

*Revista Ecuatoriana de Arbitraje*



*Revista Ecuatoriana de Arbitraje*

*No. 8*



**Quito - Ecuador  
2017**

**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 siete 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](http://iea.ec/pdfs/GUIA_ESTILO_REA.pdf)

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Av. República de El Salvador y Naciones Unidas, Ed. Mansión Blanca, piso 8.

Telf: 4007800, ext. 5686.

E-mail: [coordinador@iea.ec](mailto:coordinador@iea.ec); [revista@iea.ec](mailto:revista@iea.ec); [bernardamuriel@gmail.com](mailto:bernardamuriel@gmail.com); [hgarciac@crcep.ec](mailto:hgarciac@crcep.ec)

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

**Portada**

Idea: Francesca Magnoler

Corrección y ajuste para imprenta: Ing. Roberto Cevallos

**Revisión y Corrección Ortográfica**

Bernarda Muriel & Staff Cevallos editora jurídica

**Diseño editorial y Diagramación:**



Impresión: FR Ediciones  
ISBN 13: 978-9978-392-87-4  
Edición: Quito, 2017  
Tirada: 300 ejemplares

**COMITÉ EDITORIAL:**

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

**DIRECTOR:**

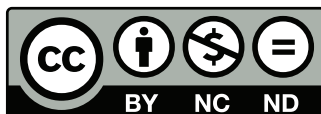
Hugo García Larriva

**COORDINADORA:**

Bernarda Muriel

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

<b>1. Presentación.....</b>	<b>11</b>
<b>2. Sección Monográfica</b>	
• Vicios, sesgos y conjuros arbitrales <i>Xavier Andrade Cadena, Carolina Arroyo Aguirre y Estefanía Fierro Valle.....</i>	<b>17</b>
• La contaminación de la confianza. Los árbitros tóxicos y la deliberación arbitral en Latinoamérica <i>José María de la Jara Plaza y Julio Olórtegui Huamán.....</i>	<b>39</b>
• Combatiendo la <i>Due Process Paranoia</i> . Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad <i>Andrés Talavera Cano.....</i>	<b>75</b>
<b>3. Sección de Ensayos Libres</b>	
• La arbitrabilidad del daño moral <i>Luis Parraguez Ruiz y Juan Carlos Darquea.....</i>	<b>93</b>
• Naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral <i>Oswaldo Santos Dávalos.....</i>	<b>117</b>
• El trato justo y equitativo en los tratados de protección recíproca de inversiones ecuatorianos <i>Camilo Muriel Bedoya.....</i>	<b>145</b>
• Presente y futuro del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador <i>Andrea E. López Jaramillo.....</i>	<b>195</b>

- Los *Dispute Boards* en contratos de obra: a propósito de la nueva ley de contrato de participación público privado en Argentina  
*Francisco J. Muñoz*..... 229
- Las orientaciones del mediador: análisis de la mediación en Quito  
*Ximena Bustamante, María Bernarda Carpio Frixone, Isabela Moreno y María Gracia Naranjo Ponce*..... 263
- La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado  
*Javier Jaramillo Troya*..... 319
- Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades  
*Eduardo Carmigniani y Carla Cepeda*..... 349
- Dispute resolution forum alternatives in Ecuador for international parties  
*Alegría Jijón*..... 377
- La acción de nulidad de los laudos arbitrales  
*Oswaldo Santos Dávalos*..... 401



1.

---

# Presentación



## Presentación

Este año el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (“IEA”) presenta el octavo número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje REA. Esta publicación constituye la prueba del compromiso que mantiene el IEA para fomentar el estudio y difusión de temas relevantes en materia de arbitraje. Es fundamental agradecer la colaboración de nuestros miembros y demás articulistas, quienes, a través de sus contribuciones durante estos 8 años, han aportado a que el arbitraje en nuestro país y región crezca. Por último, es importante reconocer el apoyo de nuestros auspiciantes que hacen posible que año a año este proyecto continúe.

La presente edición, como todos los años, cuenta con dos secciones: la primera monográfica, que hace referencia a la aplicación de la psicología en el arbitraje; y la segunda, dedicada a ensayos libres. Para la primera sección, contamos con la participación de Xavier Andrade Cadena, Carolina Arroyo y Estefanía Fierro, quienes abordan los sesgos cognitivos a los que los juzgadores pueden estar sometidos. Por su lado, José María de la Jara Plaza y Julio Olórtegui Huamán, exponen una clasificación de árbitros tomando en consideración la contaminación de la confianza y el proceso de deliberación de los árbitros en Latinoamérica. Finalmente, Andrés Talavera, nos acerca a la *Due Process Paranoia*, proponiendo que la discrecionalidad de los árbitros en resoluciones de esta naturaleza se ejerza de manera razonable.

La segunda sección, abarca una diversidad de temas. Luis Parraguez y Juan Carlos Darquea nos aproximan a la arbitrabilidad del daño moral contractual. Oswaldo Santos analiza de

manera detallada la naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral, proponiendo una particular tesis basada en los derechos potestativos. A continuación, tomando en consideración la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión, Camilo Muriel analiza el trato justo y equitativo en términos generales, así como las implicaciones que tiene este principio en los Tratados denunciados por el Ecuador. Por su lado Andrea López examina la naturaleza de la denuncia de estos Tratados y las repercusiones que esto podría tener para el arbitraje de inversiones. Acercándonos a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en un panorama internacional, Francisco Muñoz nos expone cómo funcionan los *Dispute Boards* en los contratos de obra y la implementación de la nueva ley en este tema en Argentina. Por su parte, Ximena Bustamante, María Bernarda Carpio Frixone, Isabela Moreno y María Gracia Naranjo Ponce, a través de un primer estudio sobre la práctica de la mediación en nuestro país, nos indican los diferentes tipos de orientaciones y los conflictos que se encuentran en la ciudad de Quito. Javier Jaramillo Troya en cambio nos presenta ciertas reflexiones sobre la responsabilidad civil de los árbitros en Ecuador, dándole un enfoque contractual mediante el estudio de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. En su artículo, Eduardo Carmigniani, y Carla Cepeda, nos presentan un panorama sobre la forma en que la comisión redactora de la Ley de Arbitraje y Mediación, como primera fase de desarrollo normativo, adoptó parcialmente los principios recogidos en la Ley Modelo CNUDMI, mostrando, además, las limitaciones que presenta después de veinte años de vigencia. De igual manera, mediante una revisión del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y el panorama nacional, Alegría Jijón explora las diferentes opciones que empresas extranjeras tienen cuando se enfrentan a negociaciones de contratos cuando la contraparte es ecuatoriana. Finalmente, Oswaldo Santos, en otra contribución para esta revista, aporta un análisis profundo sobre las causales previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación para interponer la acción de nulidad de laudos arbitrales.

*Presentación*

Es de esta manera que ponemos a su disposición el octavo número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, e invitamos a los profesionales del derecho a reflexionar a través de la lectura crítica y objetiva de cada uno de los artículos.

**Eduardo Carmigniani**

**Juan Manuel Marchan**

*Presidente*

*Director*

*Instituto Ecuatoriano de Arbitraje*

*Instituto Ecuatoriano de Arbitraje*

**Hugo García Larriva**

*Director*

*Revista Ecuatoriana de Arbitraje*



## 2. Sección

---

# Monográfica





# Vicios, sesgos y conjuros arbitrales

*Xavier Andrade Cadena\**  
*Carolina Arroyo Aguirre\*\**  
*Estefanía Fierro Valle\*\*\**

*Recibido/Received: 29/07/2017*  
*Aceptado/Accepted: 31/07/2017*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Introducción vs. cognición: dos sistemas arbitraje y la acción extraordinaria de protección. 3. Sesgos recurrentes 3.1 Sesgo de retrospectiva. 3.2 Anclaje. 3.3 Sesgos ego-céntricos. 3.4 Aversión a los extremos. 4. ¿Cómo mejorar las decisiones arbitrales? 4.1 Controlar el tiempo. 4.2 Razones con el Sistema. 4.3 Redactar el laudo minuciosamente. 5. Conclusiones.

**PALABRAS CLAVE:** vicios, sesgos, Sistema 1, Sistema 2, psicología.

**KEYWORDS:** defect, biases, System 1, System 2, psychology.

**RESUMEN:** Debido a la compleja interacción entre los componentes intuitivo y analítico del pensamiento humano, los procesos cognitivos que llevan a cabo los juzgadores pueden estar sometidos a distintos sesgos cognitivos. Este artículo

\* Socio de la firma Andrade Veloz, Profesor de la Universidad San Francisco de Quito. LL.B. y J.D. por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, LL.M. por McGill University, M.A. in Economics for Competition Law por King's College London.

\*\* 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.

\*\*\* Asociada de la firma Andrade Veloz, Profesora adjunta de la Universidad San Francisco de Quito. LL.B. por la Universidad San Francisco de Quito.

busca aplicar la nueva era de estudios psicológicos y neurocientíficos a la resolución de conflictos, a través de una guía con las técnicas que se podrían emplear para neutralizar los sesgos y mejorar las decisiones arbitrales.

**ABSTRACT:** Due to the complex interaction between the intuitive and analytical components of human thinking, the cognitive processes performed by the judges and arbitrators may be subject to different cognitive biases. This article seeks to apply the new era of psychological and neuroscientific studies to conflict resolution, through a guide with techniques that could be used to neutralize biases and improve arbitral decisions.

## 1. INTRODUCCIÓN

Varias escuelas de pensamiento han desarrollado modelos sobre el proceso cognitivo que realiza un juzgador. En un extremo, encontramos a los *formalistas*, quienes consideran que los jueces y árbitros deben aplicar el derecho a los hechos, de manera lógica, mecánica y deliberada. Para ellos, el sistema de administración de justicia es una especie de “*máquina silogística gigante*” operada por un mecánico altamente capacitado: el juzgador<sup>1</sup>.

En el otro extremo, se encuentran los *realistas*, para quienes el juicio sigue un ciclo intuitivo hasta llegar a las conclusiones, las cuales son racionalizadas solo en un momento posterior. Para esta escuela, los juzgadores deciden sintiendo, no juzgando, sobre la base de sus corazonadas, no de su raciocinio. La deliberación se utiliza solo para justificar la intuición<sup>2</sup>.

1. B. NEUBORNE, “Of Sausage Factories and Syllogism Machines: Formalism, Realism, and Exclusionary Selection Techniques”, *N.Y.U. Law Review*, No. 67, 1992, p. 421. Citado por B. LEITER, “Positivism, Formalism, Realism”, *Columbia Law Review*, No. 99, 1999, p. 1145, <<https://goo.gl/Dhe51i>>.
2. Véase, por ejemplo, J. C. HUTCHESON JR., “Judgment Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision”, *Cornell Law Review*, No. 14, 1929, <<https://goo.gl/Az7Pkb>>.

Sin embargo, la nueva ola de estudios psicológicos demostraría, al menos inicialmente<sup>3</sup>, que el proceso cognitivo de los juzgadores no es formalista ni realista, sino una amalgama de los dos modelos. En este contexto, GUTHRIE, RACHLINSKI y WISTRICH proponen un sistema “menos idealista que el formalista y menos cínico que el realista”, bautizado por estos autores como el “formalismo realista”<sup>4</sup>.

El formalismo realista encontraría sustento en estudios recientes, como los publicados por el premio Nobel DANIEL KAHNEMAN<sup>5</sup>, quien postula que la mente humana tiene un sistema intuitivo y otro analítico, como se explicará más adelante.

El problema que aborda este ensayo tiene que ver con los vicios y sesgos que podrían aquejar al sistema intuitivo de un juzgador. Para analizar esta problemática, iniciaremos explicando brevemente cómo funcionan los sistemas intuitivo y analítico del juzgador (Sección 2). Luego, expondremos los sesgos más comunes que se han observado en la resolución de disputas (Sección 3) y los conjuros que se proponen para combatirlos (Sección 4). Finalmente, arribaremos a ciertas conclusiones (Sección 5).

## 2. INTUICIÓN VS. COGNICIÓN: DOS SISTEMAS

La idea de que la mente humana tiene un componente intuitivo y otro analítico ha sido desarrollada consistentemente a través de los tiempos. PLATÓN, por ejemplo, para explicar las decisiones de las personas, proyectaba la imagen de dos caballos: uno bueno, gobernado por la razón, y otro malo y descarriado, conducido por la violencia<sup>6</sup>. DESCARTES también propuso que la intuición y la deducción eran la vía para arribar al conocimiento<sup>7</sup>.

3. Existe el consenso entre los académicos de que el estado de la ciencia en esta materia es inicial.
4. C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI y A. WISTRICH, “Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases”, *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 917, 2007, p. 3, «<https://goo.gl/GHTf7Q>».
5. D. KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo, 2013.
6. PLATÓN, *Phaedrus*, Christopher Rowe, 2005, pp. 34-36. Citado por E. SUSSMAN, “Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them”, *American Review of International Arbitration*, Vol. 3, 2013, pp. 488-489, «<https://goo.gl/1Ke5ga>».
7. DESCARTES. Citado por E. SUSSMAN, N. 6.

En el mismo sentido, PASCAL hablaba de dos tipos de mentes: la intuitiva y la geométrica, siendo la segunda la encargada de verificar los presupuestos de la primera<sup>8</sup>.

Más recientemente, DANIEL KAHNEMAN, a fin de explicar la complejidad del pensamiento humano, presenta a la mente como si estuviere dividida en dos sistemas: el 1 y el 2. El Sistema 1 opera de manera rápida, automática, intuitiva. El Sistema 2 opera de manera lenta, compleja, analítica.

Así, el Sistema 1 se activa, por ejemplo, para responder a preguntas como ¿2 + 2? o ¿cuál es la capital de Francia? Sirve también para interpretar las señales de nuestros sentidos, evitar peligros, masticar y realizar otras tareas que se desarrollan de manera automática, aunque podamos controlarlas.

El Sistema 2, por su parte, realiza actividades más complejas y que requieren atención. Por ejemplo, se activa al escuchar la conversación de la mesa de al lado, realizar un silogismo jurídico o calcular  $357 \times 15$ .

Distinguir estos dos sistemas es relevante porque, pese a que ambos se encuentran activos, el Sistema 1 envía permanentemente sugerencias al Sistema 2 a modo de intuiciones, intenciones y sensaciones. En vista de que el Sistema 1 suele tener “buen juicio” –y por eso confiamos en nuestra intuición y “sentido común”– el Sistema 2 acoge la mayoría de sus sugerencias. Es el Sistema 2 el que en todo caso tiene la última palabra.

Pese a la confiabilidad del Sistema 1, su rapidez y superficialidad podrían dar lugar a errores sistemáticos que nos conducirían a decisiones equivocadas. Esta reflexión es útil, no sólo para comprender las siguientes secciones de este artículo sino para aplicarla a nuestra práctica profesional, sea que actuemos como juzgadores o litigantes.

8. PASCAL. Citado por C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI y A. WISTRICH, N. 4, p. 6.

Por ejemplo, por un lado, un árbitro estará mejor preparado para dictar un laudo si conoce que su intuición podría llevarle a tomar decisiones equivocadas. Este ensayo propone algunas técnicas para mitigar estos riesgos.

Por otro lado, un litigante podría presentar de manera más convincente su caso si entiende cómo funciona la mente del juzgador. Por ejemplo, existen casos en que los litigantes podrían preferir que el tribunal mantenga su pensamiento en el Sistema 1 o 2. Si un abogado presenta un caso complejo ante un tribunal arbitral, cuya primera apariencia no le beneficia (por prejuicios, sesgos o facilidad del caso para la contraparte, etc.), podría intentar llevar al tribunal a su Sistema 2, esto es, a un proceso más analítico. En contraste, si un proceso analítico develaría las falencias de su caso, el abogado podría intentar que sus argumentos apunten a influir en el Sistema 1 del tribunal (mediante argumentos emocionales, por ejemplo).

Es necesario anticipar que estas técnicas están lejos de ser científicamente comprobadas, pues el proceso cognitivo de un tribunal arbitral es supremamente complejo; sin embargo, la simple idea de que podamos mejorar nuestra práctica conociendo cómo funciona la mente de los humanos, invita a pensar en un universo de técnicas de litigio (que, en ocasiones, incluso parecerían invadir la intimidad del pensamiento del juzgador).

Aplicar la nueva era de estudios psicológicos y neuro-científicos a la resolución de conflictos es un ejercicio fascinante. Hace casi un siglo el juez CARDOZO anticipaba que:

Mucho más allá de la conciencia, existen otras fuerzas, gustos y aversiones, predilecciones y prejuicios, una serie de instintos y emociones, hábitos y convicciones, que hacen al hombre, sea juez o litigante<sup>9</sup>.

9. Traducción libre. B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921. Citado por E. SUSSMAN, N. 6, p. 490.

En el mismo sentido, el juez de la Corte Suprema estado-unidense, ANTONIN SCALIA, señaló que:

Mientras las computadoras funcionan solo de manera lógica, los seres humanos no funcionan así. Toda una serie de factores extraños –emociones, sesgos, preferencias– pueden intervenir [en el proceso cognitivo], y acerca de la mayoría de ellos no podemos hacer absolutamente nada (salvo jugar con ellos, si se los llega a conocer)<sup>10</sup>.

### 3. SESGOS RECURRENTES

Los sesgos cognitivos son procedimientos de simplificación que usa nuestro cerebro para procesar la complejidad de la información. Estos sesgos se producen de manera inevitable, por el simple hecho de que usamos nuestro cerebro para procesar la información que recibimos del mundo exterior. Como explican TVERSKY y KAHNEMAN, estas operaciones cognitivas tienden a “reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio más simples”<sup>11</sup>.

En atención a la naturaleza subjetiva (y a veces involuntaria) del proceso cognitivo de los juzgadores (sean estos jueces o árbitros), en esta sección identificaremos los sesgos que, según estudios psicológicos, afectarían recurrentemente a la resolución de disputas.

#### 3.1 Sesgo de retrospectiva

Una vez que ocurre un fenómeno o evento, es difícil evaluar objetivamente si este era previsible o no. Los estudios demuestran que la gente suele exagerar la previsibilidad de un evento que *ex ante* podría no ser previsible. Como explican GUTHRIE, RACHLINSKI y WISTRICH, “la gente sobrestima su propia habilidad para prede-

10. Traducción libre. A. SCALIA y B. GARNER, *Making Your Case: The Art of Persuading Judges*, Thomson West, 2008, Introducción, p. xxiii.

11. A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science, New Series*, Vol. 185, No. 4157, 1974, pp. 1124-1131, <<https://goo.gl/faJFnR>>.

cir el pasado y creen que otras personas deberían haber sido capaces de predecir eventos de mejor manera que la [que realmente] era posible”<sup>12</sup>.

El ejemplo clásico de este sesgo fue presentado por KAMIN y RACHLINSKI<sup>13</sup>. El experimento versa sobre una ciudad cuyo puente levadizo opera únicamente de primavera a otoño. Se preguntó a dos grupos de personas si el riesgo de inundación en esta ciudad era tan alto como para contratar a un operador de puentes durante el invierno. A uno de los grupos se les dijo que si la ciudad hubiese contratado un operador de puentes durante el invierno se habría evitado que el fondo del río se sedimente y cause una inundación. El otro grupo no conocía esta información. En el grupo que conocía que existió una inundación (i.e. tenían información retrospectiva), 57% de las personas consideraron que la ciudad fue negligente al no contratar a un operador de puentes, mientras que únicamente el 24% de las personas del otro grupo consideraron que tal contratación era necesaria.

Este sesgo es relevante para la resolución de conflictos, pues los árbitros a menudo deben evaluar un fenómeno de manera retrospectiva, es decir, una vez que el hecho ha sucedido. En estos casos, los árbitros suelen estar compelidos a valorar, por ejemplo, si el efecto fue generado por una determinada causa (i.e. nexo causal); si las partes fueron lo suficientemente diligentes para evitar el evento; si el evento era razonablemente previsible<sup>14</sup>; si la experiencia de las partes era relevante para tal previsibilidad; si las partes revelaron información suficiente o si la analizaron con la debida diligencia; entre otras cuestiones usuales sobre la causalidad de un evento y sus consecuencias económicas y jurídicas.

Dado que estos juicios de valor suelen implicar la cuantificación de una indemnización, la responsabilidad del árbitro de evi-

12. Traducción libre. C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI y A. WISTRICH, “Inside the Judicial Mind”, *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 814, 2001, p. 799, <<https://goo.gl/P75Df8>>.
13. K. KAMIN y J. RACHLINSKI, “Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight”, *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 646, 1995, <<https://goo.gl/9oTScE>>.
14. C. DRAHOZAL, “A Behavioral Analysis of Private Judging”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 67(1) 105-132, 2004, p. 110, <<https://goo.gl/NZ4Ufn>>.

tar el sesgo de retrospectiva es latente. Como señalan KAMIN y RACHLINSKI:

En vista de que los litigios de responsabilidad civil implican necesariamente valoraciones *ex post*, toda ausencia de diligencia de una persona podría dar lugar a un caso de responsabilidad [civil], incluso en casos en que tal diligencia no hubiese sido justificable *ex ante*<sup>15</sup>.

Adicionalmente, el sesgo de retrospectiva podría verse alimentado con la experiencia propia de cada árbitro. Una vez que un abogado conoce un caso, sea en calidad de litigante o de árbitro, su mente difícilmente puede olvidarlo y, como resultado, su sesgo de retrospectiva podría influir en la valoración de la predictibilidad de un evento. Ahora, este sesgo no es necesariamente nocivo mientras se lo tenga presente y no se permita que se apodere de la decisión del juzgador. No se puede pedir a un árbitro que elimine de su bagaje psicológico toda su experiencia –que es una de las razones por las que podría haber sido seleccionado por las partes–. Lo que se propone es que no se deje engañar por su mente.

### 3.2 Anclaje

Cuando las personas calculamos un monto desconocido, tenemos la tendencia a definirlo sobre la base del primer valor que se nos presenta. Este valor inicial o “ancla”<sup>16</sup> es comúnmente el punto de partida de los cálculos subsecuentes. Para definir el monto final, solemos hacer ajustes a esa ancla con base en ciertos parámetros que a veces no son reales o suficientes. Como explican los psicólogos STRACK y MUSSWEILER, los números que se toman en consideración en una etapa inicial tienen mayor impacto en el cálculo que cualquier otra información numérica que se obtenga posteriormente<sup>17</sup>.

15. Traducción libre. K. KAMIN y J. RACHLINSKI, N. 13.

16. Sobre el fenómeno del anclaje, véase generalmente A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, N. 11.

17. F. STRACK y T. MUSSWEILER, “Explaining the Enigmatic Anchoring Effect: Mechanisms of Selective Accessibility”, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 73(3), 1997, pp. 437-446, <<https://goo.gl/KdJnBo>>.



Por ejemplo, si entramos a una tienda para adquirir un televisor, y el vendedor nos presenta dos opciones: una de US\$ 200 y otra de US\$ 300, es posible que nuestra ancla se fije en el promedio de los dos valores, es decir en US\$ 250. Imaginemos ahora que, antes de tomar la decisión de compra, el vendedor de repente nos propone una tercera opción de US\$ 400. Es probable que nuestra ancla cambie al promedio de los tres precios: US\$ 300. Esto hará que el televisor de US\$ 300 ya no nos parezca tan caro como antes<sup>18</sup>.

Otro ejemplo presentado por DANIEL KAHNEMAN explica que si “a alguien se le pregunta si Gandhi tenía más de ciento cuarenta años cuando murió, terminará haciendo una estimación más alta de la edad a [la] que murió, de la que habría hecho si la pregunta ancla hubiera hablado de 35 años”<sup>19</sup>. Para KAHNEMAN, los resultados del efecto ancla son de los “más fiables y sólidos de la psicología experimental”<sup>20</sup> y están presentes en un sinnúmero de ocasiones cotidianas.

Este sesgo tiene especial relevancia para los casos en que se reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios. De hecho, existen varios estudios que demuestran que las decisiones de los juzgadores se encuentran “ancladas” a los montos que las partes proponen. Por ello, una demanda que propone un monto de indemnización desmesuradamente alto o bajo podría anclar la mente del árbitro y causar que la indemnización que ordene sea demasiado alta o baja.

Por ejemplo, GUTHRIE, RACHLINSKI y WISTRICH demostraron fehacientemente el sesgo de anclaje encuestando a ciento sesenta y cinco experimentados jueces de los EE.UU.<sup>21</sup>. A un grupo de jueces se le preguntó sobre el monto de daños que concedería al demandante en un caso de negligencia en el que perdió una pierna, sin mencionar ningún parámetro de daños o cifras numé-

18. Ejemplo modificado al originalmente provisto por I. SIMONSON y A. TVERSKY. “Choice in Context: Tradeoff Contrast and Extremeness Aversion”, *Journal of Marketing Research*, 1992, <<https://goo.gl/DnGRdN>>.

19. D. KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, N. 5, p. 162.

20. *Ibidem*.

21. C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI y A. WISTRICH, “Inside the Judicial Mind”, N. 12 (2001), pp. 791-792.

ricas. Al segundo grupo, en contraste, se le informó que si el monto de la indemnización fuere menor a US\$ 75.000, el demandante no tendría acceso a la jurisdicción de las cortes federales (por tratarse de montos menores). Como resultado, los jueces del primer grupo, que no tenían un ancla numérica en mente, otorgaron en promedio una indemnización de US\$ 1'249.000, mientras que el promedio del segundo grupo fue de solo US\$ 882.000; es decir, casi la tercera parte del promedio del primer grupo. Este experimento demuestra que el hecho de que los jueces hayan tenido un monto en su mente afectó sustancialmente el valor de la indemnización otorgada.

En vista de que en la mayoría de arbitrajes existe una reclamación de daños y perjuicios (pues son raros los casos en los que únicamente se busca la declaración de un derecho), el sesgo de anclaje jugaría un rol relevante en la definición de los montos indemnizatorios. Dado que la determinación equívoca de indemnizaciones comprometería la calidad de la justicia, provocando resultados potencialmente injustos, es prudente sugerir que los árbitros tomen medidas para no ser presas de sus sesgos. Estas reflexiones también son útiles para los abogados litigantes, quienes deberían tener presente el efecto de anclaje que causa la determinación de cuantías en sus casos.

### **3.3 SESGOS EGOCÉNTRICOS**

Las personas no siempre somos objetivas respecto de nuestras habilidades y buen juicio. Tendemos a juzgarnos de manera egocéntrica. Por ejemplo, la mayoría de personas considerará que es un buen piloto (en comparación con el promedio de pilotos); las parejas recién casadas afirmarán que la probabilidad de que se divorcien es casi nula (a pesar de que la tasa de divorcios sea de aproximadamente 50%)<sup>22</sup>; y, la gran mayoría de profesores se considerarán mejores al profesor promedio<sup>23</sup>.

22. L. BAKER y R. EMERY, "When Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage", *Law & Human Behavior*, Vol. 17 (4), 1993. Citado por C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI y A. WISTRICH, N. 12 (2001), p. 812.

23. Ídem, p. 818.

Los sesgos egocéntricos pueden afectar la práctica de los litigantes y árbitros. Por ejemplo, los litigantes tienden a creer que su caso es mejor de lo que realmente es, lo cual podría comprometer la posibilidad de alcanzar un acuerdo negociado. Si un litigante está convencido de la fortaleza de su caso, no encontrará suficientes incentivos para llegar a un acuerdo con la contraparte por una cifra menor a la demandada. Como resultado, si la predicción del abogado es irreal, el cliente se vería perjudicado.

Los juzgadores sufren del mismo sesgo. Por ejemplo, en una investigación realizada por GUTHRIE, RACHLINSKI y WISTRICH, se consultó a un grupo de ciento cincuenta y cinco jueces estadounidenses sobre la posibilidad de que sus fallos sean revertidos en una instancia de apelación. Más del 56% de los jueces consideraron que la posibilidad de que sus fallos sean revertidos era mínima<sup>24</sup>. La realidad, sin embargo, era distinta.

El problema con los sesgos egocéntricos es que los juzgadores podrían no estar conscientes de sus limitaciones y la posibilidad de cometer errores. En la práctica, estos sesgos podrían propiciar que los árbitros confíen demasiado en su propio juicio y no tomen en cuenta pruebas o argumentos relevantes de las partes. El exceso de confianza también podría impedir que un árbitro reconozca un error y revise su decisión, en detrimento de la justicia<sup>25</sup>.

Otro efecto relevante del sesgo egocéntrico es el juicio *intuitivo* que los árbitros podrían formarse luego de recibir los primeros memoriales de las partes o después de tener la primera audiencia, impidiendo que su mente analice objetivamente todas las pruebas y el resto de argumentaciones. Por ejemplo, un estudio realizado en arbitraje internacional demostró que al menos el 50% de los árbitros consultados aceptaron haberse creado un juicio inicial sobre el caso luego de leer los primeros memoriales y antes de tener la primera audiencia<sup>26</sup>. Esto podría

24. Ídem, pp. 811-816.

25. L. REED, "Arbitral Decision-making: Art, Science or Sport?", *The Kaplan Lecture 2012*, <<https://goo.gl/fwijEF>>.

26. E. SUSSMAN, "Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them", N. 6, p. 500.

constituir una evidencia de que los árbitros confían (en exceso) en su Sistema 1.

Respecto a esta problemática, conviene citar las impresiones de los abogados y psicólogos WAITES y LAWRENCE acerca del proceso cognitivo de los árbitros:

Un árbitro típico concluye la fase inicial [del arbitraje] con una sola historia dominante en su mente [...]. Un porcentaje considerable de árbitros se habrán formado una clara inclinación al momento en que concluyan los alegatos iniciales (y antes de conocer las declaraciones de testigos o las pruebas). Esto significaría que para la mayoría de árbitros, el arbitraje es un proceso de filtración, a través de las pruebas, que tiene por objeto comprobar su propia hipótesis sobre el caso, con miras a confirmar o alterar su noción inicial sobre la realidad del caso... Los árbitros... harán lo posible por adaptar su percepción de los hechos a la historia que se han formado<sup>27</sup>.

Los riesgos que pueden generar los sesgos egocéntricos y el exceso de confianza en el Sistema 1 para la administración de justicia se explican por sí solos. La justicia requiere combatirlos.

### 3.4 Aversión a los extremos

Por último, trataremos sobre el sesgo de aversión a los extremos. A las personas les incomodan las situaciones extrapoladas, prefieren los términos medios. En el mundo arbitral, de hecho, es común escuchar la crítica de que los árbitros prefieren emitir laudos “salomónicos”, dando parcialmente la razón a ambas partes. En una encuesta realizada por la Universidad Queen Mary se observó que una de las críticas más comunes al sistema arbitral es que los tribunales tienden a emitir laudos salomónicos (*splitting*

27. R. WAITES y J. LAWRENCE, “Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy” en D. BISHOP y E. KEHOE (Eds.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, p. 114. Citado por E. SUSMAN, *Ibidem*, p. 502.

*the baby*) de manera innecesaria, siendo “reacios a fallar fuertemente en favor de una parte”<sup>28</sup>.

A criterio del profesor ALBERT JAN VAN DEN BERG, la creencia de que los árbitros adoptan decisiones salomónicas se debería a varias razones, entre ellas, al método de selección de los árbitros. Cuando cada parte nombra a “su” árbitro, podría generarse la idea errónea de que el árbitro defiende los intereses de la parte que lo designó. Esto llevaría al presidente del tribunal a encontrar un punto medio entre las posiciones de sus coárbitros. Otra razón sería el hecho de que las partes suelen inflar las cuantías de sus reclamos. Si el árbitro no concede el ciento por ciento del monto reclamado, las partes podrían pensar que el árbitro tomó una decisión equilibrada<sup>29</sup>.

Si bien la aversión a los extremos es un patrón psicológico del que podríamos padecer<sup>30</sup>, las buenas prácticas arbitrales parecen haberlo mitigado en gran medida. Estudios empíricos recientes demostrarían que (al menos en arbitraje internacional), los árbitros no suelen ser salomónicos. Por ejemplo, KEER y NAIMARK analizaron ciento once laudos emitidos entre los años 1995 y 2000 bajo las reglas de la *American Arbitration Association*. El estudio demuestra que en el 66% de los casos los árbitros otorgaron todo o nada de la indemnización reclamada, y solo en el 34% restante se otorgaron cuantías que fluctuaron entre el 10% y el 90% de los montos reclamados. En consecuencia, estos autores concluyeron que “al parecer, existe poco soporte fáctico sobre la idea de que los árbitros parten irrazonablemente los montos de los laudos”<sup>31</sup>.

28. Queen Mary University of London, School of International Arbitration (SIA) y White & Case, “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”, p. 38, <<https://goo.gl/i3qZqo>>. Nótese, sin embargo, que el estudio revela que solo en el 17% de los casos los árbitros dictan laudos salomónicos.
29. A. JAN VAN DEN BERG, *Decisiones salomónicas: Realidades, mitos y ética (Ponencia de 5/12/2013)*, Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, diciembre de 2013, <<https://goo.gl/zAiTpW>>.
30. Existe una serie de estudios sobre este tema. Véase por ejemplo, A. CHERNEV, “Extremeness Aversion and Attribute-Balance Effects in Choice”, *Journal of Consumer Research*, 2004, <<https://goo.gl/dQtZCP>>; y, I. SIMONSON y A. TVERSKY, N. 18.
31. Traducción libre. S. KEER y R. NAIMARK, “Arbitrators Do Not ‘Split the Baby’—Empirical Evidence from International Business Arbitrations”, *Journal of International Arbitration*, 2001, pp. 577–578.

A una conclusión similar arribó MENTSCHIKOFF, quien verificó que en el 50% de un grupo de laudos analizados los árbitros concedieron todo o nada de la indemnización demandada<sup>32</sup>.

Para LUCY REED, la razón para que los árbitros no emitan laudos salomónicos es su disciplina en la aplicación de la ley y en la motivación de los laudos<sup>33</sup>. En la siguiente sección de este trabajo propondremos mecanismos para sistematizar tal disciplina.

#### 4. ¿CÓMO MEJORAR LAS DECISIONES ARBITRALES?

Estar conscientes de nuestros sesgos, prejuicios y defectos es un buen primer paso. Sin embargo, nuestra consciencia no es suficiente para evitarlos. Estudios psicológicos demuestran, de hecho, que las personas suelen creer que su pensamiento no se encuentra afectado por tales vicios (aunque estén conscientes de su existencia), generándose un nuevo vicio denominado el “punto ciego del sesgo” o “*bias blind spot*”<sup>34</sup>.

Las personas que se encuentran embestidas de la delicada tarea de administrar justicia (o resolver controversias) tienen el deber de hacer sus mejores esfuerzos por proferir fallos justos, apegados a derecho y a los hechos del caso. Si bien la psicología experimental y neurociencia aún no se encuentran en un estado de desarrollo tal que permita conocer con certeza cómo neutralizar nuestros sesgos, existen varias técnicas que podrían servir de conjuros. A continuación resumimos algunas de ellas<sup>35</sup>.

32. S. MENTSCHIKOFF, “Commercial Arbitration”, *Columbia Law Review* 846, No. 61, 1961, «<https://goo.gl/iv1RJZ>».

33. L. REED, N. 25, p. 9.

34. Sobre este tema véase, por ejemplo, a E. PRONIN, D. LINN y L. ROSS, “The Bias Blind Spot: Perceptions of Bias in Self Versus Others”, *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol. 28 (3), 2002, p. 369.

35. Para realizar este listado de técnicas se ha tomado en consideración los consejos de los autores citados en este artículo. Otros son de autoría propia.

## 4.1 Controlar el tiempo

Una de las maneras más efectivas de combatir nuestros sesgos y, por lo tanto, la probabilidad de fallos equívocos o injustos, es inducir la activación del Sistema 2. Para ello, es indispensable que el árbitro tenga suficiente tiempo para pensar. Si el Sistema 2 del árbitro se encuentra permanentemente sobrecargado, distraído, con poco tiempo, la probabilidad de que el Sistema 1 defina la controversia se incrementa.

Si lo que propone la psicología experimental y la neurociencia contemporáneas sobre el tiempo que necesitan los juzgadores para fallar adecuadamente llegare a comprobarse, el esquema de juzgamiento concebido por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) sería preocupante. En general, el COGEP privilegiaría la rapidez de la decisión por sobre el análisis, pues manda que los jueces resuelvan la controversia en la misma audiencia de juicio<sup>36</sup>. Ya tomada la decisión, el juez la redacta posteriormente<sup>37</sup>. Esta metodología parecería ajustarse a la escuela realista a la que nos referimos anteriormente (solo que sin el trasfondo filosófico que la sustenta)<sup>38</sup>, bajo la cual los jueces fallarían con base a sus acorazonadas (porque no tendrían tiempo para emprender un ciclo analítico completo, por más experimentados que los jueces sean), siendo la fase de redacción de la sentencia una mera formalidad destinada a dar forma a sus decisiones intuitivas. Afortunadamente, el sistema intuitivo que propone el COGEP no debería afectar al arbitraje, pues el proceso de juzgamiento arbitral se encuentra delineado por la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) y no por el COGEP, al menos en lo que a alegaciones y tiempos de resolución se refiere<sup>39</sup>.

36. Por ejemplo, el Art. 79 del COGEP dispone: “se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión”.

37. Por ejemplo, el Art. 93 del COGEP señala: “Pronunciamiento judicial oral. Al finalizar la audiencia la o el juzgador pronunciará su decisión en forma oral. Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral. Al ordenar la suspensión determinará el día y la hora de reinstalación de la audiencia. La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días”.

38. No existen evidencias de que el legislador haya privilegiado la velocidad de las decisiones por razones filosóficas o de ciencia jurídica. Tampoco existen evidencias de que el legislador haya evaluado la eventual afectación que este sistema podría tener en la calidad de la administración de justicia.

39. Según el Art. 37 de la LAM, el COGEP es aplicable al arbitraje únicamente (i) de manera supletoria y (ii) siempre que el proceso sea en derecho. Aplicando concurrentemente el Art. 38 de la LAM, entonces,

A continuación proponemos algunas técnicas para que los árbitros controlen el tiempo y propicien un proceso analítico:

- No permitir que el tiempo que el tribunal tiene para fallar sea consumido por las partes. Esto implica, entre otras cosas, controlar incidentes y el exceso de litigiosidad, evitar pruebas y audiencias inoficiosas, solicitar a las partes que sus argumentaciones no sean demasiado extensas, coordinar tempranamente con los coárbitros sus agendas y obligar a que los peritos realicen prontamente sus informes. Idealmente, las pruebas y audiencias finales (ej. audiencia en estrados) deberían terminar varios meses antes de que el tribunal emita su laudo.
- El tribunal podría preparar un calendario completo del caso, hasta su conclusión, en el cual se defina el tiempo que necesitará para analizar los argumentos y las pruebas de las partes, redactar el laudo, consultarlo y revisarlo. A este efecto, el tribunal debería analizar tempranamente la complejidad y extensión del caso.
- Evitar tomar demasiados casos. El número máximo de casos que un árbitro debería tomar es aquel que le permita dedicar suficiente tiempo a todos ellos.
- Buscar lugares donde, fuera del ruido y la vertiginosidad del trabajo, el árbitro pueda concentrarse y redactar su decisión, sin distracciones.
- Dejar “madurar” al laudo; esto es, redactarlo y separarse de él por un período de tiempo, para luego volverlo a revisar con mente fresca.

## 4.2 Razonar con el Sistema 2

Como hemos comentado insistentemente, los sesgos más recurrentes del juzgador se presentarían en la fase cognitiva del juz-

---

el COGEP sería aplicable *supletoriamente* sólo si, en un arbitraje en derecho, (i) la LAM, (ii) los reglamentos de los Centros; y (iii) las reglas pactadas entre las partes, no regulan una situación procesal específica. La audiencia de sustanciación, los alegatos en estrados, el término para proferir el laudo, entre otras normas procesales que protegen al ciclo cognitivo del tribunal, se encuentran regulados por la LAM, lo que hace innecesario (e improcedente) acudir a una norma supletoria.



gamiento. A continuación enumeramos algunas propuestas para combatir los sesgos del razonamiento apoyándonos en el Sistema 2:

- Identificar tempranamente los puntos sensibles del fallo y los posibles errores que se podrían cometer.
- Identificar las distintas interpretaciones que se podría dar al caso, de manera que no se subestime otras explicaciones a los hechos, y se verifique si no existe una aplicación distinta o más apropiada de la ley.
- Al momento de redactar el laudo, el árbitro podría ponerse en la posición de las dos partes, asumiendo hipotéticamente que a ambas partes les asistiría la razón, de manera que se verifique la solidez de ambas teorías del caso y no solo de la parte a favor de la cual fallará.
- Identificar las pruebas que no son confiables y que podrían llevar al árbitro a un fallo erróneo.
- Consultar y repasar con los coárbitros (si el tribunal es colegiado) todos los aspectos de hecho y derecho del caso, evitando que el caso sea manejado solo por una persona.
- Hacer un listado de los hechos que benefician a cada una de las partes, a fin de no pasarlos desapercibidos.
- Hacer un listado de las pretensiones y excepciones de cada parte, verificando que todas hayan sido abordadas con la misma profundidad.
- Evitar confiar solamente en la memoria; referirse a las fuentes y pruebas originarias de ambas partes, de manera que se evite la malinterpretación de los hechos.
- Para lo anterior, se sugiere elaborar anexos con todas las pruebas del proceso, de manera que no se pase a ninguna por alto.
- Pensar qué prueba podría haber definido el caso en sentido contrario y asegurarse de que tal prueba no exista.
- Pensar qué argumentos de hecho o derecho no estuvieron presentes para fallar a favor de la otra parte.
- Pensar qué argumentos utilizarían las partes para intentar anular el laudo, a fin de evitar errores de debido proceso.

- Identificar si existen situaciones o razonamientos en los que los sesgos de anclaje, retrospectiva, ego y aversión a los extremos, entre otros, podrían estar presentes. Por ejemplo, si se debe valorar la posibilidad de predecir un hecho, se debe tener presente el sesgo de retrospectiva y combatirlo activamente. Si se deben definir montos indemnizatorios, se sugiere evitar conscientemente las anclas y la aversión a los extremos (especialmente las cuantías propuestas por las partes) y realizar una valoración propia. Ante los sesgos de ego, confiar más en los coárbitros y menos en el buen juicio personal es un buen comienzo, manteniendo la mente siempre abierta para no prejuzgar la controversia.

### 4.3 Redactar el laudo minuciosamente

Obligarse a motivar suficientemente la decisión, no solo para cumplir los estándares legales, sino para que el tribunal y las partes comprendan adecuadamente el razonamiento que subyace al fallo, permite que el Sistema 2 entre en funcionamiento. La redacción motivada del laudo propicia un proceso cuidadoso, lógico y deductivo. Existen algunas técnicas:

- Elaborar tempranamente un bosquejo del laudo en el que se incluyan todas las cuestiones jurídicas relevantes. Esto obligará al tribunal a analizar todos los puntos por igual, evitando saltar a los que más le gusten, le llamen más la atención o conozca más. Esto también ayudará a evitar laudos con incongruencias procesales (e.i. *infra* o *extra petita*).
- Tomar nota permanentemente de las ideas que vienen a la mente al árbitro, especialmente en las audiencias y diligencias probatorias. La lluvia de ideas constante es parte vital del ciclo cognitivo. Esto permitirá que el proceso de redacción sea continuo, evitando empezar a escribir la decisión recién cuando el caso está por concluir.
- Los laudos deberían tener una sección detallada y cronológica de los hechos, a los cuales se les aplicará el Derecho. Los hechos deberían encontrarse sustentados en las pruebas pro-

ducidas en el proceso y no solo en las argumentaciones de las partes. Los hechos no probados no deberían ser considerados.

- Escribir con claridad, evitando el lenguaje difícil. Cualquier persona debería ser capaz de comprender la motivación del laudo. Esforzarnos por escribir de manera simple activa el Sistema 2, pues plasmar un razonamiento jurídico complejo en palabras sencillas requiere método, concentración y capacidad de síntesis.

## 5. CONCLUSIONES

Este artículo propone un debate sobre la potencial aplicación de los recientes estudios psicológicos y neurocientíficos a la práctica del arbitraje en Ecuador. Los indicios de que los árbitros no siempre aplican el derecho de manera mecánica, fría y lógica, sumados a las señales de que el pensamiento del árbitro puede verse aquejado por varios sesgos, nos invita a reflexionar sobre las técnicas que se podrían adoptar para mejorar las decisiones arbitrales.

Si bien la administración de justicia pública y la resolución de conflictos privada nunca serán sistemas perfectos, la trascendencia del rol del juzgador para la sociedad compele a conocer mejor cómo funciona nuestra mente, a fin de precautelar la calidad de la justicia.

En suma, este artículo propone que la mayoría de sesgos cognitivos de los árbitros podrían verse relativamente conjurados activando el Sistema 2, para lo cual los árbitros necesitan gozar de suficiente tiempo para inducir un ciclo analítico apropiado.

Se espera que un día las personas empiecen a preferir al arbitraje por sobre la justicia ordinaria, no solo por sus ventajas conocidas del primero (neutralidad, rapidez, especialidad, inapelabilidad de laudos, etc.), sino porque se aspiraría a que los

árbitros dediquen más tiempo que un juez a pensar y resolver sus casos.

# Asesoría en resolución de disputas



Estándares internacionales  
de calidad y ética

---

**ANDRADEVÉLOZ**  
A B O G A D O S

Av. República 396 y Diego de Almagro. Edificio FORUM 300, Of. 504. Quito, Ecuador.

Tel: (+593 2) 250 8039 | 250 8040 | 254 8477

firm@andradeveloz.com | [www.andradeveloz.com](http://www.andradeveloz.com)



# La contaminación de la confianza. Los árbitros tóxicos y la deliberación arbitral en Latinoamérica

José María de la Jara Plaza\*

Julio Olórtegui Huamán\*\*

*Recibido/Received: 31/01/2017*

*Aceptado/Accepted: 03/02/2017*

**SUMARIO:** 1. El arbitraje y la paradoja de la confianza. 2. Reglas de juego de la deliberación. 3. Deliberación y árbitros tóxicos. 3.1 El Árbitro Salomónico. 3.2 El Árbitro Procesalosaurio. 3.3 El Árbitro Justiciero. 3.4 El Árbitro Fantasma. 3.5 El Árbitro Delivery. 3.6 El Árbitro Blandengue. 3.7 El Árbitro Egocéntrico. 3.8 El Árbitro Informante. 3.9 El Árbitro Kamikaze. 3.10 Los Árbitros Gangsters. 4. Siete consejos para promover una deliberación sana. 5. Palabras finales.

**PALABRAS CLAVES:** Deliberación, Pacto de las artes, Imparcialidad, Independencia, Sesgos Cognitivos, Psicología, Arbitraje Internacional.

**KEYWORDS:** Deliberation, pact of arts, impartiality, independence, cognitive distortions, psychology, international arbitration.

\* Asociado de Bullard Falla Ezcurra +. Profesor de Análisis Psicológico del Derecho en la Universidad del Pacífico. Director Ejecutivo y Director de la Comisión de Persuasión y Sistemas de Justicia de PsychoLAWgy.

\*\* Asociado de Bullard Falla Ezcurra +. Investigador de *Lex Arbitri*. Analista de la Comisión de Psicología del Consumidor de PsychoLAWgy.

Los autores desean agradecer a Francisco González de Cossío por sus amables y agudos comentarios. El presente artículo pretende continuar su esfuerzo por describir a quienes llama “árbitros pícaros”. F. González de Cossío, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 2004. p. 556.

J.M. DE LA JARA PLAZA y J. OLÓRTEGUI HUAMÁN, “La contaminación de la confianza. Los árbitros tóxicos y la deliberación arbitral en Latinoamérica”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

**RESUMEN:** La deliberación del tribunal arbitral es como la *caja negra* de un avión. Protegida por la confidencialidad, es difícil que las partes conozcan su contenido. Solo los árbitros, tripulantes del proceso, saben realmente cómo se desarrollan las deliberaciones. En los últimos años se han ventilado distintas prácticas que contaminan el arbitraje, especialmente durante la etapa de deliberación. El presente ensayo busca desenmascarar dichas prácticas tóxicas, que infectan la confianza depositada por las partes y la predictibilidad del arbitraje. En esa línea, los autores han construido diez perfiles de árbitros tóxicos en base a su experiencia y a la jurisprudencia internacional, han realizado una encuesta de percepción a ciento cincuenta y ocho practicantes en Latinoamérica y, en base a lo anterior, brindan herramientas concretas para lidiar con cada uno de aquellos durante las deliberaciones.

**ABSTRACT:** the process of deliberation of an arbitral tribunal is similar to a black box of an airplane: it is fully protected of confidentiality, and its content remains private for the ones that are involved in this process: arbitrators; in contrast, parties will never know the development of this process. Lately, several practices pollute the arbitration, especially, the deliberation stage. This article aims to determine toxic practices that affects the confidence placed by the parties and makes arbitration predictable. In this matter, the authors have created ten toxic arbitrator profiles based on their experience and international case law; moreover, a survey has been made to one hundred fifty-eight practitioners in Latin America, which provides the necessary tools to deal with every profile developed during deliberation.

## 1. EL ARBITRAJE Y LA PARADOJA DE LA CONFIANZA

El arbitraje es una criatura del consenso. Como tal, se origina en la voluntad de las partes de separarse de la justicia ordinaria,



moldear el proceso a sus expectativas y escoger quiénes decidirán la disputa.

Las partes depositan su confianza en tomadores de decisiones imparciales e independientes para que decidan de manera colegiada la controversia. Sin embargo, dicha designación puede ser irresponsable y derivar en el nombramiento de un árbitro que no cumple con las cualificaciones, al carecer de tiempo, conocimientos, formación, experiencia o habilidades para administrar un proceso.

Peor aún, en ciertas ocasiones la voluntad de una de las partes también podría estar contaminada, intentando evitar un proceso limpio y célere. En cambio, persigue controlar el resultado a través de un árbitro elegido para asegurárselo.

Los *árbitros tóxicos*<sup>1</sup> contaminan la voluntad de las partes, intoxican las deliberaciones e infectan la validez del laudo. Como comenta BASSLER<sup>2</sup>, incluso se han descubierto casos donde una de las partes pagó los “servicios” de uno de los árbitros contratándole una trabajadora sexual.

Ahora, a simple vista los árbitros tóxicos pueden parecer inofensivos. No son brutos. Como indica BERNARDINI, éstos muestran su verdadera cara durante las deliberaciones para decidir el sentido del laudo<sup>3</sup>. Ahí revelan si son realmente independientes e imparciales o si, más bien, bloquearán la participación de un miembro del tribunal, desaparecerán de las discusiones, *sembrarán* una anulación, o ejecutarán alguna otra práctica venenosa.

1. En este artículo nos referiremos como “árbitros tóxicos” a la categoría general de árbitros que imponen dificultades en la deliberación. En otras palabras, tanto los árbitros patológicos (que no están calificados para cumplir con el encargo) como los árbitros encamisetados (que no son imparciales ni independientes) forman parte de un grupo más grande, conocido como árbitros tóxicos.
2. W. BASSLER, “An Essay on the Challenges to Collegiality”, en E. BERGER y M. SCHENEIDER, *Inside the Black Box. How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*, Association Suisse de l’Arbitrage and Jurist, 2014, p. 112.
3. P. BERNARDINI, “Organisation of deliberations” en E. BERGER y M. SCHENEIDER (Eds.), *Inside the Black Box. How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*, Association Suisse de l’Arbitrage and Jurist, 2014, p. 16.

Aprender a deliberar depende de la experiencia pero esta tarda en llegar. Por ello, este ensayo busca acelerar ese aprendizaje que se adquiere *en la cancha*, compartiendo distintas experiencias en el manejo de las deliberaciones tóxicas. El objetivo es guiar a los actuales y futuros árbitros, de tal modo que cuenten con las herramientas adecuadas para proteger el laudo y la voluntad de las partes.

