia que realiza la Función Judicial.

En los Estados Unidos, se ha asemejado las funciones de las instituciones arbitrales a las de los jueces, y por ello se les ha aplicado la inmunidad absoluta a los centros, junto con todo su personal⁵¹.

49. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje: Homenaje a Don Raúl Medina Mora*, p. 14, <goo.gl/rqxhA5>.

50. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 17, RO Sup. No. 544 de 09/03/2009.

51. M. RASMUSSEN, “Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France”, *Fordham International Law Journal*, No. 26 (6), 2002, p. 1840.

*In Rubenstein v. Otterbourg, the Civil Court of the City of New York granted immunity to the AAA, holding that the same immunity that protects arbitrators should be extended to arbitral institutions because they are quasijudicial organizations and immunity is increasingly being extended to them*⁵².

Adicionalmente, en el caso *Corey c. New York Stock Exchange*, Corey demandó a la NYSE, institución que administró su controversia, por ocasionarle daños y perjuicios al haber actuado supuestamente en conspiración con el demandado en el arbitraje para vulnerar sus derechos. La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos rechazó su pretensión porque consideró que, dada la naturaleza de las funciones de la institución arbitral, similares a las de un juez, gozaba de inmunidad⁵³.

Sin embargo, este no es el caso de nuestro ordenamiento jurídico, pues no todas las actuaciones de la institución arbitral son jurisdiccionales. En Ecuador, solamente ciertas actuaciones de los directores de los centros de arbitraje pueden considerarse jurisdiccionales.

Por jurisdicción se entiende la facultad de administrar justicia, función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos⁵⁴. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico este poder de administrar justicia solamente se ejerce por las personas designadas por la ley.

Para ejercer las funciones de calificación de la demanda⁵⁵, ordenar la citación⁵⁶ y resolver sobre la recusación de la demanda⁵⁷, la Ley de Arbitraje y Mediación señala específicamente a los directores de la institución arbitral.

52. Ídem, p. 1845.

53. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito, *Corey c. New York Stock Exchange*, 02/11/1982.

54. H. DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Temis, 2009, p. 77.

55. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Art. 121, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

56. COGEP, N. 55, Art. 53.

57. COGEP, N. 55, Art. 23.

En particular, la etapa pre-arbitral aunque sea conducida por los directores de los centros de arbitraje, es objeto de estricta regulación por parte de la ley, que como se ha visto proyecta en ella un conjunto de normas imperativas que no pueden dejar de ser aplicadas por aquéllos. Esta fase inicial está compuesta por una serie de actos de carácter procesal, a los que se adicionan otros de naturaleza puramente material u operativa, necesarios unos y otros para la conformación ulterior del Tribunal. En este tramo preliminar tienen lugar actos tan significativos como el de la admisión o rechazo de la solicitud de convocatoria al Tribunal de Arbitramento, el traslado y la contestación de la demanda arbitral⁵⁸.

Entonces, como el Estado es quien permite la existencia del arbitraje y delega a los árbitros la jurisdicción⁵⁹, lo mismo sucede con los directores del centro, a quienes les ha delegado ciertas facultades jurisdiccionales.

[E]n este estadio al director del Centro de Arbitraje incumbe ejercer poderes procesales que traslucen una clara e indubitable función pública como son los relacionados con las diligencias de notificación, admisión y rechazo de la solicitud de convocatoria, decisión de los recursos de reposición, conducción de la audiencia de conciliación etc. (...). 7. No es posible negar la importancia jurídica y procesal de la etapa pre-arbitral, dado que si bien en ella no se decide la controversia, si se hace patente el ejercicio de una función pública que debe cumplirse conforme a un procedimiento legal vinculante tanto para el Centro como para las personas convocadas. Pese a que en esta etapa no se decide la controversia, la garantía del debido proceso y el derecho de defensa pueden resultar comprometidos cuando se violan los preceptos legales que la gobiernan⁶⁰.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia ha fallado:

58. Corte Constitucional de la República de Colombia, *Sentencia SU-600*, 18/08/1999, fundamento 6, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU600-99.htm>>.

59. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *El Arbitraje y la Judicatura*, Editorial Porrúa, 2007, p. 150.

60. Corte Constitucional de la República de Colombia, N. 58, fundamentos 6 y 7.

[L]a llamada etapa prearbitral, a cargo del director del Centro de Arbitraje, tiene no sólo gran importancia sino que además las funciones del director y del centro son de gran trascendencia. Así, le corresponde entre otras cosas, recibir la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento, aceptar o rechazarla, y si es el caso, correr traslado de ella, y recepcionar su contestación, las excepciones previas o de mérito y la contra-demanda, si la hubiere. Igualmente deberá llevar a cabo una audiencia de conciliación y conformar el tribunal⁶¹.

Existen varios argumentos para sustentar esta potestad jurisdiccional. En primer lugar, en los arbitrajes *ad hoc* todas estas funciones son responsabilidad del tribunal arbitral.

Un primer argumento a favor de que los actos del director del Centro de Arbitraje son de índole jurisdiccional, radica en que los arbitrajes independientes esas mismas atribuciones son ejercidas por él o los árbitros, sin que exista discusión alguna en cuanto a que dichas actuaciones se las realiza en ejercicio de facultades de índole jurisdiccional, razón por la cual no se comprendería el porqué de la naturaleza de esos mismos actos mutaría cuando se trate de un arbitraje administrado⁶².

El segundo argumento es que estas potestades son ejercidas normalmente por jueces en la justicia ordinaria.

Un segundo argumento que debe considerarse a favor de la tesis de que los actos del Director del Centro de Arbitraje son jurisdiccionales, es que al tratarse de procesos ordinarios, son actuaciones que le corresponden al juez y que inclusive se encuentran expresamente reguladas en nuestro Código de Procedimiento Civil, como por ejemplo, la calificación de la demanda, la convocatoria a una diligencia conciliatoria, la citación con la demanda, y ni qué decir del pronunciamiento respecto a una recusación⁶³.

61. Corte Constitucional de la República de Colombia, *Sentencia C-1038/02*, 28/11/2002, fundamento 12, <<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1038-02.htm>>.

62. 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.

63. *Ibidem*.

En este mismo sentido, las funciones de notificar en un arbitraje ya han sido consideradas jurisdiccionales en cortes de otros países. Por ejemplo, en el caso *Ezra Austern c. The Chicago Board Options Exchange, Inc.* la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito sostuvo que la notificación a las partes sobre las audiencias del arbitraje es de naturaleza judicial⁶⁴.

Lo mismo sucede con la citación. “Síguese por tanto, que etimológicamente, la notificación es género y la citación y el emplazamiento, especies; la primera significa hacer saber judicialmente, la segunda, hacer saber, con llamamiento para realizar un acto”⁶⁵. Así, al ser una especie de notificación, la citación también tendría naturaleza jurisdiccional. Más aún, si con la citación se da inicio a la relación procesal⁶⁶ y se da a conocer al demandado el contenido de la demanda.

Finalmente, lo propio ha sido concluido para la recusación. En el caso *Jason et Al c. American Arbitration Association* la Corte Distrital de los Estados Unidos para Luisiana resolvió que la resolución sobre la descalificación de un árbitro luego de un proceso de recusación implicaba el ejercicio de una función similar a la de los jueces⁶⁷.

El tercer argumento a favor de la naturaleza jurisdiccional de las funciones del director tiene que ver con que las decisiones que se toman en la fase prearbitral tienen una vinculación directa con el arbitraje, por lo que también deben ser jurisdiccionales. Solo por ello se explica que se encuentren desarrolladas en el Código Orgánico General de Procesos.

La Corte considera que en el presente caso, [se puede] concluir que gran parte de las funciones desarrolladas por los centros de arbitramento en la fase prearbitral son de naturaleza judicial. De un lado, desde el punto de vista formal, en

64. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, *Ezra Austern c. The Chicago Board Options Exchange*, 15/03/1990.

65. Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, 26/04/2000.

66. *Ibidem*.

67. Corte Distrital de los Estados Unidos para Luisiana, *Jason et al. v. American Arbitration Association*, 23/05/2002.

esa fase, si bien no se decide directamente el fondo de la controversia, si se toman decisiones y se llevan a cabo trámites que tienen una vinculación directa con el proceso arbitral, que es de naturaleza judicial. Por ende, y como bien lo destaca la jurisprudencia del Consejo de Estado, esa etapa se encuentra indisolublemente ligada con un proceso judicial, y por ello se entiende que su naturaleza es también judicial. Por ello, se encuentra regulada por el estatuto procesal civil⁶⁸.

Adicionalmente,

[D]esde el punto de vista material, las decisiones tomadas en esa fase prearbitral tienen consecuencias importantes en el acceso a la justicia arbitral, pues corresponde al director del centro de arbitramento, entre otras cosas, decidir sobre la admisibilidad de la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento.

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la fase prearbitral tiene una naturaleza jurisdiccional, por las siguientes razones: **(i)** puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; **(ii)** está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional, y **(iii)** en su fondo y forma está sometida a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales⁶⁹.