Entonces, primero explicaremos las reglas de juego de la deliberación; luego, nos centraremos en la descripción de diez perfiles de árbitros tóxicos, su impacto en las deliberaciones y distintas estrategias para combatirlos; y, finalmente, resumiremos siete consejos para organizar un procedimiento de deliberación que privilegie el principio de colegialidad.

## 2. REGLAS DE JUEGO DE LA DELIBERACIÓN

La deliberación constituye un esfuerzo conjunto para *identificar los asuntos relevantes e intercambiar argumentos, ideas y reflexiones* que permitan sopesar las distintas opciones a disposición del tribunal<sup>4</sup>, como decidir si conceder una medida cautelar, obligar a una de las partes a exhibir un documento o resolver la controversia a través del laudo.

A nuestro entender, el procedimiento deliberativo está moldeado a partir del respeto al *principio de colegialidad*. En ese sentido, todas las reglas de la deliberación deben ser interpretadas de tal manera que permitan garantizar la obligación de los árbitros de participar o al menos tener la oportunidad de expresar su opinión para la formación del laudo.

Desde dicha perspectiva, el *objetivo* de la deliberación no debe ser llegar a un consenso<sup>5</sup>. Tal como indican SUNSTEIN y HASTIE, la

4. B. BERGER, "Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations", *ASA Bulletin*, Vol. 31(2), 2013, p. 246.

5. J. DE LA JARA y J. OLÓRTEGUI, *¿Tres cabezas piensan mejor que una? La psicología de la deliberación y el rol del Presidente del Tribunal Arbitral*, «<https://goo.gl/26Z4zU>».

meta es incentivar a los miembros del grupo *compartan la mayor cantidad de información posible*<sup>6</sup>. Ello permite que el mayor costo del arbitraje se traduzca en un análisis más profundo y una decisión más sustentada, lo cual no tendría por qué estar supeditado a una decisión unánime<sup>7</sup>.

Asimismo, el principio de colegialidad determina que la *forma* del procedimiento deliberativo sea *flexible*; ésta debe adaptarse a los árbitros y no al revés. Si bien lo más común es que los árbitros discutan en una reunión presencial, la práctica internacional también acoge deliberaciones por correo electrónico, teléfono o video conferencias. Lo que realmente importan es que, más allá de la forma, cada uno de los árbitros tenga la oportunidad de expresar su opinión.

Vale destacar además que los árbitros deben respetar el *secreto de las deliberaciones*. Éste implica que están impedidos de revelar lo discutido por el tribunal, salvo contadas excepciones<sup>8</sup>. La confidencialidad es un candado para proteger lo discutido por los árbitros y permitir intercambiar opiniones de manera libre, en respeto al principio de colegialidad.

Sin perjuicio de estas reglas, el contenido y resultado de la deliberación finalmente va a depender de quiénes compongan el tribunal arbitral. Como señala WILLIAM FOSTER, la calidad nunca es un accidente; siempre es el resultado de una intención profunda, un esfuerzo sincero, una dirección inteligente y una ejecución hábil. En ese sentido, la ejecución hábil de una intención contaminada, un esfuerzo calculador y una dirección viciada modificarán el contenido y objetivo de la deliberación.

Atendiendo a lo anterior, a continuación profundizaremos en las soluciones específicas para enfrentar a los diez tipos de árbitros tóxicos que hemos identificado.

6. C. SUNSTEIN y R. HASTIE, "Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter", *Harvard Business Review Press*, 2015, p. 4.
7. J. DE LA JARA y J. OLÓRTEGUI, N. 5.
8. J. WAINCYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 1297. Asimismo véase, *Himpurna California Energy Ltd. c. Republic of Indonesia*, 26/11/1999.

### 3. DELIBERACIÓN Y ÁRBITROS TÓXICOS

La deliberación es el momento cumbre del arbitraje. Ahí los árbitros se muestran como verdaderamente son. La gran mayoría son trabajadores, estudian el detalle del expediente, se ofrecen a ahondar en determinado problema jurídico, discuten de manera empática e intentan colaborar para arribar a una decisión adecuada.

Los árbitros tóxicos también se sacan las máscaras y muestran sus verdaderas intenciones durante las deliberaciones. Se ausentan, filtran información a la parte que los designó, dinamitan el proceso creando una causal de anulación de laudo, entre otros.

Por ello, hemos creado diez perfiles de árbitros tóxicos y realizado una encuesta de percepción que ha sido respondida por 158 practicantes del arbitraje en Latinoamérica. Ello nos permite advertir al lector sobre las prácticas que contaminan el procedimiento de deliberación, analizar la jurisprudencia aplicable y, especialmente, discutir distintas estrategias para sobrellevar una deliberación tóxica. Estos diez perfiles están separados de la siguiente manera:

**Tabla 1 - Perfil de Árbitros Tóxicos**

Fuente: Elaboración propia

Perfil	Explicación del perfil	Fuente relevante
<i>Salomónico</i>	En vez de invertir tiempo en el análisis de la controversia, prefiere otorgar a cada parte la mitad de lo que pidió ("partir al bebé por la mitad")	C. DRAHOZAL, "Busting Arbitration Myths", 56(3) <i>U. Kan. Law Review</i> , pp. 673-674. A. WEBER, et. al, "Challenging the "Splitting the Baby" Myth in International Arbitration", <i>Journal of International Arbitration</i> , Vol. 31(6), pp. 719-734.
<i>Procesalosaurio</i>	Extremadamente formalista; solo quiere deliberar cara-a-cara	Austria No. 16 D S.A. c. W GmbH., 26/04/2006. Tribunal Federal Suizo. Sefri c. Komgrap del 23/10/1985.

<p><i>Justiciero</i></p>	<p>Es idealista. Extiende plazos, reabre incidentes y llama a terceros para arribar a llegar a la Verdad (con mayúsculas)</p>	<p>Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos. <i>Totem Marine Tug &amp; Barge, Inc. c. North American Towing, Inc.</i>, 1979, 607 F.2d 649-651. Corte de Apelaciones del Tercer Circuito de los Estados Unidos, <i>PMA Capital Inc. Co. c. Platinum Underwriters Bermuda Ltd.</i>, 400 F. Appx. 2010, p. 654.</p>
<p><i>Fantasma</i></p>	<p>Desaparece de las deliberaciones</p>	<p>Corte de Apelaciones de Beirut, Decisión No. 718/2011, 03/05/11. Caso similar pero en el cual <i>no</i> estamos frente a uno de estos árbitros: Alta Corte Popular de China, Provincia de Fujian, <i>First Investment Corp. c. Fujian Mawei Shipbuilding, Tld. et al.</i>, 12/10/2007 y Suprema Corte Popular, 27/02/2008.</p>
<p><i>Delivery</i></p>	<p>Delega todo el trabajo al secretario</p>	<p>UNCITRAL, <i>Yukos Universal Limited c. The Russian Federation</i>, PCA Case No. AA 227. High Court of England and Wales, Queen's Bench Division, <i>Sonatrach c. Statoil Natural Gas LLC</i>, 2014 EWHC 875.</p>
<p><i>Blandengue</i></p>	<p>No tiene carácter y teme discutir con sus co-árbitros</p>	<p>Corte de Apelaciones de Beirut, Decisión No. 718/2011, 23/05/11.</p>
<p><i>Egocéntrico</i> (<i>Super-litigante, Bully</i>)</p>	<p>Quiere ser el centro de atención</p>	<p>Véase, D. RICHMOND, "Bullies on the Bench". <i>Louisiana Law Review</i>, Vol. 72(2), 2012, pp. 325-327.</p>
<p><i>Informante</i></p>	<p>Filtra información a la parte que lo designó</p>	<p>Croacia c. Eslovenia ("Escándalo Sekolec"). Véase, K. BÖCKSTIEGEL, Chapter 4: The Boxed Eagle and Catches at Hearings and Deliberations. Citado en <i>Stories from the Hearing Room: Experience from Arbitral Practice (Essays in Honour of M. E. SCHNEIDER)</i>. BAIZEAU, DOMITILLE y B. EHLE (Eds.), The Hague: Wolters Kluwer Law &amp; Business, 2015, p. 28.</p>

<i>Kamikaze</i>	Se sacrifica y siembra una "bomba" para que el laudo sea anulado	Republic of Colombia c. Cauca Company.
<i>Gangster</i>	Se unen para disfrazar al laudo de validez; garantizan resultados al cliente que los contrate	Audiencia Provincial de Madrid, Puma AG Rudolf Dassler Sport / Estudio 2000, S.A. (Sección Vigésimosegunda), Caso No. 200/2011, 10/06/2011; David Goller c. Liberty Mutual Insurance Co., 1990, 523, párr. 541 y, Corte Suprema Popular de la República Popular de China, Guangying Garment c. Eurasia, 2008.

A continuación entraremos en una zona contaminada. Vamos a abrir "la caja negra" y entrar al cerebro de los diez tipos de árbitros que más afectan al arbitraje. Es un ambiente tóxico. Lo invitamos a proceder con cautela.

### 3.1 El Árbitro Salomónico

*Seinfeld* es reconocida como una de las mejores series de los 90's. En uno de los capítulos, Elaine Benes, interpretada por Julia Louis-Dreyfus, promete que regalaría la bicicleta que acababa de comprar a quien pudiera aliviar su dolor de cuello. Inmediatamente, el avisado Kramer se dirige hacia ella y con un rápido giro de cuello le alivia el dolor. "Mándame la bicicleta cuando quieras", sentencia Kramer.

Esta situación genera un conflicto entre Kramer y Elaine, quien no estaba dispuesta a entregar su nueva bicicleta por una promesa que supuestamente no era seria. Por ello, ambos amigos deciden someter su disputa a su vecino Newman. Después de escucharlos, el improvisado juez decide cortar la bicicleta a la mitad y que cada uno se quede con una parte.

Elaine acepta la decisión salomónica, mientras que Kramer suplica que la bicicleta se mantenga completa y que prefiere dársela a Elaine antes de verla partida por la mitad. Frente a la actitud de Kramer, y tal como hizo el Rey Salomón, Newman decide darle la bicicleta<sup>9</sup>.

Newman es un claro ejemplo de un *Árbitro Salomónico*, que se caracteriza por “partir al bebé por la mitad” u otorgar la mitad de lo solicitado, en vez de tomar una decisión basada en los hechos y las pruebas presentadas por las partes. Notablemente, la decisión de Newman ignoró la discusión más importante (si la promesa de Elaine era vinculante) para concentrarse en un criterio salomónico (quién valoraba más el bien).

En el mundo real, las decisiones salomónicas son indeseables. Éstas destruyen la confianza de las partes en el arbitraje y dañan su predictibilidad como sistema de resolución de disputas<sup>10</sup>. Recordemos que “[p]artir al bebe por la mitad simplemente acaba matándolo”<sup>11</sup>.

En un reciente arbitraje nos enteramos que dos árbitros habían decidido otorgar el 30% del monto reclamado por la parte reconviente. Posteriormente, y a raíz de un proceso de anulación, la parte demandada se enteró que la indemnización originalmente se iba a otorgar era del 53%, y que el tribunal en mayoría habría rebajado dicho monto con la única finalidad, y sin razón objetiva alguna, de que el árbitro que finalmente emitió un voto disidente firme el laudo. La diferencia entre uno y otro monto era superior a los 10 millones de dólares.

Entonces, ¿con qué herramientas cuentan los árbitros para lidiar con un *Árbitro Salomónico* durante las deliberaciones? Veamos:

9. Esta anécdota es sacada de: C. DRAHOZAL, “Privatizing Civil Justice: Commercial Arbitration and the Civil Justice System”, *Journal of Law and Public Policy*, 1999-2000, pp. 578-579.
10. En el Perú, los árbitros parte bebes encuentran una “licencia para matar” a través de una mala interpretación del Art. 1332 del Código Civil Peruano, el cual los faculta a decidir en equidad en aquellos casos donde no se pueda determinar el monto del resarcimiento del daño causado a una parte.
11. J. DE LA JARA y R. VEGA, “‘Splitting the baby kills the baby’ Tres propuestas para erradicar el mito de los laudos salomónicos”, *Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje de Inversiones*, Vol. 14, 2016.

- El presidente suele ser percibido como el mayor propulsor de laudos salomónicos para negociar una posición dentro del tribunal<sup>12</sup>. Lo anterior es reflejo de un desconocimiento del rol del presidente, que al intentar no decepcionar a *nadie* termina decepcionando a *todos*<sup>13</sup>. Por ello, es necesario *empoderar al presidente*, que según la Ley de Arbitraje el presidente cuenta con voto dirimente y capacidad de decidir por sí solos. Interiorizar dicho papel ayuda a evitar decisiones salomónicas con el único fin de negociar una mayoría al interior del tribunal.
- Para evitar saltos lógicos y decisiones emocionales, es aconsejable proponer y ponerse de acuerdo en seguir un árbol de decisiones o *decision tree*. En esta herramienta se listan todos los puntos controvertidos, incluyendo las distintas potenciales decisiones y las discusiones a las que éstas llevarían<sup>14</sup>.
- Finalmente, es esencial que cada opinión de los árbitros esté sustentada en *pruebas*. Una manera respetuosa de lograr ese consenso es acordar que los árbitros deberán acudir a la siguiente reunión de deliberación habiendo redactado una breve respuesta al *decision tree*, con el requisito esencial de que aquella esté sustentada en los medios probatorios. Ello permitirá discutir el valor de dichas pruebas y así acercarse a una decisión mejor sustentada.

### 3.2 El Árbitro Procesalosaurio

Los procesalosaurios rondan por las escaleras del Poder Judicial. 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 abundante salsa de formalismo<sup>15</sup>. Esta especie jurásica está caracterizada por sufrir

12. Ibidem. En una encuesta realizada a 103 practicantes del arbitraje en Latinoamérica, el 75.4% de los participantes indicó que el presidente del tribunal es el principal propulsor de laudos salomónicos.
13. U. DRAETTA, *Behind the scenes in International Arbitration*, Juris Publishing Inc., 2011, p. 93.
14. B. MEYER, "Structuring a bargaining process", en E. BERGER y M. SCHENEIDER, *Inside the Black Box. How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*, Association Suisse de l'Arbitrage and Jurist, 2014, pp. 59-63.
15. Que quede claro: no son abogados procesalistas. Se hacen pasar como tales pero en realidad son litigantes, ex jueces u "operativos" estancados a la mitad de la cadena evolutiva y sin capacidad de adap-



una severa miopía y un drástico astigmatismo. La primera les impide notar las diferencias entre el formalismo del proceso ordinario y la flexibilidad del arbitraje; mientras que, el segundo, evita analizar el detalle de los documentos y acceder al *corazón* de la controversia. Estas características presentan problemas al momento de deliberar<sup>16</sup>.

Por ejemplo, la visión formal del árbitro lo puede inclinar a deliberar únicamente si es cara-a-cara. Si bien ello es ideal, no es siempre posible ni mucho menos mandatorio<sup>17</sup>. Como ha señalado la jurisprudencia “*tribunals can also deliberate exclusively by correspondece or (video-) conference calls, provided that this is also admissible under the law of the place of the arbitration*”<sup>18</sup>.

La respuesta de las cortes es reflejo de la globalización y el éxito del arbitraje. Hoy en día, los tribunales son compuestos por árbitros de distintas nacionalidades y sus agendas están cada vez más copadas. A veces es ineficiente o imposible que los árbitros se reúnan presencialmente. Por ello se deben valer de los avances tecnológicos (e-mail, Skype, videoconferencia, etc) para ejercer su labor y deliberar<sup>19</sup>.

Los árbitros procesalosaurios están acostumbrados a la dinámica judicial de deliberación. Esta consiste en la sustentación de uno de los juzgadores de un dictamen escrito, para opinión de los demás (art. 138 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Peruano).

La sustentación judicial del dictamen nace como una negativa a la deliberación, pues solo uno de los juzgadores se encarga de redactar un borrador de decisión sin haber conversado el sen-

---

tarse a un proceso transparente, rápido y dinámico. J. DE LA JARA, *El ataque de los procesalosaurios*, «<https://goo.gl/eKGyY5>».

16. R. WEISMAN, *To judge or not to judge: retired judges as arbitrator*, «[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor\\_law/2013/02/adr\\_in\\_labor\\_employmentlawcommitteemidwintermeeting/z.athcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor_law/2013/02/adr_in_labor_employmentlawcommitteemidwintermeeting/z.athcheckdam.pdf)» (13/05/2016).

17. Sentencia del Tribunal Federal de Suiza referida al caso *Sefri c. Komgrap*.

18. Austria No. 16 D S.A. c. W GmbH, 26/04/2006.

19. J. LEW, en E. BERGER y M. SCHNEIDER, *Inside the Black Box. How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*, Association Suisse de l'Arbitrage and Jurist, 2014, p. 19.

tido con los demás. En el arbitraje, dicha práctica es dañina, incluso si es ejecutada por el presidente del tribunal.

- Por ello, aconsejamos tomar en cuenta las siguientes medidas en caso un *Árbitro Procesalosaurio* forme parte del tribunal:
- Aclarar que el procedimiento de *deliberación es informal*. Si bien es lo ideal, no será necesario reunirse presencialmente. En cambio, los árbitros podrán sostener (video) conferencias, intercambiar correos electrónicos o cualquier otro medio de comunicación confiable. De ser posible, este acuerdo deberá ser registrado en un documento firmado por todos los árbitros.
- Fijar como objetivo un *intercambio de información profuso* para arribar a una decisión adecuada. Para ello resulta necesario que *cada uno* de los árbitros estudie y contraste los documentos, proponga qué camino se debe tomar, y luego, especialmente, se discutan los distintos puntos de vista.

### 3.3 El Árbitro Justiciero

El *Árbitro Justiciero* ve al proceso como una damisela en peligro. Protegido por una armadura de superioridad moral, este paladín de la justicia cree saber mejor que las partes qué es lo que les conviene. Sin embargo, en su búsqueda por un ideal de justicia arremete contra la eficiencia del arbitraje y contra la voluntad de las partes.

En su afán por hacer justicia, este árbitro es particularmente propenso a la producción y presentación de medios probatorios y enemigo de los plazos de preclusión. Cegado por su objetivo, no duda en incluir argumentos, discusiones y pretensiones que no han sido planteadas por las partes, siempre y cuándo para él sean necesarias para arribar a la Verdad (con mayúscula)<sup>20</sup>.

20. F. SPALDING, "Choosing the arbitration panel" en B. ROTH, R. WULFF y C. COOPER (Eds.), *The ADR Practice Guide*, Lawyers Cooperative Publishing, 1993-1995.

Si bien el *Árbitro Justiciero* tiene buenas intenciones, no se da cuenta que su intento de ayudar a las partes puede, más bien, terminar perjudicándolas. Por ejemplo, la búsqueda incesante de la verdad puede vulnerar el derecho de defensa de las partes si se introduce un argumento nuevo en el laudo sin la correspondiente oportunidad de contrastarlo y presentar evidencia al respecto; se vulnera el derecho a obtener una decisión en un plazo razonable si se niega a cerrar instrucción para que las partes presenten más pruebas o para descubrir lo que *realmente* sucedió; se vulnera la confidencialidad del arbitraje y de las deliberaciones si se consulta con un tercero; se vulnera la voluntad de las partes si se incluye un asunto expresamente excluido del convenio arbitral, entre otros.

Al respecto, conviene tomar en cuenta el laudo del caso *Totem Marine Tug & Barge v. North American Towing*. En éste, el tribunal alegó que los demandantes “erróneamente pidieron solo los gastos como daños”<sup>21</sup>, por lo que reformularon el pedido del demandante otorgando un total de US\$ 157,887.63 en vez de los US\$ 74,713.63 reclamados. Frente a ello, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos anuló el laudo por otorgar una indemnización que duplicaba el monto solicitado por la demandante e incorporar conceptos que no habían sido reclamados<sup>22</sup>.

A nuestro entender, los *Árbitros Justicieros* deben recordar que “el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones”. En ese sentido, sugerimos enfatizar lo siguiente para evitar que sus buenas intenciones lleven a las partes a un infierno de demoras.

- Recordar que la *actuación de los árbitros nace y está limitada por la voluntad de las partes*. Por más que su sentido de justicia les

21. “North American erroneously asked only for its returns expenses (plus some miscellaneous accounting items) in damages. The proper measure of North American’s damages was the balance of charter hire due under the charter less the earnings of the vessel during that period”.

22. Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos, *Totem Marine Tug & Barge, Inc. c. North American Towing, Inc.*, 607 F. 2d 649,651 (5<sup>th</sup> Cir. 1979). Véase, *PMA Capital Inc. Co. c. Platinum Underwriters Bermuda Ltd.*, 400 F. Appx. 654 (3d Cir. 2010).

diga que algo no está bien, como tomadores de decisiones no pueden ir más allá de lo que las partes han presentado.

- *Evitar que el Árbitro Justiciero decida por sí solo* cuestiones que cree podrían beneficiar a las partes. En nuestra opinión, el tribunal arbitral está facultado a consultar con las partes si tiene alguna duda, incluso sobre un punto no presentado por ellas. Lo importante es “abrir la caja negra” de la deliberación con la suficiente anticipación para que ambas partes tengan la oportunidad de pronunciarse y presentar la evidencia que consideren necesaria.
- Enfatizar que las partes han elegido acudir a un tribunal arbitral para evitar las demoras de la justicia ordinaria. Por ello, el cumplimiento del encargo del tribunal comprende la *resolución celeré* de la controversia. En ese sentido, consideramos un acierto la nueva política implementada por la Cámara de Comercio Internacional – CCI, según la cual se penalizan demoras injustificadas en la emisión de laudos<sup>23</sup>.

### 3.4 El Árbitro Fantasma

Usted es parte de un tribunal que ha acordado reunirse para deliberar el sentido del laudo. Algunos días antes de la reunión, su co-árbitro (el señor Cancelo) llama al presidente y le informa que no podrá asistir y que se postergue la reunión. El pedido es aceptado por el presidente.

El día de la nueva reunión, el señor Cancelo vuelve a comunicarse con el presidente para solicitar, por segunda vez, una postergación de la deliberación. El presidente vuelve a acceder

Llegada la tercera fecha para la reunión, el tribunal se encuentra para deliberar pero el tiempo queda corto, teniendo que pactar una nueva reprogramación. Sorprendentemente, el señor Cancelo simplemente no asiste a la cuarta reunión.

23. Corte de Apelaciones de Beirut, Decisión No. 718/2011, 23/05/11, *International Journal of Arab Arbitration*, Vol. 4(2), 2012, pp. 75-77.

Esta vez la deliberación se posterga por tres semanas para facilitar la coordinación de agendas y así, ojalá, incrementar la posibilidad de asistencia del señor Cancelo. Sin embargo, dos días antes de la nueva fecha, el señor Cancelo vuelve a pedir la reprogramación de la reunión. Lo mismo sucede en una quinta reunión.

Los hechos narrados forman parte de un caso real<sup>24</sup> que ejemplifica el daño que puede generar un árbitro ocupado o *árbitro fantasma*. Éste se caracteriza por retrasar y entorpecer con sus desapariciones (excusas, falta de tiempo o falta de participación) el proceso deliberativo, poniendo en peligro la emisión del laudo dentro del plazo establecido por las partes. Su presencia no es la regla. En cambio, su aparición en una reunión se asemeja más a una actividad paranormal.

El árbitro fantasma coloca a sus co-árbitros en una encrucijada: respetar el pacto de las partes de comportarse como un tribunal colegiado y esperar hasta que aparezca para discutir el sentido del laudo o, por otro lado, tomar una decisión en su ausencia.

A nuestro entender, en esta situación los demás árbitros tendrán la potestad de aplicar el *mecanismo de asimilación* desarrollado doctrinal<sup>25</sup> y jurisprudencialmente<sup>26</sup>. Dicha herramienta permite emitir un laudo válido sin la participación del árbitro fantasma, siempre que éste haya tenido las mismas oportunidades que los demás miembros del tribunal para presentar su punto de vista.

No obstante, vale recordar que el mecanismo de asimilación es una excepción al principio de colegialidad que rige la deliberación; debe ser aplicado de forma restrictiva y bajo parámetros

24. *Ibidem*.

25. B. BERGER, "Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations", *ASA Bulletin*, Vol. 31(2), 2013, pp. 251-252. En el mismo sentido, J. POUURET y S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell Ltd., 2007, p. 656.

26. Corte Civil Suiza, Caso 4P.226/2001 del 1 de febrero del 2002. En el mismo sentido, Tribunal Federal Suizo, Caso 4p\_115/2003, 16/10/2003.

de razonabilidad. Por ello, los demás árbitros deberán evaluar primero si existe alguna situación que justifique la falta de participación del árbitro<sup>27</sup>.

En definitiva, nuestras recomendaciones para lidiar con el árbitro fantasma son las siguientes:

- Ante todo, *cada árbitro debe tener las mismas oportunidades para expresar sus puntos de vista* en la deliberación. Ello implica que **(i)** haya sido invitado a todas las reuniones, **(ii)** haya tenido un plazo razonable para asistir a cada una de ellas, **(iii)** haya recibido copia de todas las versiones del laudo, incluyendo la final, **(iv)** haya tenido un plazo razonable para presentar sus comentarios respecto de cada una de dichas versiones.
- En caso considere pertinente utilizar el *mecanismo de asimilación*, asegúrese que el árbitro fantasma no cuenta con una justificación válida para su falta de participación. Por ejemplo, en el caso *FIC*, el árbitro Wang Shengchang fue encarcelado. Ello, sin duda, constituye una excusa válida de su ausencia que impediría aplicar el mecanismo de asimilación<sup>28</sup>.
- *Guarde una copia de todas las comunicaciones* intercambiadas con el árbitro fantasma. Dependiendo de la intención del árbitro, éstas podrán ser útiles en un eventual proceso de anulación para demostrar que tuvo plena oportunidad de hacer valer su opinión pero decidió no hacerlo<sup>29</sup>.

### 3.5 El Árbitro Delivery

Imagine que el presidente del tribunal sugiere encargar al secretario arbitral la resolución y redacción de dos de las cinco pretensiones planteadas por la parte demandante. Esto es una propuesta típica de un árbitro que por falta de tiempo, irrespon-

27. S. BROCKER y K. LÖF, "Chapter 8 The Proceedings" en F. MAGNUSSON (Ed.), *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p. 227.

28. Alta Corte Popular de China, Provincia de Fujian, *First Investment Corp. c. Fujian Mawei Shipbuilding, Tld. et al*, 12/10/2007 y Suprema Corte Popular, 27/02/2008. Citado en VAN DEN BERG y A. JAN (Eds.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXV, 2010, pp. 349-352.

29. J. WAINCYMER, N. 8, p. 1294.

sabilidad o flojera decide involucrar al secretario arbitral. Como un establecimiento de comida rápida, el *Árbitro Delivery* no se dedica suficiente a “preparar” el laudo.

Imaginemos que, aliviado por la disminución de carga de trabajo, usted acepta encargar el caso al secretario arbitral. Finalmente, ¿qué es lo peor que podría pasar? Según la jurisprudencia internacional, mucho.

Recientemente, el laudo del caso *Yukos*<sup>30</sup> fue cuestionado en un proceso de anulación, entre otras razones, porque el secretario arbitral del caso, el profesor MARTÍN VALASEK, habría redactado partes sustanciales del mismo. De hecho, de acuerdo a la Federación Rusa, VALASEK habría dedicado entre un 40% a 70% más de tiempo que los demás árbitros en la redacción del laudo, lo cual constituiría un incumplimiento de éstos de ejecutar el encargo arbitral de forma personal<sup>31</sup>.

Así pues, parece prudente que los *Árbitros Delivery* y sus co-árbitros se pregunten hasta qué punto puede el secretario participar en la deliberación o redacción del laudo arbitral.

Al respecto, el artículo 3 de la Guía de la ICCA establece que una de las funciones del secretario arbitral es la de “[d]rafting appropriate parts of the award”, mientras que las Notas de la ICC<sup>32</sup> indican que bajo ningún supuesto podrá ejercer funciones de toma de decisiones.

A nuestro entender, el secretario arbitral puede redactar directamente las secciones fácticas del laudo que no implican una función de toma de decisiones tales como antecedentes procesales, hechos del caso y posición de las partes<sup>33</sup>. En cambio, solo

30. UNCITRAL, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227. A la fecha de la redacción del presente artículo, el laudo de Yukos ha sido anulado en primera instancia mas no por esta razón.

31. M. ALTENKIRCH y B. SCHMEIL, “The Substantial Involvement of Arbitral Secretaries”, *Global Arbitration News*, <<https://goo.gl/15unKh>>.

32. Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries. International Chamber of Commerce.

33. ICCA, Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries. The ICCA Report No. 1, p. 15.

podrá ayudar a redactar las secciones dedicadas a la decisión sobre el caso si es que el tribunal ha deliberado y ya ha determinado el sentido del punto en discusión.

El razonamiento jurídico y la resolución de la controversia es responsabilidad exclusiva de los miembros del tribunal arbitral; y es que, fue a ellos a quienes las partes escogieron para decidir la disputa. Permitir la participación del secretario arbitral en la deliberación o delegarle la responsabilidad de decidir traiciona la confianza depositada por las partes en el tribunal y podría llevar a que se plantee la anulación del laudo por una “extralimitación manifiesta de sus facultades”<sup>34</sup> o por un “incumplimiento al pacto de las partes”<sup>35</sup>.

Tomando en cuenta lo anterior, sugerimos lo siguiente para quien comparta tribunal con un *Árbitro Delivery*:

- Promover la *actuación directa de los árbitros* desde el Acta de Misión. Por ello, el secretario solo podrá asistir a las deliberaciones para ayudar con el manejo de pruebas y toma de notas; no deberá ofrecer su punto de vista<sup>36</sup>. En cuanto a la redacción del laudo, el secretario deberá limitarse a ayudar en las secciones fácticas, a menos que el tribunal ya haya tomado una decisión respecto a punto específico y requiera un primer borrador. En este último caso, sugerimos que el presidente envíe un memorándum a los demás árbitros en el que resume la posición adoptada por el tribunal y explica que el secretario colaborará en la redacción de determinadas secciones.
- En caso el presidente insista en la participación del secretario arbitral, es aconsejable que las distintas posiciones de los árbitros queden registradas en un documento o en comunicaciones. Dependiendo del caso, podría valer la pena notificar de este asunto al centro arbitral para que oriente al secretario o a las partes para que hagan valer sus derechos.

34. Véase, Art. 52.1.b. de la Convención de Washington.

35. Véase, Art. 34.2.a.iv de la Ley Modelo UNCITRAL.

36. ICCA, N. 33.



### 3.6 El Árbitro Blandengue

El *Árbitro Blandengue* es incapaz de defender su posición durante las deliberaciones o tomar una decisión difícil que implique entrar en conflicto con alguno de sus co-árbitros<sup>37</sup>. Este tipo de árbitro es particularmente peligroso cuando es designado como presidente del tribunal, al no poder generar consensos, tomar una decisión firme ni utilizar su facultad dirimente cuando sus co-árbitros no lleguen a una decisión.

Un ejemplo claro de esta clase de árbitros lo podemos ver en el proceso de la Corte de Beirut narrado en la sección del árbitro fantasma<sup>38</sup>. Como recordaremos, en ese caso el señor Cencelo solicitó la postergación de la deliberación no solo en una o dos, sino en cinco oportunidades.

Así pues, en dicho caso el presidente no supo ordenar el proceso deliberativo y falló en poner mano dura dando como resultado una demora innecesaria en la emisión del laudo y una discusión insuficiente sobre su sentido.

Ahora, ¿qué medidas debemos tomar si nos topamos a un *Árbitro Blandengue* en una deliberación? Veamos

- Si una de las partes ha designado a un *Árbitro Blandengue*, el presidente deberá fomentar una discusión sana en el tribunal, poniendo especial atención a las herramientas de la psicología para incentivar la participación de los distintos miembros del grupo. Para ello, el presidente debe ser un líder inquisitivo y callado, primar el pensamiento crítico y asignar roles. Esto implica que deberá emitir su opinión al final, otorgando así mayor libertad al *Árbitro Blandengue* de expresar su punto de vista de manera libre y sin temor a contradecir a quien puede ver como un superior jerárquico; cambiar las reglas de juego dejando claro que el objetivo de la deliberación no es llegar a

37. F. SPALDING, N. 20.

38. En la sección del “Árbitro Fantasma”. El caso se puede revisar en: Corte de Apelaciones de Beirut, Decisión No. 718/2011, 23/05/2011, *International Journal of Arab Arbitration*, Vol. 4 (2), 2012, pp. 77-85.

un consenso, sino fomentar la mayor cantidad de información relevante y la libertad de expresión de distintos puntos de vista; asignar roles a los árbitros y que todos adopten el rol del abogado del diablo, asegurando así que cada co-árbitro se sienta lo suficientemente confiado para plasmar todas sus ideas y libre para pronunciarse sobre los puntos de vista de los demás<sup>39</sup>.

- En caso el presidente sea un *Árbitro Blandengue*, los co-árbitros serán quienes deban *empoderarlo*. Así, será su deber recordarle que no solo la práctica le atribuye el cargo de *maestro de la orquesta*, al ser quien lidera el proceso deliberativo, la misma Ley de Arbitraje le otorga un rol preponderante en tribunal, teniendo incluso el voto dirimente en caso de empate.
- En caso lo anterior falle, sugerimos *actuar de manera proactiva* para organizar las deliberaciones. Ello implica, por ejemplo, proponer un cronograma de reuniones para deliberar y desarrollar un *decision tree*, los cuales serán sometidos a aprobación de los demás miembros del tribunal.

### 3.7 El Árbitro Egocéntrico

Una vez terminada la audiencia de informe oral, los árbitros se dirigieron a la oficina del presidente del tribunal (el señor Subido) para el inicio de la deliberación. O al menos eso creían. Al llegar tuvieron que esperar 45 minutos a que el presidente terminara con una “llamada urgente”. Cuando el señor Subido por fin llegó, se limitó a pedir una propuesta de laudo a cada uno de sus co-árbitros. “*A partir de eso voy a decidir quién tiene la razón*”, explicó.

La anécdota anterior refleja una personalidad distinta: el *Árbitro Egocéntrico*. Éste se considera superior a los demás, sobreestima sus habilidades y cree ciegamente en su posición<sup>40</sup>. No suele tomar en cuenta que debe discutir la posición con sus colegas. En

39. J. DE LA JARA y J. OLÓRTEGUI, N. 7.

40. M. DRAGO y J. DE LA JARA, “La justicia intuitiva: consecuencias ocultas de la concesión de una medida cautelar”, *Sobre la tutela cautelar*, Themis, 2015, p. 63.

cambio, confía excesivamente en su análisis y en su poder de convencimiento. Éste sufre de un sesgo de egocentrismo que perjudica la deliberación, pues genera distorsiones en el procesamiento de información y barreras de comunicación que complican el intercambio de ideas<sup>41</sup>.

El caso del señor Subido es reflejo de lo anterior. El presidente tenía una visión tan distorsionada del rol que le toca cumplir, que fue capaz de encargar a sus co-árbitros la redacción de sendas opiniones para luego elegir la mejor, como si se tratara de un concurso de belleza y él fuera el juez.

Otra práctica común del *Árbitro Egocéntrico* es presentarse a la primera reunión de deliberación con un borrador de laudo. Como comenta BERNARDINI, ello es una falta de respeto a la posición de los demás árbitros; y es que, si uno dedica tiempo a redactar será difícil que cambie su posición y re-escriba lo ya adelantado<sup>42</sup>. Por si ello fuera poco, podría generar un peligro de conformismo y tendencia a plegarse a lo ya escrito, así como molestias por parte de quien redactó el proyecto por recibir críticas.

Asimismo, al momento de discutir su posición, el *Árbitro Egocéntrico* no suele escuchar a sus co-árbitros ni otorgar valor a una posición contraria a la suya. En cambio, es propenso a incurrir en un sesgo de confirmación; esto es, favorecer información que corresponde con su posición original e ignorar evidencia que apunte en el sentido contrario<sup>43</sup>.

Nótese además que el egocentrismo suele estar asociado a la necesidad de corregir a las partes o a los demás miembros del tribunal. Es así que, dependiendo de la personalidad de cada árbitro, el egocentrismo puede llevarlos a evolucionar (¿o involucionar?) en el *Árbitro Super-litigante* o el *Árbitro Bully*.

41. C. GUTHRIE, J. RACHLINKI y A. WISTRICH, "Inside the Judicial Mind", *Cornell Law Review*, Vol. 87, 2001, p. 815.

42. P. BERNARDINI, N. 5.

43. E. PEER y E. GAMLIEL, "Heuristics and biases in Judicial Decisions", *Court Review*, No. 114, 2013, <<https://goo.gl/3dcHa2>>.

El *Árbitro Superlitigante* es una versión más acentuada del *Árbitro Egocéntrico*. Busca constantemente ser el centro de atención del proceso a través de una participación sumamente activa que reposa en sus dotes como litigante. Así, ve en las audiencias una oportunidad para lucirse. No se salva nadie, todos están a merced de sus preguntas y cuestionamientos<sup>44</sup>.

De otro lado, el *Árbitro Bully* es la versión más agresiva del *Árbitro Egocéntrico*<sup>45</sup>. Ve al arbitraje como una jungla donde reina el más fuerte. Por ello, se siente en la necesidad de comportarse como un depredador y alimentarse de abogados sin experiencia y testigos nerviosos que tengan la insolencia de cometer algún error en su presencia.

En atención a lo anterior, nuestras recomendaciones para lidiar con el *Árbitro Egocéntrico*, el *Árbitro Super-litigante* y el *Árbitro Bully* son las siguientes:

- Debemos lograr que el *Árbitro Egocéntrico* interiorice que el *principio de colegialidad* es la base de la deliberación. Para ello, se aconseja comenzar las discusiones lo antes posible y así tener suficiente tiempo de intercambiar puntos de vista, así como advertir a los árbitros que el tribunal no revisará ningún borrador antes de haber discutido previamente el sentido de la decisión.
- La preocupación principal con el *Árbitro Super-litigante* es que su hiper-actividad vicie el proceso. Por ello, se aconseja promover *reglas claras* antes de la audiencia, tales como tiempo de preguntas del tribunal. Asimismo, el presidente debe ejercer una labor de control indirecto y discreto (enseñándole cómo se hace a través del ejemplo o bien pidiéndole “fuera de cámaras” que deje el protagonismo a las partes).
- El objetivo principal en la deliberación con el *Árbitro Bully* es *evitar que se sienta atacado*. Para ello, en primer lugar, es vital

44. El problema con estos árbitros es que sus intervenciones pueden ser excesivas, dejando de lado la naturaleza adversarial del arbitraje y tomando un rol protagónico que, por definición, le corresponde a las partes.

45. Para ver ejemplos de esta clase de árbitros, véase, D. RICHMOND, “Bullies on the Bench”, *Louisiana Law Review*, Vol. 72(2), 2012, pp. 325-327.

no interrumpirlo durante sus desahogos de enojo; de lo contrario volverá a comenzar con el ataque. En segundo lugar, es necesario recordar que la furia está vinculado a un procesamiento de información superficial que suele llevar a argumentos efectistas y sin fondo. Por ello, el árbitro debe conocer el detalle del expediente para poder discutir con el *Árbitro Bully*. Finalmente, la clave está en dirigir la respuesta con empatía (“entiendo tu punto pero creo que esa conclusión puede cambiar si se toma en cuenta el hecho X sustentado en la prueba Y”). En definitiva, el *Árbitro Bully* debe entender que quien está a su costado es otro árbitro y no su enemigo.

### 3.8 El Árbitro Informante

Durante el desarrollo de las audiencias, que duran varias horas y días, el baño se convierte en un espacio inusual de encuentro entre árbitros y litigantes. Hace algunos años, un prestigioso árbitro protagonizó una historia que refleja que éstos no son lugares tan limpios como se creería.

El árbitro en cuestión se encontraba utilizando los servicios higiénicos, dentro de un cubículo metálico. Desde su cómoda posición, escuchó cómo su co-árbitro (el señor Topo) discutía con la parte que lo designó el sentir del tribunal y cuáles serían las mejores preguntas para desacreditar la posición de su contraparte. Naturalmente, el árbitro informó lo que había escuchado al presidente, quien aconsejó esperar a ver si el señor Topo formulaba las preguntas que habían conversado. Finalmente, el señor Topo realizó las *mismas* preguntas que había discutido con el abogado de la parte que lo había designado.

Esta anécdota refleja el típico caso de un *Árbitro Informante*, caracterizado por comunicar a una de las partes el *feeling* de los demás árbitros, dar consejos de cómo mejorar su caso o recibir propuestas de cómo persuadir al tribunal.

Al respecto conviene recordar aún reciente “escándalo Sekolec”. En julio del 2015, salieron a la luz audios que comprometían a Jernej Sekolec, ex secretario de la UNCITRAL y árbitro en una disputa limítrofe entre Croacia y Eslovenia. En éstos existía evidencia de una reunión entre Sekolec y Simona Drenik, representante de Eslovenia, en la que le habría comentado a la funcionaria pública acerca del posible resultado del caso y de sus esfuerzos para persuadir a los demás miembros del tribunal de que favorezcan a Eslovenia<sup>46</sup>.

Como podemos observar, el árbitro informante vulnera el secreto de las deliberaciones, principio básico del sistema de toma de decisiones<sup>47</sup>, y, peor aún, otorga un beneficio indebido a una de las partes, afectando el debido proceso y el trato igualitario, lo que eventualmente podría llevar a una anulación del laudo arbitral.

¿Qué podemos hacer si debemos deliberar con quien sospechamos podría ser un *Árbitro Informante*? Estas son algunas recomendaciones:

- Si antes de que se cierre instrucción toma conocimiento y tiene evidencia de que el tribunal está contaminado con un *Árbitro Informante*, tiene el deber de, primero, *discutirlo con el tribunal*, y segundo, *comunicarlo a las partes*, a fin de que la parte agraviada pueda recusar al árbitro en cuestión, se nombre un árbitro sustituto y se pueda continuar con el arbitraje<sup>48</sup>.
- En caso no se tenga pruebas fehacientes que acrediten la filtración de información, lo recomendable es que esto no se comunique a las partes. En este caso, los árbitros no parciales deberán limitarse a *analizar con mayor cautela* los argumentos que el árbitro informante presenta ante ellos durante las deliberaciones. Mejor aún, el tribunal debería re-

46. A. ROSS, “‘Poisoned waters’: Croatia’s stance on the Sekolec Scandal”, *Global Arbitration Review*, Vol. 10(4).

47. Ad Hoc UNCITRAL, *Himpurna California Energy Ltd. c. Republic of Indonesia*, 26/09/1999.

48. Según la Ley de Arbitraje Peruana no es posible recusar a un árbitro luego del cierre de instrucción. Sin embargo, sí sería posible impulsar su renuncia.

alizar una lista con los asuntos controvertidos o hechos que deberían recibir más atención de las partes y, con el acuerdo de éstas, compartirla. Esto permitiría *eliminar la ventaja irregular* de una de las partes en la recepción de información.

- Las *reuniones de deliberación deben registrarse*. Por ejemplo, se puede elaborar un memorándum que resuma las conclusiones arribadas y los puntos por discutir. Ello facilita la detección y acreditación de una fuga de información dentro del tribunal arbitral.

### 3.9 El Árbitro Kamikaze

La deliberación para la emisión del laudo es la última fase de la tarea del tribunal. Luego de aproximadamente año y medio – en el que ha revisado memoriales de demanda y contestación, escuchado a los abogados de las partes, sus testigos, expertos legales y peritos– el final del proceso está cerca.

Imagine que el tribunal que usted conforma existe una mayoría (el presidente y usted) que ha expresado que las pretensiones de la demandante deben ser declaradas fundadas. Su co-árbitro, designado por la demandada y claramente parcializado, está en desacuerdo. Y enfrentado a la mayoría en el tribunal, decide renunciar con la finalidad de dilatar la emisión del laudo.

Imaginemos otro escenario. Esta vez, su co-árbitro no renuncia, sino que comunica a las partes que no va a firmar el laudo porque existen una serie de “irregularidades”. No precisa a qué se refiere ni adjunta prueba alguna. Su único objetivo ha sido “sembrar” una causal de nulidad en favor de la parte que lo designó.

Estas son algunas de las tácticas de guerra utilizadas por el *Árbitro Kamikaze*, un sujeto que intenta destruir el laudo arbitral inmolándose durante su elaboración o dejando “bombas” para que este sea anulado posteriormente.

Ahora, ¿los árbitros pueden continuar con el arbitraje frente a una renuncia súbita o se debe esperar a la designación de un sustituto? Actualmente no existe consenso y se continúa discutiendo, a nivel doctrinario y de cortes, si se requiere un acuerdo expreso de las partes para continuar con el proceso<sup>49-50</sup>.

En nuestra opinión, no es posible determinar de manera general si se debe esperar o no a la nominación de un árbitro sustituto. En cambio, los árbitros restantes deberán realizar un análisis costo-beneficio de cada caso concreto, tomando en consideración los criterios enumerados al final de esta sección.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la intención de las partes de acudir al arbitraje es una referencia implícita a que desean resolver sus controversias de manera celeré y transparente. Por ello, los árbitros deben prestar especial atención a la demora del proceso y a la posible responsabilidad de la parte que designó al *Árbitro Kamikaze*. En nuestra opinión, dicha clase de designación podría reflejar una voluntad contaminada, siendo deseable que quien realizó la designación asuma las consecuencias de su decisión.

En cualquier caso, el propio BORN<sup>51</sup> reconoce que el artículo 12.2 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA permitiría continuar con el arbitraje sin reemplazar al *Árbitro Kamikaze*. Notablemente, el artículo 33 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima es bastante similar, por lo que los árbitros restantes podrían continuar con la emisión del laudo amparándose en dicha provisión, incluso bajo la posición de quienes exigen un acuerdo expreso.

En cuanto a la “siembra” de artillería para la anulación del laudo, consideramos que ello constituye una excepción al secreto

49. Para ver la posición a favor de continuar con el proceso, véase, A. REDFERN y M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th Ed., Oxford University Press, 2015, p. 4155.

50. Para revisar la posición contraria, véase, J. POUURET y S. BESSON, N. 25, p. 658. Sentencia, 30/04/1991, DTF 117.

51. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd Ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 1958.



de las deliberaciones. El secreto de las deliberaciones está pensado para proteger la independencia del tribunal e impedir que las partes tomen ventaja de la información discutida; los árbitros restantes no pueden ser cómplices del atentado de un árbitro tóxico<sup>52</sup>. Por ello, los árbitros restantes estarán facultados a “abrir la caja negra” de la deliberación y proteger el laudo de la manera que consideren más adecuada, lo cual podría implicar, adjuntar correos electrónicos o memorándums de reuniones que demuestren que el árbitro sí tuvo oportunidad de participar en la deliberación, promover que dicho asunto sea analizado por la autoridad administrativa competente<sup>53</sup> y eventualmente declarar como testigos en el proceso de anulación.

En atención a lo anterior, sugerimos tomar en cuenta estas recomendaciones para deliberar con un *Árbitro Kamikaze*:

- Si un árbitro renuncia súbitamente con el único propósito de perjudicar el proceso, los árbitros restantes deberán realizar un *análisis costo-beneficio* para decidir si deben esperar al nombramiento de un sustituto o seguir con el proceso. Dicho análisis deberá tomar en consideración **(i)** el estado del proceso; **(ii)** su dificultad; **(iii)** el daño generado por el árbitro renunciante; **(iv)** si el pacto de las partes, el reglamento aplicable o la *lex arbitri* contienen una regla que les permite continuar con el proceso y, especialmente; **(v)** buscando que la decisión sea lo más beneficiosa para las partes.
- Si existe la mínima sospecha de que un *Árbitro Kamikaze* forma parte del tribunal, será especialmente relevante promover mecanismos que permitan *registrar las actuaciones del tribunal*, tales como memorándums de reuniones firmados por los árbitros o correos electrónicos enviados por el presidente o el secretario resumiendo cada encuentro. Estos podrían ser útiles en un eventual proceso de anulación.

52. J. WAINCYMER, N. 8, pp. 1298-1299.

53. Consejo Superior de Arbitraje en los casos administrados bajo el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima. Al respecto, véase, Art. 12.c del Estatuto del Centro.

- En nuestra opinión, la “siembra” de una causal de anulación activa la obligación de los árbitros restantes de proteger el laudo. Por ello, consideramos que deben *considerar seriamente romper el secreto de las deliberaciones* y promover mecanismos que mitiguen la acusación del *Árbitro Kamikaze*, tales como adjuntar registros de la deliberación o solicitar una opinión a la entidad administrativa competente.

### 3.10 Los Árbitros Gangsters

“A lawyer with his briefcase can steal more than a hundred men with guns”. Esta frase compartida por el capo de la mafia Vito Corleone describe el perfil de los *Árbitros Gangster*. Veamos un ejemplo.

Llegado el momento de laudar, el presidente del tribunal anunció a los árbitros A y F que él se encargaría de redactar el primer proyecto de laudo. Varias semanas después, el presidente circuló por correo electrónico dos versiones del proyecto, sin otorgar tiempo suficiente ni recibir comentarios entre uno y otro envío. O al menos eso es lo que creía el árbitro F.

En realidad, la verdadera “deliberación” se llevaba a cabo de manera privada entre el presidente y el árbitro A. Estas reuniones se realizaron en repetidas ocasiones, sin convocar ni notificar posteriormente al árbitro F.

El caso anterior refleja la actuación de dos *Árbitros Gangsters*, caracterizados por juntarse para disfrazar al laudo de validez, cuando en realidad es una decisión hecha a la medida de la parte que “contrató sus servicios”.

En el caso anterior, el árbitro F fue excluido de las deliberaciones. Algo peor sucedió en el arbitraje *Puma c. Estudio 2000*<sup>54</sup>, en el que el presidente “R” y el coárbitro “T” aprovecharon que el coár-

54. Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimosegunda), *Puma AG Rudolf Dassler Sport/Estudio*, 2000, Caso No. 200/2011, 10/06/2011.

bitro “I” se encontraba fuera de Madrid para reunirse y modificar lo que se había acordado previamente de manera colegiada<sup>55-56</sup>.

Así, el *modus operandi* de los *Árbitros Gangster* está encaminado a simular una discusión transparente, cuando en realidad solo quieren beneficiar a una de las partes. Los casos revisados coinciden en la exclusión del tercer árbitro y el consecuente incumplimiento del principio de colegialidad, ya sea porque dos árbitros se reunieron de manera privada sin invitar ni notificar sus conclusiones al tercero, porque no le dieron suficiente tiempo para emitir sus comentarios o porque simplemente no le avisaron antes de comunicar la decisión a las partes.

Frente a ello, conviene recordar que la exclusión del árbitro no es subsanada por su facultad de emitir un voto disidente. En realidad, dichos votos no forman parte del laudo arbitral<sup>57</sup>. Más importante aún, y como bien se ha señalado en los casos *Goller*<sup>58</sup> y *FCI*<sup>59</sup>, un laudo sin deliberación simplemente no es un laudo, por lo que no debe ser tomado en cuenta.

Asimismo, consideramos que la actuación de los *Árbitros Gangster* faculta al tercer árbitro a romper el secreto de las deliberaciones para informar a las partes de las irregularidades que se han cometido, ya sea en una comunicación durante el arbitraje o como testigo en un proceso de anulación<sup>60</sup>.

En base a lo indicado, sugerimos tener en cuenta las siguientes medidas en caso tenga la sospecha que está deliberando con *Árbitros Gangster*:

- Promueva un acuerdo entre los árbitros respecto a un *cronograma de reuniones* para la formación del laudo. Esto le dará

55. Si bien luego el presidente envió al coárbitro “I” esta última versión del laudo, ello en realidad fue solo una formalidad: sólo tres minutos después el secretario arbitral envió a las partes el “laudo final”.

56. Véase también, Corte Suprema Popular de la República Popular de China, *Guangying Garment c. Eurasia*, 2008; *David Goller c. Liberty Mutual Insurance Co*, 1990, párr. 541.

57. G. BORN, N. 51, p. 3053.

58. Véase, *David Goller v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 1990, párr. 541.

59. Alta Corte Popular de China, N. 28.

60. J. WAINCYMER, N. 18, pp. 1298-1299.

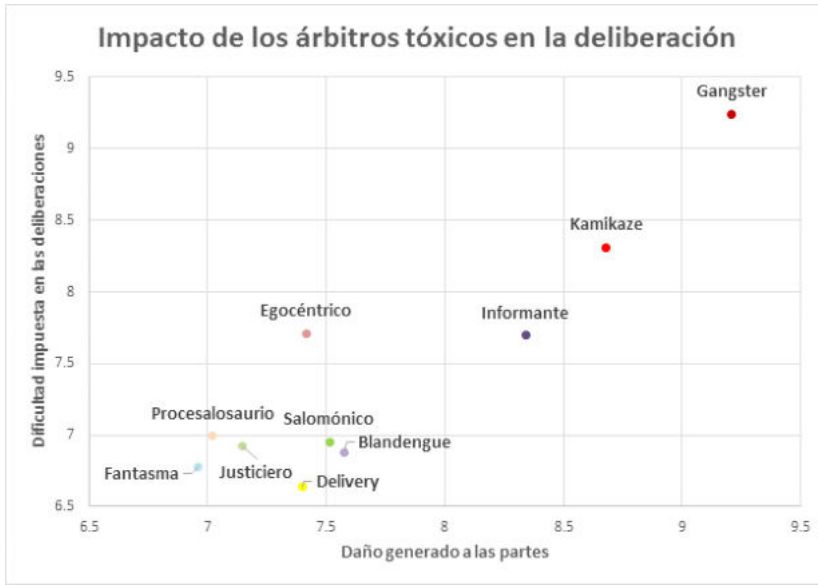
mayor previsibilidad al procedimiento de deliberación, elevará los costos de esfuerzo para excluirlo y le permitirá rastrear los cambios en los proyectos entre una y otra reunión.

- *Genere pruebas* de que está buscando participar en la deliberación del tribunal. Envíe correos electrónicos a sus co-árbitros. Si no son respondidos considere enviar comunicaciones formales, copiando al centro de arbitraje que administra la controversia. Estas pruebas podrían servir en un eventual proceso de anulación para acreditar que usted fue excluido por el tribunal.
- Si está seguro que está siendo excluido de la formación del laudo, *considere romper la confidencialidad* de las deliberaciones. Dependiendo del caso concreto, usted podrá optar por **(i)** enviar una comunicación formal a los co-árbitros denunciando su exclusión; **(ii)** comunicar a las partes y al centro de arbitraje que administra la controversia que se está violando el principio de colegialidad, o **(iii)** concentrarse en generar pruebas de dicha violación en el entendido que los Árbitros Gangster no cambiarán su posición y que podría resultar más conveniente apuntar a la anulación del laudo. En cualquiera de los casos, no deje a las partes a la deriva del proceso de anulación: no tenga miedo en expresar su opinión en un voto disidente, considere detenidamente la posibilidad de adjuntar registros de la falta de deliberación o de los cambios unilaterales perpetrados por los árbitros restantes y preséntese como testigo en el proceso judicial.

#### **4. SIETE CONSEJOS PARA PROMOVER UNA DELIBERACIÓN SANA**

Como comentamos al inicio, en paralelo a este trabajo hemos realizado una encuesta de percepción que ha sido respondida por 158 practicantes del arbitraje, de 17 países de Latinoamérica y con un promedio de experiencia de 10.2 años.

Los resultados muestran que los árbitros *encamisetados* (*Informante*, *Kamikaze* y *Gangster*) generan más daño a las partes y mayor dificultad en la deliberación:



Notablemente, el 77.4% de los encuestados considera que la presencia de un árbitro tóxico puede ser contrarrestada por un buen presidente. Por ello, conviene recordar que *el presidente es el director de la orquesta*<sup>61</sup> y como tal es el encargado de (i) fijar la fecha para iniciar la deliberación; (ii) organizar el procedimiento; (iii) promover la participación de sus co-árbitros y (iv) garantizar que todos los puntos controvertidos sean discutidos<sup>62</sup>.

Para cumplir dichas tareas, y con el objetivo de lograr un intercambio eficiente de información entre los miembros del tribunal, recomendamos promover las siguientes acciones:

- i. *Reserve tiempo para conocer a sus co-árbitros.* La cantidad de información que se comparta en la deliberación depende de la confianza que existe entre los árbitros. Por ello, el presidente

61. Ibidem.

62. J. ALONSO, "Deliberation and drafting awards in international arbitration" en M. FERNANDEZ-BALLES-TEROS y D. ARIAS (Eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010, p. 134.

- debe intentar conocer a sus co-árbitros apenas tenga la oportunidad.
- ii. *Inicie la deliberación cuanto antes.* En la medida de lo posible, la deliberación deberá iniciar –aunque de forma gradual– a partir de la recepción de los escritos de ambas partes. Al respecto, RIVKIN recomienda a los árbitros viajar y encontrarse para la conferencia procedimental y así poder llevar a cabo una discusión preliminar, cuidándose de protegerla con un *disclaimer* (“*me gustaría escuchar más sobre esto en la audiencia porque tal vez podría cambiar mi posición*”; “*según lo que he visto hasta ahora, mi impresión es que ...*”)<sup>63</sup>.
  - iii. *Proponga reunirse un día antes de las audiencias (Reed Retreat).* Es recomendable que los árbitros se reúnan un día antes de las audiencias para discutir sobre el caso y cómo debería proceder aquella<sup>64</sup>. Esto permite focalizar la atención de los árbitros y transparenta las posiciones preliminares que mantienen.
  - iv. *Registre las deliberaciones.* Según nuestra encuesta, los árbitros registran en promedio solo 1.82 de cada 10 deliberaciones. Es más, el 53.8% de los encuestados respondió que no habían registrado ninguna de las deliberaciones. Como hemos visto, el récord es vital para protegerse frente a las prácticas tóxicas. Por ello, sugerimos encargar al secretario que registre las incidencias de las deliberaciones.
  - v. *Reserve tiempo para deliberar durante las pausas y luego de la audiencia.* Durante cada día de audiencia suelen haber aproximadamente cuatro pausas por coffee break y una por almuerzo. Los árbitros deberían utilizar estas pausas para discutir de la evidencia que acaban de presenciar y profundizar en el entendimiento del caso. Más importante aún, los árbitros nunca deberían fijar el vuelo de regreso para el mismo día que terminan las audiencias. En cambio, es preferible que reserven tiempo para deliberar apenas terminen las audiencias, pues en ese momento la evidencia aún está fresca en la memoria.

63. D. RIVKIN, en E. BERGER y M. SCHENEIDER, *Inside the Black Box. How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*, Association Suisse de l'Arbitrage and Jurist, 2014, p. 22.

64. *Ibidem*.

- vi. *Fomento el intercambio de información.* Para ello, el presidente deberá ser un líder inquisitivo y callado, primar el pensamiento crítico y promover la asunción de distintas posiciones. Así, es recomendable que el Presidente promueva la presentación de las ideas de sus co-árbitros antes de presentar su posición, incentive la discusión incluso cuando hay una posición mayoritaria y asuma el rol del *abogado del diablo*<sup>65</sup>. El presidente debe ser quien estructure el proceso de deliberación.
- vii. *No demore en escribir.* Es importante que las ideas se plasmen lo más pronto posible. Por un lado, de esta forma, las ideas que surgieron en la discusión con los demás árbitros no se pierden; por otro lado, así el laudo se termina de redactar con mayor antelación, lo cual permitirá que las partes tengan con mayor celeridad una solución a su controversia. Si se dividió la elaboración del laudo entre todos los árbitros, lo mejor es que el presidente dé un ajuste final de estilo. No es recomendable demorar la emisión de un laudo solo por una corrección de estilo.

## 5. PALABRAS FINALES

Los árbitros tóxicos traicionan la voluntad de las partes con su irresponsabilidad, falta de experiencia y desidia. Por su lado, los árbitros *encamisetados* corrompen el proceso, vendiendo decisiones al mejor postor. Así, los árbitros tóxicos contaminan el sistema arbitral.

Es necesario luchar activamente contra las prácticas tóxicas del arbitraje. Ponerse una máscara de gas y pretender que estamos protegidos es irresponsable. Una posición pasiva permite que el virus se siga expandiendo y genere más adeptos.

Por ello, queremos internalizar que el miedo también corrompe el sistema. No hay que tener miedo de negarnos al pedido

65. J. De la JARA y J. OLÓRTEGUI, N. 7.

de un cliente de designar a un árbitro tóxico; no hay que tener miedo de denunciar una irregularidad; ni hay que tener miedo de generar y adjuntar pruebas de dichas irregularidades para no dejar a las partes a la deriva del proceso de anulación. Exponga en seminarios. Escriba. Discuta. No tenga miedo de alzar la voz y denunciar las prácticas tóxicas. Después de todo, como decía el juez Brandeis, “la luz del sol es el mejor de los desinfectantes”.





CARMIGNIANI PÉREZ  
ABOGADOS

## ENFOCADOS

En conflictos complejos

## PRÁCTICA INTERNACIONAL

Disputas en múltiples jurisdicciones  
bajo diversas reglas arbitrales

## ESPECIALISTAS

En diferentes tipos  
de controversias

ARBITRAJE

### Eduardo Carmigniani

ecarmi@cplaw.ec

Av. 9 de Octubre 100

Edif. La Previsora, oficina 2202 - Guayaquil

+ 593 4 230 0600

### Hugo García Lariva

hgarcia@cplaw.ec

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

Edif. Metropolitano, oficina 1107 - Quito

+ 593 2 395 9590

[www.cplaw.ec](http://www.cplaw.ec)



# Combatiendo la *Due Process Paranoia*. Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad

Andrés Talavera Cano\*<sup>-\*\*</sup>

Recibido/Received: 04/04/2017  
Aceptado/Accepted: 07/04/2017

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La *Due Process Paranoia* hoy. 3. ¿Principal diagnóstico y cómo curarla? 3.1 Primer Paso: Identificar los problemas (Issues). 3.1.1 La parte que hace el pedido y su derecho a presentar su caso y ser oída 3.1.2 El derecho a que la disputa se resuelva de forma oportuna. 3.2 Segundo paso: Reglas aplicables (Rules); 3.2.1 Análisis de adecuación. 3.2.2 Análisis de necesidad. 3.2.3 Análisis de Proporcionalidad en sentido estricto. 3.3 Tercer paso: Aplicar el test (Analysis). 3.4 Cuarto paso: Conclusión del análisis (Conclusión). 4. Reflexiones finales.

**PALABRAS CLAVE:** Due Process Paranoia, Derecho de una parte a presentar su caso y ser oída, Derecho a que la controversia se resuelva de forma oportuna, Arbitraje, Test de proporcionalidad, Discrecionalidad de los árbitros.

**KEYWORDS:** Due Process Paranoia, right to be heard and present ones case, right to get the dispute solve in a timely manner, Arbitration, Proportionality Test.

\* Socio de Bullard, Falla & Ezcurra Abogados, Profesor de Acto Jurídico, Contratos, Responsabilidad Civil, Seminario de Derecho Civil y Destrezas Legales en la Facultad de Derecho en la Universidad del Pacífico y Comunicación Jurídica Eficaz de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, «[http://www.bullardabogados.pe/ne\\_atalavera.htm](http://www.bullardabogados.pe/ne_atalavera.htm)».

\*\* El autor desea agradecer especialmente el apoyo de Julio Olórtegui en la preparación del presente artículo. Sin su apoyo, compromiso e investigación, su elaboración no hubiera sido posible.

**RESUMEN:** En el presente artículo el autor sostiene que la principal problemática con la *due process paranoia* es la incertidumbre que tienen los árbitros cuando ejercen la discrecionalidad que les es reconocida en la toma de decisiones procesales, puesto que no tienen la certeza de que dichas decisiones puedan ser consideradas por los jueces como razonables y, en consecuencia, generar la anulación del Laudo por las cortes nacionales. Como “cura” para esta *paranoia*, el autor propone y desarrolla, paso por paso, un método lógico que servirá de guía para la toma de este tipo de decisiones arbitrales, y así se asegure su razonabilidad y validez de cara a los procesos de anulación de laudo frente a las cortes nacionales. Esta herramienta se ha creado sobre la base de la metodología IRAC y, en particular, la aplicación del test de proporcionalidad. En concreto, se buscan decisiones arbitrales que reflejen y concreten la discrecionalidad arbitral con razonabilidad.

**ABSTRACT:** The author believes the main issue of the *due process paranoia* lays on the uncertainty arbitrators have regarding their procedural decisions, taking into consideration the award can be annulled if judges from national courts do not consider it is reasonable. As a “cure”, the author proposes a logical solution based on the IRAC method and the proportionality test in order to give arbitral decisions validity and reasonability against possible actions of annulment.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una historia cada vez más recurrente en los procesos arbitrales actuales es aquella en la que las partes abarrotan a los Tribunales con: (i) presentación de solicitudes de prórrogas de plazo; (ii) presentación de documentos después de la fecha límite establecida por los Tribunales Arbitrales; (iii) presentación de solicitudes de reprogramación de una audiencia a “último momento”; (iv) La presentación de una reclamación/preensiones en el “úl-

timo minuto”; y (v) Presentación de un escrito no solicitado, pero que a decir de las partes es “indispensable”, entre otros.

La flexibilidad del arbitraje y el temor de verse enfrentados a un proceso que anule sus respectivos laudos, enfrenta a los árbitros al dilema de “otorgar o no otorgar” estos pedidos. A partir de las decisiones arbitrales que emitan sobre dichos pedidos, las partes podrán “sembrar” una posterior causal de anulación. En ese contexto, los árbitros quieren evitar que sus laudos sean anulados debido a que dichas decisiones arbitrales habrían vulnerado el derecho de defensa o el debido proceso, por un lado; pero, por el otro, saben que estos pedidos hacen que la decisión final se postergue y que quizás no llegue en debido tiempo y forma. Esta es la *Due Process Paranoia* que enfrentan los árbitros hoy en día y este artículo pretende proponer un proceso, paso a paso, a fin de analizar esos pedidos y decidir, caso por caso, si corresponde o no acceder a ellos.

El objetivo central: proponer un test que brinde predictibilidad en este tipo de decisiones a fin de que las cortes nacionales evalúen correctamente los cuestionamientos a las decisiones tomadas por los árbitros en estas circunstancias, como parte de los procesos de anulación de Laudo.

## 2. LA *DUE PROCESS PARANOIA* HOY

La creciente preocupación por la *due process paranoia* no es gratuita. Como señala la *Queen Mary University of London* y la firma *White & Case*, en su reporte sobre arbitraje internacional del 2015<sup>1</sup> (en adelante, el Reporte del 2015):

*One issue that merits special attention is the phenomenon that an interviewee dubbed “due process paranoia”. This issue was repeatedly raised in responses, including in nearly all the personal interviews. “Due process paranoia” describes a reluctance by tribunals to act decisively in certain situations for fear of the arbitral award*

1. Queen Mary University of London y White & Case, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, <<https://goo.gl/Ptj7iX>>.

*being challenged on the basis of a party not having had the chance to present its case fully*<sup>2</sup>.

Como se puede apreciar, los resultados son preocupantes. La gran mayoría de los entrevistados<sup>3</sup>, la mencionaron como uno de los principales problemas del arbitraje internacional hoy en día. Esto quiere decir que la *due process paranoia* es un fenómeno que ha calado profundamente en la mente de los árbitros.

Asimismo, esta *paranoia* ha tenido repercusiones y viene siendo reportada a nivel de la comunidad arbitral internacional<sup>4</sup>.

### 3. ¿PRINCIPAL DIAGNÓSTICO Y CÓMO CURARLA?

Como han señalado BERGER y JENSEN<sup>5</sup>, existen al menos cinco situaciones que, lamentablemente, no son extrañas a los procesos arbitrales, y que pueden gatillar en la mente de los árbitros esta *paranoia*:

- (i) Un pedido de extensión de plazo;
- (ii) La presentación de documentos fuera de la fecha acordada por las partes o fijada por el Tribunal;
- (iii) La presentación de un escrito “sumamente importante” no establecido en el Calendario Procesal o bajo el acuerdo de las partes;
- (iv) El pedido de reprogramación de una audiencia “a la última hora”; y,
- (v) La inclusión a “último minuto” de un reclamo y/u pretensión.

2. Queen Mary University of London y White & Case, N. 1.

3. De acuerdo a lo señalado en el Reporte del 2015, se entrevistó a 105 practicantes a nivel internacional.

4. E. Law, *Due Process Paranoia*, <<https://goo.gl/aRvU4V>> (06/06/2016). Véase, Freshfields Bruckhaus Deringer, <<https://goo.gl/dHDNxc>> (02/11/2016).

5. K. P. BERGER y O. JENSEN, “Due process paranoia and the Procedural Judgment Rule: A safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators”, *Arbitration International*, Vol. 32(3), 2016, pp. 415-435.

¿Pero por qué estas situaciones generan tal *paranoia*? BERGER y JENSEN esbozan una explicación:

*In some scenarios, this task is relatively easy to complete because the parties' procedural moves are either clearly legitimate exercises of their procedural rights, or 'guerrilla tactics', obviously motivated solely by the desire to obstruct the arbitral process. However, most cases are not that clear-cut. There are instances in which arbitrators find themselves in a 'grey zone' in which the true motives of the parties are not so easily discernible and the 'right' decision is not immediately apparent. In these situations, their procedural management decisions revolve around two crucial aspects of the arbitral process: the tribunal's quest for streamlined proceedings caused by the users' increasing demand for time -and cost- efficiency on one side; and the arbitrators' role as guardians of due process and guarantors of the legitimacy of arbitration on the other<sup>6</sup>.*

Esta idea es complementada y clarificada por CAIVANO, quien comentando una de las causales de no reconocimiento de la Convención de Nueva York<sup>7</sup> ha señalado lo siguiente:

Lo que en el fondo la norma postula, es que el razonable grado de discrecionalidad que los árbitros tienen en la conducción del procedimiento debe ser ejercido teniendo en mente que existe un umbral mínimo que no se puede transponer: ese umbral exige a los árbitros la necesidad de sopesar las garantías básicas de las partes, de modo de hallar un adecuado balance entre derecho de defensa y eficacia, dos valores igualmente capitales en el arbitraje<sup>8</sup>.

Lo dicho por CAIVANO es ilustrativo del problema que enfrentan los árbitros. Esta *paranoia* se crea debido a que, por un lado, los árbitros tienen en la cabeza su deber de emitir un laudo válido

6. *Ibidem*.

7. La causal comentada por CAIVANO es el artículo V.1b) de la Convención de Nueva York, causal que aborda la denegación de la ejecución / ejecución de un laudo por violación al debido proceso. Esta causal fue posteriormente adoptada con un texto bastante similar por la UNCITRAL en su Ley Modelo como una causal de anulación de laudo, por lo que ha sido también adoptada por todos los países que han basado sus normas en dicha Ley Modelo.

8. R. CAIVANO, *Control Judicial en el Arbitraje*, Abeledo Perrot, 2011, p. 348.

y ejecutable<sup>9</sup> y, por el otro, no tienen certeza de si la decisión que tomen será considerada por las cortes, particularmente de anulación, como un uso razonable de su discrecionalidad en la conducción del procedimiento.

En la ley de arbitraje peruana, se esbozan algunos principios que guían el ejercicio de esa discrecionalidad, a saber:

- *Tratar* a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
- A criterio del árbitro, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.
- En el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el árbitro considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias.

Por otro lado, en la referida ley, se regula una causal de anulación de laudo que es particularmente relevante al nacimiento de esta *paranoia*, aquella que señala que el laudo será anulado en caso el árbitro no haya permitido a la parte hacer valer sus derechos. Así de amplia y, por ende, así de incierta.

Las decisiones arbitrales que están vinculadas con este tipo de pedidos, suponen –en gran medida– el ejercicio de esa discrecionalidad. Sin embargo, si esa discrecionalidad termina “no permitiendo a la parte hacer valer sus derechos” podría generar la anulación del laudo.

9. D. ALESSI, “Enforcing Arbitrator’s Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators Liability”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 31, Issue 6, 2014, p. 765. “*The final product of any arbitration is an enforceable final award. Enforceability of the award is the founding reason of the whole arbitration process. In order to render a valid and enforceable award, the arbitrator must comply with the following ancillary obligations: to follow the applicable formal requirements; to proceed in accordance with the parties’ agreement or lex arbitri; and to observe the mandatory rules of the lex arbitri, as well as the rules of the likely place of enforcement*”.



Entonces, ¿cómo logramos superar esta *paranoia*? Encontrando la forma de poder darles a los árbitros la seguridad de que la decisión que ellos tomen no será considerada como no razonable por las cortes nacionales y que no derivará en la anulación del laudo. En otras palabras, es necesario proponer un método lógico de toma de decisiones arbitrales, que permita ejercer esa discrecionalidad con razonabilidad.

¿Cómo logramos esto? Ante situaciones complejas, respuestas simples. Consideramos que la forma más sencilla y a la vez efectiva de analizar esta problemática es aplicando la metodología I.R.A.C. ¿En qué consiste esta metodología? En seguir un proceso lógico conformado por cuatro pasos que nos aseguran tener una decisión razonable: **(i)** el Primero, identificar los problemas o *Issues*; **(ii)** el segundo, identificar las reglas aplicables o *Rules*; **(iii)** el tercero, aplicar las reglas a los hechos o *Analysis*, y; **(iv)** llegar a una conclusión o *Conclusion*.

A continuación, desarrollaremos la aplicación de esta metodología al problema en cuestión:

### **3.1 Primer paso: Identificar el problema (*Issues*)**

El primer paso para aplicar esta metodología es identificar cuál es el problema que tienen que enfrentar los árbitros al momento de decidir respecto a una de las situaciones presentadas por BERGER y JENSEN.

Para esto, debemos revisar la posición de las partes en la disputa:

#### **3.1.1 *La parte que hace el pedido y su derecho a presentar su caso y ser oída***

Todos los casos descritos por BERGER y JENSEN tienen como fundamento este derecho. De acuerdo a ALONSO:

El derecho de una parte a presentar su caso o a ser oído, también llamado principio de contradicción, es el corolario del derecho de defensa y significa que las partes de un procedimiento deberán tener la oportunidad de presentar su posición antes de que se dicte una decisión<sup>10</sup>.

En este sentido, al momento de, por ejemplo, decidir si aceptar o no la presentación de un nuevo reclamo casi a fin del arbitraje, el Tribunal Arbitral deberá ponderar si es que el rechazar dicha solicitud impediría a una parte a presentar su caso o exponer sus argumentos.

En el Perú, sin perjuicio de sus raíces constitucionales, este derecho se encuentra recogido en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje<sup>11</sup>, teniendo como base el artículo 18<sup>12</sup> de la Ley Modelo UNCITRAL, derecho considerado por sus redactores como la *carta magna del arbitraje internacional*, al ser un límite para la facultad del Tribunal Arbitral de dirigir el proceso<sup>13</sup>.

### **3.1.2 El derecho a que la disputa se resuelva de forma oportuna**

Por otro lado, y en contraposición con el derecho antes mencionado, se encuentra el derecho de las partes a que su disputa se resuelva de forma oportuna y evitando dilaciones indebidas. Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que:

En relación al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, este Tribunal considera pertinente recordar que el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable

10. J.M. ALONSO, “El derecho de defensa”, en G. TAWIL y E. ZULETA (Eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, 2008, p. 456.
11. Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, Art. 34: Libertad de regulación de actuaciones “(...) 2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”.
12. Ley Modelo UNCITRAL, Art. 18: Trato equitativo de las partes “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.
13. H. HOLTSMANN y J. NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989.

no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad, que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139° 3 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana<sup>14</sup>.

Por ejemplo, tomando el caso antes mencionado, de aceptar el Tribunal Arbitral el nuevo reclamo presentado por una de las partes, esto traería consigo que se tenga que modificar el Calendario Procesal para otorgarle a la otra parte un plazo razonable para que esta responda las nuevas alegaciones. Esto también podría dar pie a que se celebren nuevas audiencias en caso que la discusión sea muy complicada y el Tribunal Arbitral estimase prudente oír a las partes. Todo lo anterior, podría retrasar significativamente la emisión del laudo arbitral, lo cual traería consigo perjuicios para las partes tanto desde un punto de vista de justicia como comercial.

En el Perú, como señalamos anteriormente, la jurisprudencia enmarca este derecho como un derivado del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>15</sup>. Asimismo, debemos señalar que en los últimos años este viene teniendo un mayor reconocimiento a nivel internacional, lo cual se puede apreciar en las mayores medidas a nivel institucional que se están tomando,

14. Tribunal Constitucional del Perú, *Luisa Jáuregui Villanueva c. Segunda Sala Penal Para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima*, Expediente N° 549-2004-HC/TC, 21/01/2005.

15. Tribunal Constitucional del Perú, *Luisa Jáuregui Villanueva c. Segunda Sala Penal Para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima*, Expediente N° 549-2004-HC/TC, 21/01/2005. Véase, Tribunal Constitucional del Perú, *Juan Humberto Quiroz Rosas c. Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima*, Expediente N° 2732-2007-PA/TC, 05/11/2007. “(...) en el artículo III del Código Procesal Constitucional obligan a este Tribunal a pronunciarse respecto a la importancia del derecho al debido proceso en su manifestación del derecho a un plazo razonable en la administración de justicia, que si bien es cierto, y como ha quedado dicho, no constituye el fondo de la controversia, ni ha sido denunciado por el recurrente, ha sido directamente comprometido por los operadores judiciales al presentarse una serie de, por decir lo menos, irregularidades o situaciones anómalas que en conjunto permiten considerar una indiscutible vulneración del citado atributo”.

sobre todo por la CCI, para promover la celeridad y la eficiencia en el proceso arbitral<sup>16</sup>.

En este sentido, tenemos que al momento de resolver un pedido como el mencionado párrafos arriba, el Tribunal Arbitral tendrá al frente un conflicto entre dos derechos: **(i)** por un lado, el derecho de la parte que solicita la medida a poder presentar su caso y ser oída; y, **(ii)** por el otro, el derecho de la otra parte a que su disputa sea resuelta de forma oportuna y sin dilaciones indebidas.

Ante esto, el Tribunal Arbitral debe identificar cual será el set de reglas más adecuadas para poder resolver este conflicto.

### **3.2 Segundo paso: Reglas aplicables (*Rules*)**

Habiendo determinado que el problema en estos casos es uno de conflicto entre derechos, puntualmente, dos derechos derivados del derecho a un debido proceso, el Tribunal Arbitral deberá utilizar una herramienta que le permita abordar esta disyuntiva de la forma más adecuada.

A nivel de doctrina constitucional, cuando las cortes se ven ante la necesidad de analizar un conflicto como el presente, recurren a una herramienta denominada el test de proporcionalidad o ponderación de derechos el cual permite analizar los límites de dos derechos que colisionan entre sí. Así, de acuerdo a VIDAL:

(...) resulta fundamental la teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales, que se construye a partir de la reiterada afirmación de nuestro Tribunal Constitucional de que todo derecho fundamental tiene sus límites, que en ocasiones aparecen expresamente previstos en el texto constitucional, pero que en otras derivan de una manera mediata o indirecta de tal norma “en cuanto han de justificarse por la

16. International Chamber of Commerce, *ICC Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency*, «<https://goo.gl/LbAz7m>» (12/11/2016). Véase, International Chamber of Commerce, *ICC Court amends its Rules to enhance transparency and efficiency*, «<https://goo.gl/KWv77u>» (12/11/2016).

necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. (Sentencia del Tribunal Constitucional español [STC] 2/82, entre otras muchas)<sup>17</sup>.

En este sentido, esta herramienta sirve para ponderar y medir los límites de aquellos derechos fundamentales (en este caso, dos derechos derivados del debido proceso). La aplicación de esta herramienta, de raíces constitucionales, permitirá a los árbitros fundamentar lógicamente el ejercicio de su discrecionalidad con razonabilidad. Debe tenerse en cuenta que el test de proporcionalidad deberá matizarse para su aplicación en los procesos arbitrales, tenerlo como línea guía a fin de que sirva de método lógico para esta toma de decisiones. Con esto claro, ¿cuáles son los pasos a seguir para utilizar este test? La doctrina ha determinado que su aplicación se encuentra supeditada a tres pasos:

### 3.2.1 *Análisis de adecuación*

Este análisis “exige la adecuación medio-fin en que toda restricción de un derecho fundamental se estructura; (...) es necesario que la limitación que sufre el derecho resulte apropiada para lograr el fin que lo justifica”<sup>18</sup>.

En sede nacional, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que este análisis supone “(...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”<sup>19</sup>.

17. C. VIDAL, “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, «<https://goo.gl/4DvyNW>» (13/11/2016).

18. C. VIDAL, N. 17.

19. A. BURGA, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Gaceta Constitucional N° 47*, Gaceta Jurídica, 2011. Citando a Tribunal Constitucional Peruano, *5186 ciudadanos contra los Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927*, Expediente N° 003-2005-PI/TC, 09/08/2006.

En el caso particular, para enmarcar la decisión del Tribunal Arbitral dentro de un manto de razonabilidad y así evitar el *due process paranoia*, el Tribunal Arbitral no analizará en sí la idoneidad de la decisión que vaya a tomar, sino la idoneidad de lo solicitado por la parte actora. Con esto en claro, consideramos que la pregunta al momento de realizar el análisis de idoneidad es la siguiente:

- ¿La solicitud presentada por una de las partes es adecuada para el fin que busca?

En caso esta pregunta sea respondida de forma afirmativa, el Tribunal Arbitral deberá continuar con el siguiente paso del test.

### *3.2.2 Análisis de Necesidad*

El segundo paso del test es someter la medida a un análisis de necesidad, según el cual “no ha de existir ‘otra medida limitadora igualmente efectiva pero de menor incidencia en el derecho fundamental de los afectados’”<sup>20</sup>.

En sede nacional, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que:

Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos<sup>21</sup>.

De esta forma, al aplicar este análisis al caso en concreto, el Tribunal Arbitral deberá analizar si la parte actora contaba con alguna alternativa menos gravosa para la otra parte que las soli-

20. C. VIDAL, N. 17.

21. Tribunal Constitucional Peruano, *Colegio de Abogados de Lima contra el artículo 3 de la Ley N° 27466*, Expediente N° 045-2004-PI/TC, 29/10/2005.

citadas. Ante esto, proponemos las siguientes preguntas como punto de partida para el análisis del Tribunal Arbitral.

- ¿Es la única alternativa y la menos costosa para lograr lo que la parte está buscando con su petición?
- ¿Sólo ahora podía optar por esa alternativa?

Solo en aquellos casos donde estas preguntas hayan sido respondidas de forma afirmativa se podrá pasar al siguiente nivel de análisis.

### 3.2.3 *Análisis de Proporcionalidad en sentido estricto*

Finalmente, en caso se cumplan con los dos puntos antes señalados, el tercer análisis que ha de realizarse está relacionado con si “los medios elegidos [mantienen] una relación razonable con el resultado perseguido”<sup>22</sup>.

En sede nacional, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que:

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*Abwägung*), (...) consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta: Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro<sup>23</sup>.

Así, para ejecutar este análisis, el Tribunal Arbitral deberá responder dos preguntas relacionadas a la proporcionalidad de la medida solicitada por la parte actora:

- Si se concediera lo solicitado, ¿sería más beneficioso para el proceso y la solución de la controversia?

22. C. VIDAL, N. 17.

23. Tribunal Constitucional Peruano, N. 21.

- Si se concediera lo solicitado, ¿la limitación del derecho de la otra parte es razonable y no sería excesivamente gravosa?

### 3.3 Tercer paso: Aplicar el test (*Analysis*)

Habiendo determinado cuales son las “reglas aplicables” o, en este caso, la metodología y las preguntas que el Tribunal Arbitral deberá responder para lidiar con la *due process paranoia*, deberá aplicarse dichas reglas a cada caso en concreto, considerando los hechos y circunstancias particulares que enfrentan.

En otras palabras, el Tribunal Arbitral deberá realizar el “test de proporcionalidad” paso a paso, analizando las circunstancias del caso concreto, derivando las respuestas a cada una de las preguntas antes planteadas.

### 3.4 Cuarto paso: Conclusión del análisis (*Conclusion*)

Habiendo realizado el análisis anterior, el Tribunal Arbitral deberá decidir de acuerdo a los resultados obtenidos. En caso todas las preguntas antes propuestas sean respondidas de forma afirmativa, el Tribunal Arbitral deberá conceder la medida solicitada, siempre que esta cumple con el test de proporcionalidad, por lo que existe justificación para limitar el derecho de la otra parte.

Por el contrario, en caso alguna de las preguntas antes presentadas no fuese respondida de forma afirmativa, el Tribunal Arbitral tendrá justificadas razones para rechazar la solicitud presentada, pudiendo, en caso no hacerlo, vulnerar injustificadamente y sin un adecuado margen de razonabilidad el derecho de la parte que no solicita la medida.



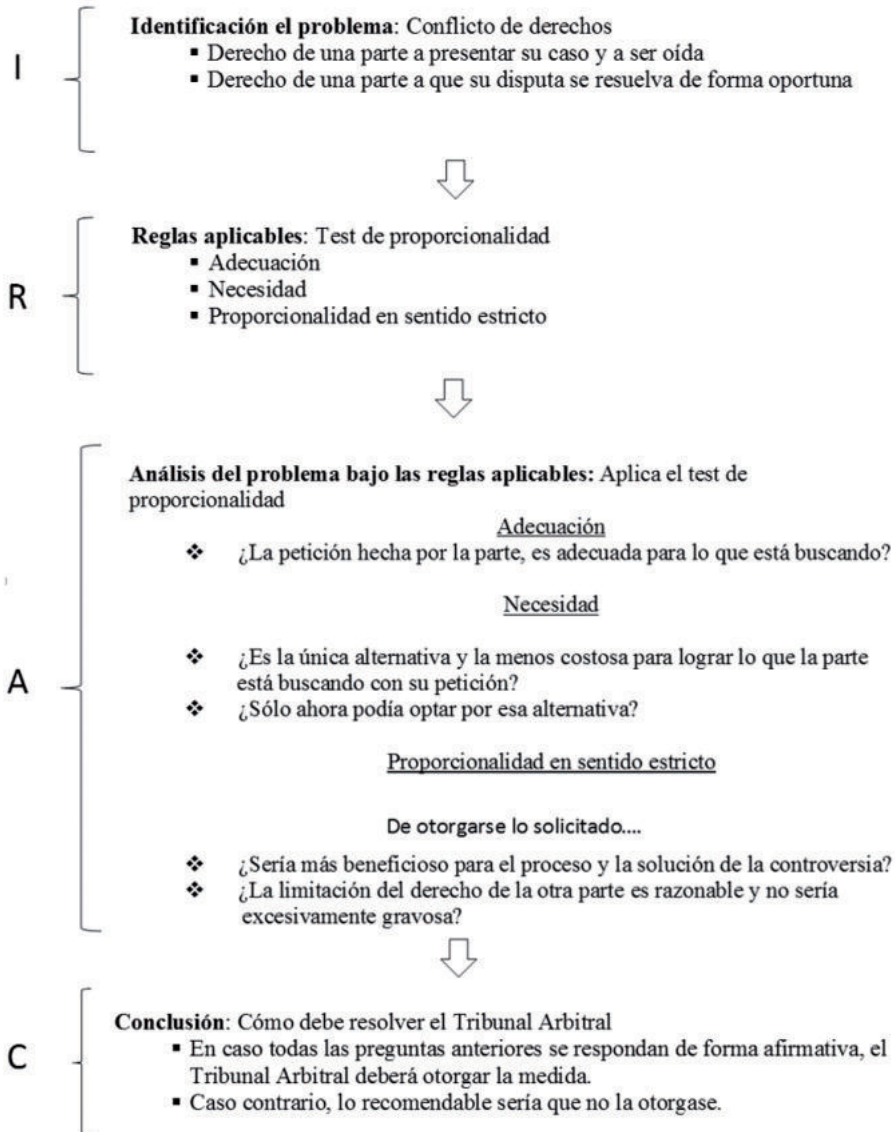
#### 4. REFLEXIONES FINALES

Frente al impacto que ha tenido la *due process paranoia* en la comunidad arbitral internacional, se deben proponer soluciones para lidiar con esta o “curarla”. El presente artículo busca proponer, tomando como base la metodología IRAC y el test de proporcionalidad, como herramientas que ayuden a los árbitros a reducir al mínimo las razones por las cuales las cortes nacionales, especialmente de anulación, podrían considerar no razonable la decisión tomada por ellos, reduciendo así el grado de incertidumbre y borrando de sus mentes esta *paranoia*.

Consideramos que este método lógico puede ser utilizado por la parte que plantea “justificadamente” estas solicitudes, a fin de fundamentar y dotar de legitimidad su pedido. Igualmente, puede ser utilizado por la parte que cuestionará el otorgamiento de la medida, a fin de demostrar al Tribunal Arbitral que conceder la medida sería vulnerar injustificadamente sus derechos.

Finalmente y como un evidente aporte práctico, hemos incluido en el presente artículo una pequeña tabla de análisis denominada *Test de Proporcionalidad aplicado a Procesos Arbitrales* que esperamos pueda ser utilizado por los árbitros y operadores arbitrales para combatir esta *paranoia*.

## Test de Proporcionalidad aplicado a Procesos Arbitrales



## 3. Sección

---

# Ensayos Libres



# La arbitrabilidad del daño moral

*Luis Parraguez Ruiz\**  
*Juan Carlos Darquea\*\**

*Recibido/Received: 27/06/2017*  
*Aceptado/Accepted: 21/07/2017*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La reparabilidad del daño moral en sede de responsabilidad contractual. 3. La transigibilidad como requisito previsto por la Ley de Arbitraje y Mediación. 4. La reparación del daño moral en el derecho nacional y el artículo 1572 del Código civil. Un caso de errónea interpretación. 4.1 Desarrollo de la jurisprudencia ecuatoriana sobre la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual. 4.2 Desarrollo de laudos nacionales e internacionales sobre la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual. 5. Arbitrabilidad del daño moral en materia de responsabilidad extracontractual. 6. Conclusión.

**PALABRAS CLAVE:** arbitrabilidad objetiva, transigibilidad, daño moral, responsabilidad contractual.

**KEYWORDS:** objective arbitrability, arbitrability, moral damage, contractual liability.

**RESUMEN:** El presente artículo analiza si en el derecho ecuatoriano el daño moral puede ser materia de arbitraje.

\* Profesor titular de Derecho civil del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y árbitro de derecho de los Centros de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana. Licenciado en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Chile, Abogado por la Corte Suprema de Chile, Doctor por la Universidad de Salamanca en Derecho Privado.

\*\* Asociado en FERRERE Ecuador y Profesor adjunto de Derecho civil del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito.

Para ello, se parte del análisis de legislación comparada respecto de la reparabilidad del daño moral en sede contractual, así como de la transigibilidad de este tipo de daños. Luego, se analiza la normativa local, para concluir que, ya sea en sede contractual o extracontractual, los daños morales son plenamente resarcibles. Asimismo, al ser derechos transigibles, estos podrían ser sometidos a arbitraje.

**ABSTRACT:** This article analyzes whether moral damages can be subject to arbitration. For this purpose, this article conducts a comparative analysis regarding the possibility of moral damages being awarded under a contractual claim, as well as the arbitrability of these type of claims. Finally, by means of a domestic law analysis it concludes that both, contractual and non-contractual moral damage claims are viable; hence, they can be submitted to arbitration.

## 1. INTRODUCCIÓN

Un principio fundamental e indiscutido en materia arbitral es el de *kompetenz*, según el cual el tribunal arbitral tiene competencia para decidir sobre su propia competencia<sup>1</sup>. Para poder declararse competente, el tribunal deberá determinar si se cumplen los requisitos subjetivos y objetivos previstos por la ley. En otras palabras, deberá verificar si existe arbitrabilidad subjetiva y objetiva.

No es tema del presente trabajo la *arbitrabilidad subjetiva*, que está relacionada de los sujetos capaces de brindar su consentimiento para someterse a arbitraje. Nuestra atención se centra en la *arbitrabilidad objetiva* que da cuenta de la clase de controversias que “pueden resolverse por arbitraje y cuáles quedan relegadas exclusivamente al dominio de los tribunales de Justicia naciona-

1. Este principio ha sido expresamente previsto en el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación que en su sección pertinente establece: “Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia”.

les''<sup>2</sup>. Se trata, por consiguiente, de una decisión de carácter legislativo que queda entregada a la discrecionalidad de cada Estado para decidir qué asuntos pueden resolverse mediante arbitraje, a la luz de sus planes políticos, sociales y económicos<sup>3</sup>. Es así que, en último término, la arbitrabilidad del daño moral que nos ocupa, depende de la regulación de cada Estado. En el presente trabajo nos proponemos demostrar que en nuestro ordenamiento civil, una vez despejadas ciertas confusiones, esta modalidad de daño es perfectamente arbitrable.

Ahora bien, esa arbitrabilidad está estrechamente ligada a un tema más general y poco pacífico, que constituye su soporte dogmático, como es la posibilidad de incardinar el daño moral en la responsabilidad contractual. Es un debate abierto en la doctrina y jurisprudencia que, en el caso particular del Ecuador, se encuentra estimulado por una norma medular que, merced a una errada lectura, repetida sacramentalmente por la rutina, esa vieja enemiga de la ciencia, ha hecho más opaco el panorama.

Por ello comenzaremos el presente trabajo demostrando que la indemnización del daño moral en materia contractual es una cuestión que, cabalgando sobre fundamentales principios del derecho, ha superado las primitivas reticencias y objeciones para instalarse con creciente fuerza en la doctrina universal y, lo que nos interesa, en los ordenamientos que integran la familia que comparte el Código civil de Bello. Examinaremos luego la situación particular de esta reparación en el derecho nacional para concluir con el examen de su arbitrabilidad a la luz de la Ley de Arbitraje y Mediación de nuestro país.

2. A. REDFERN *et al*, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Adaptada por N. MARIGO y F. OSSA. 4ta Ed., La Ley, 2007, p. 227.
3. Ídem, p. 228.

## 2. LA REPARABILIDAD DEL DAÑO MORAL EN SEDE DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El marco de comparación para este primer análisis, ya se lo anticipó, está delimitado por aquellos ordenamientos que integran una misma familia civil con el ecuatoriano, sea porque constituyen su antecedente matricial, como es el derecho civil francés, o se han nutrido de esa misma fuente, como el español o, finalmente, han adoptado el mismo Código, como el chileno y el colombiano. Con excepción del derecho nacional, todos ellos comparten la circunstancia de no haber regulado la indemnización del daño moral en sus códigos civiles, pero cuentan, en cambio, con una doctrina y jurisprudencia que han hecho importantes progresos en la materia.

JOSSERAND comentaba la posición tradicional de la jurisprudencia francesa de su época, que limitaba la responsabilidad contractual al daño material, lo que no llama mucho la atención pues tal era la doctrina de DOMAT y POTHIER, y se tenía como cierto que esa era la dirección que apuntaba el espíritu de la legislación francesa<sup>4</sup>. Contrario a esa tesis reductora el maestro de Lyon expresaba su esperanza, muy próxima a la convicción, de un cambio de tendencia en los tribunales franceses:

[Que] llegue a evolucionar en sentido liberal y que el daño moral sea tomado en consideración para la determinación de la indemnización contractual”, pues los textos legales “no hacen distinción ni existe una buena razón para distinguir en este aspecto (...) Así se comprende que en la actualidad la doctrina se pronuncie en dicho sentido, como también el derecho comparado, en general<sup>5</sup>.

También MAZEAUD y TUNC observaron que “[l]os preceptos del Código civil francés están concebidos en términos por demás amplios” como para permitir la reparación del daño moral en la

4. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD y A. TUNC, *Tratado de la responsabilidad civil*, Tomo primero, Vol. I, Ed. E.J.E.A., 1977, p. 433.

5. L. JOSSERAND, *Derecho civil*, Tomo II, Vol. I, Ed. Ediciones jurídicas Europa-América, 1950, p. 509.



responsabilidad contractual<sup>6</sup> y citan numerosos fallos de los tribunales franceses que ordenaron su indemnización<sup>7</sup>. En efecto, el artículo 1146 del antiguo *Code* mostraba la amplitud conceptual a la que se refieren los MAZEAUD, limitada solamente por la previsibilidad de los daños y perjuicios a que se refería el artículo 1150 (*qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir*).

Como lo previó JOSSERAND, la jurisprudencia francesa continuó avanzando en la admisibilidad del daño moral en materia de responsabilidad contractual, no así el legislador que en su reforma de 2016 al derecho de las obligaciones y del contrato, que incorporó mucha doctrina jurisprudencial, no lo tomó en cuenta. Es más, fue dejada de lado una norma sobre perjuicio extrapatrimonial que constaba en el llamado Anteproyecto Catalá, según la cual “es reparable todo perjuicio cierto consistente en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo” (artículo 1343 del proyecto).

Entre los autores españoles, CASTÁN TOBEÑAS, luego de resaltar que el tema es polémico y que la tendencia era negativa en la doctrina más antigua, considera que “es de justicia la reparación o compensación de los daños morales, ya pueda encuadrarse dentro de las normas legales de la indemnización de daños y perjuicios, o ya se acoja, en cuanto ésta no sea aplicable, a los principios generales del Derecho”<sup>8</sup>, y agrega que “[e]n la doctrina española puede decirse que, actualmente, está unánimemente aceptada la indemnización por daño moral en el incumplimiento contractual”<sup>9</sup>. En similar sentido se pronuncia DíEZ-PICAZO respecto de la doctrina tradicional adversa a esta indemnización, destacando luego que “[l]a jurisprudencia más reciente, sin embargo, se inclina a un posible resarcimiento de los daños morales contractua-

6. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD y A. TUNC, N. 4, p. 465.

7. Ídem, pp. 468-470. Entre otros, la indemnización por incumplimiento de una convención relativa a un bien sin valor patrimonial, como un retrato de familia; o el que afecta las convicciones religiosas de la contraparte; o de quien debía renovar una concesión funeraria y no lo hizo lo que impidió a los padres conocer donde se encuentran los restos de su hijo; del transportista cuya negligencia impidió que un pasajero llegara a tiempo a un funeral; del empresario que ejecuta una obra de manera defectuosa por el perjuicio moral que le causa al autor, etc.

8. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Tomo 3, Ed. Reus S.A., 2008, p. 283.

9. Ídem, nota al pie 504, p. 282.

les”, para sostener finalmente que “[n]o puede excluirse la indemnización de los daños morales por el hecho de que la relación entre las partes sea de naturaleza contractual”<sup>10</sup>.

En su artículo *Daños morales derivados del incumplimiento*<sup>11</sup>, ANTONIA NIETO ALONSO se apoya en el artículo 1101 del Código civil español “que proporciona al acreedor una acción para ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato le ha causado –responsabilidad contractual– se refiere *in genere*, a la “indemnización de daños y perjuicios”, para derivar de allí que “en principio, no deberían excluirse los daños morales”. Para reforzar su aserto acude a la sentencia de 28 de marzo de 2005 del Tribunal Supremo de España (RJ 2005/2614) que “parte del incumplimiento contractual y la responsabilidad que se deriva (art. 1101 CC) que comprende la indemnización por los daños morales”. Más reciente, CARRASCO PERERA vuelve sobre la idea de que:

la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual no es puesta hoy en duda por la jurisprudencia”, aunque denuncia la ambivalencia del término “daño moral” en el lenguaje jurídico español y en la cual se ha venido moviendo la jurisprudencia de ese país<sup>12</sup>.

En la doctrina chilena ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC y RODRÍGUEZ GREZ sostienen y demuestran la indemnizabilidad del daño moral teniendo como argumento central el principio de la reparación integral y las circunstancias de que la ley la ha omitido pero no excluido<sup>13</sup>; y DIEZ SCHWERTER la fundamenta en disposiciones constitucionales que la hacen viable y que, como se verá de inmediato, fueron también invocadas por alguna jurisprudencia<sup>14</sup>.

10. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tomo II, 6ta Ed., Ed. Thomson-Civitas, 2008, p. 793.
11. Anuario de Derecho civil, Tomo LIX, Fascículo III, julio-septiembre 2006, p. 1119.
12. Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 1ra Ed., Ed. Thomson Reuters, 2010, p. 1230.
13. A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA y A. VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, Tomo segundo, Ediciones EJS, 2016, pp. 296 y ss.; P. RODRÍGUEZ, *Responsabilidad contractual*, Ed. Jurídica de Chile, 2015, pp. 232 y ss.
14. J. L. DIEZ SCHWERTER, *El daño extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 104.

OSPINA FERNÁNDEZ, en Colombia, cuestiona la doctrina que excluye el daño moral de la responsabilidad contractual argumentando que:

La doctrina moderna ha reaccionado con la precitada tesis, por carecer ella de todo fundamento racional (...) la equidad reclama con igual vigor la indemnización del perjuicio moral en el campo extracontractual y en el contractual. La víctima de un hecho ilícito siempre tiene derecho a que se le reparen todos los daños que se le hayan causado (*nema ex alteria culpa praegravari debet*) y este máximo postulado de justicia no admite distingo, porque ese hecho ilícito consiste en la violación de un contrato o en el quebranto de deberes emanados de otras fuentes<sup>15</sup>.

En el mismo sentido opina DURÁN TRUJILLO quien pone de relieve, que “la inexecución de todo contrato reporta desasosiego, contrariedad, inquietud en la parte burlada, máxime cuando el contrato se refiere a aquellas cosas que tienen valor de afección para el contratante”<sup>16</sup>.

La jurisprudencia chilena no ha sido uniforme en esta materia. Las sentencias de 13 de agosto de 1935, 2 de diciembre de 1948 de la Corte de Santiago y de 27 de agosto de 1990 de la Corte Suprema de Chile excluyeron categóricamente la indemnización del daño moral en la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato. El argumento de la sentencia mencionada de la Corte Suprema fue que “según el artículo 1556 del Código Civil la indemnización proveniente del hecho de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento, sólo comprende el año emergente y el lucro cesante”<sup>17</sup>. En su sentencia de 22 de marzo de 2006 la Corte Suprema insistió en que “el artículo 2329 del Código civil que admite la reparación del daño moral en materia delictual, no lo hace extensible a la responsabilidad originada en la falta de cumplimiento de los contratos” y que “[e]n consecuencia, los tér-

15. G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen General de las Obligaciones*, Ed. Temis, 2008, pp. 122 y 123.

16. R. DURÁN TRUJILLO, *Nociones de responsabilidad civil*, Ed. Temis, 1957, p. 89.

17. Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia, 27/08/1990. Citado en *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, Tomo V, 3ra Ed. actualizada, Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 355.

minos del artículo citado (1556 del Código civil chileno) como quiera que aluden a conceptos patrimoniales, permiten afirmar que nuestro Derecho positivo no contempla en materia contractual la indemnización judicial del daño<sup>18</sup>.

Sin embargo, el 3 de julio de 1951 la misma Corte se pronunció por la tesis contraria y sostuvo que “[e]l daño moral es también indemnizable dentro del incumplimiento de una obligación contractual cuando se produce por culpa del deudor, pues la ley positiva no hace ninguna distinción al respecto entre daño material y daño moral, tanto más cuanto que ambos tienen una misma causa, aunque efectos diferentes”. Por su parte, la sentencia de 20 de octubre de 1994 se basó en la garantía constitucional a la integridad física y síquica, para concluir que “esta última, como en el caso de autos, puede verse trastornada, precisamente, por la falta en que uno de los contratantes incurrió frente a los deberes que le imponía el contrato”. La doctrina de la sentencia de 1951 fue reiterada en la de 20 de octubre de 1994 en la que se dijo que la distinción que hace el artículo 1556 entre daño emergente y lucro cesante “no excluye de un modo forzoso la reparación del daño meramente moral<sup>19</sup>, y en el fallo de 14 de abril de 1954 que admitió la indemnización del daño moral proveniente del incumplimiento de un contrato de transporte<sup>20</sup>. El 9 de julio de 2007 la Corte de Rancagua hizo una interesante consideración sobre esta materia y dijo que:

Las nuevas concepciones que sobre el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de contratos se impone en el derecho actual, según ha señalado la jurisprudencia de nuestros tribunales, que ha determinado que el concepto de daño emergente que emplea la norma del artículo 1556 del Código Civil, comprende no sólo el daño pecuniario sino también el extrapatrimonial o moral (...). Procede entonces en la responsabilidad contractual la reparación del daño extrapatrimonial, cuando se encuentra ligado a un daño material y, si como sucede en la especie, se trata de un daño moral puro

18. Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia, 22/03/2006. Citado en *Jurisprudencia al día*, Anuario 2006, Tomo II (Derecho privado), Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 7.

19. Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia 20/10/1994, N. 17, p. 356.

20. Ídem, p. 357.

que tenga un nexo causal con el incumplimiento contractual, y que el deudor, al incumplir su obligación haya podido preverlo<sup>21</sup>.

El 12 de julio de 1994 la Corte Suprema de Colombia, “siguiendo la doctrina universal en el punto”, se pronunció sobre la procedencia, aunque calificada de excepcional, de indemnizar el daño moral, ocasionado al paciente por el incumplimiento del servicio médico profesional. Se dijo entonces que, como consecuencia de los daños materiales ocasionados por el incumplimiento, “se producen de manera autónoma, de manera independiente, dolores, padecimientos, aflicciones y afectaciones como individuo y ser social, todos ellos constitutivos de lo que se denomina el daño moral, evento en el cual deberá indemnizarse”<sup>22</sup>.

### 3. LA TRANSIGIBILIDAD COMO REQUISITO PREVISTO POR LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Ya se dijo que la *arbitrabilidad objetiva* es una cuestión que depende de la legislación interna de cada Estado. En Ecuador se encuentra regida por la Ley de Arbitraje y Mediación,<sup>23</sup> cuyo artículo 1 prescribe:

Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, *las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras* para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias (énfasis añadido).

21. Corte de Rancagua. Sentencia, 9/07/2007. Citado en *Jurisprudencia al día*, Anuario 2007, Tomo II (Derecho privado), Ed. Lexis Nexis, 2008, p. 111.

22. Corte Suprema de Colombia. Sentencia, 12/07/1994. Citado en CONTRERAS RESTREPO *et al*, *Código civil comentado*. Ed. Leyer, 2006, p. 1046.

23. Ley de Arbitraje y Mediación, Codificación publicada en el RO No. 417, 14/12/2006.

Del texto transcrito aparece claro que el núcleo de la arbitrabilidad en nuestro país es la posibilidad de transigir respecto de la materia que debe ser resuelta, lo que nos remite a las normas sobre el contrato de transacción contenidas en el Código civil, definido en su artículo 2348 como aquel en que “las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. Descrito de esta manera su objeto, el Código no contiene una construcción genérica que permita identificar la plenitud de los asuntos, actual o potencialmente litigiosos, sobre los que puede transarse. Su método ha sido más bien señalar aquellas materias que no son transigibles, como el estado civil de las personas, la acción penal, los alimentos futuros (sin aprobación judicial), los derechos ajenos y los derechos inexistentes<sup>24</sup>. Esta casuística nos permite entender, entonces, que es materia transigible todo aquello que no ha sido calificado como no transigible por la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8 del Código civil, según el cual “[a] nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”.

A nivel doctrinario y jurisprudencial la materia transigible se ha relacionado comúnmente con el carácter patrimonial del derecho objeto de transacción, como lo advierte el profesor VALDÉS SÁNCHEZ:

[...] la materia incluida legalmente en la transacción está representada por todos aquellos bienes y servicios, de contenido patrimonial, sobre los cuales las partes están en capacidad legal de celebrar el acuerdo transaccional, bienes y servicios éstos cuya existencia e intercambio no deben ser contrarios a la ley, al derecho público de la Nación, ni a las buenas costumbres<sup>25</sup>.

Es en este punto donde aparece el primer obstáculo puesto a la arbitrabilidad del daño moral, toda vez que este afecta a un derecho o bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial, como el

24. Al respecto véase, Art. 2351 “La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de delito; pero sin perjuicio de la acción penal”; Art. 2352 “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”; y, Art. 2354 “No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen” del Código civil.

25. R. VALDÉS SÁNCHEZ, *La transacción: solución alternativa de conflictos*, Legis, 1997, p. 110.

honor, la privacidad, el buen nombre, entre otros. Supuesto que por esta razón no es asunto transigible, se concluye equivocadamente que tampoco podría ser materia de arbitraje.

Hay por lo menos tres razones que hacen inaceptable esa tesis. En primer lugar, la ley no limita el objeto del contrato de transacción a los bienes y derechos de contenido patrimonial; en segundo lugar, la indemnización del daño moral, al menos en la forma prevista por nuestra legislación, siempre se concreta en una indemnización de carácter pecuniario; y, por último, algunas especies de daños morales tienen un componente económico que los asimila a los daños patrimoniales.

En relación con el primer motivo, la circunstancia de que generalmente los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción, no autoriza a vincular la transacción con la patrimonialidad de la materia, porque lo esencial de aquella es que se refiera a asuntos relacionados con el interés privado de quienes celebran el contrato, sin afectar los derechos o intereses de terceros. Al efecto escribe LARREA HOLGUÍN:

No todos los derechos pueden ser objeto de transacción, sino sólo aquellos que tengan un carácter privado, pues, como dice De Buen, la transacción no debe servir nunca para eludir el cumplimiento de las leyes ni para la renuncia de derechos irrenunciables. En consecuencia: a) Si bien se puede transigir sobre la acción civil procedente de un delito, no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena correspondiente [...] <sup>26</sup> (énfasis añadido).

Si se toma en cuenta el carácter privado del derecho o bien jurídico protegido como principal característica para determinar la materia transigible, pueden incluirse una serie de derechos que, sin ser patrimoniales, no afectan derechos ajenos o del orden público, y podrían, por lo mismo, ser objeto de un contrato de transacción.

26. J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador*, Tomo XIV, Contratos: Préstamos, Garantías, Depósitos, Transacción, Aleatorios, 1ra Ed., Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002, p. 359.



En cuanto al segundo motivo expuesto, tratándose del daño moral, nuestra legislación ha seguido la tendencia generalizada en derecho comparado de conceder una indemnización pecuniaria y no una reparación *in natura*, debido a la dificultad, cuando no imposibilidad, que implica volver las cosas al estado anterior al hecho que ocasionó el daño. De esta manera, la indemnización no busca restablecer el patrimonio del afectado ni reconstituir el equilibrio emocional lesionado. La indemnización pecuniaria “no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a equivalencia”<sup>27</sup>. Por ello el artículo 2232 del Código civil entrega la fijación del *quantum* indemnizatorio del daño moral a la prudencia del juzgador<sup>28</sup>. Por consiguiente, a pesar de que se cause una lesión a un derecho extrapatrimonial, regularmente la indemnización será de naturaleza patrimonial, de modo que nada obsta para que el asunto sea transigible, lo que a su vez lleva de la mano a la posibilidad de someterlo a arbitraje.

Por último, si bien el daño moral *per se*, el llamado *pretium doloris*<sup>29</sup>, es el daño extrapatrimonial por excelencia, existe una categoría de daños extrapatrimoniales más amplia, algunos de los cuales tienen un tinte de patrimonialidad. Tal es el caso de los llamados daños morales *objetivados*, es decir, aquellos que por su misma naturaleza son susceptibles “de concretarse probatoriamente en perjuicios patrimoniales”<sup>30</sup>. En este tipo de daños, la lesión a un derecho o bien jurídico extrapatrimonial

27. CNCiv. Ferraiolo, Enrique A. c/ EDENOR SA y ot., Sala E, 6-9-2000, E.D. 2003-1-318. Citado por C. PARELLADA, "El daño moral. La evolución el pensamiento en el derecho argentino", *Responsabilidad civil*, A. KEMELMAJER de CARLUCCI (Dir), Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 362. En el mismo sentido véase, J. LÓPEZ, *Perjuicios morales*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 1997, pp. 15-16.
28. El Art. 2232 del Código civil prescribe: “[...] La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, *quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias*, previstas en el inciso primero de este artículo” (énfasis añadido).
29. El *pretium doloris* incluye dos componentes. Comprende, en primer lugar, el dolor físico que sufre la víctima como consecuencia del hecho dañoso; en segundo lugar, comprende puro daño moral, reflejado en la pena, la tristeza y el sufrimiento (no físico). Al respecto véase, J. MAYO, "El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran", *Revista de Derecho de Daños. Daño moral*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, pp. 179-183.
30. C.S.J., sala de neg. Gen., 5/11/1942, “G.J.”, Tomo LVI, p. 487. Citado por J. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Legis Editores S.A., 2008, p. 534.



tiene repercusiones patrimoniales, como sucede con las pérdidas económicas que sufre un comerciante como consecuencia de una lesión a su reputación comercial, materia que, con mayor razón, resulta perfectamente arbitrable.

En conclusión, el principal requisito que la Ley de Arbitraje y Mediación prevé para que una controversia sea sometida a arbitraje se cumple en el caso que nos ocupa, pues el daño moral es transigible, en tanto asunto que atañe únicamente a la persona que lo ha sufrido, a lo que suma el hecho de que nuestra legislación prevé una indemnización pecuniaria sobre la cual se puede negociar libremente.

#### **4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO NACIONAL Y EL ARTÍCULO 1572 DEL CÓDIGO CIVIL. UN CASO DE ERRÓNEA INTERPRETACIÓN**

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación contempla la posibilidad de que se celebre un convenio arbitral antes de que surja una controversia, lo que nos habla claramente de una disputa contractual, o una vez que ella se ha producido, caso en el cual la contienda puede ser contractual o extracontractual. Por ello, es necesario hacer un análisis de nuestra legislación para concluir que esta permite la reparación del daño moral en sede contractual, y que, por ende, puede ser sometido a arbitraje.

Las normas relativas a la reparación del daño moral se encuentran en el Título XXXIII del Libro IV del Código civil, relativo a los delitos y cuasidelitos, lo que ha llevado a pensar a un importante sector del foro y de la academia que la indemnización de este tipo de daño únicamente puede darse en sede de responsabilidad extracontractual.

No obstante, bien entendido el principio capital de la responsabilidad civil sobre la reparación integral del daño, que implica restablecer al afectado al estado en que se encontraba antes de

producirse aquél, contiene la exigencia de que se repare su esfera patrimonial tan bien como la extrapatrimonial. Plantear en esta materia un tratamiento distinto para la responsabilidad contractual y la extracontractual, lleva a extremos ilógicos, como lo hizo notar la Corte Suprema de Chile en su sentencia de 5 de septiembre de 2001:

[...] conduce a situaciones absurdas, como sucede en los casos de responsabilidad profesional médica, en que no resulta equitativo que si no existe vínculo contractual entre el médico y su paciente proceda la indemnización del daño moral, pero no si esa relación existe, cuando se ha contratado por éste los servicios de aquél<sup>31</sup>.

Ahora bien, la reforma introducida al Código civil por la Ley 171 sobre reparación de daños morales, publicada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984, tuvo el propósito de ampliar la protección de los bienes jurídicos extrapatrimoniales, que hasta entonces carecían de reparación. En el considerando segundo de la Ley se lee “[q]ue innumerables actos ilícitos lesionan bienes morales, jurídicamente protegidos, sin embargo de lo cual, en virtud de las actuales normas, quedan sin reparación alguna”; mientras que el considerando tercero reconoce “[q]ue es necesario llenar este vacío legal, incorporando preceptos acordes con las corrientes jurídicas actuales, de las que el Ecuador se halla al margen en este ámbito”<sup>32</sup>.

Nada hay en estos razonamientos que permita suponer que el legislador buscó proteger solamente afectaciones ocasionadas por un delito o un cuasidelito, dejando de lado aquellas provocadas por el incumplimiento de un contrato, lo que, de ser así, traicionaría su declarado afecto por “las corrientes jurídicas actuales”.

La reforma en cuestión incorporó el ahora inciso final del artículo 1572 del Código civil, que quedó con el siguiente texto:

31. Corte Suprema de Justicia de Chile, *H. Ruiz Ruiz c. Laboratorio Biológico S.A. y otros*, Causa No. 1368-2000. Sentencia, 5/11/2001, Gaceta Jurídica No. 257, 2001.

32. Véase, Ley 171 Reformatoria al Código Civil sobre Reparación de Daños Morales, RO No. 779, 04/06/1984.

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

*Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código (énfasis añadido).*

Este inciso final es precisamente el motivo de la confusión que se ha producido en torno a la reparabilidad del daño moral en el orden contractual y que tiene como causa una errónea lectura de su texto.

En efecto, se ha dicho que la expresión “Exceptúanse” empleada por el legislador en este inciso final, significa que el daño moral queda excluido (o *exceptuado*) de la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato, que solamente podría comprender el daño emergente y el lucro cesante a los que se refiere el inciso primero del artículo. Y ahí está el error.

*Exceptuar* es excluir a una persona o cosa de la generalidad de que se trata, de modo que para comprender en que consiste la excepción debe precisarse cuál es la generalidad (o regla general) a la que afecta, que en el caso del artículo 1572 es la proposición inicial: “[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante”. Se advierte que esta proposición contempla las dos modalidades de perjuicios materiales indemnizables: daño emergente y lucro cesante, comunes a toda responsabilidad civil. Pues bien, parece obvio que la norma de exclusión del inciso final alude a que en el caso el daño moral su particular naturaleza impide distinguir esas dos modalidades, lo que en realidad no era necesario decirlo, por la sencilla razón de que son inaplicables al daño moral que no importa un menoscabo del patrimonio. En otras palabras, lo que el legislador hizo con la inclusión del último inciso del artículo 1572 fue resaltar las dife-

rencias que existen entre los perjuicios materiales y los morales, mas no excluir la posibilidad de que estos últimos puedan repararse en la responsabilidad contractual, pues, a mayor abundamiento, no es esa la dirección de “las corrientes jurídicas actuales” a las que se refirió en los Considerandos de la ley.

El recurso a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, a la que se refiere el artículo 18 del Código civil para desentrañar sus pasajes oscuros, conduce a la misma conclusión. Tanto en el informe para primer debate presentado por la Comisión de lo Civil y Penal<sup>33</sup> como en los considerandos de la ley<sup>34</sup> se reconoce que existe un sinnúmero de situaciones y actos ilícitos que pueden generar daños morales, y que estos daños deben ser reparados. Para la doctrina jurídica no hay dudas de que el incumplimiento contractual es un hecho ilícito que contraviene no solamente la ley del contrato (artículo 1561 del Código civil) sino los fundamentos mismos del sistema negocial, y que honrar las obligaciones contractuales libremente asumidas no es sólo una legítima aspiración de los contratantes, sino un valor social que se integra al ordenamiento jurídico<sup>35</sup>, razón por la cual puede ser fuente de daños morales que deben indemnizarse.

#### **4.1 Desarrollo de la jurisprudencia ecuatoriana sobre la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual**

La jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia y de la actual Corte Nacional de Justicia no ha hecho grandes contribuciones teóricas al tema que nos ocupa, aunque muestra una tendencia, si se quiere tímida, hacia la aceptación de la indemnizabilidad del daño moral en la responsabilidad contractual.

33. Cámara Nacional de Representantes, Primer debate del Proyecto de Ley Reformatoria del Código Civil sobre la Reparación de Daños Morales, Acta No. 31, 30/05/1984.

34. Véase, N. 32.

35. Prueba de ello es que el Art. 97 de la Constitución de 1998 contemplaba la necesidad de cumplir los contratos entre los deberes de los ciudadanos.

La sentencia de 6 de septiembre de 2004 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia<sup>36</sup> comenzó reconociendo que “[l]os contratos tienen una finalidad, persiguen un objetivo, ya sea material o moral”. En otras palabras, pueden responder legítimamente a intereses puramente morales, por lo que tal afirmación de la Corte parecía prometedora en el sentido de que la conclusión lógica debía ser que los perjuicios ocasionados por la frustración de estos intereses “morales” debía repararse como daños morales. Sin embargo no fue así y la Corte se limitó a reproducir, sin una argumentación de peso, la doctrina en boga: “[e]l daño se clasifica en material o patrimonial y moral. En la responsabilidad civil contractual, nuestra legislación solo admite el daño material o patrimonial”<sup>37</sup>. Es decir, recurrió a una petición de principios al dar por sentado lo que debía demostrar en su motivación.

El 8 de septiembre de 2010, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia<sup>38</sup> se decantó por una doctrina radicalmente distinta, admitiendo el daño moral incluso de las personas jurídicas, y dijo:

De tal manera que es acertada la tutela de los derechos extra-patrimoniales inherentes al crédito y buena fama comerciales, porque conducen a su vez a la creación de la confianza en acreedores, relaciones comerciales, proveedores, bancos y público en general, así que no es razón suficiente que estos entes no sean capaces de sufrir dolor, sufrimiento, para suponer que el Derecho no puede proteger los intereses subjetivos o morales de las personas jurídicas. Al contrario, tan necesario es el crédito y el prestigio para el desarrollo de las actividades comerciales como para las personas naturales es el honor y su buen nombre. Por ello, cuando de algún modo injusto se atenta contra el buen crédito y el honor de una persona natural o jurídica, es deber de la Justicia reconocer y declarar el derecho de los perjudicados.- De acuerdo con nuestro orde-

36. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, *Victor Andrade Carrillo c. Willan Saltos Ledesma*, Exp. Cas. 200. Sentencia, 06/09/2004, RO Sup. No. 532, 25/02/2005.

37. *Ibidem*.

38. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, *Hotel Boulevard S. A. y Predial Nueve de Octubre S. A. c. Londohotel S. A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada*, Exp. Cas. 508-2010. Sentencia, 08/09/2010, RO Sup. No. 422, 2/04/2013.

namiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil. En la especie, es claro que la empresa Londohotel S.A. y su garante solidaria la Sociedad Comercial Hoteles Limitada incumplieron el contrato de administración y operación del Hotel Casino Boulevard, suscrito el 11 de mayo de 1989, por rompimiento unilateral de convenio, y que en la administración del hotel también ha existido dolo; que tal incumplimiento ha causado daños y perjuicios materiales, y perjuicios morales a las empresas demandantes.

No obstante el notable avance teórico de que da cuenta este fallo, se echa de menos nuevamente un análisis exhaustivo de la normativa sobre daño moral en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, la sentencia de 7 de agosto de 2015 de la Corte Nacional<sup>39</sup> aceptó nuevamente la reparación del daño moral como consecuencia del incumplimiento de un contrato de asistencia médica:

Si bien es cierto que es discutible que quepa daño moral en sede de responsabilidad contractual, por la literalidad del artículo 1572, creemos que en este caso dada la naturaleza del contrato de asistencia médica si cabe considerar que del incumplimiento de un contrato entre médico y paciente se produzcan daños morales. La cuantificación de dicho daño moral quedaría al buen criterio del juzgador según el artículo 2232 del Código Civil.

La Sala admite y ordena la reparación del daño moral como consecuencia del incumplimiento contractual, aunque sostiene que esta reparación es “discutible” debido a la literalidad del artículo 1572 del Código civil. Esta posición constituye un progreso, no sólo porque admite la indemnización, sino, lo que parece tanto

39. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, *María Augusta Aguirre Troya c. Bernardo Blum Pinto*, Juicio No. 17711-2014-0158, Sentencia, 07/08/2015.

o más importante, porque califica de discutible la interpretación que se ha dado tradicionalmente al artículo 1572 y abre el camino para la nueva lectura que planeamos como correcta.

#### **4.2 Desarrollo de laudos nacionales e internacionales sobre la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual**

La posición favorable a la reparación del daño moral en la esfera contractual también ha sido admitida por tribunales arbitrales, tanto nacionales como internacionales. Si bien los pronunciamientos arbitrales no generan una jurisprudencia vinculante (como sí podría suceder con las sentencias dictadas por la Corte Nacional de Justicia), es importante resaltar la posición de distintos tribunales arbitrales, que no han visto impedimento al momento de declararse competentes para conocer sobre ellos y para admitir que son daños resarcibles. Advertimos que debido a la confidencialidad que rige en estos procedimientos, no podremos hacer referencia a las partes involucradas.

A nivel nacional, en un arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil una compañía demandó una indemnización de daño moral por el incumplimiento de la obligación de confidencialidad contenida en un convenio arbitral<sup>40</sup>. El tribunal arbitral, a pesar de desechar la demanda por considerar que la obligación de confidencialidad no fue violada, se declaró competente para conocer la disputa, con lo que tácitamente reconoció que la disputa y sus pretensiones (la indemnización de daño moral) cumplen con los requisitos de la arbitrabilidad objetiva previstos por la Ley de Arbitraje y Mediación.

A nivel internacional, en un arbitraje administrado por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial<sup>41</sup> se discutió tanto

40. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Proceso No. 045-13, 17/09/2014.

41. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, *Partes confidenciales*, Caso No. 50 181 T 00413 06. Laudo final, 5/05/2010.

la arbitrabilidad del daño moral como la posibilidad de resarcirlo en sede de responsabilidad contractual, según el derecho ecuatoriano, y el Tribunal consideró:

398. De este modo, si el daño moral constituye una forma de perjuicio sufrido por la infracción de un contrato que como se expuso puede reclamarse a través de las acciones contractuales, debe entonces concluir el Tribunal que el mismo es competente para determinar si el incumplimiento del Contrato celebrado entre las partes causó daños morales al demandante que deban ser resarcidos por el demandado. A este respecto no sobra reiterar que el numeral 26.1 de las Condiciones Generales del Contrato (CGC) prevé los mecanismos de resolución de conflictos para los “desacuerdos o conflictos que surjan entre ellos en virtud de o en relación el Contrato,” sin excluir ningún tipo de daño.

## **5. ARBITRABILIDAD DEL DAÑO MORAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

Contrariamente a lo que sucede con la responsabilidad contractual, no se discute la posibilidad de que se indemnicen los daños morales ocasionados por un delito o cuasidelito, pues justamente el inciso final de artículo 1572 se refiere expresamente a esa indemnización.

Siendo así no hay obstáculo legal alguno para que su reparación pueda ser materia de arbitraje, y así lo señala el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación que al definir el convenio arbitral se refiere a las controversias que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o no contractuales, y luego contempla una exigencia particular para los casos de indemnizaciones por delitos y cuasidelitos: “[e]n los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje”.



Lo que parece claro, además, del texto transcrito, es que tratándose de esta modalidad de responsabilidad normalmente el arbitraje sólo podrá tener lugar una vez producida la controversia pues solamente entonces pueden conocerse “los hechos sobre los que versará el arbitraje” y satisfacerse, de esa manera, la exigencia del artículo 5; salvo que se trate de materias en las que, por su naturaleza y experiencia práctica, las partes puedan prever eventuales daños aquilianos, como es el caso de los contratos de prestación de servicios médicos o de construcción en los que una cláusula arbitral podría identificarlos *a priori*.

## 6. CONCLUSIÓN

La arbitrabilidad objetiva es uno de los temas más importantes que los tribunales arbitrales deben analizar al momento de examinar su competencia. En el caso de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, el principal requisito para que un asunto sea susceptible de arbitraje es que se trate de materia transigible.

Hemos demostrado que el daño moral es una materia transigible. Si bien por lo general se asimila la materia transigible con aquellos bienes jurídicos de naturaleza patrimonial, esta visión es reductora, pues lo que constituye la esencia de la transigibilidad es que su objeto afecte únicamente el interés privado de quienes celebran el contrato. De esta manera si se ha lesionado un bien jurídico extrapatrimonial o moral que mire solamente al interés privado, esa lesión será susceptible de transacción, y por ende resultará arbitrable. A mayor abundamiento, el legislador ecuatoriano ha optado por el resarcimiento pecuniario del daño moral, lo que robustece la idea de su transigibilidad.

El punto más discutido, tanto en la jurisdicción arbitral como en la ordinaria, dice relación con la posibilidad de indemnizar el daño moral provocado por el incumplimiento contractual. La doctrina jurídica moderna se orienta progresivamente en favor de esa indemnización y creemos que esa debe ser la posición en

nuestro ordenamiento civil, tanto por la norma del artículo 1572 del Código civil, entendida en su exacto sentido, como por la incipiente jurisprudencia que existe sobre este punto y el principio de la reparación integral daño que constituye uno de los pilares de la responsabilidad civil. Como corolario de todo aquello, y con el fundamento textual del artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, debe afirmarse la arbitrabilidad de las controversias que tienen por objeto la reparación del daño moral en sede contractual.

# 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](http://www.cywlegal.com)





# Naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral

*Oswaldo Santos Dávalos\**

*Recibido/Received: 21/07/2017*  
*Aceptado/Accepted: 24/07/2017*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La “renuncia” a la jurisdicción ordinaria. 2.1 ¿Qué es una renuncia? 2.2 Suscribir un convenio arbitral no acarrea una renuncia. 3. ¿Genera el convenio arbitral una obligación de hacer? 3.1 ¿Es cierto que el convenio arbitral genera obligaciones de hacer? 3.2 ¿Qué pasa si se incumple una obligación de hacer? 4. ¿Genera el convenio arbitral obligaciones de no hacer? 4.1 ¿Qué pasa si se incumple una obligación de no hacer? 4.2 ¿Por qué el convenio arbitral no genera obligaciones negativas? 5. ¿Qué son los derechos potestativos? 5.1 Diferencias entre derechos de crédito y derechos potestativos. 5.2 Clases de derechos potestativos. 6. El convenio arbitral genera derechos potestativos. 7. ¿Qué implica que el convenio arbitral genere derechos potestativos? 8. Resumen y conclusiones.

**PALABRAS CLAVE:** arbitraje, convenio arbitral, obligaciones, derechos de crédito, renuncia, derechos absolutos, derechos potestativos.

**KEYWORDS:** arbitration, arbitration agreement, obligations, waiver of rights, absolute rights, rights *in personam*.

\* Socio de Santos Burbano de Lara, Profesor titular de la Universidad San Francisco de Quito. Este artículo se basó en la monografía final presentada dentro de la especialización superior en métodos alternativos de solución de conflictos que el autor cursó en la Universidad Andina Simón Bolívar.

**RESUMEN:** en este artículo se analiza la naturaleza de los efectos derivados de suscribir un convenio arbitral. Se expone por qué, bajo el Derecho ecuatoriano, el convenio arbitral no genera obligaciones. También se explica por qué suscribir un convenio arbitral no supone renunciar a acudir ante la justicia estatal. Finalmente, se explica por qué el convenio arbitral genera derechos potestativos.

**ABSTRACT:** this article studies the legal nature of the effects arising out of an arbitration agreement. We explain why, under Ecuadorean law, an arbitration agreement creates no obligations and why it does not entail a waiver of the right to have recourse to the state's judiciary. We propose a different explanation, which, in our view, accurately describes the nature of those consequences.

## 1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje encuentra su justificación en la voluntad de los particulares de someter sus controversias a la decisión de terceros escogidos de común acuerdo<sup>1</sup>. Esa voluntad se manifiesta a través del convenio arbitral. Es por eso que el convenio arbitral es capital en la vida del arbitraje<sup>2</sup>.

Suscribir un convenio arbitral acarrea una serie de efectos de importancia. Atribuye competencia al árbitro o a los árbitros que serán designados. También faculta a su suscriptor a enervar la pretensión de la otra parte si esta acude a la justicia estatal para resolver un diferendo cobijado por dicho convenio, entre otros efectos.

En este artículo buscaremos determinar cuál es la naturaleza jurídica de la facultad que tiene el suscriptor de un convenio arbitral para impedir que prospere el proceso iniciado por la otra

1. R. CAIVANO, *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada. Colección textos de jurisprudencia*, Bogotá, 2008, p. 21.
2. *Ibidem*.

parte ante la justicia ordinaria. No hay discusión sobre cuáles son los efectos prácticos de esa facultad ni sobre cómo describir los efectos del convenio arbitral, pero sí hay distintos puntos de vista sobre cómo categorizarlos jurídicamente. En nuestra opinión, entender en qué consisten los efectos del convenio arbitral tiene una importancia indiscutible en la comprensión del arbitraje.

Se ha dado algunas explicaciones sobre la naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral. Así, según se dice, el convenio arbitral **(i)** implica una renuncia a acudir a la jurisdicción estatal; **(ii)** genera la obligación de acudir a arbitraje o **(iii)** crea la obligación de no acudir ante la jurisdicción ordinaria. Analizaremos esas posiciones a la luz del Derecho ecuatoriano. También expon-dremos nuestra propia tesis. Consideramos que el convenio genera derechos potestativos; no implica renuncia alguna, ni supone el nacimiento de obligaciones. Explicaremos cuáles son los fundamentos de nuestra posición y por qué consideramos que brinda una explicación satisfactoria.

## 2. LA “RENUNCIA” A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Se ha dicho que la suscripción de un convenio arbitral implica renunciar a acudir ante la jurisdicción ordinaria. En virtud de la cláusula compromisoria las partes

[D]eciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios. Las partes renuncian a que esos asuntos sean decididos por los tribunales de justicia, asignándoselos a particulares, a quienes invisten, como consecuencia de ello, de funciones y facultades jurisdiccionales<sup>3</sup>.

En caso de producirse un diferendo incluido en el convenio arbitral, “ya no existe para las partes la libertad de optar por accionar en la justicia estatal. Quedan obligados a solucionarlo por la vía arbitral [...]”<sup>4</sup>. Para TALERO RUEDA

3. R. CAIVANO, *Arbitraje*, Ad-hoc, 2000, p. 115.

4. Ídem, p. 116.

[E]l pacto arbitral denota la voluntad de las partes, en el sentido de acudir exclusivamente al mecanismo arbitral para resolver sus diferencias. Ello significa que éstas, sin prescindir de la asistencia de las cortes de la justicia estatal, renuncian a ventilar los méritos de la controversia ante dichas cortes<sup>5</sup>.

Nuestra jurisprudencia ha sido diáfana al respecto. En sus palabras, “la celebración del convenio arbitral impide a las partes someter el caso a la justicia estatal”<sup>6</sup>.

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) también acoge esa terminología en más de una ocasión. Primero, al enumerar los requisitos que debe cumplir el convenio arbitral suscrito con una entidad pública; luego, al enunciar cuáles son los efectos de tal convenio. El literal d) del artículo 4 de la LAM dispone que “[e]l convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución”. Más adelante, su artículo 7 establece que el acuerdo arbitral “impide someter el caso a la justicia estatal” y obliga a las partes a acatar el laudo que se expida.

Por tanto, para quienes sostienen esta tesis, celebrar un convenio arbitral trae como consecuencia el que las partes no tengan más alternativa que acudir a arbitraje en caso de presentarse una controversia. Por eso, según GUASP, citado por AYLWIN AZÓCAR, la excepción que se puede deducir en caso de que la otra parte acuda ante la justicia estatal “no es de incompetencia ni de litispendencia, sino de renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial [...]”<sup>7</sup>.

A continuación haremos mención a la institución jurídica de la renuncia. Después explicaremos por qué, en nuestra opinión, la celebración de un convenio arbitral no supone renuncia alguna a la jurisdicción estatal.

5. S. TALERU RUEDA, *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*. Universidad de los Andes, 2008, p. 85.
6. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 261. RO No. 262, 29/01/2004.
7. G. CHIOVENDA. Citado por P. AYLWIN AZÓCAR, *El juicio arbitral*, Jurídica de Chile, 2005, p. 286.



## 2.1 ¿Qué es una renuncia?

Nuestro Código Civil no contiene definición alguna de renuncia. Empero, su artículo 11 dispone que los derechos son renunciables por regla general. Son irrenunciables solo aquellos derechos que la ley ha declarado como tales y aquellos que no miran al solo interés del renunciante. Reza el Código que “[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.

Dado que no existe una definición legal de “renuncia”, es menester entender tal palabra en su sentido natural y obvio, según prescribe el numeral segundo del artículo 18 del Código Civil. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define “renuncia” como “[h]acer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o se puede tener”. Para CABANELLAS, la renuncia es la dejación voluntaria y consciente que uno hace de una cosa, de un derecho, de una acción o de un privilegio que se tiene adquirido o reconocido a su favor. Es una disminución del patrimonio o una dejación de potestades<sup>8</sup>.

## 2.2 Suscribir un convenio arbitral no acarrea una renuncia

En nuestra opinión, hay dos razones para pensar que el convenio arbitral no entraña renuncia alguna. La primera es que la renuncia de los derechos absolutos es un acto jurídico unilateral, por lo que no se explica que tenga como causa eficiente un acto bilateral, como es el convenio arbitral. La segunda razón es que el convenio arbitral necesariamente debe generar derechos ya que es posible renunciar a él.

*La renuncia a acudir a los jueces es un acto unilateral*

El derecho a acceder ante la justicia estatal es un derecho que tienen los particulares frente a todos los demás. Todos los sujetos

8. G. CABANELLAS, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 2008, p. 154.

están obligados a respetar (y a no poner trabas) a ese derecho. Eso quiere decir que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho subjetivo no patrimonial y absoluto. Los derechos subjetivos absolutos son los que se tienen sin respecto a determinada persona, como ocurre con los derechos reales.

En cambio, los derechos subjetivos relativos se tienen con respecto a determinada persona, como es el derecho que tienen los cónyuges a guardarse fe o el derecho que tiene el comodante a que se le restituya el comodato.

No hay discusión de que la renuncia a los derechos subjetivos absolutos requiere de la sola voluntad de su titular, como ocurre con la renuncia a los derechos reales. Sería un absurdo exigir que el titular requiera de la aquiescencia de todos los “sujetos pasivos” de ese vínculo jurídico, cuando esos derechos se ostentan sin respecto a determinada persona.

Por lo tanto, la renuncia a acceder a la justicia estatal necesariamente debería tener como causa un acto unilateral. Siendo así, no tiene justificación alguna pensar que la causa eficiente de esa renuncia pueda ser un negocio jurídico bilateral. Por lo tanto, estimamos que el convenio arbitral, que es un acto bilateral, no puede servir de causa eficiente para disponer de un derecho cuya renuncia requiere de un acto jurídico esencialmente unilateral<sup>9</sup>.

*Si se puede renunciar al convenio arbitral, es porque genera derechos*

El segundo argumento para sostener que el convenio arbitral no implica renunciar a un derecho es que este necesariamente debe crear –y no extinguir– un derecho. Todo eso sigue de la posibilidad de renunciar al convenio arbitral. La premisa de la que partimos es sencilla: para poder renunciar a un derecho es nece-

9. A pesar de que no es materia de nuestro trabajo, cabe resaltar la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional y que todos los derechos constitucionales son irrenunciables. Por lo tanto, habría razones para pensar que una renuncia a acceder ante los jueces carecería de validez. También se debe acotar que un acto bilateral puede *obligar* a las partes a renunciar a algo. En ese caso, se trataría de una obligación de hacer jurídico. Esa obligación tendría por objeto una prestación consistente en extinguir un derecho.

sario ser su titular. La renuncia implica un acto de disposición y no se puede disponer de lo que no se tiene.

Según lo reconocen la jurisprudencia, la legislación y la doctrina, se puede renunciar al convenio arbitral. Así, para AYLWIN AZÓCAR, la suscripción de un convenio arbitral supone la pérdida de jurisdicción de los tribunales estatales. El mismo autor agrega que esa “falta de jurisdicción [...] puede ser renunciada por las partes en cualquier momento de común acuerdo [...]”<sup>10</sup>. Para CHILLÓN MEDINA, “[e]l arbitraje, en cuanto encuentra un fundamento en el *pacta sunt servanda*, es un derecho renunciable en sus propios términos [...], ya que su exclusión no contraría al interés o al orden público”<sup>11</sup>.

La posibilidad de renunciar al convenio arbitral está expresamente reconocida en el artículo 8 de nuestra LAM, que reza que “[l]as partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente”.

En Derecho comparado la situación es similar. La Ley de Arbitraje guatemalteca dispone en su artículo 11 que “[s]e entenderá que las partes renuncian al arbitraje y se tendrá por prorrogada la competencia de los tribunales cuando el demandado omita interponer la excepción de incompetencia”. El artículo 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación nicaragüense dispone que las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso, renuncia tácita o “cuando se inicie causa judicial por una de las partes y el demandado no invoque la excepción arbitral dentro de los plazos previsto (sic) para casa proceso”.

En consecuencia, el convenio arbitral debe generar un derecho renunciable. Además, necesariamente debe ser un derecho relativo. Si el convenio arbitral genera un derecho entre las partes,

10. P. AYLWIN AZÓCAR, N. 7, p. 284.

11. J. CHILLÓN MEDINA y J. MERINO MARCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Civitas, 1991, p. 269.

no puede decirse que su único efecto sea extinguir un derecho. Si fuera cierto que el solo efecto del convenio arbitral consiste en renunciar a un derecho, una vez celebrado ese convenio ya no habría ya a qué renunciar.

Como conclusión, el convenio arbitral trae como consecuencia el nacimiento de un derecho. Siendo así, no es posible que el único efecto del convenio arbitral sea la pérdida o renuncia de un derecho. Por ese motivo, consideramos que se debe descartar la tesis que sostiene que el efecto exclusivo del convenio arbitral es renunciar a la justicia ordinaria.

### 3. ¿GENERA EL CONVENIO ARBITRAL UNA OBLIGACIÓN DE HACER?

Otra tesis sostiene que el convenio arbitral obliga a las partes a someter a arbitraje toda controversia que se encuentre cobijada por él. Para GONZÁLEZ DE COSSÍO, “[e]l efecto principal del acuerdo arbitral es obligar a las partes a recurrir al arbitraje para resolver todas sus diferencias”<sup>12</sup>. En la misma línea, SALCEDO VERDUGA asevera que el convenio arbitral obliga a las partes “a someter sus diferencias a arbitraje, obligación que, por lo tanto, tiene como origen el convenio arbitral”<sup>13</sup>. CAIVANO aduce una vez producido un conflicto amparado por el convenio arbitral, “ya no existe para las partes la libertad de optar por accionar en la justicia estatal [...]”<sup>14</sup>.

Esa tesis postula que en el caso de presentarse un conflicto que esté sujeto a la cláusula arbitral, las partes tienen la obligación de resolverlo mediante arbitraje. En nuestra opinión, es discutible que eso ocurra en el Derecho ecuatoriano. En nuestro ordenamiento, el convenio arbitral tampoco genera obligaciones de hacer.

12. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, Porrúa, 2008, p. 132.

13. E. SALCEDO VERDUGA, *El arbitraje. La justicia alternativa*, 2da. Ed., Distrilib, 2007, p. 109.

14. R. CAIVANO, N. 3, p. 116.

### 3.1 ¿Es cierto que el convenio arbitral genera obligaciones de hacer?

Consideramos que hay dos razones que desvirtúan la posibilidad de que el convenio arbitral genere obligaciones de hacer (en nuestro país, al menos). La primera es que no es cierto que se incumpla con el convenio arbitral al no acudir a arbitraje. La segunda razón es que nuestro ordenamiento trata al “incumplimiento” del convenio arbitral de manera muy distinta que al incumplimiento de las obligaciones de hacer; la diferencia es tan grande que no resulta plausible pensar que los efectos del convenio arbitral pueden clasificarse como obligaciones de ese tipo.

Para explicar nuestra posición es necesario que primero nos refiramos al concepto de obligación, expliquemos cuáles son sus clases dependiendo de cuál sea su prestación, y cuál es su naturaleza jurídica. También será necesario que nos refiramos al régimen previsto en nuestra normativa para el cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer. Esta explicación nos ayudará también al exponer nuestra tesis de por qué el convenio arbitral no genera obligaciones de no hacer, que abordaremos más adelante.

Dice ABELIUK que la definición más corriente de obligación la considera un “vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo”<sup>15</sup>. Para LLAMBÍAS, obligación “es la relación jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor. Acreedor y deudor son los protagonistas que dominan la escena del derecho de las obligaciones”<sup>16</sup>. Además, es esencial a la obligación el elemento responsabilidad, es decir, que el deudor comprometa todo su patrimonio embargable para garantizar el cumplimiento de la obligación. Se lo denomina “derecho de prenda general”, y en virtud de este “el patrimonio del deudor está asegurando que,

15. R. ABELIUK, *Las obligaciones*, Jurídica de Chile, v. I, 1993, p. 29.

16. J. J. LLAMBÍAS, *Código civil anotado: doctrina, jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, tomo II.A, 1989-1992, p. 11.

si no voluntariamente, cuando menos forzosamente o por equivalencia, se cumplirá su obligación”<sup>17</sup>.

La obligación es el aspecto pasivo del derecho de crédito. Como reza el Código Civil, los derechos personales son los que solo

pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos [...]<sup>18</sup>.

Se incumple una obligación cuando no se observa la prestación respectiva. Así, si el comprador no paga el precio, si el comodatario no restituye el comodato o si el arrendatario no paga el canon de arrendamiento, incumplen con sus respectivas obligaciones.

Sucede lo mismo con las obligaciones que consisten en hacer alguna cosa. Si una persona se compromete a construir un muro, incumplirá su obligación si no construye el muro en el tiempo y forma debidos; si un mandatario se compromete a realizar una gestión a nombre del mandante y no lo hace, no habrá observado su prestación tampoco.

Si el convenio arbitral generara obligaciones de hacer, las partes las incumplirían si es que no hicieran aquello a lo que están obligadas. Por tanto, si tal obligación de hacer consistiera en acudir a arbitraje de producirse un diferendo amparado por la cláusula, las partes incumplirían por el solo hecho de no acudir a arbitraje.

En nuestra opinión, no es verosímil sostener que se “incumple” el convenio arbitral si es que no se acude a arbitraje. Supongamos que las partes de un contrato de compraventa suscriben

17. R. ABELIUK, N. 15, p. 485.

18. Código Civil, Art. 596, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

un convenio arbitral para amparar las controversias derivadas de ese contrato. Supongamos que el comprador incumple su obligación de pagar el precio y que el vendedor decide no demandar por considerar que los costos de iniciar un arbitraje superarían el beneficio que podría recibir en caso de obtener un resultado favorable. ¿Podría decirse que el vendedor “incumplió” el convenio arbitral por no acudir a arbitraje? Como es obvio, no.

Si el convenio arbitral genera obligaciones de hacer, no acudir a arbitraje supondría un incumplimiento. Siendo así, si no se acudiera a arbitraje, ¿se verificaría la condición resolutoria tácita? ¿Podría la parte “cumplida” ejercer la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzoso del convenio arbitral? ¿Aplicaría la excepción de contrato no cumplido? Consideramos que la respuesta es negativa.

Hay quienes sostienen que el estar obligado a acudir a arbitraje es lo mismo que estar obligado a no acudir ante la justicia ordinaria. Se entiende que estar obligado a no ir ante la justicia ordinaria vendría a ser lo mismo que estar obligado a acudir a arbitraje.

En nuestro sentir, estar obligado a acudir a arbitraje no es lo mismo que estar obligado a no acudir ante la jurisdicción estatal. Los efectos de esa clase de obligaciones son distintos: si el convenio obligara a las partes a no acudir ante la jurisdicción estatal, tendría un efecto distinto que si las obligara a acudir a arbitraje.

El efecto de estar obligado a iniciar un arbitraje sería el mismo que el efecto de no ir a la justicia estatal si y solo si tales alternativas fueran exhaustivas, es decir, si acudir a la justicia ordinaria o al arbitraje fueran las únicas alternativas del suscriptor de un convenio arbitral. Sin embargo, ese es un falso dilema. Es un falso dilema porque, como explicamos, el suscriptor de un convenio arbitral tiene más alternativas a más de las ya mencionadas en el caso de presentarse una controversia amparada por la cláusula: el acreedor sencillamente puede optar por no exigir su derecho, iniciar una negociación, condonar la deuda, etc.

Hay otra razón para pensar que la naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral es distinta a una obligación de hacer. Para explicarlo tenemos que referirnos al régimen de cumplimiento forzado de ese tipo de obligaciones.

### **3.2 ¿Qué pasa si se incumple una obligación de hacer?**

Según reza el artículo 1569 del Código Civil, si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, el acreedor puede optar, a más de la respectiva indemnización, por cualquiera de las siguientes alternativas.

- Que se le autorice a hacer ejecutar la obligación a un tercero, a cargo del deudor; o,
- Que el deudor lo indemnice por los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato.

También existe un régimen para el cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer jurídico, es decir aquellas cuya prestación consiste en la celebración o en el otorgamiento de un acto jurídico. Según el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), si el hecho debido consistiere en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará el juez en representación del que deba realizarlo<sup>19</sup>. Por tanto, si el deudor de una obligación de hacer jurídico incumple su obligación, el juez puede celebrar el acto en su nombre.

Si el convenio arbitral generara obligaciones de hacer, como dicho hacer consistiría en la realización de un acto jurídico procesal, se llegaría a la inverosímil conclusión de que su cumplimiento forzado consistiría en que sea el juez quien suscriba el acto jurídico procesal respectivo a nombre del “deudor”.

Pero hemos visto que si el “deudor” “incumple” con el convenio arbitral, la solución que prevé el ordenamiento es muy distinta a que el juez “cumpla” a su nombre.

19. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Art. 368 *in fine*, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.



Es tan sencillo como que las partes del convenio arbitral no tienen modo alguno de forzar a la otra a acudir a arbitraje. Como dice REDFERN, en caso de no cumplir con el convenio arbitral, “*an order for specific performance is equally impracticable, since a party cannot be compelled to arbitrate if it does not wish to do so*”<sup>20</sup>. Lo que las partes pueden hacer es crear a la otra la carga procesal de comparecer ante un proceso arbitral, cuando se la cite con la demanda respectiva. El suscriptor de un convenio arbitral puede, además, enervar la acción de su contraparte, si es que esta hubiere acudido con su demanda ante la justicia estatal. Pero no puede hacer más.

Por tanto, concluimos que el convenio arbitral no genera obligaciones de hacer, por dos motivos: porque es un sinsentido sostener que se incumple con el convenio arbitral si no se acude a arbitraje, y porque el régimen para el cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer es distinto al régimen previsto para el caso de que el suscriptor de un convenio arbitral acuda ante la justicia estatal.

A continuación explicaremos por qué el convenio arbitral tampoco genera obligaciones de no hacer. Expondremos cuáles son las razones por las que, en nuestro criterio, a pesar de que el suscriptor de un convenio arbitral puede impedir que prospere el juicio iniciado por su contraparte ante la justicia estatal, tampoco estamos en presencia de obligaciones negativas.

#### 4. ¿GENERA EL CONVENIO ARBITRAL OBLIGACIONES DE NO HACER?

Las obligaciones de no hacer son aquellas cuya prestación consiste en una abstención a cargo del deudor. La obligación de no hacer –dice MEZA BARROS– “consiste en que el deudor se abstenga de un hecho que, de otro modo, le sería lícito ejecutar”<sup>21</sup>. Se las califica como obligaciones negativas, ya que implican que el

20. A. REDFERN y M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, Londres, 1999, p. 7.

21. R. MEZA BARROS, *Manual de derecho civil: de las obligaciones*, Jurídica de Chile, 2001, p. 28.

deudor no realice alguna determinada conducta. Al igual que las obligaciones de hacer, y a pesar de que no es una distinción reconocida por la doctrina, es dable distinguir entre las obligaciones de no hacer material y las obligaciones de no hacer jurídico.

Como su nombre lo indica, las obligaciones de no hacer material son aquellas cuya prestación consiste en la no realización de un hecho distinto a un acto jurídico, como podrían serlo, a manera de ejemplo, no escuchar música en altoparlantes a altas horas de la noche, no construir edificación alguna en una determinada área, etc.

Las obligaciones de no hacer jurídico consisten en la no celebración o en el no otorgamiento de un acto jurídico. Por ejemplo, obligaciones de no hacer jurídico son aquellas consistentes en no otorgar testamento, no contratar a cierto trabajador, no presentar una determinada demanda, etc.

Se sostiene que el convenio arbitral obliga a las partes a no acudir ante la jurisdicción estatal. A diferencia de la tesis que acabamos de exponer, esta tesis implicaría que el deudor está obligado a no realizar un determinado acto, en particular, en no acudir con su demanda ante los jueces ordinarios. Se diferencia con la tesis de la renuncia, porque en esta sí se genera un derecho como contrapartida de la supuesta de la obligación de no hacer; y se diferencia de la segunda tesis porque la prestación objeto de la obligación consiste en un no hacer jurídico, mientras que la prestación objeto de la obligación, según la primera tesis, consiste en un hacer jurídico.

#### **4.1 ¿Qué pasa si se incumple una obligación de no hacer?**

Existen algunas diferencias entre el régimen jurídico del cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer y el de las obligaciones de no hacer. Uno de ellos es que en las obligaciones negativas no es necesario constituir en mora al deudor<sup>22</sup>; otra di-

22. Código Civil, Art. 1572, No. 46, 24/06/2005.

ferencia es que las obligaciones de no hacer no pueden ser cumplidas por un tercero<sup>23</sup>, etc.

El régimen del cumplimiento forzado de las obligaciones de no hacer material es también particular. Según el artículo 1571 del Código Civil, la respuesta depende de si es que la cosa hecha en contravención de la obligación puede o no deshacerse. Si no puede deshacerse, el deudor debe resarcir al acreedor; si puede deshacerse y su destrucción es necesaria, el deudor está obligado a destruirla; si puede deshacerse y su destrucción no es necesaria, debe cumplirse con la obligación por otros medios.

Como dice ABELIUK,

[l]a infracción de la obligación de no hacer presenta también particularidades, porque se traducirá en deshacer lo hecho, siempre que sea posible y necesario. La contravención es una actuación que no podía hacerse; se trata, pues, de restablecer la situación tal como si no hubiera existido incumplimiento<sup>24</sup>.

Por tanto, en principio, si se incumple con una obligación de no hacer, el acreedor está facultado a deshacer aquello que el deudor hubiere hecho en contravención de su obligación.

No se prevé un régimen de cumplimiento forzado en el caso de las obligaciones de no hacer jurídico, como ocurriría si un franquiciante celebrara un contrato de franquicia habiéndose obligado con otro franquiciado a no celebrar otro contrato de esa naturaleza.

Consideramos que el postulado de la relatividad de los negocios jurídicos constituye un límite infranqueable a todo intento de hacer valer una obligación de no hacer jurídico frente a terceros. El postulado de la relatividad de los negocios jurídicos (*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*) quiere decir que estos “no perjudican ni aprovechan a los terceros”, por regla

23. Si alguien se compromete a que un tercero no haga algo, con la salvedad de la promesa por otro, se trataría de una obligación de hacer: impedir que algo suceda.

24. R. ABELIUK, N. 15, Tomo II, p. 664.

general<sup>25</sup>. Si los actos jurídicos no surten efectos sino con respecto a las partes que hubieren intervenido en ellos, la estipulación de un acto no tendría por qué tener efecto alguno en otro, en principio. Siendo así, una estipulación en un contrato que prohíba a una de las partes celebrar otro no tiene por qué alcanzar terceros.

Además, no hay sustento doctrinario o legal alguno para sostener que la contravención de una obligación de no hacer sea una causal para resolver, rescindir, terminar o anular los negocios jurídicos<sup>26</sup>.

Por tanto, en tratándose de las obligaciones de no hacer jurídico, consideramos que nuestro régimen contempla sólo la posibilidad de que el deudor resarza al acreedor, mas no sería dable que se dé por terminado el acto jurídico que el primero se comprometió a no otorgar o celebrar.

#### **4.2 ¿Por qué el convenio arbitral no genera obligaciones negativas?**

Estimamos que el convenio arbitral tampoco genera obligaciones negativas. Eso se debe a que el régimen previsto en la LAM para los casos de “incumplimiento” del convenio arbitral difieren del régimen que es propio de las obligaciones de no hacer, ya que al “incumplir” el convenio arbitral no se debe resarcimiento alguno al “acreedor”.

La contravención de una obligación de no hacer jurídico sólo puede dar lugar al resarcimiento de los perjuicios causados al acreedor. Según explicamos, consideramos que no sería dable que el acto jurídico otorgado o celebrado en contravención de una obligación de no hacer pueda ser disuelto, ya que ello no verificaría ninguna de las causales de disolución de los negocios jurídicos y sería contrario al postulado de relatividad.