Finalmente, el último argumento versa sobre que la ausencia o nulidad de estas actuaciones puede acarrear la nulidad de todo el proceso, como es el caso de la citación de la demanda⁷⁰.

Así, concluimos que el director del centro de arbitraje ejerce ciertas funciones jurisdiccionales, establecidas en la ley. Estas serían la calificación de la demanda, la citación, la resolución de la recusación y las notificaciones de actuaciones procesales durante la etapa pre arbitral.

68. Corte Constitucional de la República de Colombia, N. 61, fundamento 18.

69. *Ibidem*.

70. LAM, N. 23, Art. 31.

5. LA RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR DEL CENTRO EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES JURISDICCIONALES

En el *civil law* está reconocida la responsabilidad de los jueces y su antecedente data desde la época del Imperio Romano. En el Digesto se estableció que “el juez hace suyo el pleito cuando, con dolo malo sentencia en fraude de la ley pues el juez debe tener la equidad ante sus ojos (*aequitatem ante oculos habere debet iudex*)”⁷¹. Este principio fue luego recogido en España en el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Siete Partidas⁷². Asimismo, fue recogido por el Código de Napoleón⁷³.

Por el contrario, en el *common law* se ha reconocido la inmunidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, ya en *Yates v. Lansing* el juez Kent declaró que: “en toda ocasión que sometemos a los tribunales de la tierra a la degradación de la prosecución privada, limitamos su independencia y destruimos su autoridad”. En la misma dirección poco después se señalaría que de no existir esta inmunidad tuteladora de la autoridad judicial “ningún ser humano, más que un mendigo o tonto sería juez” (*Miller v. Hope*) y más tarde el juez Field declararía que “resulta un principio general de suprema importancia para la apropiada administración de justicia que un funcionario judicial resulte, en ejercicio de la autoridad que le ha sido conferida, libre para actuar conforme a sus propias convicciones, sin aprensión por las consecuencias personales que pudieran derivar para él. La responsabilidad a efectos de responder frente a cada uno que se pudiera sentir agraviado por la acción del juez, resultaría inconsistente con tal libertad, y destruiría la independencia sin la cual ninguna judicatura puede ser ni útil ni respetable” (*Bradley v. Fisher*)⁷⁴.

Pero ni siquiera en los Estados Unidos esta inmunidad es cien por ciento garantizada.

71. ULPIANO, *Digesto*, Libro V, Título I, Ley 15, párr. 1.

72. A. H. RIZZO ROMANO, “Responsabilidad Civil de los jueces y funcionarios judiciales. El punto de vista de un juez”, *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. 1936-2007*, La Ley, 2007, p. 1540.

73. Ídem, p. 1541.

74. A. DALMACIO ANDRADA, “Responsabilidad de los magistrados judiciales. Derecho Argentino”. *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. 1936-2007*, La Ley, 2007, p. 1554.

Even though judicial immunity is considered absolute in the United States, courts have allowed parties to sue judges in certain narrow circumstances. Where judges have acted with a complete lack of jurisdiction, parties have been able to sue for malicious prosecution and abuse of process. Also, judges are not immune for non-judicial acts that are administrative or ministerial in nature⁷⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico se aparta de la inmunidad y del sistema del *common law* y reconoce expresamente la posibilidad de que los jueces sean responsables por sus actuaciones. Esto se evidencia en la siguiente norma constitucional.

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley⁷⁶.

Asimismo, de acuerdo con la parte final del Art. 15 del Código Orgánico de la Función Judicial “[l]as juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley”⁷⁷. Dado que mediante la ley se establecen potestades jurisdiccionales para los directores, ellos también serían responsables por el retardo injustificado, la negligencia, la denegación de justicia o el quebrantamiento de ley.

75. “Aunque la inmunidad judicial se considera absoluta en los Estados Unidos, los tribunales han permitido a las partes demandar a los jueces en ciertas circunstancias limitadas. Cuando los jueces han actuado con total incompetencia, las partes han podido demandar por mala fe y abuso de proceso. Además, los jueces no son inmunes a los actos no judiciales de naturaleza administrativa o ministerial”. Traducción libre. M. RASMUSSEN, N. 51, p. 1842.

76. Constitución de la República del Ecuador, Art. 172, RO No. 449, 20/10/2008.

77. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 50, Art. 15.

Debemos tener en cuenta que además de que el director del centro cometa una de las conductas anteriores, deben necesariamente cumplirse los demás requisitos de la responsabilidad civil, que son el daño, la culpa o dolo, y el nexo causal, y no debe existir ningún eximente de responsabilidad.

[Los] supuestos de la legislación son casos de obligaciones legales, que generan responsabilidad extracontractual. Al no existir, como se verá, vínculo contractual alguno entre el magistrado o funcionario judicial presuntamente responsable del perjuicio causado y el damnificado, será en este último espectro, es decir, el de la responsabilidad extracontractual, en que se registrará la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios judiciales⁷⁸.

Pasaremos a analizar los casos en los que respondería el director de la institución arbitral.

5.1 Retardo injustificado

El deber de no retardar injustificadamente la resolución de una controversia se encuentra en el artículo 128 numeral 5 del Código Orgánico de la Función Judicial⁷⁹. Asimismo, el principio de celeridad se encuentra consagrado en dicho cuerpo normativo.

Art. 20.- Principio de celeridad.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.

El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley⁸⁰.

78. G. S. TAWIL, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Depalma, 1993, pp. 166 y 167.

79. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 50, Art. 128(5).

80. Código Orgánico de la Función Judicial. N. 50, Art. 20.

De este supuesto se desprende que el retardo debe ser injustificado para demostrar responsabilidad. Así, en casos en los que han existido eximentes de responsabilidad, como lo son el caso fortuito o la fuerza mayor, no generan el deber de indemnizar a los jueces, y en nuestro caso, al director del centro.

Las obligaciones que mencionamos como jurisdiccionales que son la citación y la notificación de las actuaciones procesales del tribunal arbitral, la calificación de la demanda, la resolución de una recusación, todas pueden ser retardadas injustificadamente por el director. Éste sería uno de los supuestos en los que podría demandarse al director del centro, siempre que se cumplan con los demás requisitos para que proceda la responsabilidad extracontractual.

5.2 Negligencia

“La negligencia es el descuido con que el agente realiza sus actividades”⁸¹. La negligencia es una especie de culpa⁸² e implica “no tomar las debidas precauciones sea en actos excepcionales, ora en los de la vida ordinaria”⁸³.

La negligencia aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso. Es aquella omisión más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia que hubiere correspondido hacer de modo tal que no llegara a producir el efecto perjudicial. En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo⁸⁴.

En nuestro caso, un actuar negligente por parte de los directores del centro podría darse, por ejemplo, en no realizar un aná-

81. J. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Legis, 2008, p. 227.

82. *Ibidem*.

83. L. JIMÉNEZ ASÚA. Citado por J. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Legis, 2008, p. 228.

84. Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, *Comité "Delfina Torres Vda. de Concha" c. PetroEcuador y otros*, 29/10/2002.

lisis cuidadoso de la información que las partes y el árbitro entregan para el caso en que deba resolverse una recusación. También podría darse el caso de que no hubo un seguimiento al hecho de que en efecto se haya dado una citación o notificación; o revisar los requisitos de admisibilidad de la ley de una forma descuidada que impliquen un perjuicio para el actor porque se le deniegue trámite a una demanda que sí cumple los requisitos; o para el demandado si no se le citó con la demanda.

Como mencionamos anteriormente, es necesario que se cumplan todos los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual para que se genere el deber de indemnizar por un descuido en el ejercicio de las funciones del director de la institución arbitral.

5.3 Denegación de justicia

Respecto de [la] denegación de justicia, este tipo de infracción se produce cuándo (sic) él (sic) juzgador no cumple con su obligación jurisdiccional, negándose a administrar justicia, pues tanto la Constitución y la ley, establecen que las juezas y jueces fallarán en las causas que sean puestas en su conocimiento y no se abstendrán de administrar justicia, ni aún bajo el pretexto de falta de ley⁸⁵.

En conjunto con esta definición, debe tenerse en cuenta que un principio de nuestra Constitución es el no sacrificar la justicia por formalidades⁸⁶. Además, el deber de administrar justicia se encuentra consagrado en el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, que les prohíbe excusarse de resolver por ausencia de norma y oscuridad de la ley⁸⁷.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que la denegación de justicia es un concepto amplio y vago, que en principio abarca mu-

85. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, *Caso Geovanny Petrilli D'Agostini c. Alfredo Oramas González y otros*, 01/06/2010.

86. Constitución de la República del Ecuador, N. 76, Art. 169.

87. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 50, Art. 28.

chos supuestos, por lo que debe interpretarse y estudiarse caso por caso⁸⁸. Un caso de denegación de justicia claro es la falta de un fallo definitivo sobre la materia puesta a conocimiento de una autoridad, que resuelve ciertos puntos pero que no se pronuncia sobre lo principal de la controversia y ello debe afectar severamente el derecho de alguna de las partes⁸⁹. Esto se daría por ejemplo, si el director del centro se niega a dar trámite a la demanda por algún requisito que no se encuentre en la legislación.