25. G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Temis, 2000, p. 358.

26. Ídem, p. 508.

Entonces, cabe preguntarse si la condena en costas impuesta al litigante que acude a la justicia ordinaria a pesar de existir un convenio arbitral vendría a representar el resarcimiento que se tendría que pagar por incumplir con una obligación de no hacer.

Hay razones para pensar que la condena en costas no es equiparable al resarcimiento que aplicaría si el convenio arbitral en efecto generara obligaciones negativas. Eso se debe a que la condena en costas procesales es una institución distinta a la indemnización de daños y perjuicios.

En nuestro ordenamiento jurídico las costas procesales y la indemnización de daños y perjuicios son instituciones jurídicas distintas. En efecto, las costas procesales constituyen los gastos legales que hacen las partes y deben satisfacerse con ocasión de un procedimiento judicial, comprenden (los) honorarios de los abogados defensores [...]. La indemnización de perjuicios, en cambio, es el resarcimiento económico a la víctima por males o injurias que se le ha causado, resarcimiento que no se satisface con el pago de las costas procesales<sup>27</sup>.

La condena en costas no es una especie de resarcimiento de daños y perjuicios, sino que es una clase de sanción que se impone al litigante que ha obrado con deslealtad. Según ha sostenido la jurisprudencia, la condena en costas “procede cuando se ha litigado contra expresas normas legales, cuando no se ha aportado prueba alguna que respalde las pretensiones del litigante o cuando haya mala intención de causar infundadamente perjuicio a la parte”<sup>28</sup>. Lo mismo reza el artículo 284 del COGEP. En cambio, el resarcimiento de daños y perjuicios tiene por finalidad principal dejar a la víctima en la situación en la que habría estado en ausencia del ilícito.

Siendo así, es posible “incumplir” un convenio arbitral sin merecer una condena en costas. Piénsese, por ejemplo, en el caso

27. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Fallo No. 334-99, RO No. 257, 19/08/1999.

28. Corte Suprema de Justicia, Fallo, Gaceta Judicial, Serie XIII, No. 8, p. 1647, 13/03/1980.

de que el convenio arbitral sea de tal modo ambiguo que el actor considere ni siquiera cumple con los elementos esenciales para ser considerado tal. Si eso ocurriera, no podría decirse que la intención de litigante fue causar perjuicios de manera infundada a su contraparte o que su actuar fue temerario. En ese caso, si la otra parte se exceptionara con la existencia del convenio arbitral, la demanda no prosperaría, pero tampoco procedería la condena en costas.

Determinar si se está en presencia de un convenio arbitral no siempre es sencillo. Si siempre fuera fácil, nuestro legislador no habría debido consagrar instituciones como la del *favor arbitralis*, por ejemplo.

El motivo para imponer una condena en costas no sería el “incumplimiento” del convenio arbitral per se, sino el haber obrado con deslealtad. Si una parte acudiera ante los jueces ordinarios a pesar de existir un convenio arbitral claramente válido, habría razones para pensar que obró de manera temeraria y, por tanto, podría justificarse la condena en costas. Pero esa condena debería estar precedida de un análisis más profundo que el determinar si existe o no un convenio arbitral.

La solución que nuestra normativa da en el caso de que se “incumpla” el convenio arbitral es distinta que la que aplicaría si dicho convenio creara obligaciones de no hacer. Por lo tanto, no es cierto que el convenio arbitral genere obligaciones negativas.

## 5. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS POTESTATIVOS?

En esta sección explicaremos por qué, en nuestra opinión, el convenio arbitral genera derechos potestativos. Estimamos que esa es la posición que mejor explica los efectos del convenio arbitral. Para eso debemos revisar cuál es el concepto de derecho potestativo y cuáles son sus clases.

Según ALESSANDRI, gran parte de la doctrina moderna reconoce categoría de derecho subjetivo al poder que, por efecto de una relación determinada, tiene el titular para provocar, por su propia y exclusiva voluntad, es decir, por un acto unilateral, un cambio en la situación jurídica del sujeto pasivo. Se denomina a esos poderes “derechos potestativos”<sup>29</sup>.

Derechos potestativos son aquellos que, a la vez, no implican un deber. Se los ha definido como aquellos que confieren al sujeto la facultad de provocar un determinado efecto jurídico si así lo quiere<sup>30</sup>.

### 5.1 Diferencias entre derechos de crédito y derechos potestativos

Los derechos de crédito y los derechos potestativos son clases de derechos subjetivos. Por derechos subjetivos entendemos aquéllas “facultades o poderes de que son titulares las personas y cuya función es la satisfacción de sus necesidades”<sup>31</sup>.

Las diferencias entre los derechos de crédito y los derechos potestativos son pocas, pero trascendentes. La primera diferencia entre los derechos de crédito y los derechos potestativos es que los primeros tienen una obligación correlativa, mientras que los segundos no, sino una simple relación de sujeción o sometimiento. El sujeto pasivo de un derecho potestativo nada puede hacer para evitar que su titular haga uso de su derecho, ya que tal ejercicio no depende del primero. En cambio, en principio se requiere del consentimiento del sujeto pasivo de un derecho de crédito para que su titular pueda ejercerlo.

La segunda diferencia es que la forma en la que se cumplen los derechos potestativos es a través de un acto jurídico unilateral. Así, por ejemplo, la facultad que tiene quien recibe una oferta de

29. A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA y A. VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones: de las obligaciones en general y sus diversas clases*, Jurídica de Chile, 2da. Ed., 2001, pp. 8-10.

30. G. CABANELLAS, N. 8, Tomo. III, p. 161.

31. A. VALENCIA ZEA, *Derecho civil: parte general y personas*, Temis, 1997, p. 232.

aceptarla o no puede ser ejercida sin que requiera del concurso del oferente. Por otro lado, quien tiene derecho a la observancia de una prestación verá su acreencia satisfecha mediante el pago, que es un acto jurídico generalmente bilateral<sup>32</sup>.

La tercera diferencia que resulta importante para efectos de nuestro trabajo es que los derechos de crédito se extinguen por los modos de extinguir las obligaciones previstos en el artículo 1583 y siguientes del Código Civil. La extinción de los derechos potestativos está sujeta a un régimen diferente.

## **5.2 Clases de derechos potestativos**

Se divide a los derechos potestativos en estrictos y en facultades de poder. Los derechos potestativos estrictos confieren una potestad para crear un efecto jurídico por la sola y exclusiva voluntad de su titular. Por otra parte, las facultades de poder son aquéllas que conceden potestad para “celebrar contratos o actos jurídicos unilaterales que normalmente no trascienden de la esfera jurídica de quien los celebra; pero, en forma tal, que sus efectos se hacen extensivos al patrimonio de otra persona”<sup>33</sup>.

Se considera que los derechos potestativos se caracterizan por ser su eficacia automática, por no requerir de acción alguna de su titular, por regla general, y porque consisten en el derecho de producir un derecho.

A su vez, los derechos potestativos estrictos son de tres clases: los constitutivos, los modificativos y los cancelatorios o negativos. Los constitutivos son aquellos que dan origen a un derecho subjetivo, como el de aceptar una oferta, en tratándose de los derechos personales. Los modificativos son aquellos que permiten modificar una relación jurídica, como ocurre con el derecho de opción del acreedor de una obligación alternativa. Finalmente, los nega-

32. Es claro que hay muchos otros modos de extinguir las obligaciones. Sin embargo, el pago es el modo de extinguir en el que la obligación cumple el fin para el que fue creada. El pago es generalmente un acto bilateral, especialmente cuando se trata de obligaciones de dar.

33. Los primeros cuatro numerales han sido tomados de la obra de G. CABANELLAS, N. 8, Tomo III, p. 161.



tivos son aquellos que tienden a poner término a una obligación, y pueden impedir que surta efecto la voluntad ajena. Se considera como derecho potestativo a las excepciones procesales.

En nuestra opinión, la facultad de oponer la excepción de existencia del convenio arbitral es un derecho potestativo. Como es sabido, las excepciones son aquellos medios de defensa opuestos por el demandado para, ya sea, impedir que la acción sea admitida a juicio o para obtener que sea rechazada total o parcialmente en definitiva. Las primeras se conocen como excepciones dilatorias y las segundas se denominan excepciones perentorias.

Si las acciones son los medios judiciales que la ley en manos de los litigantes para que puedan hacer efectivas sus reclamaciones ante los Tribunales, las excepciones representan los medios de defensa colocados al alcance de los amenazados por la acción<sup>34</sup>.

Deducir excepciones puede modificar la situación jurídica del actor y es de ejercicio facultativo. Modifica la situación jurídica del actor porque puede conducir a que su demanda sea rechazada, a más de cambiar el *thema decidendum* y, por tanto, el tema de prueba. Puede extinguir la acción para exigir ciertos derechos, como cuando se alega la prescripción como defensa; puede ser un requisito para extinguir derechos de crédito, como cuando se aduce la compensación como excepción; e incluso puede anular actos jurídicos, como cuando el perjudicado por un acto viciado por una causal de nulidad relativa se excepciona con la nulidad antes de que el acto sea saneado por el transcurso del tiempo.

Además, el deducir excepciones es una carga procesal. No puede forzarse al demandado a presentarlas, y el hacerlo le conviene a él únicamente. Por tanto, el presentar excepciones le es facultativo.

34. Corte Suprema de Justicia, Fallo, Judicial, Año XLVI, Serie X, No. 3, p. 2185, 07/10/196. (Voto salvado).

Siendo así, las excepciones procesales comparten las características esenciales de los derechos potestativos. En consecuencia, todo acto que faculte a las partes a deducir una determinada excepción creará a su favor un derecho potestativo.

## **6. EL CONVENIO ARBITRAL GENERA DERECHOS POTESTATIVOS**

Según explicamos en nuestra introducción, no existe mayor discrepancia en cuanto a cómo se debe describir los efectos de un convenio arbitral. Una vez que se celebra un pacto arbitral, si la otra parte presenta una demanda ante la justicia estatal para tratar un asunto que se ha sometido a arbitraje, la otra parte puede deducir la excepción de existencia de convenio arbitral. Según el COGEP, esa es una de las excepciones previas que el demandado puede oponer<sup>35</sup>. Si el juez acepta la excepción, se pone fin al proceso.

Es cierto que las partes acuerdan someter sus controversias a arbitraje y también es cierto que el convenio atribuye competencia al tribunal arbitral. Sin embargo, el derecho que las partes adquieren no es otro que el impedir que la demanda de su contraparte ante la justicia estatal prospere. Para BRISEÑO SIERRA, “el compromiso<sup>36</sup> produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el asunto ante un tribunal ordinario”<sup>37</sup>.

Si es que las partes tienen el derecho de defenderse en un proceso con el objeto de que la demanda incoada por la otra parte sea archivada, dependiendo el ejercicio de ese derecho exclusivamente de la voluntad de su titular y teniendo una eficacia casi automática, entonces ese derecho es una excepción procesal.

35. COGEP, Artículo 153(10), RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

36. A pesar de que el autor se refiere al compromiso arbitral, lo que menciona al respecto resulta aplicable a lo que nosotros entendemos por convenio arbitral.

37. H. BRISEÑO SIERRA, *El arbitraje comercial: doctrina y legislación*, Limusa, 1999, p. 33.

Siendo así, concluimos que el convenio arbitral genera derechos potestativos. No crea derechos de crédito ni extingue facultad alguna.

La excepción que les es dada a las partes, a pesar de las múltiples denominaciones que se le ha dado, según hemos visto, es una de tipo dilatorio, ya que en nada impide que la pretensión respectiva pueda ser conocida nuevamente, eso sí, ante el tribunal arbitral competente. Según la LAM, se denomina “excepción de existencia de convenio arbitral”, que no es lo mismo que denominarla excepción de “renuncia a la justicia estatal”, como la llama GUASP, o excepción de “incompetencia”, como la denomina BRISEÑO SIERRA.

## **7. ¿QUÉ IMPLICA QUE EL CONVENIO ARBITRAL GENERE DERECHOS POTESTATIVOS?**

Hemos explicado por qué consideramos que el convenio arbitral genera derechos potestativos y no obligaciones. Hay, al menos, cuatro consecuencias prácticas de importancia que esa distinción trae consigo. Esas consecuencias derivan de las diferencias entre los derechos de crédito y los derechos potestativos que dejamos establecidas ya.

La primera distinción se refiere a la prescripción. Si el convenio arbitral generara obligaciones, estas, como casi cualquier otra obligación, podrían prescribir. La prescripción afectaría a la acción para exigir su cumplimiento, mas no a la existencia de la obligación en sí. Dado que el convenio arbitral genera derechos potestativos y no obligaciones, sería un sinsentido que quien acude ante la justicia estatal aduzca que la facultad que tiene su contraparte para deducir la excepción de convenio arbitral ha prescrito.

La segunda diferencia se refiere al modo en el que se ejerce el derecho de enervar la pretensión contraria. Si el convenio arbi-

tral generara obligaciones positivas, observar su prestación, es decir pagarla, podría requerir de la aquiescencia del sujeto pasivo ya que el pago generalmente es un negocio jurídico bilateral. Por tanto, para poder ejercer el derecho derivado del convenio arbitral podría llegar a ser necesario el consentimiento del deudor. Dado que el convenio arbitral genera derechos potestativos, en ningún momento resulta relevante el consentimiento de la otra parte. Su suscriptor puede deducir la excepción de existencia de convenio arbitral por su sola voluntad. No necesita de la colaboración de la otra parte para hacerlo.

La tercera diferencia alude a la mora y la excepción de contrato no cumplido. Si el convenio arbitral generara obligaciones, al ser un negocio jurídico bilateral, llevaría envuelta la condición resolutoria tácita prevista en el Código Civil. El incumplimiento daría lugar a la acción resolutoria o la acción de cumplimiento forzado del contrato. Aplicaría la excepción de contrato no cumplido. Por lo tanto, habría que analizar si el contratante “incumplido” está en mora.

La última diferencia se relaciona con el cumplimiento forzado. Si el convenio arbitral generara obligaciones positivas, en ciertas hipótesis resultaría posible exigir su cumplimiento. Por tanto, podría forzarse a la contraparte a acudir a arbitraje. Según vimos, el convenio arbitral no otorga esa facultad; sólo permite al suscriptor impedir que prospere el juicio iniciado ante la justicia estatal.

## **8. RESUMEN Y CONCLUSIONES**

Nuestro trabajo tuvo por objeto determinar cuál es, según el Derecho ecuatoriano, la naturaleza jurídica de los efectos que tiene para las partes suscribir un convenio arbitral. Expusimos tres explicaciones distintas: **(i)** la que sostiene que el convenio implica una renuncia a acudir ante la jurisdicción estatal; **(ii)** la que asevera que pactar una cláusula arbitral obliga a las partes a acu-

dir a arbitraje y (iii) la que aduce que las partes de un pacto arbitral están obligadas a no acudir ante la justicia ordinaria.

Según expusimos, tenemos dos razones para discrepar con la primera de esas tesis. La primera razón es que la renuncia de los derechos absolutos es un acto unilateral. Por lo tanto, carecería de sentido que la renuncia tenga como fuente un negocio bilateral, como es el convenio arbitral. La segunda razón es que el convenio arbitral debe generar derechos, porque la ley permite renunciar al convenio arbitral y no se puede renunciar a lo que no se tiene. Si el convenio arbitral implicara únicamente una renuncia, una vez suscrito ya no habría a qué renunciar.

Además, explicamos por qué no es cierto que las partes estén obligadas a someter sus controversias a arbitraje. Siendo así, no es cierto que el convenio arbitral genere obligaciones de hacer.

El convenio arbitral tampoco genera obligaciones de no hacer, dado que el régimen de cumplimiento de las obligaciones de ese tipo es distinto a aquél contemplado para el caso de “incumplimiento” del convenio arbitral.

Finalmente, explicamos por qué, en nuestro sentir, el convenio arbitral genera derechos potestativos. Definimos a los derechos potestativos como aquellos de ejercicio facultativo, que traen como consecuencia la modificación de la situación jurídica del sujeto pasivo, pero sin depender en lo absoluto de la voluntad este. Expusimos por qué las excepciones procesales son derechos potestativos, y por qué, por tanto, el convenio arbitral, al generar la facultad de deducir la excepción de la existencia de convenio arbitral, genera un derecho potestativo para las partes, al cual se puede renunciar expresa o tácitamente.

Nuestro artículo pretendía presentar una explicación diferente sobre la naturaleza jurídica de los efectos que hemos mencionado. A pesar de que estamos conscientes que resulta contraria a la opinión mayoritaria, esperamos que contribuya de algún modo al debate con el fin de dilucidar la naturaleza y

los efectos de una institución tan trascendente como lo es el convenio arbitral.

# 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](http://dechert.com)



**Eduardo Silva Romero**

Socio

Arbitraje Internacional

Paris

+33 1 57 57 80 14

[eduardo.silvaromero@dechert.com](mailto:eduardo.silvaromero@dechert.com)



**Alvaro Galindo**

Consejero Internacional

Washington D.C.

+1 202 261 3316

[alvaro.galindo@dechert.com](mailto:alvaro.galindo@dechert.com)





# El trato justo y equitativo en los tratados de protección recíproca de inversiones ecuatorianos

*Camilo Muriel Bedoya\**

*Recibido/Received: 27/06/2017*

*Aceptado/Accepted: 21/07/2017*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Trato justo y equitativo y el estándar mínimo internacional. 2.1 El estándar mínimo internacional y su relación con el TJE. 2.2 Contenido del TJE. 2.3 Contenido del estándar mínimo internacional: administración de justicia y protección de propiedad. 2.4 Estándar moderno y protección de propiedad. 3. El trato justo y equitativo en los tratados bilaterales de inversión ecuatorianos y su tratamiento por los tribunales arbitrales de inversión. 3.1 El trato justo y equitativo en los TBIs ecuatorianos. 3.2 Particularidades del TJE en los TBIs ecuatorianos. 3.3 Aplicación del derecho internacional y cláusulas de nación más favorecida. 4. El TJE en los arbitrajes de inversión ecuatorianos y la postura de la Procuraduría General del Estado y de la CAITISA. 4.1 *EnCana Corporation c. Ecuador*. 4.2 *Occidental Exploration c. Ecuador (Occidental I)*. 4.3 *Occidental Exploration c. Ecuador (Occidental II)*. 4.4 *Duke Energy c. Ecuador*. 4.5 *M.C.I. c. Ecuador*. 4.6 *Murphy Exploration c. Ecuador (Murphy II)*. 4.7 *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador*. 4.8 Postura de la Procuraduría General del Estado. 4.9 Postura de la CAITISA y denuncia de los TBIs. 5. Conclusión.

\* Asociado en Pérez Bustamante & Ponce Abogados. Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, LL.M., por la University College London y Especialista Superior en Derecho de la Empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar.

C. MURIEL BEDOYA, “El trato justo y equitativo en los tratados de protección recíproca de inversiones ecuatorianos”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

**PALABRAS CLAVE:** Ecuador, inversión extranjera, trato justo y equitativo, TJE, tratado bilateral de inversión, TBI, arbitraje de inversión.

**KEYWORDS:** Ecuador, foreign investment, fair and equitable treatment, FET, bilateral investment treaty, BIT, investment arbitration.

**RESUMEN:** El trato justo y equitativo es uno de los estándares más importantes en el derecho internacional de la inversión extranjera y quizás sea el más invocado en las disputas Inversionista-Estado. Su importancia, sin embargo, es inversamente proporcional a la definición de su contenido. Este artículo analiza al trato justo y equitativo, su relación con el estándar mínimo internacional, cómo ha sido recogido en los principales instrumentos bilaterales de inversión ecuatorianos, cómo lo han abordado diferentes tribunales arbitrales de inversión en los cuales Ecuador ha sido parte, y cuál es la postura de la Procuraduría General del Estado y de la CAITISA. Se concluirá que el estándar está expresamente reconocido por la República del Ecuador, que su contenido y alcance se encuentran en constante desarrollo y que una definición estricta y exhaustiva, sin embargo, podría no ser lo más recomendable para su evolución.

**ABSTRACT:** Fair and equitable treatment is one of the most important standards in international law of foreign investment and it is probably the most invoked standard in Investor-State disputes. Its importance, however, is inversely proportional to the definition of its content. This article analyses the fair and equitable treatment standard, its relationship with the international minimum standard, how it has been established in the main Ecuadorians bilateral investment treaties, the approach taken by different investment arbitral tribunals where Ecuador has been a party, as well as the position of the Ecuadorian Attorney General Office and CAITISA. It will be concluded that the Republic of Ecuador expressly recognises the standard, that its content and scope

are in constant development and that a strict and exhaustive definition, however, might not be the best for its evolution.

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los estándares y obligaciones más importantes del derecho internacional de inversiones es el *trato justo y equitativo*. Se afirma que es el estándar con la mayor relevancia práctica en arbitrajes de inversión<sup>1</sup>, la obligación que más probablemente sea encontrada como violada en estos arbitrajes<sup>2</sup>, y que quizás sea la más importante obligación impuesta a los Estados por medio de instrumentos internacionales<sup>3</sup>. El sistema descentralizado de resolución de controversias relativas a inversiones poco a poco ha ido identificando los elementos que forman parte del estándar, pero no existe todavía un consenso respecto a su naturaleza, definición y alcance. La discusión está lejos de terminar, sin embargo, es síntoma de que el estándar se encuentra en constante desarrollo.

Este trabajo abordará el estudio del trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones, cómo se encuentra reflejado en los instrumentos internacionales de protección recíproca de inversiones suscritos por el Ecuador, y su aplicación. Se partirá de su relación con el derecho consuetudinario internacional para identificar sus fuentes y contenido. Así, en la primera parte se repasará el origen del trato justo y equitativo, su vínculo con el estándar mínimo internacional, y cómo ha tomado forma en la práctica, particularmente en tratados bilaterales de inversión.

1. R. DOLZER y C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2da. Ed., Oxford University Press, 2012, p. 130.
2. M. PAPANINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, 2013, p. xlxxx.
3. F. ORTINO, "Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law", en F. ORTINO (Ed.), *et al, Investment Treaty Law. Current Issues II: Nationality and investment treaty claims. Fair and equitable treatment in investment treaty law*, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2007, p. 90.

Posteriormente, en la segunda parte, se identificará cómo se ha cristalizado el trato justo y equitativo en los instrumentos internacionales de protección recíproca de inversiones suscritos por el Ecuador. Específicamente, se revisarán los tratados bilaterales de inversión suscritos con Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Italia, Países Bajos, Perú, España, Suecia, Suiza, Reino Unido, y Venezuela. Finalmente, se revisará qué han señalado tribunales de inversión respecto al trato justo y equitativo en los casos más relevantes en los que Ecuador ha sido parte, la posición de la Procuraduría General del Estado y de la CAITISA<sup>4</sup>, y los futuros desafíos para el Ecuador con la denuncia de los TBIs.

## **2. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO Y EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL**

DOLZER y SCHREUER sugieren que el trato justo y equitativo (TJE)<sup>5</sup> tiene sus orígenes en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. Afirman que su propósito es llenar los vacíos que pueden dejar otros estándares –particularmente en acuerdos bilaterales o multilaterales de protección recíproca de inversiones– para alcanzar un nivel mínimo de protección a la inversión extranjera<sup>6</sup> y que, para determinar su concepto, es necesario identificar las situaciones a las que comúnmente se lo ha aplicado<sup>7</sup>. Así, entran en juego varios principios –como por ejemplo, transparencia, debido proceso, y buena fe– que han sido incorporados y desarrollados por el TJE. Su ámbito, sin embargo, está en continuo desarrollo y al parecer otros elementos se han ido sumando, como es el caso de la protección de las expectativas legítimas de un inversionista.

4. La Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA) fue creada mediante Decreto Ejecutivo No. 1506, de 6 de mayo de 2013, con el objeto de realizar una revisión de los TBIs ecuatorianos y del sistema de arbitraje de inversiones.

5. Es común que se lo refiera también como “FET”, por sus siglas en inglés (*Fair and Equitable Treatment*).

6. R. DOLZER y C. SCHREUER, N. 1, pp. 120-122.

7. Ídem, p. 145.

La cuestión principal, entonces, es determinar cómo y de qué forma se manifiesta el TJE como una obligación de un Estado. Por ejemplo, en el caso de las expectativas legítimas de los inversionistas, la pregunta que surge es cómo y hasta qué punto la conducta y representaciones de un gobierno pueden darlas a lugar. Estas podrían basarse en las condiciones existentes previas a la inversión y que un Estado podría estar obligado a mantener, pero dependerá a su vez de las condiciones específicas del caso en particular para determinar si el cambio de ciertas circunstancias implica una violación al TJE<sup>8</sup>. Adicionalmente, otro punto de la discusión radica en si este estándar es el mismo o uno más exigente que el requerido por la costumbre internacional, aunque al parecer sí se lo considera como un estándar independiente y más exigente que el estándar mínimo internacional<sup>9</sup>.

A pesar de que el alcance y parámetros de las situaciones que configuran un trato justo y equitativo están en desarrollo, es posible encontrar consideraciones básicas. El TJE no implica un trato *equitativo* necesariamente, se ha mantenido que es un estándar absoluto, que supone que se dé un tratamiento con un cierto nivel mínimo a la inversión extranjera, y que es independiente del trato que un Estado puede dar a sus nacionales<sup>10</sup>. Es decir, el trato que se brinde a nacionales no necesariamente refleja el trato que debe recibir un inversionista extranjero a los ojos del derecho internacional.

De esta forma, el TJE es objeto de constantes interpretaciones y posiblemente más variables surgirán dentro de este estándar con el tiempo. El TJE se expresa como una serie de obligaciones que los Estados deben respetar, pero no tiene un concepto definido. Lo que sí es claro, sin embargo, es que limita hasta cierto punto la actuación de un Estado y da garantías a un inversionista. No obstante, esto no implica que un inversionista no deba ser lo

8. M. KINNEAR, "The Fair and Equitable Treatment Standard" en A. BJORKLUND (Ed.), *et al*, *Investment Treaty Law. Current Issues III: Remedies in International Investment Law. Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2009, p. 226.

9. Véase, M. PAPANIKOLAOU, N. 2.

10. Ídem, pp. 224-225

suficientemente diligente al evaluar el entorno y situación de un país antes de realizar su inversión, o que las condiciones que presenta un país sean inmutables en el tiempo. La pregunta que surge entonces es si su imprecisión o la no exhaustividad de los escenarios que afecta –como en el caso del concepto de *inversión*– es en realidad positivo, o si representa fuente de inseguridad y de posibles extralimitaciones.

Son varios enfoques desde los cuales se puede analizar a este estándar. MILLES, por ejemplo, lo analiza desde el punto de vista regulatorio, concretamente desde la perspectiva ambiental. Señala que la clave para determinar si ha habido un TJE –o un trato injusto e inequitativo– se requiere analizar las legítimas expectativas del inversionista extranjero al entorno regulatorio de un país, y si se respetó el debido proceso. De esta forma, analiza las tensiones entre las legítimas expectativas del inversionista, y la estabilidad del ordenamiento jurídico y del entorno comercial. Finalmente, reflexiona sobre el desarrollo de un sistema más proactivo para la protección del Estado receptor de la inversión<sup>11</sup>.

Adicionalmente, tal como lo aborda PAUWELYN, es importante tomar en cuenta por qué los Estados aceptaron, y continúan aceptando, limitar sus poderes soberanos en favor de inversionistas extranjeros, y abrir la posibilidad de someter las controversias Inversionista-Estado directamente a tribunales arbitrales<sup>12</sup>. Acordeamente, VIÑUALES analiza la soberanía y cómo compatibilizarla con el derecho de la inversión extranjera. Considera que es necesaria la identificación y análisis del concepto de soberanía y su aplicación en el derecho de la inversión extranjera. En especial, señala que es importante el análisis de ciertos elementos específicos, como por ejemplo las cláusulas amplias de TJE<sup>13</sup>.

11. K. MILLES, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2015.
12. J. PAUWELYN, “Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law”, en Z. DOUGLAS (Ed.), *et al*, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, Oxford University Press, 2014.
13. J. VIÑUALES, “Sovereignty in Foreign Investment Law”, en Z. DOUGLAS (Ed.), *et al*, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, Oxford University Press, 2014.

Finalmente, y no menos importante, es transcendental tener en cuenta los diferentes regímenes de los que se deriva o toma elementos el derecho de inversiones (e.g. Derecho Internacional Humanitario, derechos de terceras partes, y protección diplomática). PAPANINSKIS indica que diferentes analogías conducen a diferentes resultados en la aplicación práctica respecto a reglas de interpretación, desarrollo de legislación, y responsabilidad de los Estados. Es decir, las soluciones aportadas por otros regímenes de derecho internacional pueden aportar a la solución de los retos enfrentados por el derecho de inversiones<sup>14</sup>.

Los conceptos “justo” y “equitativo” son en sí subjetivos, por lo que su sentido corriente (*plain meaning*) puede no ser suficiente al interpretar el estándar, especialmente si se toma en cuenta que las partes pueden provenir de sistemas de diferente tradición legal, en donde incluso están presentes diferencias culturales. Su falta de definición, no obstante, da lugar a flexibilidad para circunstancias que puedan surgir en el futuro<sup>15</sup>.

BISHOP, CRAWFORD y REISMAN sugieren que, si bien la interpretación de las partes en una disputa de inversión es subjetiva, la aplicación del estándar de TJE es objetivo, puesto que será un tercero (i.e. un tribunal) quien lo determine<sup>16</sup>. Indican también que bajo derecho consuetudinario internacional los inversionistas tienen derecho a un cierto nivel de trato, pero que es difícil determinar si la mayoría de los países han aceptado que se debe aplicar el estándar mínimo internacional a los tratados de inversión cuando no lo han incorporado expresamente<sup>17</sup>. Adicionalmente, sugieren que el TJE no es sinónimo del estándar mínimo internacional, que ambos estándares pueden coincidir en ciertos aspectos, pero que el garantizar un TJE en un tratado de inversión no incorpora automáticamente al estándar mínimo internacional, y que la cuestión radicará en si las accio-

14. M. PAPANINSKIS, “Analogies and Other Regimes of International Law”, en Z. DOUGLAS (Ed.), *et al.*, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practise*, Oxford University Press, 2014.

15. D. BISHOP, J. CRAWFORD, y M. REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, p. 1011.

16. Ídem, p. 1012.

17. Ídem, pp. 1012-1013.

nes del caso en particular son justas y equitativas o injustas e inequitativas<sup>18</sup>.

Existe en consecuencia un debate respecto a si el estándar representa un concepto independiente o si este es auto contenido, aunque la referencia adicional a derecho internacional podría hacer aparente que los estándares de derecho internacional son consistentes con el TJE<sup>19</sup>.

## 2.1 El estándar mínimo internacional y su relación con el TJE

El Profesor MARTINS PAPANINSKIS indica que al estándar mínimo internacional se lo considera como una regla de derecho internacional y que las disputas respecto al TJE contempladas en instrumentos internacionales son parte de su desarrollo<sup>20</sup>. Así, si el TJE no es un término nuevo en tratados internacionales, sino uno que hace referencia al derecho consuetudinario, también sería relevante tomar en cuenta la práctica por parte de los Estados y si hay *opinio juris* (posiblemente en los memoriales de los Estados en arbitrajes)<sup>21</sup>.

En cuanto a su contenido, es necesario precisar que en un inicio, la creación y desarrollo del estándar internacional se enfocó en la no discriminación de extranjeros (*aliens*) y en el ámbito de denegación de justicia<sup>22</sup>. PAPANINSKIS identifica sus etapas: (i) la primera se enfocó en el tratamiento no discriminatorio de extranjeros y en la denegación de justicia; (ii) la segunda, en la no ex-

18. Ídem, p. 1013.

19. R. DOLZER y M. STEVENS, "Bilateral Investment Treaties" Kluwer 1995, en D. BISHOP, J. CRAWFORD y M. REISMAN, pp. 1013-1014. En el acuerdo NAFTA (TLCAN) el TJE está subsumido al estándar mínimo internacional consuetudinario. Véase, Nota Interpretativa de 31 de julio de 2001 de la Comisión de Libre Comercio del Art. 1105(1) de dicho acuerdo. Véase, F. GONZÁLEZ DE COSSÍO "Trato Justo y Equitativo en Arbitraje de Inversión: Un Ejercicio Interpretativo", «<https://goo.gl/qYJa78>».

20. M. PAPANINSKIS, N. 2, pp. 11-2: *Mínimo* se refiere a lo menos permisible y no a lo menos posible. Véase, R.Y. JENNINGS, "General Course in International Law" (1961) 37 BYIL 156, p. 181 en PAPANINSKIS, N. 13: "*of course the qualification "minimum" standard means the least permissible, and not the least possible*".

21. Ídem, pp. 14-18.

22. Ídem, pp. 47-53. Véase, *LFH Neer y Pauline Neer* (Estados Unidos de América c. México) (1926) 4 RIAA 60. PAPANINSKIS indica que "*Neer operates as the default rule, extrapolated by analogy from denial of justice [...]*".



haustividad del aspecto de no discriminación del estándar; y (iii) la tercera, en el caso *LFH Neer y Pauline Neer*<sup>23</sup>.

Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial, entraría en discusión ya no solo la protección de personas naturales, sino también de inversionistas corporativos<sup>24</sup>. Así, los argumentos de la práctica o jurisprudencia europea de derechos humanos serían utilizados por tribunales de inversión para clarificar la ley existente, de forma interpretativa, o por analogía, como, por ejemplo, el concepto de propiedad, denegación de justicia, expropiación, proporcionalidad, compensación, etc<sup>25</sup>.

PAPARINSKIS señala que el uso del término *fair and equitable*, o lenguaje similar, ya era usado desde antes de la Segunda Guerra Mundial, y que usualmente estaría relacionado con el comercio de mercancías<sup>26</sup>. La discusión alrededor del TJE y su contenido, sin embargo, se acentuaría con el desarrollo de los instrumentos internacionales y, concretamente, con los arbitrajes de inversión Inversionista-Estado.

Después de la Segunda Guerra Mundial hubo varios intentos de acuerdos multilaterales que abordaron de cierta forma el término, pero estas iniciativas fracasaron<sup>27</sup>. En consecuencia, otra corriente adquiriría protagonismo y los Estados incluyeron reglas de TJE –usualmente como una obligación separada– en los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones suscritos con sus pares<sup>28</sup>.

Tal como se mencionó anteriormente, la pregunta que surge entonces es si el TJE es igual al estándar mínimo internacional, si

23. Ídem, p. 64.

24. Ídem, Véase también, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica c. España) (1970) CIJ. En este caso se trató la relación entre Derechos Humanos y la protección a inversionistas.

25. Ídem, pp. 81-82.

26. Ídem, pp. 84-89. El autor cita, por ejemplo, el uso de *Right and Justice*, en un tratado suscrito por Gran Bretaña y Suecia en 1654, y el uso de *justice and equity*, en un tratado de paz y comercio celebrado entre Gran Bretaña y Dinamarca en 1670.

27. Ídem, pp. 90-2. Véase, 1947 Havana Charter of the international trade organization (*just and equitable treatment*); 1948 Economic Agreement of Bogota (*equitable treatment*); 1959 Abs-Shawcross Draft Convention (*fair and equitable treatment*).

28. Ídem, p. 93.

este es independiente de la práctica consuetudinaria, o si se trata de un híbrido. Dado el régimen descentralizado del arbitraje de inversión, se han dado diferentes enfoques y en algunos casos se ha equiparado al TJE con el estándar mínimo consuetudinario, como un estándar independiente de la costumbre, o un enfoque intermedio<sup>29</sup>. Por último, se sugiere que las reglas de TJE consagradas en los TBIs hacen referencia al estándar consuetudinario o, por lo menos, requiere que se lo tome en cuenta para poder interpretarlo<sup>30</sup>.

## 2.2 Contenido del TJE

Dado que el TJE está contemplado en instrumentos internacionales, es necesario referirse a las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>31</sup>. La interpretación debe realizarse en el contexto del tratado, a la luz de su objeto y fin. De acuerdo a lo indicado por PAPANINSKI, la costumbre puede ser relevante y podría incluso tomarse en cuenta la práctica internacional relacionada con el TJE

29. *Ibid.*, pp. 94-5, 160.

30. *Ibid.*, pp. 95, 102.

31. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Ratificada mediante Decreto Ejecutivo No. 619, RO No. 134, 28/07/2003.

Art. 31.- Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
  - a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; y,
  - b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
  - a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
  - b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; y,
  - c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Art. 32.- Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o,
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

en reglas *pari materia* desarrollada por tribunales internacionales. Así, sugiere que la Convención de Viena da dos vías para introducir a la costumbre internacional en el proceso de interpretación: el sentido corriente o sentido especial pueden hacer referencia directa a la costumbre (Art. 31(1) y Art. 31(4)), y que la costumbre relevante podría tomarse en cuenta en el contexto del artículo 31(3)(c)<sup>32</sup>. Surge entonces la pregunta en cuanto a la importancia de la costumbre en el proceso interpretativo.

PAPARINSKIS concluye que el significado ordinario de TJE es una referencia al estándar mínimo internacional –especialmente respecto a la administración de justicia– y que el contenido de la regla consuetudinaria informa sobre el significado ordinario del término en el tratado<sup>33</sup>. Adicionalmente, afirma que el derecho consuetudinario puede ser tomado en cuenta incluso si no se acepta el argumento de que el TJE hace referencia al estándar mínimo consuetudinario, toda vez que la Convención de Viena (Art. 31(3)(c)) permite considerar normas de derecho internacional aplicable y que la relevancia del derecho consuetudinario es incuestionable, aunque su peso interpretativo dependería del caso concreto, el cual sería el mismo que el contexto del tratado<sup>34</sup>

### 2.3 Contenido del estándar mínimo internacional: administración de justicia y protección de propiedad

Actualmente no existe una práctica estatal tan amplia y consistente, ni *opinio juris*, como para que se la considere como derecho consuetudinario; sin embargo, esta puede ser relevante<sup>35</sup>. Se afirma que el TJE aplica incuestionablemente a la administración de justicia y que los tribunales arbitrales han aceptado que las reglas de TJE hacen referencia al derecho consuetudinario de denegación de justicia<sup>36</sup>. PAPARINSKIS establece el contenido del

32. M. PAPARINSKIS, N. 2, p. 155.

33. Ídem, pp. 163-165.

34. Ídem, pp. 166-171.

35. Ídem, p. 171.

36. Ídem, p. 181. Véase, C. MURIEL BEDOYA, “Chevron and the Ecuadorian Torpedo”, *Cambridge International Law Journal*, 22/12/2016, «<http://cilj.co.uk/2016/12/22/chevron-and-the-ecuadorian-torpedo/>».

estándar de administración de justicia en tres pasos: **(i)** basándose en derecho consuetudinario clásico de denegación de justicia para proveer su contexto; **(ii)** llenado por razonamiento de derechos humanos; y **(iii)** confirmado por casos de inversión<sup>37</sup>.

Así, se han desarrollado normas para que la denegación de justicia se configure como, por ejemplo, el agotamiento del sistema judicial local, que exista independencia de otras funciones del Estado, o que el cumplimiento de normas locales no necesariamente excluye el cometimiento de una violación de derecho internacional<sup>38</sup>. Ha sido generalmente aceptado que se deben agotar los remedios locales para que se configure denegación de justicia, sin embargo, su alcance y contenido no están determinados con certeza absoluta<sup>39</sup>. Por ejemplo, se ha discutido si es razonable no agotar dichos remedios o si los existentes son remedios adecuados, etc.

En cuanto a la protección de propiedad, al igual que en el caso de administración de justicia, también debe ser analizado el lenguaje del tratado, la costumbre puede ser relevante, así como argumentos comparativos de otras ramas (e.g. derechos humanos), y los casos de inversión<sup>40</sup>. PAPANINSKIS señala que el punto de partida es el alcance y contenido del derecho de expropiación indirecta y la legalidad de la expropiación directa, y que el estándar de protección de propiedad es diferente del derecho de expropiación, en el que no se requiere interferencia con derechos de propiedad. Si los argumentos de tratados de Derechos Humanos pueden ser usados para explicar reglas análogas de protección de inversiones –bajo el Art. 31(3)(c) de la Convención de Viena– en consecuencia, si las partes del tratado de inversión también son partes de un tratado de Derechos Humanos, se vuelve material de interpretación admisible la interpretación hecha por una corte de derechos humanos por su relevancia<sup>41</sup>.

37. *Ibidem*.

38. *Ídem*, pp. 182-193, 205.

39. *Ídem*, pp. 205-206. Véase, C. MURIEL BEDOYA, N. 35.

40. *Ídem*, p. 214.

41. *Ídem*, pp. 227-228.

Es muy importante, sin embargo, mantener presente las diferencias de otros regímenes con el derecho internacional de inversiones. El derecho de inversiones tiene reglas diferentes –por ejemplo, para expropiación– y el sistema de derechos humanos con el que se lo pretendería comparar puede no reconocer derechos a entidades legales, sino solo a individuos<sup>42</sup>.

## 2.4 Estándar moderno y protección de propiedad

Son diferentes elementos los que forman –o al menos se alega que lo hacen– el estándar moderno<sup>43</sup>:

- Arbitrariedad
- Buena fe
- Discriminación
- Transparencia
- Debido proceso
- Expectativas

Un trato arbitrario puede ser uno opuesto al estado de derecho, que no toma en cuenta en debido proceso<sup>44</sup>. Por su parte, la buena fe puede ser relevante para complementar otros aspectos del estándar internacional. Actuar de buena fe es un principio que ya está implícito en el ordenamiento legal internacional e, interesantemente, PAPANINSKIS comenta que los casos más extremos de arbitrariedad pueden ser explicados desde la mala fe<sup>45</sup>. La discriminación también es parte del estándar internacional, e implica el requerir justificaciones razonables para un tratamiento diferente en casos similares<sup>46</sup>. Por otro lado, la transparencia se configura como la previsibilidad de la ley y su aplicación (o por su falta de previsibilidad)<sup>47</sup>. En cuanto al debido proceso, las segu-

42. Ídem, p. 229.

43. Ídem, pp. 238-239.

44. Ídem, p. 239. Véase, *Waste Management*, párr. 98.

45. Ídem, pp. 244-245.

46. Ídem, p. 247.

47. *Ibidem*.

ridades procesales son muy importantes en la interpretación del estándar internacional<sup>48</sup>.

Finalmente, las legítimas o razonables expectativas del inversionista podrían ser el elemento de mayor alcance del estándar internacional<sup>49</sup>. Existen, sin embargo, diferentes variables que lo determinarían y pueden haber, por ejemplo, actos unilaterales que obliguen a un Estado<sup>50</sup>. Así, por ejemplo, un incumplimiento contractual por parte de un Estado no necesariamente configura una violación de derecho internacional, pero también pueden haber otras variables –como cláusulas de estabilización o cláusulas paraguas– que sí podrían dar lugar a responsabilidad internacional.

Es razonable concluir que el estándar mínimo internacional se refleja en las reglas de instrumentos internacionales, como por ejemplo las que regulan el TJE. El derecho consuetudinario, y el de otras ramas del derecho internacional pueden ser relevantes, pero su alcance y desarrollo todavía están en constante evolución. En el siguiente apartado se observará cómo se ha recogido el TJE en los tratados bilaterales de inversión suscritos por la República del Ecuador.

### **3. EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN ECUATORIANOS Y SU TRATAMIENTO POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES DE INVERSIÓN**

Ecuador suscribió varios Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) en las últimas décadas. En esta parte se revisará cómo está contemplado el TJE en los textos de los TBIs suscritos con Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Estados

48. Por ejemplo, es transcendental al momento de discutir una expropiación y muy relevante al analizar un caso en el que se alegue denegación de justicia.

49. Ídem, p. 251.

50. Ídem, pp. 251-252. PAPANINSKI señala que las expectativas del inversionista derivadas de un acto unilateral podrían operar autónomamente de las reglas de un TBI, aunque podrían también ser cubiertas si existen reglas amplias de jurisdicción o nación más favorecida en el mismo TBI.

Unidos de América, España, Finlandia, Francia, Italia, Países Bajos, Perú, Reino Unido, Suecia, Suiza, y Venezuela<sup>51</sup>. Posteriormente, se analizará cómo han interpretado el TJE los tribunales de inversión en los casos en los que Ecuador ha sido parte.

### 3.1 El trato justo y equitativo en los TBIs ecuatorianos

El TJE ha sido expresamente reconocido por la República del Ecuador. A continuación, se resumirá cómo se lo ha recogido en diferentes TBIs. Es importante notar que desde el año 2009 se iniciaron procedimientos formales para denunciar los TBIs que se analizarán a continuación. En el año 2010 se emitió el decreto ejecutivo de denuncia del TBI finlandés, y el pasado mayo de 2017 el ex Presidente Rafael Correa emitió los decretos ejecutivos en los que se decretó denunciar y declarar terminados los TBIs restantes. En los mismos decretos se dispuso la notificación a los estados contrapartes de estos instrumentos, pero de la información pública disponible no se ha confirmado si dichas notificaciones

51. Véase, Tabla: Tratados Bilaterales de Inversión Ecuatorianos. Los textos de todos estos TBIs, excepto el de Italia, fueron publicados adicionalmente a su publicación individual, en el Tomo II del Suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de noviembre de 2005. Ecuador también suscribió TBIs con otros países y en algunos de estos se hace referencia expresa al TJE. Los siguientes tratados ya no se encuentran vigentes o han sido denunciados: Costa Rica, suscrito el 05 de diciembre de 2001 (no entró en vigencia por falta de procedimientos por parte de Costa Rica); Cuba, suscrito el 06 de mayo de 1997 (denunciado por Ecuador); El Salvador, suscrito el 15 de mayo de 1994 (denunciado por Ecuador); Guatemala, suscrito el 14 de agosto de 2002 (el 17 de enero de 2008 se comunica la denuncia del TBI); Honduras, suscrito el 26 de junio de 2000 (denunciado por Ecuador); Nicaragua, suscrito el 02 de junio de 2000 (denunciado por Ecuador); Paraguay, suscrito el 28 de enero de 1994 (denunciado por Ecuador); República Dominicana, suscrito el 26 de junio de 1998 (Denunciado por Ecuador); Rumania, suscrito el 21 de marzo de 1996 (denunciado por Ecuador); Rusia, suscrito el 25 de abril de 1996 (no vigente, Rusia no lo ratificó); Uruguay, suscrito el 31 de julio de 1985 (denunciado por Ecuador). Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Oficio No. MREMH-CGJ-2015-0236-OF, de 21 de agosto de 2015, remitido al autor. En el RO No. 452, 23/10/2008 se publicó la Nota No. 5084/GVMIDGPEI/DGT/08 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de enero de 2008, por la cual se comunica a las Embajadas de Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Uruguay, que el 17 de enero de 2008 se instruyó a la Embajada del Ecuador en estos países que presente la denuncia de los TBIs suscritos con dichos países. En la Nota se indica que Ecuador “se encuentra realizando una revisión de su sistema jurídico y de la política nacional e internacional en materia de inversiones”, que cada TBI en mención “no ha logrado alcanzar su objetivo fundamental, es decir, motivar la atracción de capitales para la inversión productiva bilateral” y que “tan pronto se haya definido el nuevo marco jurídico y se cuente con un Modelo de Acuerdo acorde a dicho esquema se podría retomar la negociación de instrumentos similares. Asimismo, el Ecuador privilegiará el tratamiento de temas de inversión en el contexto de esquemas de integración económicos más amplios.”

ya han sido realizadas. Todos los TBIs, sin embargo, cuentan con una cláusula de supervivencia<sup>52</sup>.

### **3.1.1 TBI Ecuador-Alemania<sup>53</sup>**

En este TBI se menciona al TJE en su preámbulo y en el Artículo 2(1):

RECONOCIENDO que un Convenio sobre el tratamiento que debe acordarse a dichas inversiones estimulará el flujo de capital y tecnología y el desarrollo económico de las Partes Contratantes y que es deseable *un trato justo y equitativo de las inversiones* [...]

#### **ARTICULO 2. - Fomento de Inversiones**

(1) Cada una de las Partes Contratantes, de acuerdo con sus disposiciones legales vigentes, permitirá dentro de su respectivo territorio, las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, promoviéndolas en lo posible. En todo caso *tratará justa y equitativamente a las inversiones de capital* (Énfasis añadido).

### **3.1.2 TBI Ecuador-Argentina<sup>54</sup>**

#### **Art. 3.- Protección de inversiones**

(1) *Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones* de inversores de la otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias (Énfasis añadido).

52. Véase, Tabla: Tratados Bilaterales de Inversión Ecuatorianos. La mayoría de TBIs establece un periodo de supervivencia de diez o quince años desde la fecha de terminación. Las excepciones son el TBI Ecuador-Italia, con cinco años; y, el TBI Ecuador – Reino Unido, con veinte años.

53. El *Tratado Entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania Sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital* y su Protocolo fueron suscritos el 21/03/1996, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 335, 23/05/1997, RO No. 84, 11/06/1997.

54. El *Convenio Entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* fue suscrito el 18/02/1994, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2996, 21/08/1995, RO No. 785, 20/09/1995.



### 3.1.3 TBI Ecuador-Bolivia<sup>55</sup>

#### Art. 3.- Protección de Inversiones

(1) *Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias (Énfasis añadido).*

### 3.1.4 TBI Ecuador-Canadá<sup>56</sup>

#### Art. II.- Establecimiento, Adquisición y Protección de las Inversiones

2. Ambas Partes Contratantes *tratarán a las inversiones o los beneficios de los inversionistas de la otra Parte Contratante.*

(a) *de modo justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional; y*

(b) *les proporcionarán protección y seguridad totales (Énfasis añadido).*

### 3.1.5 TBI Ecuador-Chile<sup>57</sup>

#### Art. 4.- Protección de Inversiones

(1) *Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce, usufructo, ampliación, liquidación o disposición, a través de medidas injustificadas o discriminatorias (Énfasis añadido).*

55. El *Convenio Entre la República del Ecuador y la República de Bolivia Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* fue suscrito el 25/05/1995, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 352-B de 02/06/1997, RO No. 159, 24/09/1997.

56. El *Convenio Entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Canadá Para el Fomento y Protección Recíproca de Inversiones* fue suscrito el 29/04/1996, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 352-B de 2/06/1997, RO No. 105, 10/07/1997.

57. El *Convenio Entre El Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Chile Para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones* fue suscrito el 27/10/1993, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2996 de 21/08/1995, RO No. 785, 20/09/1995.

### **3.1.6 TBI Ecuador-China<sup>58</sup>**

**Artículo 3(1).**- Las inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes y las actividades relacionadas con las mismas gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante (Énfasis añadido).

### **3.1.7 TBI Ecuador-Estados Unidos de América<sup>59</sup>**

En este TBI se menciona al TJE en su preámbulo y en el Artículo II(3)(a):

Convinando en que, a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, *es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones [...]*

#### **Art. II**

3. a) *Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional (Énfasis añadido).*

### **3.1.8 TIB Ecuador-España<sup>60</sup>**

#### **Art. IV.- Tratamiento**

1. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio *un tratamiento justo y equitativo a las inversiones* realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante (Énfasis añadido).

58. El *Convenio Entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China Para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones* fue suscrito el 21/03/1994, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 352-B de 2/06/1997, RO No. 104, 9/07/1997.

59. El *Tratado Entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América Sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* fue suscrito el 27/08/1993, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 3143 de 13/10/1995, RO No. 49, 22/04/1997.

60. El *Acuerdo Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Entre el Reino de España y la República del Ecuador* fue suscrito el 26/06/1996, RO No. 106, 11/07/1997.

### 3.1.9 TBI Ecuador-Finlandia<sup>61</sup>

En este TBI se menciona al TJE en su preámbulo y en el Artículo 3:

DESEOSOS de intensificar la cooperación económica para el beneficio mutuo de ambos países y *mantener condiciones justas, equitativas y favorables para las inversiones* de inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante [...]