5.4 Quebrantamiento de ley

Finalmente, tenemos el caso de quebrantamiento de ley, que se explica por sí sola. El deber de fallar conforme al ordenamiento jurídico se encuentra prescrito por el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial⁹⁰. Lo único que debe agregarse es que no cualquier quebrantamiento a la ley es suficiente, debe existir un perjuicio real, de conformidad con las normas generales de la responsabilidad civil. Un ejemplo de ello podría ser resolver la recusación en transgresión al principio de contradicción o al debido proceso.

6. CONCLUSIONES

El arbitraje institucional fue creado para que los árbitros puedan resolver los temas jurisdiccionales y las partes no se vean obligadas a colaborar entre sí cuando justamente se encuentran en disputa. Por ello, la labor del centro es esencialmente administrativa.

La responsabilidad de las instituciones arbitrales es contractual, tal como hemos explicado anteriormente. Así, en caso de incumplimiento de las obligaciones del centro, es posible reclamar una indemnización por daños y perjuicios por el incumpli-

88. J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 68.

89. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Salvador Chiriboga c. Ecuador*, 03/03/2011.

90. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 50, Art. 28.

miento del CAA, junto con el cumplimiento o la resolución del contrato.

Sin embargo, la responsabilidad de los directores del centro en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales es extracontractual. Dichas funciones son la calificación, citación de la demanda y la reconvención, la resolución de las recusaciones, la convocatoria a la audiencia de mediación, y la notificación de diligencias procesales antes de que se poseione el tribunal arbitral. Como se trata del ejercicio de jurisdicción, los directores responden de la misma forma que los jueces y se limita al retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de ley.



SANTOS BURBANO DE LARA
A B O G A D O S

Somos una firma boutique fundada en 1988.
Nos especializamos en la resolución de
disputas, Derecho de la competencia y
Derecho tributario.

Nos diferenciamos por la calidad de nuestro servicio,
enfoque pragmático y gestión orientada hacia la
obtención de resultados.

Nuestra prioridad es brindar una asesoría eficaz y
oportuna que atienda las necesidades de nuestros
clientes, respaldada en nuestro sólido conocimiento
del entorno legal ecuatoriano.

Av. Diego de Almagro y Pedro Ponce Carrasco
Edificio Almagro Plaza, oficina 312
PBX: +593.2.390.9069

info@santosburbano.com
www.santosburbano.com

Quito-Ecuador

Homologación, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador*

*Alejandro Ponce Martínez***

*Luis Ponce Palacios****

*María Isabel Zurita Ramírez*****

*María Belén Merchán Mera******

Recibido/Received: 08/08/2018

Aceptado/Accepted: 23/08/2018

- * Este artículo, en las secciones 2 a 6, recoge lo expresado por los autores en la conferencia organizada por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito realizada el 10/07/2018, cuando la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal –que derogó el requisito para que los laudos extranjeros fueran homologados– aún no había sido promulgada.
- ** Socio del Estudio Jurídico Quevedo & Ponce Quito. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Master on Comparative Jurisprudence (MCJ) por New York University. Director de Asesoría Jurídica de la Presidencia de la República de León Febrés Cordero; y conjuetz y ministro interino de la Corte Superior de Justicia de Quito y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 1. Correo electrónico: alejandro.ponce@quevedo-ponce.com
- *** Socio del Estudio Jurídico Quevedo & Ponce Quito. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y experto en administración local por el Instituto de Administración Local de España. Correo electrónico: luis.ponce@quevedo-ponce.com
- **** Asociada del Estudio Jurídico Quevedo & Ponce Quito. Ha participado activamente en el equipo de litigio, en especial, en el área de litigio complejo. Se destaca por su profundo conocimiento para la solución de cuestiones procesales complejas. Obtuvo su título de abogada en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y su maestría en Derecho Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito. Tiene estudios especializados en Derecho Procesal. Correo electrónico: misabel.zurita@quevedo-ponce.com
- ***** Asociada del Estudio Jurídico Quevedo & Ponce Quito. Desarrolla su actividad en Derecho Civil, Mercantil, Administrativo, Derecho de Familia, Derecho Procesal en general, y arbitraje y mediación. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador con certificación en Especialización en Habilidades en Litigio por Washington College of Law, American University. Correo electrónico: belen.merchan@quevedo-ponce.com

A. PONCE MARTÍNEZ, L. PONCE PALACIOS, M. I. ZURITA RAMÍREZ y M. B. MERCHÁN MERA, “Homologación, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Ecuador”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ejecución de laudos extranjeros antes de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos. 3. La homologación de laudos extranjeros: verificación de requisitos y procedimiento. 3.1 Cumplimiento de requisitos. 3.2 Procedimiento. 4. Actitud de los jueces frente a la alegación de violación del orden público ecuatoriano. 5. Homologación de laudos dictados en contra del Estado. 6. Procedimiento de ejecución de laudos de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos. 7. Derogatoria de la homologación de laudos internacionales contenida en la Ley Orgánica para el Fomento Productivo y Atracción de Inversiones.

PALABRAS CLAVE: laudo extranjero, homologación, ejecución, orden público, laudos dictados en contra del Estado.

KEYWORDS: foreign award, homologation, execution, public order, awards issued against the State.

RESUMEN: Mientras estuvieron vigentes las disposiciones establecidas en los artículos 102 a 106 del Código Orgánico General de Procesos respecto de los laudos arbitrales, se debía someter al laudo extranjero a un trámite de homologación para posteriormente, solicitar su ejecución. Las causales bajo las cuales el requerido podía oponerse a la solicitud de homologación del laudo extranjero, se encontraban expresamente previstas en el artículo 104 del mencionado código procesal, que en su gran mayoría eran abiertamente contrarias a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Lamentablemente, los jueces poco han entendido sobre el procedimiento que debe aplicarse para el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros ni antes ni después de la vigencia de las disposiciones establecidas en el Código Orgánico General de Procesos respecto de la homologación de los laudos arbitrales, que fueron recientemente eliminadas.

ABSTRACT: During the time the provisions contained in articles 102 to 106 of the Organic General Procedural Code were applicable to arbitral awards, foreign awards had to be sub-

mitted to a homologation procedure in order to request later their enforcement. The reasons or causes under which the respondent could oppose to the request of homologation of a foreign award were expressly provided in article 104 of such procedural code, which in general were openly contrary to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Unfortunately, the judges have not had enough understanding in the applicable steps for the recognition and enforcement in the Organic General Procedure Code in connection with the homologation of arbitral awards, which were recently removed.

1. INTRODUCCIÓN

Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), la ejecución de los laudos extranjeros no requería de un proceso de homologación previo. Cuando se encontraban vigentes las disposiciones referentes a los laudos extranjeros previstas en los artículos 102 a 106 del indicado código procesal, se debía someter al laudo extranjero a dos etapas. La primera, el trámite de homologación ante una sala especializada de la Corte Provincial del domicilio del requerido; y, la segunda fase de ejecución, ante el juez de primera instancia del domicilio del demandado competente en razón de la materia.

2. EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS ANTES DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

Antes de la vigencia del COGEP, el último inciso del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM) disponía que los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional debían ser ejecutados de la misma forma que

los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional¹. Respecto del procedimiento para ejecutar laudos domésticos, el artículo 32 de la misma ley ordena en sus incisos segundo y tercero que deben ser ejecutados del mismo modo que las sentencias², siguiendo, para el efecto, la vía de apremio, que se encontraba establecida en el artículo 438 del Código de Procedimiento Civil³ (en adelante, CPC) vigente hasta el 22 de mayo de 2016.

Por consiguiente, antes de la vigencia del COGEP, el procedimiento para ejecutar tanto los laudos nacionales como los laudos extranjeros, comenzaba con el denominado mandamiento de ejecución, para lo cual bastaba que se presentara ante el juez de primera instancia, una copia del laudo certificada por el secretario del tribunal, o por el o los árbitros, o por el director del centro de arbitraje.

En tal procedimiento de ejecución podían proponerse exclusivamente las excepciones originadas después de dictado el laudo conforme al artículo 32 de la LAM. En el caso de laudos extranjeros cabía, consecuentemente, proponer las excepciones contenidas en el artículo V de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras⁴, como por ejemplo la de que el laudo contravenga el orden público del Ecuador, de acuerdo con el numeral 2, inciso segundo del artículo V de dicha Convención; o lo previsto en la reserva del Ecuador al haber suscrito y al haber ratificado la Convención, esto es que el laudo debía referirse a asuntos de comercio de conformidad con las leyes ecuatorianas. Ello porque esa objeción sólo surge con la emisión del laudo extranjero, de acuerdo con su contenido.

1. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 42, RO No. 417, 14/12/2006.

2. LAM, N. 1, Art. 32.

3. Código de Procedimiento Civil, Art. 438, RO Sup. No. 687, 18/07/1987.

4. Tal Convención se firmó en la sede la Organización de las Naciones Unidas, por el Ministro de Relaciones Exteriores, durante la presidencia de Camilo Ponce Enríquez, 17/12/1958. Fue aprobada por el Senado el 15/08/1961, ratificada por el Presidente de la República, José María Velasco Ibarra, mediante Decreto Ejecutivo No. 1842, 23/10/1961. El Presidente Carlos Julio Arosemena Monroy firmó el instrumento de ratificación el 30/11/1961. Fue promulgada en el RO No. 43, 29/12/1961. Tanto al suscribir la Convención como el instrumento de ratificación, el Ecuador insertó la reserva, permitida en la Convención, de que la aplicará únicamente y sólo cuando las sentencias arbitrales extranjeras se hayan pronunciado sobre litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por el Derecho ecuatoriano.

En cambio, los artículos 143 y 208 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial⁵ (en adelante, COFJ), en vigencia desde el 9 de marzo de 2009, dispusieron que las salas especializadas de las Cortes Provinciales, entre sus atribuciones tendrían la de reconocer y homologar las sentencias extranjeras, y que su ejecución correspondería a los jueces de primer nivel. El citado código de organización judicial rompió, pues, la unidad que hasta entonces existía en cuanto a la ejecución de sentencias extranjeras porque, antes, tal ejecución se ceñía a lo previsto en el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, inserto en la sección que regulaba el juicio ejecutivo, que disponía que las sentencias extranjeras se debían ejecutar siempre que no contravinieran el Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieran arregladas a los tratados y convenciones internacionales vigentes⁶. Naturalmente la sentencia debía contener, de acuerdo con el artículo 415, obligaciones claras, determinadas, líquidas y de plazo vencidos para que fueran ser exigibles en juicio ejecutivo.

Las disposiciones, en tal sentido, del COFJ comprendían únicamente a las sentencias judiciales dictadas en el extranjero y no a los laudos extranjeros. Sin embargo, hubo jueces de primera instancia que pretendieron aplicar tal norma a la ejecución de laudos extranjeros y se negaron a ejecutar esos laudos sin que existiera, previamente, la sentencia de una sala de la corte provincial del domicilio del ejecutado que los homologara o los reconociera.

En efecto, en la demanda de ejecución de un laudo dictado por los árbitros del Instituto de Arbitraje de Ohio Seeds and Fats Association, en un arbitraje seguido en Londres por *Acepalma S.A. c. Asociación Ecuatoriana de Extractores de Aceite de Palma y sus Derivados*, una jueza civil de Quito se abstuvo de tramitarla porque la actora no presentó la "homologación de documentos" exigida por la juez, ante lo cual interpuso recurso de apelación. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sin mayor motivación, aceptó el recurso de apelación y reconoció que *el COFJ no se refiere a la homologación de laudos arbi-*

5. Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 143 y 208, RO Sup. 544, 09/03/2009.

6. CPC, N. 3, Art. 414.

trales extranjeros, revocó el auto de abstención y dispuso que el juez inferior continuara “el trámite de ejecución del laudo arbitral, conforme lo disponen los Arts. 32 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, sin perjuicio de que la jueza *a quo* realice el control de la legalidad y autenticidad del título de ejecución extranjero”⁷.

De manera similar, un juez de lo civil de Quito se inhibió del conocimiento de la ejecución de un laudo dictado el 30 de julio de 2007, por un tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. Antes de emitir el auto inhibitorio, el referido juez el 23 de noviembre de 2012 había admitido a trámite la ejecución del laudo y había dispuesto que el ejecutado pagara en veinticuatro horas el monto exigido en la demanda de ejecución. Sin embargo, al comparecer el demandado a contestar la ejecución y darse por citado, alegó la nulidad del proceso por cuanto no se había obtenido la homologación del laudo. Ante tal petición el juez se inhibió de conocer la causa y la compañía actora interpuso recurso de apelación bajo el argumento de que la homologación prevista en el COFJ no se aplicaba para los laudos extranjeros. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial expresó:

[...] el arbitraje internacional, es un método de resolución alternativa de conflictos, el cual es concordante con la Constitución, la Convención de Nueva York, el Convenio de Washington y la Ley de Arbitraje y Mediación; de la normativa y reconocimiento que tiene nuestra legislación, el laudo extranjero es válido y debe ser reconocido y ejecutado en vía de apremio, la cual no puede considerarse forzosa contra el ejecutado, pues previa a su existencia, existe un convenio suscrito y al cual se obligaron las partes⁸.

Luego de citar los artículos 32 y 42 de la LAM, el Tribunal determinó que el artículo 143 del COFJ “no abarca los laudos extranjeros, que son títulos de ejecución diferentes regulados por

7. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, 25/03/2015. Resolución de los jueces Eduardo Andrade, Carlo Carranza y María de los Ángeles Montalvo.

8. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, *Inmobiliaria Cumbrewell S.A. v. César Galarza Garcés*, 18/07/2016. Resolución de los jueces Antonio Pachacama, Marcia Flores y María Augusta Sánchez.

una ley especial”⁹ que prevalece sobre disposiciones generales. Por ello sostuvo que

[...] la inhibición realizada por el juez de primer nivel es impropcedente; toda vez que, los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional¹⁰.

Con esta motivación, el tribunal decidió revocar el auto inhibitorio y dispuso la continuación del trámite de ejecución del laudo, “sin perjuicio de que el juez *a quo* realice el control de la legalidad y autenticidad del título de ejecución del laudo extranjero”¹¹.

Queda claro entonces, que antes de la vigencia del COGEP, para ejecutar laudos extranjeros no se requería previamente que fueran homologados, pues la disposición contenida en los artículos 143 y 208 numeral 6 del COFJ, era aplicables únicamente a sentencias judiciales extranjeras. Sólo al promulgarse el nuevo código procesal se estableció el requisito de la homologación, antes de su ejecución, conforme se explica enseguida.

3. LA HOMOLOGACIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS: VERIFICACIÓN DE REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO

El COGEP exige que los laudos expedidos en el extranjero sean sometidos, antes de su ejecución, a un proceso de homologación. Para el efecto, determina ciertos requisitos para que la homologación proceda y determina, para ello, un procedimiento especial. Tales requisitos no se exigen sólo para los laudos extranjeros, sino también para las sentencias y actas de mediación extranjeras.

9. *Ibidem*.

10. *Ibidem*.

11. *Ibidem*.

3.1 Cumplimiento de requisitos

Los requisitos que, de conformidad con el artículo 104 del COGEP deben ser cumplidos para que la solicitud de homologación del laudo extranjero proceda son: **(i)** que el laudo tenga las formalidades externas necesarias para ser considerado auténtico en el Estado de origen; **(ii)** que haya pasado en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictado y la documentación anexa necesaria se encuentre debidamente legalizada¹²; **(iii)** que de ser el caso, se encuentre traducido¹³; **(iv)** que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes¹⁴; y, **(v)** que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero.

Los requisitos mencionados en los numerales (i), (ii) y (iv), contravienen la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958, que presume la validez del laudo y en virtud de la cual, para obtener el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera únicamente se requiere acompañar el original del laudo o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad así como el original o copia auténtica del acuerdo

12. En relación al primer y segundo requisito, en consideración la excesiva rigurosidad con la que los jueces aplican las disposiciones del COGEP, es prudente acreditar lo que establece la legislación del Estado de origen para que el laudo sea considerado auténtico o se sienta una razón en el laudo en tal sentido debiéndose tomar en cuenta que si se adjunta legislación extranjera, debe hacerse al amparo del artículo 409 del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, esto es, con las certificaciones de dos abogados del país y además contar con la debida apostilla.
13. La traducción debe ser realizada por un perito acreditado en el Consejo de la Judicatura. El artículo 221 del COGEP establece que sólo los peritos acreditados por el Consejo de la Judicatura están autorizados para emitir informes, intervenir y declarar en el proceso. En la solicitud de homologación propuesta por *Carlson Wagonlit Travel Holdings N.V c. Seitur Cía. Ltda.*, los jueces María de los Ángeles Montalvo, Santiago Galarza y María Augusta Sanchez de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha negaron la homologación de un laudo dictado por los árbitros Claus von Wobeser (Presidente del Tribunal), Alexis Mourre y Armando Serrano Puig, bajo las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje, por haberse realizado la traducción del laudo por un perito no acreditado.
14. Si el arbitraje se llevó en rebeldía, resultaría conveniente adjuntar todo el expediente arbitral con el fin de demostrar que no existió afectación al derecho de defensa. Caso contrario, bastaría adjuntar las razones de citación de demanda, y la notificación con las pruebas y el laudo.

en el que las partes se obligaron someter a arbitraje sus diferencias, con la debida traducción de ser el caso¹⁵.

Las disposiciones, en tal sentido, del nuevo código procesal, son contrarias a la Convención de Nueva York pues incluyen requisitos adicionales no previstos en ella y establecen, además, en violación del artículo 3 de dicha Convención¹⁶, condiciones más rigurosas que las existentes para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales nacionales.