**Artículo 2.** - Promoción y Protección de Inversiones

2.- *Cada una de las Partes Contratantes acordará en todo momento en su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento justo y equitativo y protección y seguridad totales y constantes (Énfasis añadido).*

### 3.1.10 TBI Ecuador-Francia<sup>62</sup>

**Art. 4.-** Cada una de las Partes Contratantes se compromete a garantizar un trato justo y equitativo, conforme a los principios del Derecho Internacional a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante y a hacer lo necesario para que el ejercicio del derecho así reconocido no se vea obstaculizado ni en derecho ni de hecho.

En particular aunque no exclusivamente, se considerará como obstáculo de derecho y de hecho al trato justo y equitativo, cualquier restricción a la adquisición y al transporte de materias primas y materias auxiliares, de energía y combustibles,

61. El *Convenio Entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia Sobre la Promoción y Protección de Inversiones* fue suscrito el 18/04/2001, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1756 de 13/08/2001, RO No. 483, 28/12/2001. Mediante Decreto Ejecutivo No. 576 de 9/12/2010, el Presidente de la República decretó denunciarlo y declararlo terminado, derogar el Decreto Ejecutivo No. 1756 de 13/08/2001, por el cual se lo ratificó, y ordenó su notificación a la República de Finlandia. El Decreto Ejecutivo No. 576 fue publicado en el RO No. 345, 21/12/2010. El TBI establece en su Artículo 14 que tiene una vigencia de diez años y que, a menos que se envíe una notificación oficial de terminación doce meses antes de la expiración de su periodo de validez, será extendido tácitamente por periodos adicionales de diez años. La información pública disponible no indica esta fecha; sin embargo, el TBI cuenta con una cláusula de supervivencia, en la que se señala que: "(2) Con respecto de aquellas inversiones efectuadas antes de la fecha de aplicación de la notificación de expiración de este Convenio, las disposiciones de los Artículos 1 a 13 seguirán vigentes por un periodo de diez años desde la fecha de terminación".
62. El *Convenio Entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa Para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones* fue suscrito el 07/09/1994, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2996 de 21/08/1995, RO No. 778, 11/09/1995.

así como de medios de producción y explotación de cualquier tipo, igualmente cualquier obstáculo a la venta y al transporte de los productos dentro y fuera del país y en el extranjero, así como cualquier otra medida que tuviere efecto análogo (Énfasis añadido).

### **3.1.11 TBI Ecuador-Italia<sup>63</sup>**

#### **Art. 2.- Promoción y Protección de Inversiones**

3. *Ambas Partes Contratantes garantizarán en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones* de inversionistas de la otra Parte Contratante. Ambas Partes Contratantes garantizarán que la gestión, mantenimiento, uso, transformación, goce o cesión de las inversiones efectuadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante, así como las compañías y empresas en las que dichas inversiones han sido efectuadas, no serán en ningún modo sometidas a medidas injustificadas o discriminatorias (Énfasis añadido).

### **3.1.12 TBI Ecuador-Países Bajos<sup>64</sup>**

En este TBI se menciona al TJE en su preámbulo, así como en el Artículo 3:

RECONOCIENDO que un Convenio sobre el tratamiento que debe acordarse a dichas inversiones estimulará el flujo de capital y tecnología y el desarrollo económico de las Partes Contratantes *y que es deseable un trato justo y equitativo de las inversiones [...]*

#### **Art. 3.- Tratamiento general**

1. *Cada una de las Partes Contratantes garantizará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones* de los inversionistas de la otra Parte Contratante y no impedirá mediante medidas irrazonables o discriminatorias, la operación, manejo, mantenimiento,

63. El *Convenio Entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Italiana Sobre la Promoción y Protección de Inversiones* fue suscrito el 25/10/2001 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 544-A de 25/06/2003.

64. El *Convenio Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Entre la República del Ecuador y el Reino de Los Países Bajos* fue suscrito el 27/06/1999, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1412-C de 5/04/2001, RO No. 406, 6/09/2001.

uso, goce o enajenación de las mismas por dichos inversionistas. Cada una de las Partes Contratantes acordará a dichas inversiones plena protección y seguridades físicas (Énfasis añadido).

### 3.1.13 TBI Ecuador-Perú<sup>65</sup>

En este TBI se menciona al TJE en su preámbulo, así como en el Artículo 3:

ANIMADOS del propósito de crear y mantener condiciones justas, equitativas y favorables para las inversiones de inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante [...]

#### **Art. 3.- Tratamiento de Inversiones**

1. Cada Parte Contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante realizadas de conformidad con el presente Convenio y no impedirá, con medidas arbitrarias o discriminatorias, la libre administración, utilización, uso, goce o disposición de las inversiones de los inversionistas de esa Parte Contratante (Énfasis añadido).

### 3.1.14 TBI Ecuador-Reino Unido<sup>66</sup>

#### **Art. 2.- PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES.-** (sic)

(2) *Las inversiones de nacionales y compañías de cada una de las partes contratantes recibirán un tratamiento justo y equitativo y deberán gozar de total protección y seguridad en el territorio de la otra parte contratante. Ninguna parte contratante podrá de ninguna manera impedir mediante medidas irrazonables o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de inversiones de nacionales o compañía de otra*

65. El *Convenio Entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República del Perú Sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* fue suscrito el 7/04/1999, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1325-A de 1/10/1999, RO No. 341, de 17/12/1999.

66. El *Convenio Entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador Para la Promoción y Protección de Inversiones* fue suscrito el 10/05/1994, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2996 de 21/08/1995, RO No. 778, 11/09/1995.

parte contratante en su territorio. Las partes contratantes deberán observar cualquier obligación que pueda haber adquirido en relación con inversiones de nacionales o compañías de la parte contratante (Énfasis añadido).

### 3.1.15 TBI Ecuador-Suecia<sup>67</sup>

En este TBI se menciona al TJE en su preámbulo, así como en el Artículo 2:

Deseos de intensificar la cooperación económica para mutuo beneficio de ambos países y *mantener condiciones justas y equitativas para las inversiones* de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante. [...]

#### **Art. 2.- Promoción y Protección de Inversiones**

3) *Cada Parte Contratante deberá en todo momento asegurar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones* de inversionistas de la otra Parte Contratante y no deberá afectar a la administración, mantenimiento, uso, disfrute o enajenación de las mismas, así como la adquisición de bienes y servicios y la venta de su producción, a través de medidas injustificadas o discriminatorias (Énfasis añadido).

### 3.1.16 TBI Ecuador-Suiza<sup>68</sup>

**Artículo Primero.** - Cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete a proteger los bienes invertidos en su territorio por los nacionales o sociedades de la otra Parte y a no poner obstáculos por medidas injustificadas o discriminatorias a la gestión, el mantenimiento, la utilización, el goce, el aumento y, dado el caso, la liquidación de esos bienes. Cada Parte otorgará las autorizaciones necesarias, especialmente en lo que se refiere a inversiones, así como a la conclusión y ejecución de contratos de licencia, de asistencia comercial, administrativa o técnica.

67. El *Acuerdo Entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República el Ecuador Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* fue suscrito el 31/05/2001, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2135 de 28/11/2001, RO No. 502, 25/01/2002.

68. El *Acuerdo entre la República del Ecuador y la Confederación Suiza relativo a la protección y al fomento de las inversiones* fue suscrito el 02/05/1968, RO No. 198, 07/04/1971.

*En particular, los nacionales o las sociedades de una de las Altas Partes Contratantes se beneficiarán, en lo que se refiere a sus bienes, en el territorio de la otra Parte, de un trato justo y equitativo, por lo menos igual al que reconoce esta Parte a sus nacionales o, si es más favorable, del trato acordado a los nacionales o a las sociedades de la nación más favorecida (Énfasis añadido).*

### 3.1.17 TBI Ecuador-Venezuela<sup>69</sup>

#### **Art. III.- PROTECCION DE INVERSIONES (sic)**

1.- *Cada Parte Contratante de conformidad con las normas y principios del Derecho Internacional, asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias (Énfasis añadido).*

## 3.2 Particularidades del TJE en los TBIs ecuatorianos

En todos los TBIs se reconoce, asegura, garantiza, concede o acuerda el TJE, y en los TBIs celebrados con Alemania, Estados Unidos, Finlandia, Países Bajos, Perú, y Suecia, incluso se lo menciona expresamente en su preámbulo. Salvo el caso del TBI celebrado con Suiza –que protege los *bienes* de los nacionales o sociedades de la otra Parte– en todos los tratados se hace mención al TJE de *inversiones*. Sin embargo, algunos de los tratados tienen particularidades especiales. Así, por ejemplo, en el TBI suscrito con Alemania, el TJE tiene como objeto las inversiones *de capital*, el celebrado con Canadá hace referencia a las inversiones *o los beneficios de los inversionistas*, y el TBI chino menciona a las *inversiones y las actividades relacionadas con las mismas*.

Otro elemento que se repite en varios TBIs, que acompaña al TJE, es la obligación de no mantener medidas injustificadas o dis-

69. El *Convenio Entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Venezuela Para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones* fue suscrito el 18/11/1993, RO No. 548, 14/10/1994.

criminatorias<sup>70</sup>, o irrazonables o discriminatorias<sup>71</sup>, que puedan afectar a las inversiones. En estos TBIs es constante además la enumeración de qué actividades no deberán ser perjudicadas por medidas injustificadas/irrazonables o discriminatorias. De esta forma, coinciden homogéneamente algunos TBIs<sup>72</sup> en que no se perjudicará la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición<sup>73</sup> de las inversiones. Otros, añaden elementos adicionales como el usufructo, ampliación, liquidación<sup>74</sup>; transformación<sup>75</sup>; operación, manejo<sup>76</sup>; libre administración, utilización<sup>77</sup>; administración, disfrute, así como la adquisición de bienes y servicios y la venta de su producción<sup>78</sup>, o, en el caso de Suiza, el aumento y liquidación de bienes<sup>79</sup>.

En TBIs como los suscritos con Argentina, Bolivia, Chile y España, no se observa un desarrollo adicional del TJE. Este, sin embargo, no es el caso en otros tratados que añaden elementos que pueden representar una importante diferencia en la práctica. Así, en el tratado suscrito con Estados Unidos se garantiza la “protección y seguridad plenas”; en el suscrito con el Reino Unido, la “total protección y seguridad en el territorio de la otra parte”; en los tratados canadiense y finlandés se proporciona a las inversiones “protección y seguridad totales” en el primer caso, y “protección y seguridad totales y constantes”, en el segundo; y, en el TBI suscrito con Países Bajos, se otorga “plena protección y seguridades físicas” a las inversiones.

Por otro lado, en el caso italiano, se amplía el tratamiento no solo a las inversiones, sino también a “las compañías y empresas en las que dichas inversiones han sido efectuadas”. En el

70. Se utilizan estos términos en los TBIs celebrados con Argentina, Bolivia, Chile, Italia, Suecia, Suiza, Venezuela.

71. Se utilizan estos términos en los TBIs celebrados con Países Bajos y Reino Unido.

72. Los suscritos con: Argentina, Bolivia (estos dos primeros siendo idénticos), Chile, Italia, Países Bajos, Suiza, Venezuela.

73. En el TBI suscrito con Italia se habla de *cesión*, y en el suscrito con Países Bajos y Reino Unido se habla de *enajenación*.

74. TBI Ecuador-Chile.

75. TBI Ecuador-Italia.

76. TBI Ecuador-Países Bajos.

77. TBI Ecuador-Perú.

78. TBI Ecuador-Suecia.

79. TBI Ecuador-Suiza.



TBI celebrado con Reino Unido, expresamente se añade que las “partes contratantes deberán observar cualquier obligación que pueda haber adquirido en relación con inversiones de nacionales o compañías de la parte contratante”. Por último, en el TBI suizo, se señala que el TJE debe ser “por lo menos igual al que reconoce esta Parte a sus nacionales o, si es más favorable, del trato acordado a los nacionales o a las sociedades de la nación más favorecida”.

Finalmente, algunos de los textos más relevantes son los previstos en los TBIs suscritos con Estados Unidos, Francia y Venezuela. Estos tres instrumentos tienen en común en que expresamente hacen referencia al derecho internacional. Así, el TBI estadounidense señala que a las inversiones “se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”; el francés garantiza un TJE “conforme a los principios del Derecho Internacional a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra Parte”; y, el venezolano, asegura un TJE a las inversiones “de conformidad con las normas y principios del Derecho Internacional”. En el TBI francés, incluso se elabora aún más el tratamiento del TJE. Establece que se busca que “el ejercicio del derecho así reconocido no se vea obstaculizado ni en derecho ni de hecho” y enumera, no exhaustivamente, qué se considera como un obstáculo de derecho y de hecho al TJE:

[C]ualquier restricción a la adquisición y al transporte de materias primas y materias auxiliares, de energía y combustibles, así como de medios de producción y explotación de cualquier tipo, igualmente cualquier obstáculo a la venta y al transporte de los productos dentro y fuera del país y en el extranjero, así como cualquier otra medida que tuviere efecto análogo.

También resulta interesante cómo han ido evolucionando los textos de estos instrumentos. No es coincidencia que, por ejemplo, el TBI suizo difiera mucho más que los otros. Este fue suscrito en 1968, mientras que la mayoría fueron celebrados en los noven-

tas<sup>80</sup>, siendo los TBIs suscritos con Finlandia, Italia y Suecia los únicos celebrados en el 2001. A pesar de las diferencias, una característica común en todos estos instrumentos internacionales es la presencia de cláusulas de nación más favorecida, las cuales tienen consecuencias prácticas muy importantes.

### **3.3 Aplicación del derecho internacional y cláusulas de nación más favorecida**

Se ha mencionado el debate sobre si el TJE es un concepto o estándar autónomo, si es una referencia al estándar mínimo internacional, y si es posible tomar argumentos de otras ramas del derecho internacional. En la mayoría de TBIs ecuatorianos la redacción del TJE no hace referencia al derecho internacional, pero los TBIs suscritos con Estados Unidos, Francia y Venezuela sí lo hacen, y las consecuencias son de suma importancia.

Los tres TBIs atañen al TJE de las inversiones al derecho internacional<sup>81</sup>. El TBI estadounidense explícitamente establece que las inversiones tendrán un TJE no *menos favorable que el que exige el derecho internacional*, mientras que el TBI francés incluso va más allá, y provee ejemplificativamente qué consultas se considerarían con un obstáculo al TJE. De esta forma, sin perjuicio de que deben seguirse las reglas de interpretación conforme a lo establecido en la Convención de Viena, todos los TBIs ecuatorianos deben ser leídos en conjunto para determinar cuál es el TJE que Ecuador está obligado a otorgar.

La referencia expresa a *normas y principios* del derecho internacional, el nivel mínimo exigible conforme al derecho internacional, y una lista no exhaustiva de conductas son de enorme ayuda al momento de interpretar al TJE como una obligación internacional. De esta forma, Ecuador expresamente ha

80. TBI Ecuador-Venezuela: 1993; TBI Ecuador-EEUU: 1993; TBI Ecuador-Argentina: 1994; TBI Ecuador-Francia: 1994; TBI Ecuador-China: 1994; TBI Ecuador-Reino Unido: 1994; TBI Ecuador-Bolivia: 1995; TBI Ecuador-Canadá: 1996; TBI Ecuador-España: 1996; TBI Ecuador-Países Bajos: 1999; TBI Ecuador-Perú: 1999.

81. El TBI venezolano menciona a las normas y principios del Derecho Internacional.

previsto que debe aplicar normas de derecho internacional y, en consecuencia, independientemente de cuál sea su peso interpretativo, el estándar mínimo consuetudinario internacional es relevante al momento de interpretar el TJE previsto en un TBI ecuatoriano.

Finalmente, resulta importante notar que cláusulas de nación más favorecida (llamadas también cláusulas *MFN*, por sus siglas en inglés) están previstas en los TBIs ecuatorianos<sup>82</sup>. Estas en principio permitirían la aplicación de normas y principios de derecho internacional al TJE, sin limitarse únicamente a los TBIs que lo prevén expresamente, sino a todos los TBI ecuatorianos.

#### **4. EL TJE EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN ECUATORIANOS Y LA POSTURA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO Y DE LA CAITISA**

La interpretación del TJE no ha sido ajena en los casos en los que Ecuador ha sido parte. En este capítulo se repasará brevemente qué han mantenido algunos de los tribunales arbitrales de inversión, la posición de la Procuraduría General del Estado y de la CAITISA.

##### **4.1 EnCana Corporation c. Ecuador<sup>83</sup>**

En este caso EnCana alegaba que hubo una violación del TJE, garantizado en el TBI suscrito con Canadá. El Tribunal no encontró una violación al TJE, sin embargo, observó que podría haberse producido una violación si el Estado hubiera actuado de cierta forma. Indicó que un Estado debe actuar “con razonable coheren-

82. Véase, TBI Ecuador-Alemania. Art. 3(1); TBI Ecuador-Argentina. Art. 3(2); TBI Ecuador-Bolivia. Art. 3(2); TBI Ecuador-Canadá. Art. 2(3)(a)y(b), Art. 3 y Art. 4; TBI Ecuador-Chile. Art. 4(2); TBI Ecuador-China. Art. 3(2); TBI Ecuador-EEUU. Art. 2(1); TBI Ecuador-España. Art. 4; TBI Ecuador-Francia. Art. 5; TBI Ecuador-Finlandia. Art. 3; TBI Ecuador-Italia. Art. 3; TBI Ecuador-Países Bajos. Art. 3; TBI Ecuador-Perú. Art. 3; TBI Ecuador-Reino Unido. Art. 3; TBI Ecuador-Suecia. Art. 2 y 3; y, TBI Ecuador-Suiza. Art. 1.

83. *EnCana Corporation c. Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3481, Laudo, 3/02/2006.

cia y sin arbitrariedad en su tratamiento de las inversiones. Un brazo del Estado no puede afirmar lo que el otro niega en detrimento de un inversionista extranjero”<sup>84</sup>.

#### **4.2 Occidental Exploration c. Ecuador (Occidental I)**<sup>85</sup>

Para la interpretación del TJE, el Tribunal acudió al preámbulo del TBI y determinó que la estabilidad es un elemento esencial del TJE<sup>86</sup>. Señaló que en el caso particular, la ley tributaria fue cambiada sin ninguna claridad sobre su significado y extensión, y que la práctica y las regulaciones fueron inconsistentes con dichos cambios<sup>87</sup>. Consideró que Ecuador incumplió con estos requerimientos y que –siendo un tema objetivo– no depende si media o no buena fe.<sup>88</sup> En consecuencia, el Tribunal determinó que Ecuador incumplió con su obligación de otorgar un TJE bajo el artículo II(3)(a) del TBI y que deriva a su vez en una violación de protección y seguridad de la inversión<sup>89</sup>.

Adicionalmente, en cuanto a la referencia al derecho internacional en el TBI, el Tribunal concluyó que el estándar de TJE no es diferente del requerido bajo derecho internacional, que puede ser equiparado con este, y que el tratamiento por parte de Ecuador estuvo debajo de dicho estándar<sup>90</sup>.

#### **4.3 Occidental Exploration c. Ecuador (Occidental II)**<sup>91</sup>

Este Tribunal resolvió que Ecuador violó su obligación de otorgar un TJE, de conformidad con el artículo II(3)(a) del TBI

84. Ídem, párr. 158.

85. *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Laudo Final, 1/07/2004.

86. Ídem, párr. 183.

87. Ídem, párr. 184.

88. Ídem, párr. 186.

89. Ídem, párr. 187.

90. Ídem, párrs. 189-190.

91. *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5/10/2012.

suscrito con Estados Unidos<sup>92</sup>. El Laudo fue parcialmente anulado<sup>93</sup>; sin embargo, se llevó a cabo un análisis respecto a la proporcionalidad respecto a la terminación, por medio de un Decreto de Caducidad dictado por el Ministro de Energía y Minas, de un Contrato de Participación entre OEPC y PetroEcuador para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15 de la Amazonía ecuatoriana.

El Tribunal resaltó que el principio de proporcionalidad es aplicado en varios foros internacionales (i.e. paneles de la OMC relativas al GATT, decisiones de la Corte Europea de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos, y de los tribunales sobre controversias internacionales de inversiones)<sup>94</sup> y que, particularmente en arbitrajes CIADI, el principio es aplicado en violaciones de las obligaciones amparadas en TBIs, que incluyen el TJE<sup>95</sup>. Además, el Tribunal también determinó que la Ley 42<sup>96</sup> violó el Contrato de Participación y que afectó las legítimas expectativas del inversionista y que, como resultado, es una violación del TJE previsto en el TBI<sup>97</sup>.

92. Véase, par. 452. *It follows that even if OEPC, as the Tribunal found earlier, breached Clause 16.1 of the Participation Contract and was guilty of an actionable violation of Article 74.11 (or Articles 74.12 or 74.13), the Caducidad Decree was not a proportionate response in the particular circumstances, and the Tribunal so finds. The Caducidad Decree was accordingly issued in breach of Ecuadorian law, in breach of customary international law, and in violation of the Treaty. As to the latter, the Tribunal expressly finds that the Caducidad Decree constituted a failure by the Respondent to honour its Article II.3(a) obligation to accord fair and equitable treatment to the Claimants' investment, and to accord them treatment no less than that required by international law.*
93. Véase, *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre anulación del laudo, 2/11/2015, párr. 583: El Comité ha concluido que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al asumir erróneamente competencia respecto de la inversión cuyo titular beneficiario es ahora el inversor chino Andes, con el resultado de que la compensación debida a las Demandantes debe reducirse del 100% al 60% del valor del Bloque 15.
94. *Occidental II*, párrs. 402-403.
95. Ídem, párr. 404. Se hace referencia a los siguientes casos: *MTD Equity SDN.BHD y otro c. Chile*, CIADI Caso No. ARB/01/7, 25/05/2004; *LG&E Energy Corp. y otros c. Argentina*, CIADI Caso No. ARB/02/1, 3/10/2006; *Tecmed S.A. c. México*, CIADI Caso No. ARB (AF)/00/2, 29/05/2003; y, *Azurix Corp. c. Argentina*, CIADI Caso No. ARB/01/12, 14/07/2006.
96. Ley de Modificación de la Ley de Hidrocarburos del Ecuador, RO 25/04/2006. Con esta ley se incorporó una reforma, la cual permitiría la participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos. Primero, esta participación sería del 50% y posteriormente del 99%.
97. *Occidental II*, párr. 527.

#### 4.4 Duke Energy c. Ecuador<sup>98</sup>

El Tribunal analizó si el estándar previsto en el TBI es autónomo o si se limita a reflejar disposiciones del derecho internacional consuetudinario. Señaló que en el caso “la discusión sobre el carácter autónomo del estándar es irrelevante y parece haber sido superada por la evolución que reflejan las más recientes decisiones del CIADI”<sup>99</sup> y, siguiendo lo resuelto en los casos Azurix y CMS, el Tribunal consideró que “los estándares son esencialmente idénticos”<sup>100</sup>.

Coincidiendo con los tribunales de CMS, Tecmed, Occidental y LG&E<sup>101</sup>, consideró que “un entorno jurídico y económico estable y previsible debe considerarse como elemento esencial del estándar del trato justo y equitativo”, que la estabilidad del entorno jurídico y económico está directamente vinculada a las expectativas justificadas del inversionista y que para que puedan estar protegidas, “las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversionista efectúa la inversión”<sup>102</sup>.

#### 4.5 M.C.I. c. Ecuador<sup>103</sup>

El Tribunal mantuvo que al revocar el permiso de una compañía “no surge elemento alguno que justifique calificar esa medida como violatoria *per se* del trato justo y equitativo ni que constituya una expropiación de conformidad con el TBI”<sup>104</sup>.

En cuanto a las legítimas expectativas que inversionista podría invocar como violatorias de un TJE, el Tribunal consideró

98. *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, de 18/08/2008.

99. Ídem, párr. 333.

100. Ídem, párr. 337. Véase, *Azurix Corp. c. Argentina*, Caso CIADI No ARB/0/12, Laudo de 4/07/2006; *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No ARB/01/8, Laudo de 12/05/2005.

101. Véase, *LG&E Energy Corp. y otros c. Argentina*, Caso CIADI No ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 03/10/2006.

102. *Duke Energy*, Ídem, párrs. 338-340.

103. *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31/07/2007.

104. Ídem, párr. 297.

que no es relevante el desconocimiento del inversionista del derecho local<sup>105</sup>. Adicionalmente, el Tribunal sostuvo que:

[E]l trato justo y equitativo obliga convencionalmente a los Estados parte del TBI a respetar los estándares de tratamiento requeridos por el derecho internacional. El derecho internacional mencionado por el Artículo II del TBI se refiere al derecho internacional consuetudinario, es decir a la práctica reiterada, general y constante de los Estados respetada por éstos con conciencia de su obligatoriedad. El trato justo y equitativo es entonces la expresión de una norma de derecho. Un trato injusto o inequitativo, al igual que un trato arbitrario, es aquel al que el Tribunal podrá razonablemente reconocer como un acto contrario a derecho<sup>106</sup>.

El Tribunal también precisó que el TJE “no puede confundirse con la aplicación de la regla *ex aequo et bono*”<sup>107</sup>, y diferenció al hostigamiento por parte del Estado, de una actitud inamistosa, siendo esta última una circunstancia que no configura un “trato injusto o inequitativo, discriminatorio o arbitrario en violación de los parámetros establecidos por el derecho internacional receptados en el TBI”<sup>108</sup>.

#### 4.6 Murphy Exploration c. Ecuador (Murphy II)<sup>109</sup>

El Tribunal analizó si el artículo II(3)(a) del TBI suscrito con Estados Unidos representa un estándar autónomo, distinto del estándar establecido por el derecho internacional consuetudinario. El Tribunal señaló que el debate es más teórico que sustancial, pero que es claro que el TJE refleja componentes como: transparencia, consistencia, estabilidad, predictibilidad, buena

105. Ídem, párr. 303: “Dentro de las expectativas legítimas que Seacoast podría invocar como violatorias de un trato justo y equitativo y de buena fe, el Tribunal no puede considerar como relevante la mera invocación del desconocimiento de los efectos legales de la revocatoria o de la existencia de un recurso para impugnarla.”

106. Ídem, párr. 369.

107. Ídem, párr. 370.

108. Ídem, párr. 371.

109. *Murphy Exploration and Production Company International c. Ecuador [II]*, Caso PCA No. 2012-16 (antes AA 434), Laudo final parcial, de 06/05/2016.

fe, y cumplimiento de las legítimas expectativas del inversionista<sup>110</sup>. El Tribunal indicó que la aplicación de estos componentes dependerá del caso en particular y que la función de una cláusula de TJE es asegurar estabilidad y predictibilidad, y –siguiendo a *Occidental I*– señala que es un requisito objetivo<sup>111</sup>. Añadió que el proteger dicha estabilidad y predictibilidad también sustenta el estándar moderno internacional consuetudinario<sup>112</sup>, que el estándar mínimo internacional y el estándar en el TBI continúan influenciándose entre ellos y que el Tribunal los mira cada vez más alineados<sup>113</sup>.

Adicionalmente, el Tribunal –aunque nota que algunos tribunales fueron muy lejos al decir que los estándares son esencialmente lo mismo–<sup>114</sup> indicó que no encontró una diferencia material entre el estándar internacional consuetudinario y el estándar de TJE del TBI, que ciertamente el TJE del TBI no es más bajo que el estándar mínimo internacional, y que no encontró necesario determinar para los propósitos del caso si el estándar de TJE refleja un estándar autónomo sobre el estándar consuetudinario internacional<sup>115</sup>.

En cuanto a las legítimas expectativas del inversionista, el Tribunal expresamente estableció que la obligación de otorgar un TJE requiere que el Estado las proteja<sup>116</sup>, y que estas están basadas en el conocimiento objetivo del marco legal sobre el cual se realizó la inversión<sup>117</sup>. También, el Tribunal observó que los Estados cuentan con flexibilidad para responder a circunstancias cambiantes, a menos que hayan estabilizado su relación con un inversor<sup>118</sup>.

110. Ídem, párr. 206.

111. Ídem, el Tribunal señaló que: “(...) *Notwithstanding, the function of the FET clause in investment treaties is broadly the same: it ensures the stability and predictability of the legal and business framework in the State party subject to any qualifications otherwise established by the treaty and under international law.*”

112. Ídem, párr. 207: “*Protecting the stability and predictability of the host State’s legal and business framework also underpins the modern customary international law standard.*”

113. Ídem, párr. 208.

114. Ídem. Véase, *Duke Energy Laudo*, párr. 337; *Occidental I Laudo*, párr. 190.

115. Ídem, párr. 208.

116. Ídem, párr. 247.

117. Ídem, párr. 248.

118. Ídem, párr. 276. Véase, párrs. 280-282. “[T]he Tribunal does not consider that the enactment of Law 42 at 50% breached Claimant’s legitimate expectations and thus finds that it did not breach the FET



#### 4.7 Perenco Ecuador Limited c. Ecuador<sup>119</sup>

El caso todavía está activo, pero el Tribunal ya realizó un análisis del TJE previsto en el TBI suscrito con Francia. Señaló que la “formulación particular del estándar no está relacionada con el estándar internacional mínimo de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario”<sup>120</sup> e hizo referencia al caso *Waste Management*<sup>121</sup> y también analizó las *expectativas razonables* del inversionista como un elemento del TJE, para lo cual notó que es necesario hacer una determinación objetiva de estas expectativas, considerando sus circunstancias<sup>122</sup>.

El Tribunal consideró que la Ley 42 *per se* no representaba un incumplimiento del artículo 4 del TBI, pero que, al avanzar del 50% al 99% sí constituyó una violación.<sup>123</sup> Es ilustrativo mencionar que en el caso de Burlington, el cual parte de hechos muy similares, el Tribunal de este caso resolvió que no tenía jurisdicción sobre el reclamo de Burlington por falta de trato justo y equitativo bajo el artículo II(3)(a) del Tratado suscrito con Estados Unidos<sup>124</sup>,

---

*standard of the Treaty. (...) The enactment of Law 42 at 99% ran afoul of the above-mentioned clauses in the Participation Contract and the domestic legal regime, as well as the promise under Article II(3)(a) of the Treaty to accord Claimant's investment fair and equitable treatment.”*

119. *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad, 12/09/2014.

120. Ídem, párr. 557.

121. Ídem, párr. 558: “Con eso dicho, como han decidido muchos otros tribunales de tratados de inversión enfrentados con la tarea de determinar el significado de un estándar—incluso donde el tratado aplicable no contiene referencia alguna al derecho internacional consuetudinario—, hay mucho que decir por el enfoque general establecido por el tribunal en *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, que entendió que la conducta atribuible al Estado y perjudicial para el inversor viola el estándar cuando sea: “[...] arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo”. Véase, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (FA)/00/3, Laudo, 30/04/2004, párr. 98.

122. Ídem, párr. 560.

123. Ídem, párrs. 601-606, 627.

124. Véase, *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre jurisdicción, 2/06/2010. Véase, párr. 204. No obstante, fuera del contexto de la cláusula paraguas, una violación del contrato por parte del Estado puede equivaler a una violación del Tratado sólo si el Estado ejerce poder soberano (*Duke Energy*, párr. 345). Expresado de otro modo, la presunta repudiación de las cláusulas de indemnización impositivas por parte de la Demandada podrían resultar en una violación por falta de trato justo y equitativo bajo el Tratado sólo si la Demandada hubiese ejercido su poder soberano. El Tribunal, sin embargo, ya determinó que las cláusulas de indemnización impositivas no acarrear el ejercicio de poder soberano. Por lo tanto, este reclamo no satisface el relevante estándar *prima facie* porque los hechos alegados, aun si fuesen probados, no podrían constituir una violación por parte de

pero –al analizar la expropiación– consideró que la Ley 42 al 99% no privó sustancialmente a Burlington del valor de su inversión, y que no puede haber expropiación en ausencia de una privación sustancial<sup>125</sup>.

De los casos revisados, y de la información pública disponible, es evidente que el TBI más litigado es el suscrito con Estados Unidos. Sin embargo, todavía están pendientes de ser resueltos varios arbitrajes de inversión, en los que seguramente el TJE tendrá un papel importante<sup>126</sup>. Como se puede observar, no ha sido superado el debate sobre el alcance y naturaleza del TJE. Todavía no existe uniformidad sobre su relación con el estándar mínimo internacional (i.e. si es un estándar autónomo, no diferente, esencialmente idéntico, etc.) pero, a pesar de las diferencias, es posible identificar elementos comunes del TJE.

Si bien lo determinado por un tribunal de inversión no es precedente vinculante para otro, la constante referencia a lo resuelto en otros casos es evidente y poco a poco se han ido determinando estos elementos. De los casos revisados, los tribunales han considerado los siguientes como componentes del TJE:

- Coherencia y no arbitrariedad o inconsistencia (EnCana, Occidental I)
- Estabilidad y previsibilidad o predictibilidad (Duke Energy, Murphy II)

---

la Demandada de su obligación bajo el Tratado de acordar a la Demandante trato justo y equitativo. En consecuencia, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre este reclamo.

125. Véase, *Burlington Resources c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB 08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14/12/2012, párr. 456. Véase, Procuraduría General del Estado. *Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones Desde la Experiencia del Ecuador*. (Quito: Procuraduría General del Estado, 2016), <<http://www.pge.gob.ec/index.php/component/content/article?id=590>>, pp. 132-9.

126. Véase, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. Ecuador*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2009-23 (Chevron II). En *Chevron II* (llamado *Chevron III* por la Procuraduría General del Estado), Chevron y Texaco alegan, *inter alia*, la violación por parte de Ecuador del trato justo equitativo, amparado por el TBI suscrito con Estados Unidos, y adicionalmente se discute su reclamo de denegación de justicia. Sin duda, la resolución de este caso será de mucha importancia para el estudio y desarrollo del trato justo y equitativo. Véase, C. MURIEL BEDOYA, *Chevron and the Ecuadorian Torpedo*, Cambridge International Law Journal, 22/12/2016, <<http://cilj.co.uk/2016/12/22/chevron-and-the-ecuadorian-torpedo>>.

- Objetividad del estándar (Occidental I, Murphy II, Perenco)
- Proporcionalidad (Occidental II)
- Transparencia (Murphy II)
- Buena Fe (Murphy II)
- Expectativas legítimas del inversionista (Occidental II, Duke Energy, M.C.I., Murphy II, Perenco)

Cada tribunal ha realizado precisiones de acuerdo al caso en concreto, pero se evidencian importantes precisiones o consideraciones. Por ejemplo, la referencia al preámbulo del TBI (Occidental I) y a lo resuelto en otros foros internacionales (Occidental II); la no confusión del TJE con la aplicación de la regla *ex aequo et bono* (M.C.I.); el exigir que las legítimas expectativas sean razonables (Duke Energy), que estas suponen el conocimiento objetivo del marco legal del Estado (Murphy II) y que resulta irrelevante el desconocimiento del derecho local por parte del inversionista (M.C.I.); o, que los Estados cuentan con flexibilidad para adaptarse a cambios (Murphy II). Sin perjuicio de que cada caso tiene sus particularidades, sería razonable concluir que –en palabras del Tribunal de Murphy II– el TJE previsto en los TBIs no es más bajo que el estándar mínimo internacional y que estos se encuentran cada vez más alineados.

#### 4.8 Postura de la Procuraduría General del Estado

La Procuraduría General del Estado ecuatoriano (PGE) realizó un análisis del sistema, y presentó sus críticas y propuestas<sup>127</sup>. La PGE señala que desde el año 2004, Ecuador ha enfrentado 28 arbitrajes de inversión, 18 concluidos y 10 activos<sup>128</sup>. Respecto al TJE, la PGE sugiere que “la tendencia es definir

127. Procuraduría General del Estado. *Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones Desde la Experiencia del Ecuador*. (Quito: Procuraduría General del Estado, 2016), <<http://www.pge.gob.ec/index.php/component/content/article?id=590>>.

128. Ídem, pp. 18-99. La PGE realiza el siguiente detalle de los arbitrajes de inversión en los que Ecuador es parte. **Casos terminados:** Encana Terminado Favorable 14/03/03-03/02/06; OXY I Terminado Parcialmente Favorable 11/11/02-04/07/07; IBM Terminado Solución Amistosa 06/09/02-22/07/04; Unete Terminado Solución Amistosa 10/06/09-12/06/13; Quiport Terminado Solución Amistosa 12/08/09-11/11/11; Machala Power Terminado Solución Amistosa 17/03/05-20/05/09; City Oriente Terminado Solución Amistosa 10/10/06-12/09/08; Repsol II Terminado Solución Amistosa 05/10/01-08/01/07; Ulysseas Terminado Favorable 08/05/09-12/06/12; Murphy I Terminado Favorable 15/04/08-15/12/10;

de manera precisa los términos llegando incluso al detalle<sup>129</sup> y hace énfasis en que:

[L]os textos de los AII [Acuerdos Internacionales de Inversión] deben ser más claros y detallados, estableciendo cuándo y bajo qué circunstancias se genera una responsabilidad para los Estados partes que pueda ser atribuida por un Tribunal bajo el amparo de un tratado<sup>130</sup>.

Además, considera que deberían tomarse las siguientes medidas<sup>131</sup>:

- Dependiendo del estándar del que se trate, debería establecerse claramente quién de (sic) la prueba y el valor que deben darse a las resoluciones administrativas o judiciales del Estado demandado.
- Incluir listas taxativas de las obligaciones de los Estados receptores de la inversión para cada uno de los estándares.
- Incluir las obligaciones que deben cumplir los inversionistas para poder alegar la protección de un determinado estándar.
- Incluir la forma de reparación que deberá ser aplicada cuando se viole cada estándar.
- Detallar qué actos y de qué instituciones o dependencias públicas generan responsabilidad internacional del Estado.
- Incluir una lista exhaustiva de los sectores o aspectos que el Estado excluye de la protección.

La PGE propone que “la solución podría estar precisamente en la aplicación de “reglas” y no de estándares ya que las primeras ofrecen mayores certezas y uniformidad en su práctica frente

---

Murphy II Terminado Favorable 30/12/10-19/08/11; MCI Terminado Favorable 16/12/02-19/10/09; Emelec Terminado Favorable 13/12/04-02/06/09; Técnicas Reunidas S.A. Terminado Desistimiento 31/10/06-13/05/08; Chevron II Terminado Desfavorable 21/12/06-26/09/14 (se refiere al Caso No. 2007-02/AA277 de la Corte Permanente de Arbitraje); TBI Ecuador - EUA Terminado Desfavorable 28/06/11-29/09/12; OXY II Terminado Parcialmente Favorable 17/05/06-02/11/15; Duke Energy Terminado Parcialmente Favorable 30/08/04-18/08/08. **Casos activos:** Merck Sharp & Dohme: 29/11/11; RSM Company: 13/05/10; COPPER MESA: 21/01/11; Zamora Gold: 11/07/11; Chevron III: 09/10/07 (se refiere al Caso No. 2009-23 de la Corte Permanente de Arbitraje.); Burlington: 21/04/08; Perenco: 30/04/08; Murphy III: 30/09/11; GLP: 01/07/15; ALBACORA: 04/04/16.

129. Ídem, p. 49.

130. Ídem, p. 68.

131. Ídem.

a los límites de los estándares de protección de inversiones” e indica que “[p]arece ser hora de probar con elementos del sistema civilista ya que las figuras del *common law* han sido poco efectivas en materia de inversiones”<sup>132</sup>. Refiriéndose al TJE, señala que “[n]o existe un consenso sobre si el lenguaje de TJE incorporado en la mayoría de TBI abarca las normas del derecho internacional consuetudinario sobre el estándar mínimo internacional de trato a nacionales de otros Estados”<sup>133</sup> y resume las obligaciones derivadas del TJE determinadas por los tribunales<sup>134</sup>:

- (i) La obligación del Estado de otorgar estabilidad y protección de las legítimas expectativas del inversionista.
- (ii) Obligación de transparencia.
- (iii) Obligación de cumplimiento de obligaciones contractuales (que no se debe confundir con la cláusula paraguas de un TBI).
- (iv) Garantía de acceso a la justicia y prohibición de denegación de justicia.
- (v) Garantía de acceso a medios eficaces para entablar reclamos y ejercitar derechos.
- (vi) No arbitrariedad.
- (vii) Proporcionalidad.

La PGE aclara que esto no significa “en el futuro no se añadan más obligaciones o su contenido se haga aún más extensivo”, pero indica que “[l]o único que podría llegar a impedir esto sería una reforma al sistema de protección de inversiones que puede poner un límite a estas interpretaciones amplias y extensivas”<sup>135</sup>. La PGE concluye que los instrumentos internacionales relativos a inversiones, incluyendo los ecuatorianos, “son laxos y no incluyen una definición o delimitación del TJE” y que “la interpretación más ponderada, a la luz del objetivo general de estos

132. Ídem, p. 100. De hecho, evidencia empírica sugeriría que, en materia de protección de inversiones, un sistema de *common law* podría ser superior a un sistema de *civil law*. Véase, R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, y A. SHLEIFER. “Law and Finance After a Decade of Research”, en George M. CONSTANTINIDES (Ed.), *et al, Handbook of the Economics of Finance*, vol. 2, Chapter 6, pp. 425-491, ELSEVIER, 2013.

133. Ídem, p. 102.

134. Ídem, pp. 102-103.

135. *Ibidem*.

instrumentos internacionales, debería ser, acogiendo las palabras del tribunal del caso *Mondev c. EE.UU.*, el de proveer un grado de protección significativo<sup>136</sup>.

Finalmente, la PGE considera que el TJE “no es un estándar más alto que el de trato en el derecho internacional consuetudinario”<sup>137</sup>, que este “no significa que el TBI sea una póliza de seguro contra los cambios en el marco jurídico y regulatorio del Estado receptor”<sup>138</sup>, y que “[e]l alto límite de este estándar asigna al inversionista la responsabilidad de proceder “con conocimiento de la situación regulatoria”, lo cual es un requisito indispensable para un inversionista que desea instalarse en un determinado país”<sup>139</sup>.

#### **4.9 Postura de la CAITISA y Denuncia de los TBIs**

A principios de mayo de 2017, la CAITISA finalmente emitió su informe respecto a los tratados de protección recíproca de inversiones y al sistema de arbitraje en materia de inversiones<sup>140</sup>. En este se recogen varias críticas y recomendaciones.

Principalmente, la CAITISA recomendó concluir el proceso de denuncia de los TBIs, la negociación de nuevos instrumentos entre el Estado e inversionistas privados (como la celebración de contratos internacionales de inversión con derechos restringidos y obligaciones para los inversionistas), planteó también los principales lineamientos para un modelo alternativo de tratado de inversión, la inclusión de ciertos derechos del Estado y obligaciones para los inversionistas, y la exclusión de ciertos “privilegios”.

136. Ídem, p. 106.

137. *Ibidem*.

138. Ídem, p. 107.

139. *Ibidem*.

140. Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones. *Informe Ejecutivo: Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador*. (Quito: CAITISA, 2017), <<http://http://www.caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>>.

Además, entre sus recomendaciones están la exclusión de la cláusula de solución de disputas inversionista-estado de los TBIs, apoyar la creación de una corte permanente internacional para la solución de controversias entre inversionistas y estados, y la creación de un observatorio internacional sobre inversiones y empresas transnacionales<sup>141</sup>.

En cuanto al TJE, la CAITISA señaló que:

(...) la expresión “trato justo y equitativo”, en sí misma, es indeterminada, ambigua y puede estar sujeta a diversas interpretaciones. Varios tribunales arbitrales han interpretado extensivamente el concepto de justo y equitativo, al inducir nociones como las legítimas expectativas del inversor, las cuales no están contemplados en los ordenamientos jurídicos internacionales, lo que da lugar a que estas interpretaciones sobrepasen los estándares internacionales de trato a la inversión, reconocidos mundialmente (...) <sup>142</sup>.

Adicionalmente, recomendó “excluir o replantear en cualquier tratado futuro sobre inversiones” la cláusula de TJE. La Comisión señaló que:

Esta cláusula tiene como propósito llenar vacíos con otras normas más específicas, con el fin de obtener, potencialmente, un mayor nivel de protección al inversionista de aquel que establece el tratado, por lo cual se debe definir de forma estricta su alcance, de manera que impida interpretaciones que se ajusten a las expectativas del inversionista como criterio para fijar parámetros de responsabilidad internacional del Estado<sup>143</sup>.

En cuanto a la terminación de los TBIs, dado cómo se llevaron los procedimientos de denuncia, parecía ser que para Ecuador todos los TBIs eran iguales, pero algunos TBIs eran más iguales que otros<sup>144</sup>, puesto que los procedimientos de denuncia en unos

141. Ídem, pp. 99-108.

142. Ídem, p 18.

143. Ídem, p. 103.

144. Véase, C. MURIEL BEDOYA, *Of BITs, Demons and Tremors: Foreign Investment in Ecuador*, Young ICCA Blog, 28/07/2016, «[goo.gl/DnfsmT](http://goo.gl/DnfsmT)».

casos avanzaron más que otros. No obstante, tal como se lo mencionó anteriormente, la recomendación de la CAITISA de denunciar todos los TBIs fue acogida poco después por el ex Presidente Correa.

Ahora, para que tenga lugar la terminación de los TBIs se deberá cumplir con las propias normas de dichos instrumentos y las de derecho internacional que les sean aplicables (i.e. las de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados)<sup>145</sup>. Mientras tanto, hasta que se hagan efectivas las denuncias de los TBIs y, posteriormente, hasta que concluyan los periodos de supervivencia de cada TBI, sus normas continuarán aplicando.

Sin perjuicio de los procedimientos formales que deben seguirse para la denuncia de los TBIs –y los que debieron haberse seguido– o si las denuncias estuvieron fundamentadas o no en falacias<sup>146</sup>, lo cierto es que los siguientes pasos que tome el Ecuador serán decisivos para la atracción de inversión extranjera y para su imagen y relaciones internacionales.

## 5. CONCLUSIÓN

Sin duda, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión extranjera está expresamente reconocida por la República del Ecuador. El estándar se encuentra recogido en los tratados bilaterales de inversión suscritos por Ecuador, aunque su definición, elementos y alcance no están completamente determinados. A pesar de ello, los tribunales internacionales han identificado algunas de sus características con cierta uniformidad y si bien no existe consenso respecto a su relación con el estándar mínimo internacional, estos están alineados (o al menos alineándose), y su desarrollo está en progreso.

145. Véase, Convención de Viena, Parte V, N. 31.

146. Véase, J. JARAMILLO Y C. MURIEL BEDOYA, *Ecuadorian BITs' Termination Revisited: Behind the Scenes*, Kluwer Arbitration Blog, 26/05/2017, « <https://goo.gl/Sn82xd> ».



Al interpretar el trato justo y equitativo, los tribunales han acogido las reglas de interpretación previstas en la Convención de Viena, y la costumbre internacional puede ser admisible y relevante. El estándar mínimo internacional puede reflejarse en reglas de instrumentos internacionales, como por ejemplo los que regulan al trato justo y equitativo, y este es independiente del trato otorgado por un Estado en su territorio. Además, sin perjuicio de las discusiones sobre su aplicación en las disputas Inversionista-Estado, es evidente que el estándar hasta cierto punto limita la actuación de un Estado, y otorga garantías a los inversionistas. En consecuencia, debe ser analizado objetivamente.

La falta de definición del estándar no es necesariamente una desventaja, toda vez que en esta imprecisión se encuentra su flexibilidad y capacidad de adaptación. No es claro si funcionarían listas taxativas de las obligaciones de los Estados receptores de la inversión o un detalle exhaustivo de qué actos y de qué instituciones o dependencias públicas generan responsabilidad internacional del Estado. Todo contrato es incompleto y los acuerdos bilaterales de inversión no son la excepción. El limitar un estándar a un número específico de conductas restringe a su vez su desarrollo y adaptabilidad a nuevas circunstancias. Es posible, como lo manifiesta la PGE, añadir más obligaciones o extender su contenido en el futuro, pero dada la complejidad y poca celeridad de las negociaciones y formalidades que deben seguir los instrumentos internacionales, esta opción es igual de deseable que una absoluta indeterminación.

Finalmente, es importante tener presente la posición del Estado respecto al régimen de inversiones para determinar cuáles serán los desafíos de las futuras negociaciones. Ecuador debe ser parte del desarrollo del sistema y no aislarse de esta tarea. Empezar por mejorar el sistema de administración de justicia es un primer paso, ya que de poco o nada sirve garantizar incentivos u otorgar ciertos estándares a los inversionistas bajo derecho local si estos no van a ser respetados<sup>147</sup>.

147. Véase, C. MURIEL BEDOYA, *Constitutional Review of Arbitral Awards: Between Protectionism and Interventionism*, Kluwer Arbitration Blog, 05/03/2015, «<http://goo.gl/hbFg3o>»; y, C. MURIEL BEDOYA,

Ciertamente, el sistema tiene imperfecciones, pero tampoco es claro si la denuncia de todos los instrumentos internacionales relativos a inversiones haya sido la medida adecuada. El TJE, por su parte, es un estándar que sigue siendo muy importante en el derecho internacional y en el arbitraje internacional de inversiones. El TJE continúa en desarrollo y seguramente será objeto de debate en las futuras negociaciones que lleve la República del Ecuador. Una definición muy estricta y exhaustiva, sin embargo, podría no ser lo más recomendable para su evolución, sino todo lo contrario.

---

“Control constitucional en el sistema arbitral ecuatoriano: ¿Garantismo o Intervencionismo?”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015, pp. 203-228.