Igual transgresión ocurre respecto de la carga de la prueba, pues en violación a la Convención de Nueva York, el COGEP exige que la persona que solicita la homologación del laudo extranjero sea quien demuestre que el laudo cuenta con las formalidades externas necesarias para ser considerado auténtico en el Estado de origen y que pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictado, así como que acredite que la parte demandada fue legalmente notificada y se aseguró en el proceso arbitral su derecho a la defensa, en contra del principio de favorabilidad del arbitraje¹⁷.

De conformidad con la Convención de Nueva York, la persona que se opone al reconocimiento y ejecución del laudo es quien tiene la carga de la prueba¹⁸. Al contrario, en el COGEP, el solicitante es quien debe demostrar el cumplimiento de los requisitos¹⁹. Esa reinversión de la carga probatoria es ajena a lo dispuesto en el artículo V de la Convención de Nueva York que parte de la presunción de que la sentencia arbitral se supone válida, y establece de manera taxativa los supuestos bajo los cuales el re-

15. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) (1958), Art. IV.

16. Convención de Nueva York, N. 15, Art. III.

Art. III.- Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

17. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Art. 105, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

18. Convención de Nueva York, N. 15, Art. V.

19. COGEP, N. 17, Art. 105.

querido puede oponerse al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral.

Las causas bajo las cuales puede denegarse el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral extranjera al amparo de la Convención de Nueva York son: **(i)** que las partes en el acuerdo arbitral estaban sujetas a alguna incapacidad; **(ii)** que la parte contra la que se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada sobre la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus medios de defensa; **(iii)** que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en la cláusula compromisoria; **(iv)** que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que esa constitución no se haya ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; **(v)** si la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por autoridad competente.

También es posible que se niegue el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba, inclusive de oficio, que **(i)** el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o **(ii)** que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público de ese país.

Si se tiene en cuenta el orden jerárquico de las normas establecido en el artículo 425 de la Constitución, los jueces que conozcan de la homologación del laudo, tienen la obligación de aplicar directamente la Convención de Nueva York y en caso de conflicto, deberán abstenerse de exigir los requisitos que contravenzan la Convención.

En consideración a que el artículo V de la Convención de Nueva York establece causas distintas a las establecidas en el artículo 104 del COGEP, bajo las cuales se puede presentar oposición a la homologación del laudo arbitral, resulta necesario

analizar en qué momento el requerido puede oponerse a la homologación al amparo de los supuestos establecidos en el artículo V de la citada Convención, ya que ellos se aplican tanto para el reconocimiento como para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

El reconocimiento u homologación es el acto mediante el cual el juez reconoce la validez, ejecutoriedad y efecto de cosa juzgada del laudo extranjero, calificándolo como válido y ejecutable en su territorio. La ejecución, por su parte, es el acto judicial, obligatorio y forzoso que tiene como finalidad hacer ejecutar lo juzgado y se cumpla lo decidido en el arbitraje.

El reconocimiento u homologación es de competencia de la sala especializada de la Corte Provincial del domicilio del requerido, según el trámite previsto en el artículo 105 del COGEP²⁰. La ejecución, en cambio, corresponde al juez del primer nivel del domicilio del demandado en razón de la materia, al amparo de las disposiciones previstas en el citado código procesal sobre la ejecución²¹.

En la ejecución rige el sistema de excepciones tasadas, pues de conformidad con el artículo 373 del mismo código, el deudor únicamente puede oponerse al mandamiento de ejecución por causas taxativas y expresamente señaladas²², lo cual implicaría

20. COGEP, N. 17, Art. 105.

Art. 105. – Procedimiento para homologación. Para proceder a la homologación, la persona requirente presentará su solicitud ante la sala competente de la Corte Provincial, la que revisado el cumplimiento de este capítulo, dispondrá la citación del requerido en el lugar señalado para el efecto. Citada la persona contra quien se hará valer la sentencia, tendrá el término de cinco días para presentar y probar su oposición a la homologación.

La o el juzgador resolverá en el término de treinta días contados desde la fecha en que se citó. Si se presenta oposición debidamente fundamentada y acreditada y la complejidad de la causa lo amerite, la Corte convocará a una audiencia, la cual se sustanciará y resolverá conforme con las reglas generales de este Código. La audiencia deberá ser convocada dentro del término máximo de veinte días contados desde que se presentó la oposición.

La sala resolverá en la misma audiencia. De la sentencia de la sala de la Corte Provincial podrán interponerse únicamente los recursos horizontales.

Resuelta la homologación se cumplirán las sentencias, laudos y actas de mediación venidos del extranjero, en la forma prevista en este Código sobre la ejecución.

21. COGEP, N. 17, Art. 363(5).

El numeral 5 del artículo 363 establece que la sentencia, el laudo arbitral y el acta de mediación expedidos en el extranjero, debidamente homologados, son títulos de ejecución.

22. COGEP, N. 17, Art. 373.

que, en la fase de ejecución no podrían alegarse otras excepciones que las ahí determinadas, con lo que se excluiría, de esta manera, que los supuestos del artículo V de la Convención de Nueva York sean alegados en esta fase, tanto más cuanto que esas causas, al amparo de la referida disposición, se generan con posterioridad de la exigibilidad del título de ejecución respectivo.

Sin embargo, en razón de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 32 de la LAM, el cual no ha sido derogado ni reformado, para el caso de ejecución de laudos, sí pueden oponerse, adicionalmente a cualquiera de las excepciones señaladas en el código procesal vigente, “[...] las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo”²³, lo cual implica que aunque el laudo extranjero haya sido homologado, se puede oponer la excepción, en el procedimiento de ejecución, de que el laudo extranjero es contrario al orden público ecuatoriano, naturalmente si es que tal oposición no fue expresamente rechazada en la resolución de homologación.

3.2 Procedimiento

La sala de la Corte Provincial competente en razón de la materia del domicilio del requerido es la competente para conocer la solicitud de homologación. De conformidad con el artículo 141 del COGEP, todo proceso comienza con la presentación de la demanda. El artículo 105, que establece el procedimiento especial para proceder con la homologación, se refiere expresamente a solicitud, lo que implica que debe respetarse esta naturaleza en todo el procedimiento²⁴.

Sin embargo, surge la duda de si en el caso de que exista oposición en el proceso de homologación podría, al igual que en los procedimientos voluntarios, convertirse en un procedimiento sumario. Si se toma en cuenta que el procedimiento establecido en el artículo 105 es especial y se encuentra dirigido a que los jueces

23. LAM, N. 1, Art. 32.

24. COGEP, N. 17, Art. 105.

verifiquen el cumplimiento de los requisitos formales, ese procedimiento no puede modificarse, esto es, no puede convertirse en procedimiento sumario. Más aún, si se considera que en el caso de que el legislador hubiere tenido esa intención así lo hubiera expresamente establecido como lo hizo en el caso de los procedimientos voluntarios²⁵.

Una vez que el requerido es citado, cuenta con cinco días para oponerse a la homologación y probar las razones para tal oposición. Tal término resulta insuficiente, especialmente si el requerido se opone por las causas previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York, y si se considera que al momento de presentar la oposición el requerido debe acompañar todas las pruebas que considere necesarias para el efecto. No cabe, entonces, en este procedimiento, anuncio de prueba ni que éstas se produzcan en la audiencia, que no es obligatoria.

La correspondiente sala de la competente Corte Provincial únicamente realiza un control de legalidad y autenticidad del laudo extranjero. Por ello, la oposición únicamente puede versar sobre el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los requisitos establecidos en el artículo 104 y artículo V de la Convención de Nueva York, sin que quepa tratar ni decidir sobre asuntos de fondo resueltos en el laudo.

De conformidad con el artículo 105 del COGEP, los jueces que conocen de la homologación, deben resolver en el término de 30 días²⁶ desde que se citó la solicitud de homologación. Única-

25. El artículo 336 del COGEP, respecto del procedimiento voluntario, establece: "Las personas citadas o cualquier otra que acredite interés jurídico en el asunto, podrán oponerse por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia. La oposición deberá cumplir los mismos requisitos de la contestación a la demanda. La o el juzgador inadmitirá la oposición cuando sea propuesta sin fundamento o con el propósito de retardar el procedimiento. *En los demás casos, se entenderá que ha surgido una controversia que deberá sustanciarse por la vía sumaria, teniéndose la solicitud inicial como demanda y la oposición como contestación a la demanda.* En tal caso, la o el juzgador concederá a las partes el término de quince días para que anuncien las pruebas, hecho lo cual se convocará a la audiencia" (énfasis añadido).
26. Ese término no se está cumpliendo. En la homologación planteada por *Carlson Wagonlit Travel Holdings N.V. c. Seitur Cía. Ltda.*, N. 13, los jueces demoraron 16 meses en resolver. En otro caso de homologación de laudo, *Laboratorio Biosano S.A. c. Hospimedikka Cía. Ltda.*, pasaron más de 5 meses desde que se presentó la homologación hasta que los jueces Yolanda Cueva Bautista, Eduardo Santiago Andrade Racines y Marcia Flores Benalcázar denegaron la homologación mediante la consideración

mente si se presenta oposición debidamente fundamentada y acreditada, y la complejidad de la causa lo amerita, el Tribunal puede convocar a una audiencia dentro del término máximo de veinte días contados desde que se presentó la oposición. La convocatoria a esa audiencia es facultativa y debe sustanciarse y resolverse conforme a las reglas generales establecidas en el Libro II del Capítulo V del COGEP.

En caso de que el tribunal haya considerado la necesidad de llamar a audiencia, la sala debe decidir en esa diligencia. En el evento de que considere que la causa no sugiere complejidad, los jueces de la correspondiente sala de la Corte Provincial antes de resolver deberán notificar al solicitante todas las alegaciones y argumentos de oposición presentados por el requerido, con la finalidad de asegurar el derecho de contradicción del solicitante y decidir sobre los méritos del proceso, y deben dictar y notificar a las partes la providencia de autos para resolver²⁷.

De la resolución que dicta la sala de Corte Provincial, caben únicamente recursos horizontales, lo cual resulta atentatorio contra la institución del arbitraje y es un verdadero peligro. Si no cabe homologación, tampoco cabe la ejecución del laudo dictado en el extranjero. Debería existir la posibilidad de interponer recurso de casación por tratarse de una resolución dictada por una sala de una Corte Provincial. En este caso, la interposición del recurso es favorable al arbitraje. ¿Qué sentido tendría litigar por varios años en un arbitraje internacional para que dicho laudo finalmente no pueda ser ejecutado, porque jueces de una Corte Provincial, de manera definitiva y con posibilidad a equivocarse, determina que no se han cumplido los requisitos formales?

de asuntos de fondo, propuestos por la requerida, Hospimedikka Cia. Ltda., que no fueron puestas en consideración de la compañía solicitante de la homologación, Laboratorio Biosano S.A.

27. En la solicitud de homologación del laudo extranjero presentada por *Laboratorio Biosano S.A. c. Hospimedikka Cia. Ltda.*, N. 26, se atentó el derecho de defensa de la solicitante, cuando se negó la homologación sin notificar la oposición presentada por la compañía requerida ni ordenar que pasaran los autos para resolver. Al actuar de esta manera impidieron que la compañía solicitante se refiriera a las causas de oposición presentadas.

4. ACTITUD DE LOS JUECES FRENTE A LA ALEGACIÓN DE VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECUATORIANO

Como se ha indicado, es posible que, en el trámite de homologación de un laudo extranjero, el requerido se oponga a tal reconocimiento al amparo de las causas taxativamente previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York, entre las cuales se encuentra la alegación de violación del orden público ecuatoriano²⁸. Lastimosamente, al momento de aplicar esta causal, los jueces parecen no entender la importancia de esta oposición y, a veces, la confunden con la revisión del fondo del asunto. Naturalmente, esa actitud puede ser comprensible en los mal preparados jueces de primera instancia que invadieron la Función Judicial, mas no puede admitirse en jueces de tribunales de apelación como son las Cortes Provinciales.

Para comprobar lo dicho, a continuación, analizamos la forma como se dejó de resolver sobre la alegación de existencia de violación del orden público ecuatoriano planteada en una oposición a una solicitud de homologación de laudo extranjero.

La controversia, que fue el antecedente del laudo, fue aquella planteada por Carlson Wagonlit Travel Holdings N.V. (en adelante, CWT), una agencia multinacional de viajes que celebró el 31 de enero de 2011 un contrato de asociación con la compañía ecuatoriana Seitur Cía. Ltda.²⁹, en virtud del cual convino en otorgarle los derechos para manejar los clientes de CWT en el Ecuador.

CWT, unilateralmente, el 15 de marzo de 2012 alegó el incumplimiento del contrato y lo declaró terminado e inició un arbitraje en París, bajo las reglas de la Corte Internacional de Comercio de la Cámara de Comercio Internacional, en contra de Seitur Cía. Ltda. En su demanda exigió específicamente que se condenara a Seitur al pago de una indemnización por daños y

28. Convención de Nueva York, N. 15, Art. V(2)(b).

29. Véase, N. 13 y N. 26.

perjuicios igual a USD \$ 45,006.00³⁰, cantidad que constituía el monto de la cuantía, monto del reclamo que fue ratificado cuando las partes aprobaron los términos de referencia del arbitraje, o sea al emitirse lo que conoce como el acta de misión.

Como medida provisional o cautelar, no como pretensión de la demanda, la actora propuso que el Tribunal arbitral dispusiera que Seitur pagara una penalidad diaria de USD \$ 1,000.00 durante la tramitación del arbitraje, mientras no suspendiera la demandada el uso de las marcas CWT y USD \$ 1,000.00 por día mientras el nombre de dominio CWT no le fuera devuelto. Las medidas provisionales solicitadas no fueron ordenadas por cuanto CWT no rindió la caución dispuesta por el Tribunal. Con tal decisión, por consiguiente, cesó todo reclamo sobre uso de marcas o nombre de dominio u otras indicaciones. Tanto más que Seitur había dejado de usar todo signo de CWT con mucha anterioridad.

El Tribunal arbitral, en el laudo dictado el 7 de abril de 2015, rechazó la pretensión de la actora tendiente a que se condenara a la demandada a la indemnización de daños y perjuicios, pues consideró que no se había probado que Seitur había causado daño alguno a CWT.

Sin embargo, a pesar de esa decisión, sin que se lo haya propuesto en la demanda como indemnización, dispuso, extrañamente, que Seitur pagara **(i)** USD \$ 10,000.00 por día por “multas judiciales”, sin especificar hasta cuándo debían ser pagadas; **(ii)** USD \$ 10,000.00 más por día hasta que se retirara la señalética que exhibía el nombre y marcas de CWT (que había dejado de usarse hace varios años); así como **(iii)** USD \$ 1,000.00 por día hasta que el nombre de dominio de CWT fuera devuelto a la demandante, más intereses³¹. Condenó también el laudo, y a que Seitur se cubriera como honorarios profesionales por la defensa

30. Este monto representaba, según CWT, los siguientes daños concretos: **(i)** USD \$ 18,500.00 en honorarios incurridos por CWT para entrenar al personal de SEITUR en las políticas y procedimientos de CWT; y, **(ii)** USD \$ 26,506.00 en penalidades que CWT tuvo que pagar a su propia clientela como resultado de la falla de SEITUR en aplicar las tarifas correctas cuando realizó las reservas de viajes para sus clientes. Véase, Statement of Claim, 05/08/2013, párr. 89 de la demanda.

31. En definitiva, el Tribunal ordenó un total en multas de USD \$ 21,000.00 diarios. Sólo en multas se calcula a la fecha cerca de USD \$ 30,000,000.00 por una demanda de USD \$ 45,000.00.

terpretado que “si bien es cierto que tales daños no necesitan ser probados con certeza matemática, tampoco pueden establecerse mediante pruebas que sean especulativas y conjeturales”³⁶.

La jurisprudencia considera que los arbitrajes internacionales no constituyen procedimientos sofisticados excluidos de los límites razonables que cualquier juez común debe tener al momento de emitir su dictamen sobre la indemnización por daños y perjuicios.

El principio de la congruencia ha sido aplicado por la administración de justicia ecuatoriana precisamente para vigilar la coherencia entre la pretensión demandada y lo resuelto en el proceso. De ahí que la prohibición de la decisión *ultra petita* constituye un principio procesal rector del debido proceso y es, en consecuencia, un principio esencial para que la administración de justicia logre que el sistema procesal sea un medio para la realización de la justicia, elemento primordial del orden público.

A pesar de que el concepto de orden público no está claramente definido en la legislación del Ecuador, el maestro LARREA HOLGUÍN lo ha resumido como “condiciones o circunstancias básicas de una sociedad para que se respeten en ella los derechos individuales y colectivos, se mantenga la paz y la seguridad”³⁷.

No cabe duda de que la violación de un principio fundamental que garantiza el debido proceso constituye una violación del orden público, pues no se puede permitir que un laudo que ha excedido en las pretensiones demandadas, sea incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esto abriría las puertas a que cualquier orden de un Tribunal arbitral sea aceptada sin restricción, bajo el amparo de la imposibilidad de analizar el fondo o del principio de favorabilidad del arbitraje. Ningún Tribunal, sea

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.

36. N. STEINKAMP et al., *The Journal of Damages in International Arbitration*, Vol. 2, No. 1, JurisNet, 2015, p. 29.

37. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, Tomo VII, Fundación Latinoamericana Andrés Bello, 2005, p. 216.

jurisdiccional o arbitral, tiene facultad para dar más de lo reclamado. Por ello, en toda demanda se exige que el actor establezca la cuantía de la reclamación, valor que constituye el límite máximo de capital que puede ordenarse al demandado que pague, al cual puede añadirse el monto de intereses pactados en el contrato por la mora o los vigentes o corrientes de acuerdo con la ley aplicable al contrato.

El espíritu con el cual se acordó la Convención de Nueva York sobre la violación del orden público como causal de denegación contempla la vulneración de principios esenciales. El Comité de las Naciones Unidas que elaboró el texto de la Convención consideró que la violación del orden público como objeción al reconocimiento de laudos extranjeros era aplicable “para casos en los cuales el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral sería claramente contraria a los principios básicos del ordenamiento jurídico del país donde se invoca [el laudo]”³⁸.