TABLA: TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN ECUATORIANOS

TBI	Fecha de suscripción	Ratificación	Publicación en el Registro Oficial	Dictamen Constitucional Previo Denuncia por Asamblea Nacional	Informe Comisión Asamblea Nacional Recomendando Denuncia	Aprobación Pleno Asamblea Nacional	Decreto Ejecutivo Denuncia	Comunicación de Denuncia	Cláusula Supervivencia
Ecuador-Alemania	21/03/1996	Decreto Ejecutivo No. 335, 23/05/1997, RO No. 84, 11/06/1997	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 023-10-DTI-CC, 24/06/2010, Caso No. 0006-10-TI RO Sup. No. 249, 03/08/2010	09/08/2010	14/09/2010	No. 1400, 16/05/2017	Información no disponible	Art. 12(3): 15 años
Ecuador-Argentina	18/02/1994	Decreto Ejecutivo No. 2996, 21/08/1995, RO No. 785, 20/09/1995	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 003-013-DTI-CC, 17/01/2013, Caso No. 0009-10-TI RO Sup. No. 887, 06/02/2013	20/03/2013	03/05/2017	No. 1408, 16/05/2017	Información no disponible	Art. X(2): 15 años
Ecuador-Bolivia	25/05/1995	Decreto Ejecutivo No. 352-B, 02/06/1997, RO No. 159, 24/09/1997	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 001-14-DTI-CC, 15/01/2014, Caso No. 0014-13-TI RO Sup. No. 184, 14/02/2014	Texto no disponible	03/05/2017	No. 1413, 16/05/2017	Información no disponible	Art. XII(2): 10 años

<b>Ecuador- Canadá</b>	29/04/1996	Decreto Ejecutivo No. 352-B, 2/06/1997, RO No. 105, 10/07/1997	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 035-10-DTI-CC, 07/10/2010, Caso No. 0003- 10-TI RO Sup. No. 313, 04/11/2010	22/06/2011	03/05/2017	No. 1409, 16/05/2017	Información no disponible	Art. XVIII (2): 15 años
<b>Ecuador- Chile</b>	27/10/1993	Decreto Ejecutivo No. 2996, 21/08/1995, RO No. 785, 20/09/1995	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 038-10-DTI-CC, 11/11/2010 Caso No. 0010- 10-TI RO Sup. No. 331, 30/11/2010	25/05/2011	03/05/2017	No. 1403, 16/05/2017	Información no disponible	Art. XI(2): 10 años
<b>Ecuador- China</b>	21/03/1994	Decreto Ejecutivo No. 352-B, 2/06/1997, RO No. 104, 9/07/1997	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 027-10-DTI-CC, 29/07/2010, Caso No. 0004- 10-TI RO Sup. No. 258, 17/08/2010	14/10/2010	03/05/2017	No. 1401, 16/05/2017	Información no disponible	Art. 13(4): 10 años
<b>Ecuador- Estados Unidos de América</b>	27/08/1993	Decreto Ejecutivo No. 3143, 13/10/1995, RO No. 49, 22/04//1997	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen N. 043 10-DTI-CC, 25/11/2010, Caso No. 0013- 10-TI RO Sup. No. 359, 10/01/2011	29/04/2013	03/05/2017	No. 1410, 16/05/2017	Información no disponible	Art. XII(3): 10 años

<b>Ecuador- España</b>	26/06/1996	RO No. 106, 11/07/1997	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 010-13-DTI-CC, 25/04/2013, Caso No.0010- 11-TI RO Sup. No. 956, 17/05/2013	08/07/2013	03/05/2017	No. 1411, 16/05/2017	Información no disponible	Art. XI(2): 10 años
<b>Ecuador- Finlandia</b>	18/04/2001	Decreto Ejecutivo No. 1756, 13/08/2001, RO No. 483, 28/12/2001	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 026-10-DTI-CC, 29/07/2010, Caso No. 0001- 10-TI RO Sup. No. 258, 17/08/2010	18/10/2010	23/11/2010	No. 576, 9/12/2010	Información no disponible.	Art. 14(2): 10 años
<b>Ecuador- Francia</b>	07/09/1994	Decreto Ejecutivo No. 2996, 21/08/1995, RO No. 778, 11/09/1995	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 031-10-DTI-CC, 16/09/2010, Caso No. 0007- 10-TI RO Sup. No. 294, 06/10/2010	14/02/2011	15/03/2011	No. 1405, 16/05/2017	Información no disponible	Art. 14: 15 años
<b>Ecuador- Italia</b>	25/10/2001	Decreto Ejecutivo No. 544-A, 25/06/2003	RO No. 537, 4/03/2005	Dictamen No. 022-13-DTI-CC, 17/07/2013, Caso No. 0015- 13-TI RO Sup. No. 64, 22/08/2013	20/04/2017	03/05/2017	No. 1414, 16/05/2017	Información no disponible	Art. 14(2): 5 años

<b>Ecuador- Países Bajos</b>	Decreto Ejecutivo No. 1412-C, 5/04/2001, RO No. 406, 6/09/2001	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 030-10-DTI-CC CASO N0005-10- TI, 16/09/2010 RO Sup. No. 294, 06/10/2010	14/02/2011	03/05/2017	No. 1406, 16/05/2017	Información no disponible	Art. 14(3): 15 años
<b>Ecuador-Perú</b>	Decreto Ejecutivo No. 1325-A, 1/10/1999, RO No. 341, 17/12/1999	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 032-13-DTI-CC, 26/11/2013, Caso No. 0016- 13-TI RO Sup. No. 154, 03/01/ 2014	Texto no disponible	03/05/2017	No. 1412, 16/05/2017	Información no disponible	Art. 12(4): 15 años
<b>Ecuador- Reino Unido</b>	Decreto Ejecutivo No. 2996, 21/08/1995, RO No. 778, 11/09/1995	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 020-10-DTI-CC, 24/06/2010, Caso No. 0008- 10-TI RO Sup. No. 249, 03/08/2010	09/08/2010	14/09/2010	No. 1399, 16/05/2017	Información no disponible	Art. 14: 20 años El texto en inglés de este artículo establece que son 15 años.
<b>Ecuador- Suecia</b>	Decreto Ejecutivo No. 2135, 28/11/2001, RO No. 502, 25/01/2002	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 029-10-DTI-CC, 16/09/2010, Caso No. 002-10- TI RO Sup. No. 294, 06/10/2010	14/02/2011	15/03/2011	No. 1404, 16/05/2017	Información no disponible	Art. 11(3): 15 años

<b>Ecuador-Suiza</b>	02/05/1968	RO No. 198, 7/04/1971	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 040-10-DTI-CC, 11/11/2010, Caso No. 0012- 10-TI RO Sup. No. 331, 30/11/2010	15/03/2012	03/05/2017	No. 1402, 16/05/2017	Información no disponible	Art. 8: 10 años
<b>Ecuador-Venezuela</b>	18/11/1993	RO No. 548, 14/10/1994	RO No. 153, 25/11/2005	Dictamen No. 041-10-DTI-CC, 25/11/2010, Caso No. 0011- 10-TI RO Sup. No. 342, 16/12/ 2010	25/05/2011	03/05/2017	No. 1407, 16/05/2017	Información no disponible	Art. X(2): 10 años

Fuentes:

- Corte Constitucional del Ecuador: «<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>» (13/08/2017)
- Asamblea Nacional del Ecuador: «<http://www.asambleanacional.gob.ec/>» (13/08/2017)
- Presidencia de la República del Ecuador: «<http://www.presidencia.gob.ec/>» (13/08/2017)





# FERRERE



**4** países | **230** abogados | **1** firma líder

BOLIVIA | ECUADOR | PARAGUAY | URUGUAY

[www.ferrere.com](http://www.ferrere.com)



# Presente y futuro del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador

*Andrea E. López Jaramillo\**

*Recibido/Received: 03/07/2017*  
*Aceptado/Accepted: 31/07/2017*

**SUMARIO:** 1. Panorama general de la normativa ecuatoriana sobre el arbitraje de inversiones. 1.1 La Constitución y el arbitraje de inversiones. 1.2 La Ley de Arbitraje y Mediación. 2. Acciones emprendidas por el Estado ecuatoriano. 2.1 Denuncia del CIADI. 2.2 Denuncia de los TBIs. 2.2.1 Consecuencias de la denuncia de los TBIs. 3. El COPCI, La Ley APP, y los Contratos de Inversión. 4. Posibles vías futuras. 4.1 Renegociación de cláusulas específicas. 4.2 Renegociación de un nuevo acuerdo. 4.3 Contratos de inversión para suplir TBIs. 4.4 El sometimiento de controversias de inversiones a otros centros internacionales de arbitraje. 4.5 La creación de un foro regional latinoamericano de solución de controversias de inversiones. 5. Conclusiones.

**PALABRAS CLAVE:** Arbitraje de inversiones, denuncia, acciones, vías, normativa, futuro.

**KEYWORDS:** Investment arbitration, complaint, actions, roads, normative, future.

\* Gerente General de PoliLegal Abogados S.A., Abogada en libre ejercicio. Abogada por la Universidad de las Américas del Ecuador, Magister en Derecho de la Empresa y de los Negocios, y Magister en Estudios Internacionales, ambas por la Universitat de Barcelona, España.

**RESUMEN:** El arbitraje de inversiones en el Ecuador ha tomado otro rumbo a partir de la aprobación de la nueva Constitución de la República en el año 2008. Los principales hechos detonantes han sido la denuncia de los TBIs y del Convenio de Washington que creó el CIADI, por considerar que establecen un mecanismo inapropiado de solución de controversias. Así, el Ecuador ha tenido que adoptar una posición política y jurídica en sintonía con las nuevas reglas del arbitraje, enfrentando retos e intentando dilucidar algunas líneas de acción posibles sin que todavía se haya decidido el futuro del arbitraje en el país.

**ABSTRACT:** The arbitration of investments in Ecuador has taken another course since the approval of the new Constitution of the Republic in 2008. The main detonating facts have been the denouncement of the BITs and of the Washington Convention that created the ICSID, considering that it establishes an inappropriate dispute settlement mechanism. In this way, Ecuador has had to adopt a political and legal position in line with the new rules of arbitration, facing challenges and trying to elucidate some possible lines of action without the future of arbitration in the country still being decided.

## **1. PANORAMA GENERAL DE LA NORMATIVA ECUATORIANA SOBRE EL ARBITRAJE DE INVERSIONES**

Los primeros vestigios del arbitraje en el Ecuador se plasmaron en la legislación procesal civil de 1917 que dedicó un capítulo al Juicio por Arbitraje, así como también en las sucesivas reformas y codificaciones hasta los años 80<sup>1</sup>. En el año de 1963 se publicó la primera Ley de Arbitraje Comercial con su Reglamento de aplicación<sup>2</sup> que regulaba controversias únicamente de carácter mercantil. Posteriormente, en el año de 1997 se expidió la Ley de

1. El Código de Enjuiciamiento Civil de 1917 fue objeto de varias reformas en 1953, 1960 y 1982 y hasta éste último se incluyeron normas relativas al Juicio por Arbitraje.
2. Ley de Arbitraje Comercial, RO No. 90, 28/10/1963.

Arbitraje y Mediación (LAM), reformada en el 2006, y en el 2015 a través del nuevo Código Orgánico General de Procesos (COGEP)<sup>3</sup>.

Paralelamente, el Ecuador reconoció al arbitraje –no vinculado a conflictos laborales colectivos– por vía constitucional en 1995, texto que se mantuvo sin modificaciones hasta la Constitución Política de 1998. En el 2008, el Ecuador expidió la Constitución actualmente vigente<sup>4</sup>, la cual prolongó el reconocimiento del arbitraje como mecanismo de solución de diferencias y se añadieron otras normas de enorme importancia para el funcionamiento del arbitraje, sobre todo de carácter comercial internacional. A partir de esta fecha, la política nacional se encaminó a compatibilizar las normas con las exigencias constitucionales, y se definió la actividad estatal como un elemento de apoyo primordial para un nuevo orden económico, social, político e inclusive ecológico y cultural, en los cuales el arbitraje, sobre todo el de inversiones, jugó un papel preponderante.

## 1.1 La Constitución y el arbitraje de inversiones

El arbitraje en el Ecuador se encuentra textualmente reconocido en la Constitución. En primer lugar, se debe citar al artículo 97, que reconoce el derecho de las organizaciones de desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos permitidos por la ley. De forma más específica, el artículo 190 establece como medio alternativo de solución de conflictos, al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos<sup>5</sup>.

3. Las principales reformas originadas en el COGEP se refieren a los laudos arbitrales expedidos en el extranjero, efectos, homologación, y efectos probatorios (Arts. 102-106), el laudo arbitral y el laudo arbitral expedido en el extranjero como títulos de ejecución (Art. 363); y, cambio de “Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador”, por “El Consejo de la Judicatura” (Disposición 16”).
4. Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008.
5. Constitución de la República del Ecuador, Art. 190 “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”, RO No. 449, 20/10/2008.

Sin embargo, la Constitución planteó un cambio en las reglas de juego del arbitraje. El artículo 422 textualmente dispone:

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. No podrán 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 del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

Así, la primera parte constituye el cambio de modelo político y económico en el arbitraje al establecer la limitación clara para el sometimiento de diferencias internacionales entre el Estado y personas jurídicas o naturales, a los sistemas de arbitraje internacional. La segunda parte regula una excepción a las diferencias con ciudadanos provenientes de América Latina mediante instancias arbitrales regionales u órganos jurisdiccionales; y, finalmente la tercera parte del artículo hace una especificación a controversias relacionadas con la deuda externa.

Desde el punto de vista jurídico, la intención fue clara, la voluntad del gobierno de establecer un blindaje a la obligación que tenía el Estado de someterse a los arbitrajes internacionales, sobre todo, al arbitraje de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Inclusive, el ex presidente de la República, Rafael Correa, lo mencionó en varias ocasiones, que los tribunales arbitrales a los que los TBIs obligan a someter jurisdiccionalmente al Ecuador, desconocen el derecho nacional, valorando peculiarmente el concepto de inversión<sup>6</sup>.

6. Oficio No. T. 4766-SNJ-10-21, 6/01/2010. Remitido por el expresidente Rafael Correa al Doctor Patricio Pazmiño Freire, presidente de la Corte Constitucional. Este criterio fue reiterado en varios dictámenes de constitucionalidad de los TBIs.

No obstante, la redacción del artículo no parecería tan clara como la intención. Esta disposición ha sido fuertemente cuestionada desde varios puntos de vista, partiendo desde la naturaleza de los tratados a los que hace referencia, el tipo de controversia, la terminología empleada y los posibles centros de arbitraje latinoamericanos. Se cuestionó en primer lugar el hecho de que el artículo 422 parecería limitación constitucional al sistema de arbitraje internacional que se encuentra reconocido en el artículo 190 de la Constitución y al artículo 42 de la LAM, ambos que reconocen al arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos, causando una contradicción parcial<sup>7</sup>. Por otra parte, se ha planteado la duda de lo que implicaría el término “jurisdicción soberana”, considerando que la jurisdicción puede ser considerada como el poder del Estado de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, siendo ésta una de las más claras muestras de la soberanía. Asimismo, se ha puesto en duda el alcance de las controversias, pues cita a controversias de índole contractual o comercial omitiendo las diferencias relativas a inversiones, por lo que en la interpretación de la norma podría considerarse permitido este tipo de arbitraje<sup>8</sup>.

Respecto del segundo inciso del artículo, las críticas se centraron en la referencia a un centro latinoamericano de arbitraje aún inexistente, así como también la utilización amplia del término ciudadanos y la condición de localización al decir “en Latinoamérica”, percibiéndose incierto si la sede debería ser en un Estado de dicha región, o si las disputas deben originarse en algún país de la región o si el órgano administrador del arbitraje debe ser latinoamericano<sup>9</sup>. Finalmente, se cuestiona también el hecho de que la norma establecería el régimen restrictivo sólo para los tratados mas no para los contratos que el Estado pueda celebrar con inversores extranjeros<sup>10</sup>.

7. I. YEPES y N. LARREA, *Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador*, “USFQ Law Review”, Año 2, Vol. 2, No. 1, Universidad San Francisco de Quito: Quito, 2015, p. 119.
8. D. PÉREZ ORDÓÑEZ, y J. MARCHÁN, “El arbitraje comercial internacional en Ecuador”, en J. COLLANTES (Coor.), *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica*, Primera parte, Vol. 11, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 192.
9. J. MARCHÁN, “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana”, *Juris Dictio*, Año 12, Vol. 14, Universidad San Francisco de Quito: Quito, 2011, p. 212.
10. H. PÉREZ LOOSE, “Capítulo XI Ecuador”, en A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, S. BARONA y C. ESPLUGES MOTA (Coors.), *El Arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*, Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2010, p. 407.

## **1.2 La Ley de Arbitraje y Mediación**

La LAM constituye otra piedra angular en la legislación, en donde el arbitraje es reconocido aunque insuficiente en cuanto al arbitraje de inversiones.

El artículo 1 de la LAM reconoce al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en concordancia con la Constitución, estableciendo dos tipos de arbitraje, uno administrado o independiente, y otro en equidad o derecho. Esta norma, faculta a que las partes puedan negociar e incluir una cláusula arbitral en la suscripción de un contrato, a través de la cual, dichas partes pueden someter sus diferencias ante un procedimiento arbitral administrado por centros especializados operados en el Ecuador o fuera del país. Esto quiere decir, que la LAM establece la posibilidad de que un arbitraje pueda tener el carácter de internacional, siempre y cuando las partes así hayan determinado.

A pesar de ello, la LAM no ofrece una regulación o prototipo a seguir para un arbitraje internacional. Esta ley únicamente se ha encargado de ratificar que el arbitraje internacional debe ser regulado por los tratados internacionales celebrados por el Ecuador, por tanto, este arbitraje debe necesariamente regirse por lo previsto en los tratados internacionales que el Ecuador tenga vigentes, pues es en éstos, en donde el Ecuador ha dado su consentimiento para someterse a un arbitraje internacional por controversias que surjan del tratado en materia de inversiones.

## **2. ACCIONES EMPRENDIDAS POR EL ESTADO ECUATORIANO**

Dos han sido los acontecimientos más importantes que dieron origen a una reestructuración de la normativa sobre el arbitraje de inversiones en el Ecuador. El primero fue la denuncia del



Convenio CIADI en el año 2008; y el segundo, la denuncia de 27 Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) suscritos con otros países.

## 2.1 Denuncia del CIADI

A partir del 2006, la política comercial en el país adoptó tintes claros basados en una ideología pro-país y pro-soberanía, dejando a un segundo plano la ideología pro-mercado. Es así como se decidió modelar una nueva arquitectura económica y política orientada a la realización del buen vivir, en la que se preveía un innovativo marco de protección y fomento de la inversión que reemplace al previsto en los TBIs, que propicie la inversión en grandes proyectos y que sea una inversión complementaria a la nacional.

Bajo estos preceptos, en el 2007 se produjo el primer indicio de cambio de orientación en cuanto al CIADI. El Ecuador, mediante Nota No. 56354/GM, de 23 de noviembre de 2007, notificó al CIADI que:

(...) no consentirá en someter a la jurisdicción del (CIADI) las diferencias que surjan en materia relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha.

Esta nota fue depositada por la Embajada del Ecuador en Estados Unidos y puesta en conocimiento del Secretario General del CIADI el 4 de diciembre de 2007, al amparo del artículo 25(4) del Convenio de Washington. Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo No. 1823 de 2 de julio de 2009, el Ecuador decidió “denunciar y por tanto declarar terminado el Convenio sobre Arreglo de

Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados –CIADI– (...) <sup>11</sup>. Esto fue notificado por escrito al Banco Mundial el 6 de julio de 2009 y en virtud del artículo 71 del Convenio <sup>12</sup>, que permite que cualquier Estado contratante denuncie el Convenio, la denuncia tuvo efecto desde el 7 de enero de 2010 <sup>13</sup>, es decir, seis meses después de recibida la notificación.

El principal fundamento esgrimido para la denuncia del Convenio de Washington, fue la incompatibilidad existente con el artículo 422 de la Constitución de la República que determina que no se puede celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Adicionalmente, se plasmaron como argumentos, las declaraciones del Presidente de la República de aquel entonces y de otros miembros de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en el sentido de que el Ecuador se ha visto involucrado en varios reclamos ante el CIADI por enormes cuantías, aproximadamente US\$ 13 mil millones de dólares, cifras que, según los datos, supera la cifra de la deuda externa; y que además, los fallos del CIADI parecerían sesgados a favor de los inversionistas <sup>14</sup>.

11. Previo a este Decreto, se tomó en consideración la aprobación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional a través de la sesión No. 44 de 12 de junio de 2009 con 54 votos a favor, cumpliendo con la disposición constitucional contenida en el Art. 419(7), que establece que para la ratificación o denuncia de tratados internacionales se requiere la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.
12. La denuncia también se ampara en el Art. 54 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) que señala que: “la terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado (...)”.
13. R. POLANCO, “Denuncia de tratados de inversiones en Latinoamérica. Causas y consecuencias”, en J. ÁLVAREZ, M. GRANDO y H. HESTERMEYER, (Coors.), *Estado y Futuro del Derecho Económico Internacional en América Latina*, I Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2013, p. 609.
14. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), *Ecuador finiquita convenio con el CIADI*, «<https://goo.gl/b7Lx5j>» (28/4/2017).

## **2.2 Denuncia de los TBIs**

Con la denuncia del Convenio de Washington, el Ecuador se vio en la obligación de denunciar los TBIs aún vigentes, pues en estos instrumentos se plasmaba el consentimiento de las partes para someterse al mecanismo de solución de controversias relativas a inversiones ofrecidos por el CIADI. Ya en el año 2006, el Ecuador inició la denuncia de diez TBIs que tenía con Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumanía, y Uruguay, las cuales culminaron en el 2007 y 2009 y constituyeron el primer bloque de denuncias. Paralelamente, el Banco Central emitió un informe respecto de los beneficios económicos para el Ecuador en materia de inversión extranjera, con lo que se emprendió un proceso de revisión y denuncia de los demás TBIs que constituyeron el segundo bloque.

Para este segundo bloque, ya se había aprobado el nuevo régimen constitucional, por lo que para el tratamiento de estas denuncias se tuvo que seguir lo dispuesto en la Constitución de 2008, en el sentido de emitir previamente un dictamen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, y posteriormente obtener la aprobación de la Asamblea Nacional antes de la notificación de la denuncia formal.

A continuación se detallan los TBIs suscritos por el Ecuador y el estado de las denuncias de estos dos bloques.

## Estado de los TBIs suscritos por el Ecuador

País	Fecha de Convenio	Fecha Dictamen Corte Constitucional	Estado de Denuncia
Paraguay	Suscrito: 28-01-1994	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Costa Rica	Suscrito: 6-12-2001	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
República Dominicana	Suscrito: 26-06-1998	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
El Salvador	Suscrito: 16-05-1994	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Uruguay	Suscrito: 31-07-1985	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Honduras	Suscrito: 26-06-2000	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Cuba	Suscrito: 06-05-1997	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Guatemala	Suscrito: 04-06-2005	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Nicaragua	Suscrito: 09-09-2002	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Rumania	Suscrito: 21-03-1996	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Finlandia	Suscrito: 18-04-2001	Fecha Dictamen: 29-07-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 23-11-2010
Alemania	Suscrito: 21-03-1996	Fecha Dictamen: 24-06-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 14-09-2010

Reino Unido	Suscrito: 10-05-1994	Fecha Dictamen: 24-06-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 14-09- 2010
Francia	Suscrito: 07-09-1994	Fecha Dictamen: 16-09-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 15-03- 2011
Suecia	Suscrito: 31-05-2001	Fecha Dictamen: 16-09-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 15-03- 2011
Venezuela	Suscrito: 18-11-1993	Fecha Dictamen: 11-11-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
Chile	Suscrito: 27-10-1993	Fecha Dictamen: 11-11-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
China	Suscrito: 21-03-1994	Fecha Dictamen: 29-07-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
Países Bajos	Suscrito: 27-06-1999	Fecha Dictamen: 16-09-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
Suiza	Suscrito: 02-05- 1968.	Fecha Dictamen: 11-11-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
Canadá	Suscrito: 29-04-1996	Fecha Dictamen: 07-10-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
EEUU	Suscrito: 27-08-1993	Fecha Dictamen: 25-11-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
Argentina	Suscrito: 18-02-1994	Fecha Dictamen: 17-01-2013	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017

España	Suscrito: 26-06-1996	Fecha Dictamen: 25-04-2013	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05-2017
Italia	Suscrito: 25-10-2001	Fecha Dictamen: 17-07-2013	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05-2017
Bolivia	Suscrito: 25-05-1995	Fecha Dictamen: 15-01-2014	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05-2017
Perú	Suscrito: 07-04-1999	Fecha Dictamen: 26-11-2013	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05-2017

Fuente: Asamblea Nacional y Corte Constitucional  
Elaboración por la autora

De esta tabla, es preciso señalar que el TBI con Finlandia es el único que ha finalizado el proceso de denuncia con la respectiva notificación a dicho país, el resto de denuncias de TBIs con países que conforman el segundo bloque, han sido aprobadas por la Asamblea Nacional, pero se encuentran a la espera de emitir la notificación, por lo que aún continúan vigentes.

### 2.2.1 Consecuencias de la denuncia de los TBIs

A pesar de que el Estado ecuatoriano se blindó contra el riesgo de demandas en centros de solución de controversias internacionales, la terminación de los TBIs no es una cuestión tan fácil. Es importante señalar que la denuncia de los TBIs desde hace tiempos atrás ha provocado a nivel mundial, un debate académico y profesional, en el que se cuestiona principalmente el hecho de si los inversores continuarían teniendo derechos a pesar de la terminación de un TBI<sup>15</sup>.

15. T. VOON, A. MITCHELL y J. MUNRO, "Parting ways: The impact of investor rights on mutual termination of investment treaties", *JCSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29(2), pp. 451-473, «<https://goo.gl/1Y8xb4>» (28/4/2017).

En primer lugar, los TBIs especifican un período fijo de duración inicial que generalmente es de cinco, diez o quince años, tiempo en el cual el tratado no puede ser terminado (a menos que sean circunstancias excepcionales). Después de este plazo, una parte puede dar por terminado el tratado siempre y cuando lo realice con antelación por escrito de al menos un año. Por otra parte, los TBIs contemplan la posibilidad de renovación automática después de los plazos iniciales establecidos para el mismo plazo estipulado o inclusive de forma indefinida, con la posibilidad de que las partes puedan denunciarlo unilateralmente con previo aviso, como lo hizo el Ecuador.

Se debe tomar en cuenta, que aunque se utilice este mecanismo general, las causas y consecuencias jurídicas no son las mismas para todos los TBIs. Así, para el proceso de denuncia, la parte actora deberá regirse a lo establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que sobre divisibilidad de las disposiciones de un tratado dispone que: “no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto”<sup>16</sup>, lo cual significa que el panorama será distinto si se trata de una denuncia de la totalidad del tratado, o de una parte de éste, siendo una denuncia parcial.

Otro aspecto a ser considerado dentro de los efectos de la terminación es la cláusula denominada Nación Más Favorecida (NMF)<sup>17</sup> que puede ser aplicada a los aspectos procesales de un TBI en los cuales se incluye un mecanismo de solución de controversias entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión<sup>18</sup>. A través de ella, un inversionista puede escudarse y evadir requisitos necesarios o ejecutar disposiciones más favorables.

16. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), Art. 44(1).

17. La cláusula NMF quiere decir que si se concede a un país una ventaja especial, se tiene que hacer lo mismo con los otros países. Véase, Organización Mundial del Comercio «<https://goo.gl/im83hV>» (02/5/2017).

18. R. POLANCO, N. 13.

Por otro lado, el aspecto más engorroso sobre las consecuencias jurídicas es, sin duda, el relacionado con las cláusulas de supervivencia incluidas en los TBIs. Éstas se encargan de garantizar que las disposiciones del TBI se mantengan vigentes hasta después de la terminación del tratado, por cinco, diez, quince o más años. Esto ha sido una tendencia en todos los TBIs que ha levantado fuertes críticas por parte de los Estados.

En este sentido, este tipo de cláusulas estarían garantizando una protección internacional de las inversiones a pesar de la denuncia del tratado; y por tanto, el Estado seguiría obligado a cumplir con las disposiciones de los TBIs en relación a las inversiones anteriores a la terminación de éstos. Sin perjuicio de ello, el precedente sobre la efectividad práctica de estas disposiciones no se ha concretado a nivel internacional pues parece ser una cuestión delicada dentro del arbitraje de inversiones.

### **3. EL COPCI, LA LEY APP, Y LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN**

Con la denuncia de los tratados de inversión, se ha podido apreciar desde el exterior una resistencia a la inversión en el Ecuador. El descenso brusco de la IED creó un ambiente incierto para invertir en el país, aportando inestabilidad y perjudicando el equilibrio económico; de hecho, en los últimos años, el Ecuador ha sido considerado como uno de los países que registró menor IED en Latinoamérica<sup>19</sup>. Ante este panorama, el Estado ecuatoriano se vio en la necesidad de crear otros mecanismos que suplían a los TBIs, e implementar medidas para contrarrestar este ambiente de desequilibrio para atraer inversión al país.

En el año 2010, se expidió el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) regulando los contratos de inversión en reemplazo a los tratados de inversión existentes en

19. La UNCTAD, en su *World Investment Report 2015*, situó a Ecuador como uno de los países de América Latina que recibió menos inversión extranjera directa en el 2014, considerando un rango de entre US\$ 100 y US\$ 1000 millones de dólares, «<https://goo.gl/tjdgBs>» (09/5/2017).



el país, así como también en el 2011, se aprobó su Reglamento sobre la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo. El fin de estas normas fue velar por las necesidades de ambas partes; las del Estado, para que a través de estos contratos se promueva la inversión y genere un real beneficio sobre el desarrollo del país; y las del inversionista, a fin de que éstos puedan focalizar eficazmente sus recursos y su inversión se mantenga por un período prolongado.

El contrato de inversión, según el COPCI, tiene una vigencia de hasta 15 años, pudiendo prorrogarse por una sola vez, hasta por el mismo plazo, intentando otorgar estabilidad jurídica (art. 26). Adicionalmente, el Código busca promover y proteger la inversión siempre y cuando genere empleo de calidad, diversificación productiva, innovación tecnológica y que potencialice los territorios y actividades conforme la Constitución y el Plan Nacional de Desarrollo, reconociendo también los derechos de los inversionistas basados en el principio de trato no discriminatorio (arts. 17 y 19); derecho a transferencias al exterior<sup>20</sup> (arts. 17 y 19); estabilidad tributaria y jurídica<sup>21</sup>; no expropiación (art. 18)<sup>22</sup>; y, la libertad de acceder al sistema financiero nacional y al mercado de valores para obtener recursos de crédito para el desarrollo de proyectos de inversión.

Respecto de la estabilidad jurídica, el COPCI prevé la posibilidad de pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias entre el Estado y los inversionistas, reconociendo al arbitraje nacional e internacional. En el caso de diferencias con inversionistas extranjeros, la norma exige que se agote la vía administrativa, después de lo cual pueden establecer una solución de forma amistosa (60 días), caso contrario deberán acudir a una instancia

20. Los inversionistas tienen el derecho de transferir al exterior una parte o la totalidad de las ganancias o utilidades que su inversión registre, previo cumplimiento de obligaciones que correspondan como impuestos, seguridad social, entre otras.
21. El Código ofrece el mantenimiento por un periodo determinado de la tarifa aplicable al impuesto a la renta al momento de efectuarse una nueva inversión.
22. El Código prohíbe la expropiación o nacionalización directa o indirecta de la inversión, salvo que existan fines de interés público, de manera equitativa y mediante el pago de una indemnización conforme el procedimiento legal y el principio de trato justo y no discriminación.

de mediación (dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de inicio de las negociaciones directas). Después de la instancia de mediación, el Código permite el sometimiento a arbitraje de conformidad con los tratados vigentes para el Ecuador; y en caso de no llegar a acuerdo ni someter a jurisdicción arbitral la diferencia, se deberá someter al conocimiento de la justicia ordinaria nacional, excluyéndose los asuntos tributarios.

De otra parte, la norma establece varios incentivos tributarios generales como la reducción de la tasa de impuesto a la renta (22%), la exoneración de pago de impuesto mínimo durante los 5 primeros años si se trata de empresas nuevas; exoneración del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD); deducciones adicionales para el cálculo del impuesto a la renta como mecanismos para incentivar la mejora de la productividad, innovación y producción “ecoficiente”; beneficios para la apertura del capital, como diferimiento del pago del impuesto a la renta para empresas que abran su capital al exterior; e incentivos para zonas especiales de desarrollo previo criterio de aprobación.

A pesar de las aspiraciones de que los inversores presentes en el país se inclinen hacia una migración progresiva bajo el marco jurídico del COPCI, esto no ha sido una tarea fácil ni se ha conseguido, quizás, el éxito esperado. Por citar un ejemplo, la cantidad total de inversión extranjera directa (IED) en el 2009 según el Banco Central fue de US\$ 316,5 millones, tres veces menor a la del 2008 que fue de US\$ 1.005,2 millones, y en el primer trimestre del 2010, se registró la cifra negativa de US\$ 150.9 millones<sup>23</sup>. En el 2014 las entradas de IED registraron un alza del 6% alcanzando US\$ 774 millones de dólares concentrándose más de dos tercios en el sector de recursos naturales y solo el 14% en el sector de manufactura; no obstante las inversiones relacionadas con servicios procedentes del exterior cayeron del 43% al 18%<sup>24</sup>.

23. Diario El Universo. “La inversión extranjera decrece, según BCE”, 02/09/2010, «<https://goo.gl/bfgMm>» (15/5/2017).

24. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, 2015 (LC/G.2641-P), 2015, p. 44, «<https://goo.gl/ezrvte>» (15/5/2017).

A la luz de este panorama no tan favorable para el Ecuador, mediante Registro Oficial No. 652, de 18 de diciembre de 2015, se expidió la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (Ley de incentivos APP) y posteriormente su Reglamento de aplicación. Esta Ley complementa y reforma algunos aspectos del COPCI, permitiendo incentivos importantes para los proyectos que se ejecuten bajo modalidad de asociación público-privada, entre los que se encuentran el impuesto a la renta, el ISD y tributos al comercio exterior. Un beneficio importante de esta ley, a través de disposiciones reformativas del COPCI, es que otorga un derecho de estabilidad en cuanto a los incentivos tributarios y permite la solución de diferencias por la vía arbitral, siempre y cuando sus incentivos tributarios se modifiquen o deroguen, pudiendo someter la controversia a arbitraje por un derecho contractual derivado de una desavenencia tributaria. No obstante, la ley prevé un arbitraje únicamente ante una instancia regional latinoamericana.

Finalmente, esta Ley ha incluido una política expansiva respecto de la estabilidad jurídica a otras inversiones que no se ejecuten bajo la modalidad de asociación público-privada y que recaigan sobre aspectos sectoriales específicos que se relacionen con la inversión, es decir, para sectores estratégicos y provisión de servicios públicos.

Así, la Ley de incentivos APP intenta incrementar significativamente el alcance de la estabilidad del marco jurídico de inversiones en el Ecuador, en principio contenido en el COPCI, mitigando cualquier riesgo político y brindando seguridad legal, incentivos económicos y tributarios, y estableciendo la equidad e igualdad en cuanto a los derechos de los inversionistas y el Estado. Con ello, se puede apreciar el interés por parte del Estado para lograr atraer mayor inversión extranjera que permita obtener beneficios no solo económicos, sino también sociales, lo cual se ha convertido en uno de los pilares principales de la inversión en el país.

## **4. POSIBLES VÍAS FUTURAS**

El régimen de los tratados internacionales de inversión se encuentra en un momento determinante. El número de acuerdos celebrados sigue en aumento, así como también van en aumento el surgimiento de diferencias entre Estados e inversores. Con ello, se puede apreciar por un lado la importancia de los acuerdos como instrumentos de política que protegen y atraen IED brindando seguridad jurídica y un clima de inversiones estable; y por otro, se observa la necesidad de reformar toda la red de acuerdos de inversión, sobre todo, del sistema de solución de controversias. Es necesario tomar en consideración que los tratados de inversión no solamente incluyen temas relacionados con inversión, sino que también rigen sobre temas relacionados con la política exterior para gestionar los flujos de capital extranjero de cada país que lo suscribe.

El Ecuador ya entró en un período de revisión minuciosa de los TBIs, al cual le acompaña el proceso de denuncia. La legislación ecuatoriana ha tratado de crear mecanismos que otorguen la suficiente seguridad jurídica para el inversionista extranjero, y que puedan suplir a las disposiciones de los TBIs, aunque no parece ser suficiente. No existe un camino rápido que conduzca al éxito total de la reestructuración del arbitraje de inversiones; sin embargo, el Ecuador debe disponer del máximo nivel de manobra posible, para que pueda adaptar los cambios con su normativa y circunstancias actuales, por lo que se pueden establecer algunas opciones que viabilicen este sensible proceso.

### **4.1 Renegociación de cláusulas específicas**

El gobierno ecuatoriano podría considerar una opción de renegociación con todos los Estados con los que mantiene un tratado de inversión vigente. Es importante señalar que la renegociación se ha visto como un mecanismo válido bajo el derecho internacional y aplicado por otros Estados<sup>25</sup>. Así lo dispone la

25. Por ejemplo, los Estados miembros de la UE, para lo cual la Comisión Europea tiene competencia para negociar nuevos tratados de inversión y renegociar los que se encuentran actualmente vigentes.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 39, por medio del cual permite que un tratado pueda ser enmendado por acuerdo de las partes.

Por tanto, en primer lugar sería necesario constatar la voluntad de los otros Estados de acogerse al proceso de renegociación. Esto podría resultar complicado sobre todo con países que exportan capital al Ecuador pero que no reciben capital del mismo, como se desprende de la mayoría de TBIs suscritos, pues podría existir una ausencia de interés en el proceso renegociador. Para mitigar este riesgo, en la renegociación debería incluirse todos los incentivos económicos y fiscales que actualmente está promoviendo y otorgando el país en el marco de su nuevo régimen jurídico contemplado en el COPCI y en la Ley de incentivos APP.

Adicionalmente, convendría analizar en detalle, tanto consideraciones de orden político, como la calidad, cantidad y tipo de inversiones existentes o previstas con los países que se ha suscrito estos tratados. Con ello se lograría obtener un análisis exhaustivo de las cláusulas que se pretende renegociar y crear una especie de paquete de cláusulas a renegociar, depende del TBI del que se trate. Aquí sobre todo se debe revisar cláusulas como de trato justo y equitativo, definición de inversión, expropiación, cláusulas de supervivencia, y solución de controversias, que son las que más han generado debate y han sido motivo de surgimiento de controversias internacionales.

Respecto de la cláusula de solución de controversias, se debería obligatoriamente tomar en cuenta la disposición constitucional en cuanto al arbitraje bajo tratados únicamente cuando su sede sea en un país de Latinoamérica y solo ante instancias regionales, aunque hasta el momento no se ha implementado tal condición a pesar de que ya existen iniciativas y análisis correspondientes en el seno de la UNASUR.

Sobre todo, en la renegociación se trataría de incluir todas aquellas cuestiones importantes para el desarrollo de la inversión en el Ecuador, como protección del medio ambiente, protección

a los trabajadores, cuestiones de derechos humanos y otras cuestiones de políticas macroeconómicas necesarias para su desarrollo, siempre que favorezcan y causen un impacto positivo en el país.

Desde esta perspectiva, el gobierno podría basarse en una Hoja de Ruta en la que conste el inicio de las renegociaciones por bloques de países, de acuerdo al interés político y económico del Estado con sus socios comerciales. Por ejemplo, un bloque importante sería la Unión Europea, que actualmente posee nuevas políticas en su interior en materia de inversiones, aprovechando la entrada en vigor del Acuerdo Comercial entre la UE y el Ecuador.

## **4.2 Renegociación de un nuevo acuerdo**

La expedición de un nuevo modelo de convenio de inversiones que sustituya a los TBIs no ha sido una idea lejana dentro del abanico de opciones para el Ecuador. Desde el 2012 el gobierno ha venido trabajando en un nuevo instrumento para eventuales negociaciones futuras en sustitución a los tratados de inversión. Este trabajo se llevó a cabo a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración que como autoridad competente tenía la atribución de elaborar modelos de tratados bilaterales de comercio e inversión según su Estatuto Orgánico, junto con las aportaciones de otras instituciones del Estado como la Procuraduría General del Estado, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, la Presidencia y Vicepresidencia, el Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad, y el Ministerio Coordinador de Política Económica. Este proyecto continuó hasta el año 2014, año en el que se dividió el MRECI y se creó el Ministerio de Comercio Exterior, el cual continuó liderando el nuevo modelo de convenio denominado “Convenio de Inversiones para el Desarrollo” (CID).

El CID se constituyó en un borrador de texto sobre un tratado bilateral de inversiones, consolidando lineamientos generales

para las negociaciones comerciales o eventuales renegociaciones de los TBIs, en el marco de los postulados constitucionales y legales vigentes y de otros instrumentos aprobados, principalmente el Plan Nacional para el Buen Vivir.

El texto programático del CID sienta las bases de los objetivos y principios prioritarios para el Estado y en su propio preámbulo alude a enunciados como la complementariedad de la inversión extranjera en relación con la nacional; el fomento de los procesos productivos respetando los derechos de las comunidades locales, medio ambiente, transferencia tecnológica, generación de empleo y reafirmación de proyección y diversidad cultural; la participación de los sectores de la economía popular y solidaria y micro, pequeñas y medianas empresas. Adicionalmente, prevé una sección sobre Principios en el que se enfatiza la promoción de inversiones extranjeras siempre y cuando se protejan los derechos humanos, laborales y ambientales conforme los estándares internacionales.

Dentro de las disposiciones más interesantes de este modelo de convenio se encuentran la de Trato Especial y Diferenciado, tratamiento de inversiones, solución de controversias y cooperación. Respecto de la primera, se han implementado tres medidas favorables para ambas partes, el eximir a la parte de menor desarrollo de cumplir el Trato Nacional, con el fin de dar cabida a programas que beneficien a inversionistas de micro, pequeñas y medianas empresas; el compromiso de la parte más desarrollada de crear programas e incentivos para la participación de inversionistas de la otra parte en sectores que hubieren sido acordados; y el compromiso de la misma parte, de fomentar la desagregación tecnológica y la transferencia en paquetes dentro de la inversión producida. Respecto del tratamiento de inversiones, se debe mencionar que su redacción es prácticamente influenciada por las garantías que otorga el COPCI a las inversiones extranjeras en concordancia con la normativa interna e internacional.

Sobre el aspecto de solución de diferencias, que es de recordar fue el tema más debatido en los TBIs, el CID establece dos



ámbitos al igual que los tratados de inversión, el uno correspondiente a controversias entre Estados y el otro entre inversionista y Estado receptor de la inversión. Sobre el primero, se entiende que puede incoarse un proceso únicamente cuando exista una diferencia en el alcance y aplicación del CID, para lo cual se plantean mecanismos de carácter diplomático, como vía previa al proceso arbitral que tiene un procedimiento específico a falta de acuerdo de las Partes respecto de otra vía que pueda ser adoptada. Sobre las diferencias entre inversionista y Estado se incluye la renuncia expresa del CIADI como mecanismo para resolver las controversias, se incluye también el agotamiento de la vía administrativa interna antes de iniciar un proceso arbitral que podrá llevarse a cabo en instancias regionales latinoamericanas, arbitraje nacional o internacional, o arbitraje contemplado en un contrato de inversión, para lo cual se toma en cuenta las reglas de la UN-CITRAL<sup>26</sup>.

Finalmente, el CID contiene un apartado relativo a cooperación entre las partes, en el que se hace referencia a aspectos como el desarrollo de capacidades, programas de seguros, asistencia financiera directa, apoyo para evaluaciones de impactos sociales y ambientales, y transferencia de tecnología.

Las eventuales nuevas negociaciones y renegociaciones serían viables siempre y cuando se realice un análisis de los dictámenes elaborados por la Corte Constitucional, en los que se avizoraron dos resultados; la denuncia de todo el TBI como fue

26. La versión final del CID correspondiente a octubre de 2013, establece en su artículo 12, parte II, la solución de controversias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, y señala textualmente que: “Toda controversia relativa a las inversiones que surjan entre las Partes Contendientes, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo, una vez que se agote la vía administrativa, será, preferentemente, solucionada por consultas amistosas y mediación.

(1) Si los mecanismos amistosos y mediación no hubiesen permitido la solución de la controversia, en el término de 6 meses, a partir del supuesto mencionado en el párrafo anterior, cualquiera de las Partes Contendientes podrá remitir la diferencia a:

(a) Los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o,  
(b) Ante el Mecanismo de Arbitraje conformado en instancias regionales latinoamericanas, cuando el Estado Parte de la Controversia haya adherido a aquél; o,  
(c) Al arbitraje nacional o internacional en las condiciones descritas en los párrafos subsiguientes de este artículo; o,  
(d) Un Arbitraje contemplado en un contrato de inversión.

Una vez que una de las Partes Contendientes haya sometido la controversia a una de las instancias antes descritas, dicha elección será excluyente y definitiva (...).”



el caso de Italia, España, Suiza, Finlandia y Rumanía; y la denuncia de ciertos artículos del TBI, como fue el caso de varios los países de la Unión Europea como Alemania, Reino Unido, Suecia, Francia, y Países Bajos. Así, la renegociación funcionaría con aquellos TBIs que obtuvieron una denuncia parcial, y las nuevas negociaciones se deberían aplicar a aquellos TBIs en los cuales se dictaminó su denuncia total.

Adicional a ello, sería importante definir el alcance del CID, toda vez que los beneficios contemplados en él son una transcripción de los beneficios para los inversionistas que prevé el COPCI y la nueva Ley de incentivos APP. Es decir, definir si el Convenio contempla una ampliación de beneficios a los ya establecidos en las leyes vigentes o mantener el mismo grado de protección, para lo cual se deberá tomar en cuenta que los tratados internacionales están bajo la Constitución pero tienen una jerarquía superior frente a las leyes. Asimismo deberá definirse si es conveniente negociar el CID como un instrumento independiente o ser agregado parcialmente en los acuerdos comerciales o de cooperación económica.

Bajo estas consideraciones, lo que el Estado debería propender a establecer es un texto fácilmente aceptable entre las partes, que si bien sería negociado según los imperativos constitucionales y legales de ambas partes, no sea apreciado como la presentación de una propuesta nacional, sino como un instrumento a través del cual se obtengan beneficios y resultados mutuamente aceptables y en el que se mantenga el lenguaje internacional para facilitar cualquier negociación.

### **4.3 Los contratos de inversión para suplir los TBIs**

El contrato de inversión es un instrumento que ofrece estabilidad pues es renovable hasta por quince años –con una inversión desde US\$ 1 millón de dólares–, reconoce los derechos del inversionista y establece mecanismos de solución de controversias.

La atracción de estos contratos consiste en incluir diversos tipos de incentivos para la inversión, como los establecidos en el COPCI, el financiamiento de la banca pública, la facilitación aduanera, y el desarrollo del capital humano. Si se desglosarían cada uno de estos incentivos podríamos mencionar entre los más importantes: el Impuesto a la Renta de 0% por cinco años; ISD de 0%; ocho años de estabilidad política; y, arancel 0 a la importación de maquinarias. A ello, se le puede sumar los bajos costes de diésel, del metro cúbico de agua y de energía, cuestiones favorables para la industria<sup>27</sup>, agregando también la estabilidad monetaria, pues al tener el dólar como moneda en curso legal, no existiría riesgo de devaluación.

El COPCI parece haber planteado un nuevo sistema de comercio e inversión que recobra las falencias de los TBIs en el sentido de que éstos carecen de contenido humanístico, además de contraponerse a las disposiciones constitucionales. El contrato de inversión posee la capacidad jurídica para abarcar una amplia variedad de temas, incluyendo cuestiones necesarias contenidas en los TBIs; se podría decir que éste se constituye en una mezcla de disposiciones contenidas en contratos comunes, en la legislación nacional, y en tratados internacionales.

No obstante, a los contratos de inversión se los debe analizar en una balanza. Por el un lado de la balanza, resultaría lógico que el Estado se incline preferentemente por los contratos de inversión, pues es en éstos en donde se puede incluir todos los principios y obligaciones en cuanto a derechos humanos, salud, trabajo, transferencia de tecnología, medio ambiente, entre otras cuestiones sobre políticas públicas que el gobierno considere importantes, bajo el marco normativo nacional. Por otro lado, a raíz de la denuncia de varios TBIs, los contratos de inversión se convierten en un instrumento obligatorio para quien quiera invertir (inversor extranjero) en el Ecuador en estos momentos, debido a que este instrumento no incluirá de ninguna manera, la solución de con-

27. Una de las tasas más bajas de energía para los negocios en la región (US\$ 0.08 Kw/h); el costo más bajo de diésel para la industria (US\$ 0.29 por litro); uno de los costos más bajos de agua para empresas de la región (US\$ 0.77 por metro cúbico). Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones, <<https://goo.gl/cxe4Kk>> (16/6/2017).

troversias relativas a inversiones ante el CIADI, como instancia de arbitraje internacional. Sin embargo, lo que no debería hacer el Ecuador en un contrato de inversión, es abstenerse a la solución de controversias de carácter internacional, debido a que una posición de esta naturaleza invalidaría, seguramente, el proceso de suscripción del contrato. Sobre este punto, sería viable analizar minuciosamente la estrategia de inserción en materia de inversión, donde es necesario, en criterio propio, abordar el riesgo de ser demandado siempre que existan cuestiones que violenten los compromisos adquiridos a través del contrato e internacionalmente.

Respecto del otro lado de la balanza, para la suscripción de un contrato de inversión se necesita la concurrencia de dos partes, el Estado a través de su autoridad competente, y el inversionista extranjero. Si bien los incentivos desarrollados en el contrato pueden resultar atractivos para el inversionista, no se debe olvidar que la protección bajo un contrato de inversión no tendrá el mismo rango que la protección a través de un tratado internacional. En tal sentido, el contrato de inversión es un aliado importante para la atracción de IED para el Ecuador, pero no llegaría a la cima de protección y promoción de éstas, pues política y económicamente, es necesario un instrumento macro, que permita generar confianza entre el Estado receptor de la inversión, el inversionista y el Estado de donde es nacional el inversionista.

#### **4.4 El sometimiento de controversias de inversiones a otros centros internacionales de arbitraje**

Dentro de las principales instituciones de arbitraje internacional, amparadas por el derecho internacional, se encuentra la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), el CIADI, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), o la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). Por otro lado, la legislación internacional permite también arbitrajes ad-hoc bajo las reglas de la UNCITRAL.

En la práctica, muchos de los TBIs han regulado la posibilidad de someterse a dos tipos de arbitraje, el contemplado bajo las reglas del CIADI, en su mayoría; y el arbitraje ad-hoc siguiendo las reglas de la UNCITRAL. Si bien el motivo principal de la denuncia de los TBIs por parte del Ecuador fue que estos tratados cedían jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, específicamente al CIADI, la opción de un arbitraje ad-hoc y de otros centros de arbitraje serían preliminarmente una vía alternativa, tanto en una nueva negociación como en una renegociación.

Según autores ecuatorianos como SALVADOR y RIOFRÍO, el Ecuador tiene varias vías para resolver sus disputas con inversionistas extranjeros en arbitrajes internacionales, para lo cual se requeriría únicamente el consentimiento de las partes, mencionando como ejemplo a la LCIA, CCI, UNCITRAL<sup>28</sup>. Sin embargo, debe analizarse la prohibición contenida en el artículo 422 de la Constitución, conforme este artículo, la prohibición engloba a todas las instancias de arbitraje internacional para controversias contractuales o de índole comercial. Como se mencionó preliminarmente, el análisis se enmarca en el sentido de si la prohibición abarca también para controversias derivadas de inversiones, o si al momento de incluir el término “índole comercial” quedaron incorporadas las diferencias de inversiones. Mi impresión –política más que jurídica– es que al momento de redactar la norma, el legislador tuvo la intención de prohibir expresamente el arbitraje de inversiones y salvaguardar los intereses del país ante procedimientos llevados a cabo en el CIADI.

Por tanto, el Ecuador no podría aludir, ni en una negociación ni en una renegociación, e inclusive en un contrato de inversión, una cláusula que permita direccionar las diferencias relativas a inversiones a instancias de arbitraje internacional, amparándose en el artículo 422 de la Constitución, con lo cual, la única opción que podría considerarse, es amparar las eventuales disputas de inversiones bajo las reglas de la UNCITRAL, que permite esta-

28. I. SALVADOR y M. RIOFRÍO, “La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 2, 2010, p. 121.

blecer un arbitraje ad-hoc. De hecho, esta práctica ya es una realidad en los nuevos contratos firmados por el Estado con empresas petroleras, como por ejemplo con la empresa china Andes Petroleum, en el cual se prevé una solución de diferencias en el Centro de Arbitrajes y Mediación de Santiago de Chile con las reglas de la UNCITRAL.

Por otro lado, es imprescindible advertir un posible panorama bajo la normativa de la Comunidad Andina (CAN). Según esta nueva vía, en las controversias de inversiones en las que esté en juego la normativa andina, sería jurídicamente posible que dichas diferencias se resuelvan a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA); así lo han manifestado autores como RICHARDSON<sup>29</sup>, POLANCO, y ANAYA<sup>30</sup>. La CAN ha regulado a la IED en la subregión mediante la Decisión 291, de 12 de marzo de 1991 relativa al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, la misma que permite a los países miembros legislar la inversión a través de la normativa nacional, la normativa comunitaria y los tratados bilaterales y multilaterales, dentro de los cuales se encuentran los TBIs.

No obstante, cuando la materia de la controversia entre un miembro de la CAN y un particular, es decir, inversionista extranjero, está relacionada con la normativa comunitaria andina, las reglas contenidas en el Tratado de Creación del TJCA disponen que dichas diferencias deben ser sometidas al tribunal de justicia supranacional de la región, a través de una interpretación prejudicial o una acción de incumplimiento<sup>31</sup>. Así lo ha confirmado la jurisprudencia del TJCA incluyendo el concepto de juez nacional al sistema de arbitraje, en el sentido de que este sistema puede ser considerado como un juez nacional para solicitar di-

29. D. RICHARDSON, *Solución de conflictos en materia de inversión extranjera*, «<https://goo.gl/rRBmHx>» (26/6/2017).

30. R. POLANCO y E. ANAYA, *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿Un nuevo foro de solución de controversias de inversión extranjera?*, «<https://goo.gl/HDxR44>» (26/6/2017).