Cortes de Canadá, Grecia, Hong Kong, Japón, Noruega, Perú, Singapur, Eslovenia y Suiza han acogido el criterio del reconocido caso *Parson & Whittemore Ultramar v. Societe Generale De L’Industrie Du Papier (RAKTA)*, sobre ejecución de laudos extranjeros, en el que la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos de América señaló:

El alcance del motivo de denegación de la política pública es que la política pública que debe aplicarse es la de la jurisdicción en la que se solicita la ejecución, pero sólo políticas públicas que van a lo fundamental, a cuestiones básicas de la moralidad y la justicia en esa jurisdicción que animan esta excepción particular a la ejecución. El criterio de política pública no reserva al tribunal de ejecución una amplia facultad de apreciación y no debe considerarse como una defensa general de último recurso. No debe utilizarse para dar efecto a las tendencias locales e idiosincrásicas de los tribunales del Estado de cumplimiento³⁹.

38. Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, *Informe del Comité Especial sobre la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Internacionales*, 28/02/1955, párr. 49 <goo.gl/wztf6V>.

39. G. A. BERMAN, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The application of the New York Convention by National Courts*, 02/07/2014, p. 71, <goo.gl/HpgCMe> (03/03/2017).

En el mismo sentido, las cortes inglesas han definido que es posible denegar la ejecución de sentencias extranjeras cuando “socavan claramente el bien público o, posiblemente, la ejecución sería totalmente ofensivo para un ciudadano común, razonable y bien informado por el cual los poderes del estado son ejercidos”⁴⁰.

En el caso objeto del presente estudio, cualquier ciudadano bien informado puede comprender la diferencia entre solicitar una indemnización por USD \$ 45,000.00 y que le otorguen más de USD \$ 30,000,000.00. Cualquier juez podría hacer un análisis de violación del orden público sin necesidad de que aquello conlleve a examinar el fondo de la causa. No es necesario discutir el fondo del caso, esto es, si hubo o no daño, sino comparar los valores que se ordenan pagar en el laudo con el texto de la cuantía de pretensión en dinero constante demanda arbitral.

Lo mismo ocurre con la decisión de ordenar el pago de honorarios de los abogados de la demandante en un monto ocho veces la cuantía de lo reclamado en la demanda, pues la determinación de ese monto no está exenta de arbitrariedad.

En el trámite de reconocimiento y ejecución de un laudo emitido, precisamente, en otro arbitraje, las normas de la Corte Internacional de la Cámara Internacional de Comercio de París, la Corte Nacional de Apelaciones en materias comerciales de Argentina, analizó si la condena que se impuso a la demandada infringió el orden público argentino y negó la ejecución del laudo extranjero porque había ordenado el pago de costas a favor de la parte prevaleciente que excedían en gran medida al valor del monto que se había ordenado pagar a quien triunfó en el arbitraje. La Corte Nacional de Apelaciones de Argentina señaló que la sentencia del Tribunal era arbitraria y contraria al debido proceso porque no era un resultado lógico de la conclusión alcanzada sobre el fondo y, además, no tenía motivación. En estas circunstancias, se consideró que la ejecución violaba las políticas públicas

40. Tribunal de Apelación de Reino Unido, *Deutsche und SCHACHTBAU Tiefbohrergesellschaft mbH v. Shell International Petroleum Co. Ltda.*, Juicio de ejecución de laudo, <goo.gl/N1sM3C> (03/03/2017).

porque vulneraba el acceso a la justicia⁴¹. Es decir, la Corte que conozca de alegaciones sobre violación al debido proceso y orden público cuenta con atribución para analizar si existió abuso al momento de determinar los costos y honorarios establecidos en el laudo.

En el caso descrito, los jueces de la sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, María de los Ángeles Montalvo, Santiago Galarza y María Augusta Sánchez el 4 de diciembre de 2017 no se pronunciaron sobre las alegadas violaciones al orden público ecuatoriano ni tampoco sobre la violación del principio de orden público, constante en la jurisprudencia uniforme y reiterada de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Nacional de Justicia; la cual, decidía que en los contratos bilaterales sólo los jueces (o los árbitros) pueden declarar el incumplimiento de una de las partes y la resolución de un contrato, sin que quepa que una de las partes arbitrariamente declare el incumplimiento y la consecuente resolución o terminación de contratos bilaterales.

En efecto, la decisión que, como ya se ha mencionado, negó la homologación porque la traducción de laudo no había sido efectuada por un traductor acreditado ante el Consejo de la Judicatura, no hizo referencia alguna a las alegaciones de violaciones al orden público. Únicamente, en el considerando primero el Tribunal indicó que “no tiene facultad para conocer y resolver sobre el asunto de fondo” lo que genera la incertidumbre de si a criterio del Tribunal, el hacer referencia a la causal de violación del orden público equivale a conocer el fondo del asunto.

41. Véase, Corte Nacional de Apelaciones en materias comerciales de Argentina, Sala E, *Ogden Entertainment Services Inc. c. Eijo, Néstor E. y otro*, Caso de reconocimiento de laudo extranjero 20/09/2004, <goo.gl/YmDsAs> (03/03/2017).

“En el caso, el tribunal arbitral cuantificó directamente los costos del arbitraje, pero omitió la indispensable fundamentación conforme a las circunstancias de las actuaciones y, además, lo dispuesto en el punto no constituye derivación razonada de lo concluido en lo sustancial, con particular referencia a los extremos debatidos y al resultado obtenido; por lo cual es descalificable por la doctrina señalada (v. en ese sentido, con referencia a honorarios, CSJN, Fallos, 324:2966). Por tanto, por este motivo, tampoco puede tener acogida la pretensión inicial”.

En consecuencia, surge la duda de ¿qué es lo que debe hacer un nuevo tribunal frente a una segunda petición de homologación en la que se acompañe la traducción del laudo certificada por un intérprete acreditado ante el Consejo de la Judicatura? Se entendería que la nueva Sala necesariamente debe analizar las alegaciones sobre la violación al orden público pues este argumento no fue objeto de pronunciamiento.

En síntesis, lo racionalmente procedente es que el Tribunal que decide sobre la homologación o reconocimiento de laudos extranjeros debe, si hay oposición fundada en violación del orden público ecuatoriano, pronunciarse sobre tal alegación, pues de lo contrario, la excepción u oposición pertinente debería plantearse y decidirse por el juez que conozca la ejecución del laudo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 32 de la LAM.

5. HOMOLOGACIÓN DE LAUDOS DICTADOS EN CONTRA DEL ESTADO

En el caso de homologación de laudos dictados en contra del Estado, el inciso final del artículo 104 del COGEP dispone:

Para efectos del reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales en contra del Estado, por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si constan en el exhorto respectivo o la ley del país de origen reconoce su eficacia y validez⁴².

Como cuestión previa, es útil aclarar si de conformidad con la Constitución y la ley sería procedente someter a arbitraje internacional controversias contractuales o de índole comercial suscitadas entre el Estado ecuatoriano y personas naturales o jurídicas

42. COGEP, N. 17, Art. 104.

pertenecientes a otro u otros Estados, si se considera las disposiciones del artículo 422 de la Constitución:

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

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios, sin que puedan intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función de origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional⁴³.

Al respecto, es preciso poner de manifiesto que los tratados o instrumentos internacionales son acuerdos celebrados entre sujetos de Derecho Internacional y con sujeción a este Derecho. De esto, se puede deducir, por exclusión, que las entidades del Estado sí podrían someter a arbitraje internacional sus controversias contractuales o de índole comercial con personas naturales o jurídicas pertenecientes a otros Estados que no son sujetos de Derecho Internacional. Se debería incluir en los respectivos contratos -que no constituyen tratados o instrumentos internacionales- la correspondiente cláusula compromisoria, con previa autorización del Procurador General del Estado, con la consiguiente aplicación de los instrumentos internacionales que regulan el arbitraje internacional, suscritos y ratificados por el Ecuador, según así lo prevé la LAM en el primer inciso de su artículo 42⁴⁴.

Ejemplo de este tipo de relación jurídica sería la contratación entre el Gobierno ecuatoriano con una empresa privada de un determinado país amigo, la construcción y equipamiento de un edi-

43. Constitución de la República del Ecuador, Art. 422, RO No. 449, 20/10/2008.

44. LAM, N. 1, Art. 42.

ficio destinado a sede de su embajada, con la estipulación expresa de someter a arbitraje internacional las controversias que surgieren de la interpretación o ejecución de ese contrato.

En este mismo orden de ideas, resulta claro reconocer que los laudos expedidos en arbitraje internacional para la resolución de controversias sobre materia contractual o comercial, ya sea con base en convenios arbitrales entre entes estatales ecuatorianos y personas naturales o jurídicas del exterior, estarían sujetos a las normas de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aprobada en la ONU en 1958 y ratificada por Ecuador en 1961; destacando, además, que esta Convención, por su propia naturaleza y por el orden jerárquico reconocido por el artículo 424 de la Constitución, constituye norma superior a las contenidas en el COGEP.

Desbrozado así el camino y remitiéndonos en forma particular al inciso final del artículo 104 del COGEP, se colige de su texto que el reconocimiento de laudos arbitrales en contra del Estado ecuatoriano que resuelvan causas de materia no comercial, además del cumplimiento de los requisitos consignados en su primer inciso, la parte que solicita la homologación deberá demostrar que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que el laudo esté arreglado a los tratados y convenios internacionales vigentes; o, en defecto de estos, si constan en el exhorto respectivo o en la ley del país de origen el reconocimiento de su eficacia y validez.

La redacción de la norma es notoriamente imprecisa y llevaría a entender que la expresión “por no tratarse de asuntos comerciales” se refiere solamente a laudos expedidos por árbitros o tribunales ajenos al arbitraje comercial internacional y con sujeción a tratados o convenios internacionales específicos.

Se extendería también esta disposición a laudos expedidos en arbitraje comercial internacional al amparo de contratos contentivos de cláusula compromisoria, celebrados entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas, puesto que en el texto de

la norma que ahora comentamos reconoce la posibilidad de someter a arbitraje internacional no solamente las controversias cubiertas por el inciso segundo del artículo 422 de la Constitución, sino también aquellas que surgieren de contratos contentivos de cláusula compromisoria, en los términos que ya han sido destacados.

Resulta una aberración ideológica la disposición del código procesal en el sentido de que los laudos arbitrales en contra del Estado –que se supone que se dictan sobre asuntos no comerciales– el considerar que no es asunto comercial la contratación de bienes y servicios por parte de las entidades del Estado con personas naturales o jurídicas privadas nacionales o extranjeras, pues eso sería desconocer la naturaleza comercial de esas transacciones.

De lo expuesto se colige que el inciso final del artículo 104 del COGEP se refiere a la homologación de los laudos dictados en contra del Estado ecuatoriano en asuntos no comerciales. En el evento de que se pretenda homologar un laudo extranjero dictado en contra del Estado ecuatoriano por asuntos comerciales, se deberá observar los requisitos establecidos en los numerales 1 al 5 del artículo 104 del código procesal, así como lo contemplado en los artículos IV y V de la Convención de Nueva York.

Además de lo expresado, es inexcusable destacar el desconocimiento de la legislatura respecto de la utilización del exhorto con respeto a laudos internacionales; puesto que el exhorto es una forma de cooperación judicial entre Estados, que se refiere a sentencias judiciales u otros actos judiciales, que se efectúa comúnmente por la vía diplomática o de acuerdo con estipulaciones especiales contenidas en convenios bilaterales o multilaterales sobre la materia, como lo es la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias suscrita en Panamá. Al haberlo erróneamente reputado como instrumento idóneo para certificar el cumplimiento de los requisitos para la homologación de laudos expedidos en el exterior, sin considerar que los árbitros no forman parte de la función judicial de los Estados a los que pertenecen

las partes, como tampoco las entidades que administren el proceso arbitral, se concluye que no puede usarse el exhorto en virtud de una real carencia de interlocutores.

6. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LAUDOS DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

Resuelta la homologación o reconocimiento de un laudo extranjero, puede demandarse su cumplimiento, en la forma prevista en el COGEP para la ejecución de los denominados títulos de ejecución, entre los cuales se encuentran los laudos⁴⁵. Naturalmente, al estar vigente el artículo 32 de la LAM, se ha de aplicar también lo previsto en el inciso segundo de dicha norma que permite la presentación de excepciones “que se originen con posterioridad a la expedición del laudo”⁴⁶.

El nuevo código procesal no establece un procedimiento especial para la ejecución de laudos extranjeros. Por ello se ha de seguir el procedimiento regulado por el Libro V que se titula “Ejecución”, palabra aislada que da más bien la idea de las antiguas ejecuciones a la pena de muerte, y específicamente las normas del Título I de dicho libro, que también lleva el mismo título. Este último se encuentra dividido en tres capítulos que se refieren el primero a “reglas generales”, el segundo a “ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer” y el tercero a “remate de bienes embargados y liquidación de crédito”.

Es innecesario resumir todo el procedimiento de ejecución previsto en la legislación vigente desde el 22 de mayo de 2016. Para nuestro propósito basta señalar que el numeral 5 del artículo 363 de dicho código procesal señala que uno de los títulos de ejecución son los laudos extranjeros debidamente homologados. Debe entenderse, aunque no se lo expresa, que

45. COGEP, N. 17, Art. 363(3).

46. LAM, N. 1, Art. 32.

deben hallarse ejecutoriados, conforme lo ordena el artículo 32 de la LAM.

El procedimiento debe iniciarse con lo que el código procesal llama “solicitud de ejecución” en el artículo 370⁴⁷, pero que debe contener los mismos requisitos generales –confusos e innecesarios algunos– previstos en el artículo 142⁴⁸, por lo cual el juez deberá calificar tal demanda. Luego de liquidados los intereses, de haberlo así dispuesto el laudo, se debe dictar el mandamiento de ejecución, en el cual se dispone que el ejecutado pague en el término de cinco días, según el artículo 372⁴⁹.

En este término el ejecutado puede, según el código, oponerse a la ejecución, exclusivamente por las razones señaladas en el artículo 373⁵⁰, esto es por existencia de alguno de los modos de extinguir obligaciones previstos en el artículo 1583 del Código Civil, excepto el convenio de las partes que así lo exprese, la declaración de nulidad o de rescisión y la prescripción.

En cambio, con precisión, la LAM, que establece, con acierto, que los laudos se ejecutarán de la misma manera que las sentencias ejecutoriadas mediante la vía de apremio -esto es, iniciándolo con el mandamiento de ejecución-. Esto permite que se presenten, entonces, excepciones “que se originen con posterioridad a la expedición del laudo”⁵¹ entre las cuales, puede proponerse, en el caso de ejecución de laudos extranjeros, si no ha sido materia de oposición o de decisión en el procedimiento de homologación, la de que el laudo viola el orden público ecuatoriano.

Este aspecto fundamental y esencial para el debido proceso, el de la posibilidad de que se presente, en el caso de laudos arbitrales extranjeros, la excepción de que violan el orden público ecuatoriano, puede ser incomprendido por los neófitos jueces de primera instancia que hoy ejercen de tales, inclinados por su ma-

47. COGEP, N. 17, Art. 370.

48. COGEP, N. 17, Art. 142.

49. COGEP, N. 17, Art. 372.

50. COGEP, N. 17, Art. 373.

51. LAM, N. 1, Art. 32.

nera de instrucción y su orientación ideológica. Ellos desconocen, en contra de su obligación constitucional, tanto los fundamentos del derecho de acción, como del derecho de contradicción, que constituyen la base de la relación jurídico procesal, que se integra con el ejercicio de la jurisdicción, de la obligación de aplicar el artículo 32 de la LAM, norma que no fue derogada por el nuevo código procesal.

El resto de la tramitación de la ejecución se halla reglado, como se ha señalado antes, por los artículos 362 a 406.

7. DEROGATORIA DE LA HOMOLOGACIÓN DE LAUDOS INTERNACIONALES CONTENIDA EN LA LEY ORGÁNICA PARA EL FOMENTO PRODUCTIVO Y ATRACCIÓN DE INVERSIONES

La Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal –que fue promulgada en el Registro Oficial Suplemento No. 309 de 21 de agosto de 2018–, en su disposición derogatoria segunda eliminó el procedimiento de homologación para los laudos arbitrales dictados en el extranjero, y restableció la vigencia del último inciso del artículo 42 de la LAM, en virtud del cual los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje internacional deben ser ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un arbitraje nacional; esto es, sin previa homologación y de conformidad con el procedimiento de ejecución regulado por el Libro V, Título II, del COGEP.

Si bien la eliminación del procedimiento de homologación para los laudos dictados en el extranjero resulta una victoria para el arbitraje internacional en el Ecuador, es un desacierto el hecho de que no se haya suprimido tal exigencia para las actas de mediación dictadas en el extranjero, cuya homologación resulta inclusive más absurda que la que existía para los laudos extranjeros.

Al haberse, derogado –a partir del 21 de agosto de 2018– el requisito que el laudo extranjero sea homologado, resulta evidente que al amparo de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 32 de la LAM, se pueda plantear en la fase de ejecución las excepciones que se originen con posterioridad a la expedición del laudo, sin perjuicio de que puedan proponerse las excepciones taxativamente establecidas en el artículo 373 del COGEP.

Por consiguiente, los jueces que conozcan de la ejecución de laudos, sean nacionales o extranjeros, tienen la obligación de resolver no sólo sobre las posibles excepciones contenidas en la citada norma del nuevo código procesal, sino también que están facultados a conocer y resolver sobre cualquier otra excepción surgida luego de dictado el laudo, y entre ellas –en el caso de laudos extranjeros– las que se deriven de la aplicación de las causas de oposición previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York, entre las cuales se encuentra la de violación del orden público del país donde debe ejecutarse el laudo, en nuestro caso del orden público ecuatoriano.