31. El artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN señala que: “Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado”.

rectamente una interpretación prejudicial al tribunal supranacional cuando el caso hace referencia a la normativa comunitaria andina<sup>32</sup>. Por tanto, el TJCA puede ser considerado como un foro de solución de controversias en materia de inversión extranjera cuando un instrumento prevea normas comunitarias andinas, es decir, sería un foro aplicable únicamente para Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

#### **4.5 La creación de un foro regional latinoamericano de solución de controversias de inversiones**

La iniciativa de crear un centro de solución de controversias latinoamericano parece haber tenido impulso desde la reforma constitucional ecuatoriana del 2008. A pesar de que, con la redacción del artículo, no queda claro si el texto se refiere a que la sede del arbitraje debe ser un país de la región, o si la controversia debe haberse originado en algún país de estos, o si el órgano administrador del arbitraje debe ser latinoamericano o residir en la región, el propósito quedó plasmado desde la vigencia de la nueva norma constitucional.

El Ecuador fue el país latinoamericano que lideró esta iniciativa que tuvo una considerable acogida en el seno de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)<sup>33</sup>. La primera reunión en donde se abordó la creación de un centro de solución de controversias relativas a inversiones fue la IV Sesión Ordinaria celebrada en Georgetown, Guyana, el 26 de noviembre de 2010, en la que se adoptó una Decisión para analizar la creación de este sistema. En esta, se designó un grupo de trabajo sobre solución de controversias integrado por expertos de alto nivel designados por

32. El TJCA, en la sentencia dentro del proceso de incumplimiento No. 03-AI-2010, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina No. 1985, 11/10/2011, incluyó el sistema de arbitraje en el concepto de juez nacional. Adicionalmente, en la Interpretación Prejudicial 57-IP-2012, 11 2012, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina 14/11/2012, concluyó que los árbitros o tribunales de arbitraje que son de última instancia se incluyen dentro del concepto de juez nacional al amparo de los artículos 33 del Tratado de Creación del TJCA, y 122 y 123 del Estatuto.
33. La propuesta se dio en el 2009, durante la trigésima novena Sesión de la Asamblea General de la OEA, en la que el Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador de aquel entonces, Fander Falconí, propuso la creación de un centro de arbitraje en el seno de la UNASUR, como una institución alternativa al CIADI.

los Jefes de Estado, con el fin de que consideren la propuesta presentada por el Ecuador relativa a tres temas enlazados: el centro de solución de controversias; un centro de asesoría legal en materia de inversiones; y, un Código de conducta para los miembros de los tribunales arbitrales.

A partir de ello, se han realizado numerosas reuniones entre cancilleres y grupos de trabajo quienes se han dedicado a diseñar la arquitectura de esta iniciativa, fruto de lo cual, se ha estructurado un acuerdo constitutivo del centro de solución de controversias. A pesar de que el texto del acuerdo constitutivo aún no ha sido aprobado ni oficializado, es importante mencionar las cuestiones más trascendentes que éste contiene<sup>34</sup>. En primer lugar, es necesario puntualizar que el reglamento de funcionamiento del centro prevé que la jurisdicción excluya disputas relativas a temas de salud, energía, impuestos, leyes internas, entre otros, a menos que las partes establezcan lo contrario en los tratados internacionales o contratos, permitiendo la resolución de diferencias relativas o no a inversión, ampliando así su ámbito de aplicación.

Por otro lado, se puede percibir una serie de características interesantes que contrastarían al sistema del CIADI, el cual fue, justamente, la base para implantar los cambios procedimentales en el centro de arbitraje de la UNASUR. Por un lado, el sistema de UNASUR promueve a que las partes resuelvan su diferencia por medio de consultas o mediación previa al arbitraje sin límite de tiempo establecido; y, adicionalmente, incluye mecanismos como la facilitación además de la mediación que beneficiarían a países que no reconocen al arbitraje como un método para la solución de controversias como es el caso de Brasil y Bolivia. Así también, se prevé un mecanismo de designación y recusación de árbitros distinto al del CIADI, por el cual si las partes no llegan a un acuerdo respecto del árbitro, será la Dirección General de la UNASUR la encargada de designar a los árbitros por sorteo, e in-

34. S. FIEZZONI, "Centro de Arbitraje de UNASUR: Las Principales Características de la Propuesta de Ecuador", International Institute for Sustainable Development, *Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible*, No. 2, Tomo II, 2012, p. 6, <<https://goo.gl/QSbRdN>> (30/6/2017).



cluye una evaluación que analizará la imparcialidad o hechos que presuman la inclinación hacia una de las partes.

Un aspecto innovador, es la consolidación de un mecanismo de apelación, a través del cual se presentaría un recurso para que el Laudo final pueda ser revisado conforme al derecho y bajo un sistema de precedentes. Esta podría ser un arma contundente para la aceptación y acogida del sistema por parte de los inversores, toda vez que no existen hasta el momento instancias de apelación de laudos arbitrales en materia de inversiones y sería una fase basada en transparencia y coherencia en las decisiones. Finalmente, el acuerdo propondría diferentes etapas de implementación de centro de arbitraje; en primera instancia, el sistema se reservaría para los doce países que son parte de la UNASUR, es decir, cuando ambas partes provengan de uno de estos Estados; la segunda etapa, abriría su funcionamiento a países centroamericanos; y en la última fase, brindaría los servicios a todos los países que decidan utilizarlo.

En este orden de ideas, en un futuro el Ecuador podría incluir en sus negociaciones o renegociaciones la solución de controversias a través del mecanismo de la UNASUR, pero únicamente si las negociaciones se enfocan en cualquiera de los doce países integrantes de esta organización, caso contrario, si se trata de países distintos a estos, se deberán mantener los lineamientos para un arbitraje ad-hoc que está permitido, hasta que el centro de arbitraje de la UNASUR cobre relevancia en ámbito internacional sobre inversiones y pueda avanzar a su tercera fase.

La existencia a corto o largo plazo del centro, que sin lugar a duda enfrentará críticas, dependerá de la generación de certidumbre y seguridad jurídica que se promueva frente a los inversionistas y de la reputación positiva que se obtenga a través de la puesta en marcha del centro. No se debe olvidar que el arbitraje en materia de inversiones, y en general, el derecho de las inversiones es una disciplina que permanece en constante evolución, para lo cual los redactores de normas y aquellos que apliquen



tales normas, deberán ajustarse a las nuevas tendencias internacionales sobre esta materia.

## **5. CONCLUSIONES**

Todo lo aquí expresado, nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

- (a)** A pesar de que el CIADI se configuró como una institución que administra procedimientos arbitrales, no ha sido ajeno a los cuestionamientos y críticas hechas, sobre todo, por países de la región latinoamericana, debido principalmente a la complejidad e incremento de los litigios, la falta de protección al Estado y los intereses públicos, y las grandes cifras de dinero reclamadas por los inversores.
- (b)** La denuncia por parte del Ecuador, tanto de los TBIs como del Convenio de Washington, se fundamentó en la vigencia de los nuevos imperativos constitucionales y legales, y con ocasión de promover tratados internacionales que contengan beneficios reales para el Estado, en el que se aborden temas relativos a derechos humanos y laborales, medio ambiente, salud, transferencia de tecnología, comunidades indígenas y desarrollo sostenible.
- (c)** La negociación o renegociación de un acuerdo internacional de inversiones, debe previamente ser consensuado a nivel de las instituciones públicas, y será en primer lugar, frente a esos niveles de gestión interna, que se puedan adoptar los lineamientos indispensables para cualquier proceso de esa naturaleza, el cual posteriormente deberá ser aceptado por el gobierno nacional, y puesto en marcha por las autoridades negociadoras que tendrán la potestad de modificar su contenido, intentando convencer a la contraparte con el mérito de la posición nacional a efectos de obtener un resultado mutuamente aceptable.

- (d) La intención de crear un centro de solución de controversias relativas a inversiones surgida en la UNASUR y liderada por el Ecuador, parece aproximarse a tomar forma por completo, considerando que actualmente existe ya un consenso sobre el contenido del borrador del acuerdo constitutivo. Sin embargo, se debe adoptar una postura cautelosa respecto del éxito de este instrumento, toda vez que para aprobarse el texto en su totalidad, se necesitará el beneplácito de todos los miembros de la UNASUR, cuestión que podría traer dificultades debido a que cada país deberá analizar su situación política frente al panorama del arbitraje de inversiones y hacer una valoración sobre los reales beneficios de poner en práctica un mecanismo de arbitraje distinto al establecido en los tratados y contratos de inversiones que tengan suscritos.
- (e) El contrato de inversión es un buen aliado en el panorama ecuatoriano para impulsar la protección y promoción de inversiones extranjeras a través de los incentivos políticos, económicos, y sobre todo fiscales que éstos prevén. A pesar de ello, no se podría jamás menoscabar la relevancia que poseen los tratados internacionales sobre esta materia, pues política y económicamente constituyen el instrumento marco, de rango jerárquicamente superior al de un contrato, que establecen las bases de la relación entre un inversionista y un Estado receptor de la inversión, generando mayor confianza y seguridad jurídica entre ambas partes.
- (f) No se puede predecir a ciencia cierta, cuál será la actuación definitiva del Ecuador en el futuro, pero se ha presentado un abanico de opciones encaminadas a preservar la importancia de la inversión extranjera para un país en desarrollo que se ha eximido de una posición abnegada frente a los tratados de inversiones de corte clásico, y que ha adoptado una postura inclinada hacia los imperativos del desarrollo sostenible, hacia decisiones que comprometen elementos fundamentales del bienestar general, y las nuevas tendencias que se avizoran sobre arbitraje internacional de inversiones.

# GOTTIFREDI | GP POZO

Comercio Exterior | Competencia | Arbitraje

## CUENCA

Circunvalación Sur s/n y Subida a Turi. Edif. Bussines Center.  
P-2 Of 402-403.  
Telf.: (593) 07 2888815 / (593) 07 2882605.  
Cel.: 0989795041

## GUAYAQUIL

Av. Joaquín Orrantía y Juan Tanco Marengo  
Edif. Torres del Mall 4to piso.  
Telf.: (593) 4 3716749

## QUITO

Av. República del Salvador No. 35-82 y Portugal  
edificio Twin Towers, piso 9, oficina 9A.  
Telf.: (02) 6000166



# Los *Dispute Boards* en contratos de obra: a propósito de la nueva ley de contrato de participación público privado en Argentina

Francisco J. Muñoz\*

*Recibido/Received: 27/06/2017*  
*Aceptado/Accepted: 21/07/2017*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Sobre los paneles de expertos. 2.1 Nociones generales de los paneles de expertos. 2.2 Beneficios y ventajas de los paneles de expertos. 2.3 Encuadre de los paneles de expertos en el derecho argentino y en la órbita latinoamericana. 3. Análisis práctico de los paneles de expertos. 3.1 Acerca del nacimiento del panel de expertos. 3.2 Acerca del funcionamiento de los paneles de expertos. 3.3 Acerca del procedimiento de resolución de controversias y las decisiones adoptadas por el panel de expertos. 4. Conclusiones.

**PALABRAS CLAVES:** Dispute Boards, paneles de expertos, contratos de obra, participación público privada.

**KEYWORDS:** Dispute Boards, panels of experts, construction contracts, public-private participation.

**RESUMEN:** Los *Dispute Boards* son un mecanismo de resolución temprana de controversias, de carácter contractual y

\* Asociado en el equipo de Resolución de Disputas de Rattagan, Macchiavello, Arocena, Buenos Aires, Argentina, Master en Derecho por la *New York University (NYU)*, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina.

F. J. MUÑOZ, "Los *Disputes Boards* en contratos de obra: a propósito de la nueva ley de contrato de participación público privado en Argentina", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

no jurisdiccional, que presentan grandes ventajas en los contratos de obra. Su estudio y entendimiento resulta de vital importancia para comprender cómo los proyectos de gran envergadura pueden mejorarse y ejecutarse en el tiempo estimado. En Argentina, la Ley 27.328 de Contrato de Participación Público Privada, incorporó al ordenamiento legal argentino la figura de los paneles de experto. Consideramos que esta introducción representa un gran espaldarazo al desarrollo de este instituto con la finalidad de implementarlo en grandes proyectos de infraestructura. Proponemos a través de este artículo, el análisis de este instituto, y su validez en el ordenamiento jurídico argentino, como así también brindar al lector con un somero análisis del instituto en la práctica.

**ABSTRACT:** Dispute Board is an early alternative dispute resolution mechanism mostly used in construction agreements. This mechanism arises from a contractual clause agreed by the parties and issue decisions lacking of jurisdictional powers. The study and correct understanding of these systems are necessary to understand how the execution of major infrastructure projects may be improved and done in time. In Argentina, Act 27.328 (Public-Private Partnership agreements law) incorporated Dispute Boards to the local legal system. In our opinion, said incorporation represents a significant development of this mechanisms towards its implementation in major infrastructure projects. We propose through this article to analyze the mechanism, analyze its validity and legality under Argentine legal system, and provide the lector with an overview of the mechanism in practice.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los contratos de obra por medio de los cuales se materializa la realización de grandes proyectos de infraestructura y construcción, presentan grandes desafíos a la hora de su ejecución. Ello

en virtud que estamos en presencia de un contrato que usualmente es de larga duración y en el que se presentan cambios de escenarios sociales, políticos y económicos durante su ejecución, que en gran medida afectan el normal desarrollo de este contrato.

Por estos motivos, la doctrina ha tendido a buscar instrumentos que permitan a las partes lograr la armonización de sus intereses con miras a lograr el fin último que se tuvo a la hora de contratar: la ejecución de la obra.

El *Dispute Board*, o panel de experto<sup>1</sup>, ha sido una de estas herramientas que se ha incorporado a diversos proyectos de gran envergadura, con la finalidad de lograr que un panel independiente tome decisiones (con carácter de recomendación o vinculante, de acuerdo al tipo de panel que se opte) a lo largo de la realización de la obra, logrando que se mantenga el *cash flow* de la misma y evitando que la ejecución se detenga.

Con el convencimiento de que el *Dispute Board* representa un beneficio significativo para las partes, este sistema se ha incorporado en diversos instrumentos de contratación. El artículo 20 del Contrato FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*) incorpora una cláusula escalonada previendo como mecanismo de resolución de disputas un *Dispute Adjudication Board* y luego arbitraje.

Siguiendo con el análisis normativo, la Ley de Contrato de Participación Público Privada argentina, sancionada el 30 de noviembre de 2016, bajo el número 27.328 (Ley de PPP)<sup>2</sup>, ha venido a prever la posibilidad de constituir un panel de expertos para resolver cuestiones de índole técnica que puedan presentarse durante la ejecución del contrato.

Perú, Brasil y Chile también han dado preponderancia a los paneles de expertos para la resolución de controversias de carác-

1. Si bien existen algunas diferencias menores, para el propósito de este trabajo los asimilaremos.  
2. Puede consultarse en «<https://goo.gl/ghThSH>» y el respectivo decreto reglamentario 118/17, que se puede obtener en «<https://goo.gl/3fsTx3>».

ter técnico en un contrato de obra. Veremos que estos países han considerado que los *Dispute Boards* presentan grandes beneficios y por eso extendieron su aplicación hasta en contratos de obra que podrían ser considerados públicos, en algunos casos. Por consiguiente, puede observarse un fenómeno puntual en América Latina en búsqueda de un instrumento que permita sortear obstáculos concretos en la ejecución de obras: corrupción, aumento excesivo de costos, problemas técnicos y freno de la obra como mecanismo de negociación.

El objetivo del presente trabajo es brindar reflexiones sobre los paneles de experto, analizando su concepto, características, beneficios, clases y su análisis práctico. El análisis se efectuará a través de una visión crítica del instituto, tomando en cuenta el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de *Dispute Boards* (Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI) y analizando la Ley de PPP y el tratamiento dado por diversos países latinoamericanos a esta cuestión.

## 2. SOBRE LOS PANELES DE EXPERTOS

Los paneles de expertos fueron definidos como un sistema de resolución de disputas, de naturaleza contractual, en donde terceros expertos independientes e imparciales, entienden en controversias fácticas de manera temprana, brindando recomendaciones o resoluciones de carácter vinculante<sup>3</sup>.

A continuación, desarrollaremos un análisis de la definición de los paneles de expertos (2.1.), sus principales ventajas en contratos de obra (2.2.) y su encuadramiento en el derecho latinoamericano, con especial énfasis en el derecho argentino (2.3.).

3. Para mayor precisión, véase, las definiciones de *Dispute Board* adoptadas por la *Dispute Resolution Board Foundation* y la CCI en sus respectivos reglamentos.



## 2.1 Nociones generales sobre los paneles de expertos

Tal como hemos definido anteriormente, los paneles de expertos son efectivamente mecanismos de resolución de controversias. Existe un panel de expertos, independientes e imparciales, que emiten sus decisiones ante las controversias que las partes les presentan.

a. Observamos en primer lugar que el surgimiento de los paneles de expertos se da por la incorporación de este instituto a un contrato determinado<sup>4</sup>. Las partes deberán incluir la referencia expresa a sujetar ciertas controversias a los paneles de expertos.

Decimos ciertas controversias, ya que en general, solamente disputas de carácter fáctico o técnico son sometidas a los paneles de expertos.

Los paneles de expertos brindan una solución (con carácter de recomendación o también puede ser vinculante), de manera efectiva y en tiempo real<sup>5</sup>. Es decir, los paneles de expertos emiten sus decisiones en un período de tiempo corto, que posibilita la continuación de la obra sin que sea necesaria su detención a las resultas de la decisión judicial o arbitral.

Destacamos también, en base a los principales reglamentos de *Dispute Boards*, que las decisiones emitidas por los paneles de expertos no son de carácter jurisdiccional<sup>6</sup>. Esta mención no es solamente teórica, sino que tiene efectos prácticos. Las decisiones de los paneles de expertos pueden ser revisadas por la autoridad jurisdiccional elegida, sin que se hubiera precluido el tratamiento de la controversia.

4. C. CHERN, *Chern on Dispute Boards*, 3ra Ed., Informa Law from Routledge, 2015, pp. 42-43. El autor sostiene que los paneles de expertos nacen de contratos ya que las partes otorgan a los paneles de expertos ciertas facultades jurisdiccionales para investigar un reclamo o disputa y también facultades para decidir dichos reclamos o disputas.

5. Véase, el Prefacio del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI.

6. Véase a modo de ejemplo, el Art. 1 del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI.

b. En segundo lugar, debemos mencionar que los paneles de expertos pueden constituirse al momento del perfeccionamiento de la relación contractual y participando de toda la ejecución del proyecto, o puede constituirse *ad hoc*, es decir, frente al acaecimiento de una disputa determinada.

La práctica habitual indica que las partes prefieren la constitución de los paneles de expertos conjuntamente con el perfeccionamiento del contrato<sup>7</sup>. Ello debido a que: (i) los paneles de expertos tienen pleno conocimiento del proyecto desde su inicio; (ii) los miembros de los paneles están informados de los principales sucesos durante la ejecución del contrato, teniendo una visión más acabada del proyecto; y (iii) los paneles podrán ejercer también funciones preventivas al estar capacitados para detectar eventuales problemas que puedan surgir<sup>8</sup>.

c. En tercer lugar, es importante destacar el tipo de decisión que podrán adoptar los paneles de expertos. En este sentido, clásicamente se ha entendido que los paneles de expertos pueden emitir recomendaciones, decisiones con carácter vinculante, o ambas.

Estas recomendaciones o resoluciones vinculantes que emiten los *Dispute Boards* pueden formar parte del contrato, en la medida en que las partes así lo acuerden. Si es el caso que las decisiones de los paneles de expertos forman parte del contrato, su incumplimiento, por cualquiera de las partes, da origen a un incumplimiento contractual<sup>9</sup>.

La determinación del carácter de la decisión del panel de expertos dará lugar a la determinación del tipo de panel con el que estaremos lidiando.

7. G. OWEN y B. TOTTERDILL, *Dispute boards: procedures and practice*, 1ra. Ed., Thomas Telford, 2008, pp. 4-7.
8. La utilización de los paneles de expertos no se limita exclusivamente a casos de contratos de obra. Véase, C. KOCH, "The New Dispute Board Rules of the ICC", *23 ASA Bulletin* 1/2005 (Mars), p. 56.
9. Para una definición y mayor detalle de cada tipo de DB, véase G. J. VAZ y P. A. GRAVATÁ NICOLI, "Los Dispute Boards y los contratos administrativos: ¿Son los DB's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público?", en R. HERNÁNDEZ GARCÍA (Coor.), *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencia y retos*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 23, p. 100.

En este sentido, se ha reconocido que el *Dispute Review Board* es aquel que resuelve disputas por medio de recomendaciones<sup>10</sup>. Así, si bien no serán vinculantes para las partes, la decisión del panel generará una fuerte convicción respecto de la necesidad de cumplir con dicha resolución caso contrario, se perderá credibilidad frente al panel de expertos. Estas recomendaciones también podrán transformarse en decisiones vinculantes si el reglamento elegido por las partes así lo dispone<sup>11</sup>.

Esta forma de panel de expertos es la adoptada por la Ley de PPP, que en su decreto reglamentario 118/17 señaló que se emitirán recomendaciones, que solamente pasarán a ser vinculantes siempre y cuando las partes no la impugnen en el plazo y conforme la vía estipulados.

Los *Dispute Adjudication Boards* son aquellos que emiten resoluciones vinculantes para las partes<sup>12</sup>.

Este tipo de decisiones deben ser cumplidas por las partes bajo pena de acarrear sanciones. Sin perjuicio de que las decisiones pueden ser revisadas por vía judicial o arbitral (dependiendo de la jurisdicción pactada por las partes), la parte ganadora podrá ejecutar la decisión en cualquier momento.

Los contratos FIDIC han optado por este tipo de panel de expertos.

Finalmente, nos encontramos con los *Combined Dispute Boards*, en los cuales los miembros del panel podrán emitir recomendaciones o resoluciones vinculantes de acuerdo al caso y a lo pactado expresamente por las partes.

10. C. A. PEÑATE GUZMÁN, “Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad de los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador”, en R. HERNÁNDEZ GARCÍA (Coor.), *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencia y retos*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 23, p. 89.

11. Para una definición y mayor detalle de cada tipo de DB véase, G. J. VAZ y P. A. GRAVATÁ NICOLI, pp. 111-112.

12. C. A. PEÑATE GUZMÁN, N. 11, p. 89.

d. Tal como hemos dicho, los paneles de expertos estarán regidos por lo acordado por las partes, y en particular, por el reglamento elegido por ellas.

En la práctica observamos distintos tipos de reglamentos, entre los que destacamos: el Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI mencionado anteriormente, y el Reglamento de *Dispute Boards* de la *Dispute Resolution Board Foundation*.

No se nos escapa el hecho de que las partes pueden pactar sus propias reglas. Sin embargo, consideramos que sería extremadamente dificultoso el correcto andar del panel en caso de un sistema *ad hoc* dado que todavía no se está habituado a este instituto. Ello, más allá de las complejidades propias que presenta el optar por redactar las normas de un sistema de resolución de disputas, tal como está probado en el arbitraje.

Ahora bien, no es necesario destacar lo fundamental que resulta tener un reglamento, pero si nos gustaría resaltar que la forma de nombrar a los miembros del panel, el procedimiento a seguir para resolver una controversia, la admisibilidad de pruebas, la clase de decisión a adoptar, la ejecución de la decisión y su eventual recurribilidad dependerán del reglamento que se opte.

Dentro de los reglamentos comúnmente utilizados encontramos el Reglamento de la *Dispute Resolution Board Foundation*<sup>13</sup>, institución que preparó una guía en el año 2007 para que sea usada en contratos de obra. La *Dispute Resolution Board Foundation* es la institución que más promueve este mecanismo de resolución de controversias a nivel mundial, enfocado principalmente a contratos de obra.

También mencionamos el Reglamento de *Dispute Resolution* de la CCI aprobado en octubre de 2015, que cuenta con treinta y cinco artículos en los que reconoce los distintos tipos de *Dispute Boards*, los procedimientos a seguir, los costos, entre otras cues-

13. Para mayor información se puede consultar, «<https://goo.gl/DVnTuR>».

tiones. Este reglamento es aplicable solamente si las partes así lo decidan<sup>14</sup>.

e. Nos gustaría analizar una cuestión delicada que está relacionada con la vinculación entre el panel de expertos y el mecanismo de resolución de controversias jurisdiccional pactado por las partes.

En este sentido, es usual encontrar en la práctica cláusulas escalonadas en las que se prevé en un primer lugar la resolución de la controversia por medio del panel de expertos y luego la remisión a arbitraje para el caso que no pudiera ser resuelta o para recurrir la decisión del panel.

Esta cláusula presenta el siguiente interrogante: ¿es un requisito necesario agotar la vía del panel de experto para luego acudir a la sede arbitral o judicial pactada?

Frente a esta situación se plantean varias cuestiones a analizar.

En primer lugar, deberá observarse si de la redacción de la cláusula se deriva que el panel de expertos es un requisito necesario para ir a la sede jurisdiccional pactada. Si ese es el caso, habrá que analizar si el paso previo es un requisito de admisibilidad del reclamo posterior o de jurisdicción.

Como principio general, la mayoría de los reglamentos que prevén cláusulas escalonadas determinan que el panel de expertos es un requisito de admisibilidad necesario para acudir a la jurisdicción ulterior. Tal es el caso de la Ley de PPP<sup>15</sup> y de la jurisprudencia comparada. La Corte Suprema de Suiza, en el caso 4<sup>a</sup> 124/2014, resuelto el 7 de julio de 2014, determinó que la cláusula de resolución por *Dispute Board* incorporada en un contrato FIDIC era un paso previo obligatorio para iniciar el arbitraje.

14. Para mayor información se puede consultar, «<https://goo.gl/7esQyz>».

15. Véase, Art. 9.13.n) del Decreto Reglamentario 118/17.

Ahora bien, esta interpretación nos lleva a pensar qué sucede para el caso que la contraparte se niegue a constituir el panel de expertos, o su participación sea determinante para la mentada constitución.

Consideramos que, si la parte que busca el remedio jurisdiccional ha efectuado todos los pasos necesarios para buscar la constitución del panel, y no ha podido efectuarlo, no puede prohibirse acudir a la sede jurisdiccional pactada. Tampoco podría interponerse una excepción de admisibilidad en el arbitraje para el caso que el panel de expertos no hubiera resuelto la controversia, si es que dicha controversia no puede ser sometida a resolución del *Dispute Board*.

f. Finalmente, nos gustaría dar algunos ejemplos en los que el panel de expertos, o *Dispute Board* ha resultado ser un aporte significativo a la ejecución del contrato, disminuyendo los reclamos, los costos de la obra y la corrupción.

Tal vez el ejemplo más relevante y quien más incentiva el uso de este instituto es el Banco Mundial<sup>16</sup>, que impone como requisito para el otorgamiento de créditos la utilización de esta clase de mecanismos. Los contratos FIDIC también incluyen paneles de expertos en la cláusula 20.

Las obras más relevantes y millonarias en las que se han utilizado estos paneles son: **(i)** el proyecto del Túnel en el Canal de la Mancha; **(ii)** el Aeropuerto de Hong Kong; **(iii)** el proyecto Hidroeléctrico de Ertan en China; **(iv)** el Túnel Eisenhower en Estados Unidos; y **(v)** proyectos de construcción en el marco de los Juegos Olímpicos de Londres 2012 y Río 2016<sup>17</sup>.

16. El Banco Mundial incorporó a principios de 1990 *Dispute Review Boards* a los contratos FIDIC modificados que utilizaba el Banco Mundial y que eran publicados bajo el título *Procurement of Works*. En el año 2000, el Banco Mundial elaboró una nueva edición de *Procurement of Works* donde incorporó los *Dispute Adjudication Boards*. Luego, FIDIC y el Banco Mundial. Para mayor información véase, C. CHERN, N. 5, pp. 12 y ss.

17. Véase, J. E. FIGUEROA VALDÉS, "Dispute Boards: la visión de las partes y su co-existencia con los contratos administrativos. Experiencias en Chile", en R. HERNÁNDEZ GARCÍA (Coor.), *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencia y retos*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 23, p. 125.

En Latinoamérica, además de la utilización para los Juegos Olímpicos de Río, el sistema se utilizó en la expansión de la represa Yacyretá-Apipé en los años 2003-2006 (Argentina), para la construcción de la ampliación del Canal de Panamá, y en los casos de contrataciones del Estado surgidas de la Ley Peruana 30.225, solo por nombrar algunos ejemplos.

## 2.2 Beneficios y ventajas de los paneles de expertos

Hemos indicado algunos de los beneficios más significativos del *Dispute Board*, como la disminución de la corrupción, de los costos para resolver los conflictos y de la celeridad para entender en las controversias evitando que la obra se detenga.

Sin perjuicio de ello, nos gustaría poner de resalto otros beneficios adicionales, muy significativos también, que demuestran que el panel de expertos es muy recomendable para contratos de obra<sup>18</sup>.

Los beneficios o ventajas de los paneles de expertos radican en:

a. La disminución de los reclamos dado que los paneles de expertos disminuyen los reclamos porque éstos incentivan la comunicación entre las partes, la cooperación y las relaciones positivas para resolver amigablemente las discusiones. Asimismo, los paneles de expertos actúan preventivamente cuando detectan potenciales conflictos emitiendo recomendaciones teniendo siempre como fin último que la obra se lleve a cabo conforme se prevé en el pliego de bases y condiciones.

b. Para el caso de los paneles de expertos que se constituyan desde la firma del contrato, sus miembros estarán en comunicación directa con las partes y conocerán al detalle los avances del proyecto. Ello permitirá detectar problemas, y resolver con agilidad.

18. Interesante análisis efectúa CHERN en su libro respecto de las razones por las cuales debería elegirse DB por sobre otros mecanismos de resolución de conflictos. Véase, C. CHERN N. 5, pp. 26 y ss.

c. Los miembros del panel de expertos toman decisiones en forma oportuna y en tiempo real, en virtud de su conocimiento del proyecto. Ello trae como consecuencia que el plazo del contrato no se vea mayormente afectado y evita que se disparen los costos del contrato.

d. Los paneles de expertos permiten la resolución ágil de una controversia durante la ejecución del contrato. Ello hace que no sea necesario acudir a la sede jurisdiccional pactada, con el tiempo que conlleva obtener una decisión y la afectación que sufre la obra. Además, los paneles previenen que los pequeños conflictos avancen generando una controversia mayor.

e. Los paneles de expertos disminuyen futuros reclamos frívolos, ya que será más dificultoso para las partes poder construir un caso basado en reclamos inexistentes sobre los cuales el panel de expertos nunca se hubiera expedido.

f. Los paneles de expertos funcionan como una barrera para las medidas de reclamo arbitrarias que puede tomar un constructor, frenando la ejecución de la obra o reclamando sobrecostos.

g. Los paneles de expertos funcionan como un mecanismo de control de la transparencia del proyecto. Siendo que los paneles son parte de las comunicaciones y de los avances del proyecto, evitan corrupción a través de sobrecostos o pagos irregulares.

h. Los paneles de expertos aseguran el mantenimiento del *cash flow* ya que resolverán reclamos sin demoras.

i. Los paneles de expertos evitan interrupciones, suspensiones o dilaciones en la construcción motivados por la necesidad de aguardar por una resolución judicial.

j. Someter las disputas a un panel de expertos resultará menos costoso para las partes, que acudir a sede judicial o arbitral.



k. La existencia de un panel de expertos, y la resolución de una controversia por parte de un panel, facilita la producción de prueba. Ello en virtud de que la controversia será sometida al panel a poco tiempo de haber ocurrido, siendo más fácil para las partes producir esos documentos.

l. Las partes pueden adaptar la estructura de los paneles de expertos a sus necesidades y las necesidades del proyecto.

Pese a todas las ventajas enunciadas, un factor será determinante para que el panel de expertos pueda ser útil: la colaboración de las partes<sup>19</sup>. Si las partes no prestan su colaboración y actúan de buena fe, la eficacia y buen funcionamiento del panel estará seriamente comprometida. Veremos que varios reglamentos y la Ley de PPP han incorporado este principio, en particular, para el momento de producir pruebas y celebrar audiencias.

Otra cuestión a destacar para la correcta actuación de los paneles de expertos es la adecuada previsión de los costos que tiene este instituto. Las partes deberán tener presente al momento de celebrar el contrato que el panel de expertos devenga costos concretos, tales como: **(i)** honorarios de los miembros; **(ii)** viáticos por viajes a la obra; **(iii)** gastos por audiencias; **(iv)** honorarios de la organización que administre el panel, entre otros.

Ahora bien, teniendo en cuenta todos estos rubros, el impacto del panel de expertos en el costo total del proyecto asciende a aproximadamente 0,015 al 0,045% del total involucrado<sup>20</sup>.

Como se puede apreciar, los costos derivados del funcionamiento del panel no deberían ser un factor decisivo para decidir su inclusión.

19. J. E. FIGUEROA VALDÉS, N. 17, p. 128.

20. Véase, C. CHERN, N. 5, pp. 25 y ss.

## 2.3 Encuadre de los paneles de expertos en el derecho argentino y en la órbita latinoamericana

Ya hemos brindado un análisis por medio del cual concluimos que los paneles de expertos resultan ser un instituto muy recomendable para incluir en contratos de obra, si es que las partes están verdaderamente interesadas en que el proyecto se lleve a cabo en tiempo y forma.

Ahora nos toca afrontar el desafío de justificar por qué los paneles de expertos son válidos a la luz del derecho argentino, con base en principios que pueden ser extrapolados a otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

También nos referiremos algunas previsiones del derecho peruano y del derecho brasilero que nos permiten concluir que el panel de expertos es válido en dichas jurisdicciones.

a. Partimos de la base de que los paneles de expertos son válidos a la luz del derecho argentino<sup>21</sup>.

No hay ninguna duda respecto de que los paneles de expertos se adecuan a las previsiones del derecho privado argentino, y por ende, son plenamente válidos para obras privadas.

También consideramos que es posible utilizar paneles de expertos en contratos de obra pública, aunque esta conclusión puede llegar a ser controversial y sujeta a críticas.

b. Los paneles de expertos son válidos a la luz del derecho privado argentino. Diversas razones nos guían a esta conclusión: **(i)** la nueva regulación de la Ley de PPP que expresamente autoriza los paneles de expertos; **(ii)** la autonomía de la voluntad de

21. D. JIMÉNEZ FIGUERES y R. CAIVANO, "Funcionamiento de los 'Dispute Boards' de la CCI y su encuadre en el derecho argentino", *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 6, Enero-Junio, Editorial Legis, 2007. Estos autores han abordado la compatibilidad del DB con el derecho argentino, pero con el Código Civil y con el Código de Comercio. Creemos que las conclusiones mencionadas en su artículo son igualmente aplicables al análisis del DB y el Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), en tanto no han habido modificaciones sustanciales respecto la materia disponible en el nuevo ordenamiento jurídico.

las partes para determinar el contenido de un contrato; (iii) la autorización expresa para prorrogar jurisdicción; y (iv) regulación de institutos análogos en el derecho argentino.

El primer argumento que nos permite arribar a la conclusión indicada anteriormente es la novel previsión de la Ley de PPP introduciendo el panel de expertos. Si bien el contrato de PPP no debería ser calificado como contrato privado, consideramos que la incorporación en un sistema tan rígido como es la contratación pública, debe extenderse necesariamente al derecho privado.

Esta última afirmación encuentra sustento principalmente en el segundo argumento por el que consideramos que los *Dispute Boards* son válidos en el derecho privado argentino: la autonomía de la voluntad. Así, bajo derecho argentino, las partes son libres de pactar el contenido y alcance de las previsiones contractuales, con el límite de la moral, las buenas costumbres y el orden público. Al reconocerse el principio de autonomía de la voluntad material<sup>22</sup>, las partes se encuentran habilitadas para pactar los términos contractuales que ellas consideren adecuadas, que pueden incluir, entre otras cuestiones, mecanismos de resolución de controversias de carácter contractual (como es un *Dispute Board*).

No quedan dudas entonces que, bajo el principio de la autonomía de la voluntad, los paneles de expertos son válidos ya que su incorporación en nada afecta la moral, las buenas costumbres ni el orden público.

A mayor abundamiento, analizando los principios particulares regulados para el contrato de obra de carácter privado, encontramos que el artículo 1253 del Código Civil y Comercial de la Nación faculta a las partes a determinar los medios más adecuados para la correcta ejecución del contrato. Como hemos indicado, al no ser los paneles de expertos un mecanismo de resolución de controversias de carácter jurisdiccional, puede comprenderse como un mecanismo que facilita y colabora con la más eficaz ejecución del contrato, encuadrándose entonces dentro de

22. Véase, Art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

los fines perseguidos por el legislador al redactar el mentado artículo.

En tercer lugar, ponemos sobre la mesa un argumento de razonabilidad. Si las partes están facultadas a prorrogar jurisdicción a favor de otros tribunales (judiciales o arbitrales) de carácter jurisdiccional, también deberían estar facultadas para elegir un mecanismo de resolución de controversias que no emite decisiones jurisdiccionales.

Este argumento se ve reafirmado también por el hecho de que el tribunal que deba entender en la controversia (ya sea por elección de las partes como por aplicación de las normas procesales para determinar la jurisdicción), podrá con posterioridad abrir, inspeccionar, examinar y revisar completamente la decisión del panel de expertos, y evaluar los daños que hubiera podido ocasionar la resolución adoptada por dicho panel.

En cuarto lugar, si bien el ordenamiento vigente (a excepción de la Ley de PPP) no contiene ninguna referencia expresa acerca de la validez de los paneles de expertos, sí existen mecanismos de resolución de controversias similares a los *Disputes Boards* como ser los peritos árbitros<sup>23</sup>.

Finalmente, la Ley de PPP expresamente incorporó en el artículo 9 inciso w) este instituto. Dicho artículo establece que:

Sin perjuicio de lo que se establezca en la reglamentación, en los pliegos y en la documentación contractual, los contratos de participación público-privada deberán contener las siguientes previsiones: w) los procedimientos y métodos que resultarán de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato. A estos efectos, podrá constituirse un panel técnico a partir de la entrada en vigencia del contrato, integrado por profesionales y/o representantes de universidades nacionales o extranjeras, en todos los casos, de acreditada independencia, imparciali-

23. Véase, Art. 773 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

dad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional en la materia, el que subsistirá durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes.

El artículo 9, punto 13 del decreto reglamentario de la Ley de PPP<sup>24</sup>, ha tratado en detalle los paneles de expertos que pueden constituirse en el marco de los contratos PPP. En cada punto que analizaremos a continuación, haremos una breve mención de lo establecido en este reglamento.

c. Creemos también que es necesario poner de resalto que otros países de Latinoamérica ya han tenido la oportunidad de expedirse respecto de la viabilidad de los paneles de expertos bajo el derecho de dichos países. Observamos en la actualidad una corriente favorable para la inclusión de este sistema dentro de los contratos de obra.

A modo de ejemplo, nos gustaría referirnos a la situación del derecho peruano. Los paneles de expertos en Perú están siendo muy utilizados, principalmente desde la reforma de la Ley de Contrataciones del Estado, efectuada mediante la ley 30.225. En dicha reforma, se ha incorporado al panel de expertos como un medio de resolución de controversias durante la ejecución contractual<sup>25</sup>.

Como podemos apreciar, Perú ha avanzado enormemente en su consideración respecto de los paneles de expertos, ya que ha incorporado la posibilidad de pactarlos para contratos de obra pública. Creemos que este gran avance en la materia, como así también la experiencia peruana que podrá verse en la práctica, demostrará a los países más reticentes, que el panel de expertos sería una gran opción para contratos de obra pública.

Brasil es otro caso a analizar, ya que recientemente ha sido reconocido por el Consejo de Justicia de Brasil, que el panel de

24. Decreto Reglamentario 118/17.

25. Véase, «<https://goo.gl/SMuoiZ>».

expertos es un instituto efectivo, y recomendó a los tribunales inferiores incentivar su utilización<sup>26</sup>. El Estado de Río de Janeiro ha permitido que, en el marco de los Juegos Olímpicos celebrados en 2016, se pudieran prever paneles de expertos en ciertos contratos.

### **3. ANÁLISIS PRÁCTICO DE LOS PANELES DE EXPERTOS**

Anteriormente, hemos intentado brindar un análisis respecto de los puntos teóricos centrales del panel de experto, concentrándonos particularmente en tratar de explicar su concepto, ventajas, y encuadre jurídico en el derecho civil.

Ahora bien, en este apartado buscaremos responder cómo funciona un panel de expertos en la práctica. Para ello, consideramos que lo mejor es partir desde la génesis de un panel de expertos, que será la cláusula negociada por las partes e incluida en el contrato. Ello nos permitirá abordar luego las cuestiones derivadas del funcionamiento del panel hasta la resolución de la controversia.

#### **3.1 Acerca del nacimiento del panel de expertos**

No puede responderse el interrogante respecto de cómo funciona un panel de expertos sin antes analizar cómo surge el panel y la importancia que tienen las previsiones contractuales que las partes pudieran hacer a la hora de celebrar el contrato de obra.

No hay discusión respecto del carácter contractual del nacimiento de los *Dispute Boards*. Los paneles de expertos surgen por la autonomía de la voluntad de las partes, que, a la hora de contratar, decidieron incluir este sistema de resolución temprana de disputas como una cláusula más del contrato.

26. J. C. BUENO y A. FIGUEIREDO, "It's all about the Project! - Dispute Boards are recognized by Brazil's Council of Federal Justice", *Dispute Resolution Board Foundation newspaper*, 01/09/16.

Por ello, consideramos que para el verdadero éxito de un panel de expertos resulta imprescindible la concreta y correcta redacción de una cláusula de *Dispute Board*, la elección del tipo de decisión que el panel emitirá, el reglamento aplicable y su interacción con los tribunales jurisdiccionales.

Al igual que lo que sucede con las cláusulas arbitrales, instituciones internacionales han redactado cláusulas modelo que las partes pueden adoptar e incorporar a sus contratos. El Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI brinda la siguiente cláusula modelo:

Por la presente, las Partes se comprometen a constituir un Dispute Adjudication Board (DAB) conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) relativo a los Dispute Boards (el Reglamento), el cual es considerado parte integrante del presente. El DAB se compone de (uno/tres/x) miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento.

Todas las controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él serán sometidas, en primer lugar, al DAB conforme al Reglamento. Para cualquier controversia, el DAB dictará una Decisión de conformidad con el Reglamento.

Si una de las Partes no acata una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede, sin tener que recurrir primero al DAB, someter este incumplimiento a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. Una Parte que no cumpla con una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento no podrá plantear ningún asunto sobre el fondo de la Decisión como defensa de su falta de cumplimiento sin demora de la Decisión.

Si una Parte notifica por escrito a la otra y al DAB su desacuerdo con una Decisión, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el DAB no ha dictado una Decisión en el plazo previsto por el Reglamento, o incluso si el DAB es disuelto conforme al Reglamento antes de que se dicte la Decisión, la controversia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

Finalmente, los redactores de las cláusulas deberán tener presente los alcances del reglamento, de las funciones de los miembros del panel, y de las atribuciones del panel de expertos. Ello, con la finalidad de que este panel pueda ser lo más eficiente posible para cumplir con el objetivo de lograr soluciones de disputas de manera veloz y temprana.

En nuestro criterio, y dado el poco desarrollo que ha tenido este instituto en nuestra región, lo más aconsejable sería redactar una cláusula de *Dispute Board* tomando como referencia las cláusulas modelos propuestas por las distintas organizaciones, y adoptar también un reglamento aplicable que hubiera sido suficientemente probado.

### **3.2 Acerca del funcionamiento de los paneles de expertos**

Ya hemos indicado que el panel de expertos se regirá de acuerdo a los términos de la cláusula y, en particular, del reglamento elegido. Para el caso del panel de expertos que surgirá de los contratos PPP en el marco de la Ley de PPP de Argentina, también deberán considerarse la mentada ley y su decreto reglamentario, como fuentes que regirán el panel.

a. La constitución del panel es el punto de partida del funcionamiento del mismo. Para ello, deberán observarse las formas determinadas por las fuentes aplicables para entender cómo se nombrarán los miembros, las posibilidades de remoción o recusación de los integrantes, como así también el momento en el cual deberán constituirse.

En relación a la constitución, en general los reglamentos internacionales en la materia determinan que el panel esté compuesto por tres miembros (dos ingenieros y un abogado es la composición habitual). El decreto reglamentario 118/17 de la Ley de PPP determina que el panel estará compuesto de cinco miembros<sup>27</sup>. Entendemos que esta norma puede ser dejada de lado por

27. Véase, Art. 9.13.b) del Decreto Reglamentario 118/17.



las partes y pactar un panel de tres miembros que será menos costoso.

El nombramiento por lo general es de común acuerdo, con la expectativa de que las partes puedan lograr un consenso respecto de la idoneidad y legitimidad de los miembros que regirán la ejecución del contrato. A diferencia del arbitraje, la intención es que las partes puedan acordar los miembros en común, ya que no se tiene como objetivo la protección de los intereses de cada una de las partes, sino la correcta ejecución de un proyecto determinado. En otras palabras, se busca proteger el desarrollo adecuado del proyecto.

En general, los miembros del panel surgen de un listado elaborado por el ente administrador. A modo de ejemplo, para el caso de los paneles de expertos que surgen de la Ley de PPP, el listado surgirá de un concurso público efectuado por la Unidad de Participación Público Privada.

Para el caso que no existiera acuerdo, el panel será elegido por el organismo administrador del panel de expertos. La Unidad de Participación Público Privada también será la encargada de elegir los miembros del panel si no hubiera acuerdo entre las partes.

Para el caso que una de las partes se mostrara renuente a elegir a los miembros, la otra parte podrá requerir la constitución a la entidad administradora<sup>28</sup>.

Una vez elegido el panel, se generará entre las partes y los miembros una relación contractual. Expresamente se ha previsto que las partes firmen un acuerdo para regular las obligaciones, los honorarios, la forma de trabajar, entre otras cuestiones<sup>29</sup>.

Ante este escenario (el de la relación contractual entre los miembros de los *Dispute Boards* y las partes del contrato) surgen

28. Así lo prevé expresamente el Art. 7 del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI.

29. Véase a modo de ejemplo, el Art. 10 del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI.

diversas consideraciones que deben tenerse en cuenta a la hora de pensar en la incorporación de los *Dispute Boards* como mecanismo previo de resolución de conflictos: **(i)** clase de responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las partes; **(ii)** forma de reclamar el cumplimiento de las obligaciones asumidas; y **(iii)** ¿existen mecanismos de terminación del contrato a favor de los miembros de los *Dispute Boards* por incumplimiento de las partes?

**b.** Los miembros elegidos para integrar el panel deberán ser y permanecer independientes e imparciales. Estas obligaciones nacen de los reglamentos aplicables, que expresamente la prevén, como así también de la Ley de PPP que estableció esta obligación. No resulta extraña esta obligación, ya que es común que cualquier impartidor de justicia, o tercero que participa en la resolución de un conflicto deba ser y mantenerse ajeno a las partes.

Decimos que deberán ser ya que al momento de ser elegidos no puede dudarse respecto de su independencia e imparcialidad. Y decimos que deberán permanecer, ya que esta obligación estará vigente a lo largo de toda la ejecución del contrato.

Las obligaciones de independencia e imparcialidad son pilares fundamentales que hacen a la credibilidad de los miembros. Ambas obligaciones están orientadas a buscar garantías de que la decisión que va a tomar el panel no beneficiará a ninguna de las partes intencionalmente.

**c.** Otro aspecto a considerar, que hace también a la legitimidad de los miembros del panel, es la posibilidad de requerir la recusación de los miembros. Las causales de recusación están previstas en los reglamentos de paneles de expertos.

En este sentido, el Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI lista las causales de recusación y remoción de los miembros, y su proceso de sustitución. Los artículos 8.4 y 8.5 determinan el proceso de recusación y remoción de los miembros por falta de imparcialidad, independencia, y bajo la frase “cualquier otro

motivo” deja a salvo otras circunstancias que podrían afectar una resolución justa si se mantiene esa persona como experto.

Brevemente, el proceso de sustitución de un experto consistirá en la presentación de las razones por las cuales debe ser sustituido (muerte, incapacidad, o recusación). Luego, se nombrará de acuerdo al procedimiento determinado en el contrato o en el reglamento (que fuera explicado anteriormente). En el caso de sustitución por recusación, del pedido de sustitución se ordena el traslado al miembro acusado, a los restantes miembros y a la otra parte, para que brinden su opinión al respecto. Luego, la CCI decidirá sobre la procedencia de la recusación<sup>30</sup>.

### **3.3 Acerca del procedimiento de resolución de controversias y las decisiones adoptadas por el panel de expertos**

Una vez constituido el panel de expertos, el mismo comenzará a operar, siempre teniendo en miras la correcta ejecución del proyecto y detectando los conflictos que pudieran presentarse. Para el caso que el panel se constituyera a los fines de resolver una controversia puntual, se atenderá dicho conflicto, y luego participarán activamente en la ejecución de la obra.

Ahora bien, resulta interesante analizar cómo los miembros del panel llegan a emitir la recomendación o la decisión vinculante respecto de un tema. Para ello, existe un procedimiento, que es el que analizaremos a continuación, con el fin de regular el correcto ejercicio del derecho de defensa y petición de las partes, que nunca puede ser ignorado por el panel, pese a no ser una decisión con carácter jurisdiccional.

Es usual que el procedimiento conste de tres etapas bien diferenciadas, al igual que un proceso jurisdiccional (tanto frente a un tribunal judicial como arbitral). En primer lugar, encontramos la etapa de presentación del reclamo frente al panel. En segundo lugar, se halla la etapa de prueba o audiencia. En tercer lugar, la etapa de resolución de la controversia planteada.

30. Véase, Arts. 7 y 8 del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI.

Como hemos dicho, las etapas en un procedimiento de *Dispute Board* son conceptualmente similares a las de un procedimiento judicial o arbitral. Sin embargo, en la práctica, existen diferencias sustanciales que veremos cuando analicemos cada una de estas etapas.

a. En la etapa inicial<sup>31</sup>, la parte peticionante (que puede ser el contratista o el comitente, de acuerdo al reclamo) presentará una demanda ante el panel de expertos, explicando y fundando su reclamo. Por lo general, se acompañan constancias documentales del reclamo, como así también otra prueba a producirse, y eventuales propuestas de solución.

Recuérdese, las controversias son de carácter técnico y por eso es necesario que se acompañen las constancias o pruebas documentales que acrediten la falla técnica que se busca reparar.

El panel técnico oír a la otra parte, corriéndole traslado de la demanda presentada por el peticionante. También se le permitirá a la contraparte acompañar los documentos y ofrecer las pruebas conducentes.

Esta primera etapa generalmente es muy breve. Los escritos no son grandes demandas como las que se acostumbran a ver en arbitrajes de construcción, ya que es usual que solo involucre un tema técnico puntual. Asimismo, los plazos de traslado para que el demandado siente su posición son muy breves también. Todo con el ánimo de obtener una resolución expedita que no demore la ejecución del proyecto.

El Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI va en este sentido. El procedimiento se inicia con la petición formal de requerimiento de iniciación de proceso de “Desavenencia”. Este escrito contendrá un relato de los hechos que dan origen a la controversia, las partes involucradas, la lista de puntos que deben ser resueltos por el panel, medidas cautelares o urgentes (si es que fuera nece-

31. Partimos de la base que el panel ya está constituido. Por eso obviamos mencionar la petición inicial de que se constituya un *Dispute Board* para entender en el caso.

sario), el carácter de la intervención del *Dispute Board* y las pruebas que hagan a la posición de la parte<sup>32</sup>.

Una vez recibido el escrito, la parte contraria contará con un plazo específico para contestar dicho requerimiento de treinta días. Es común que los miembros del panel, al observar la controversia que se somete, puedan fijar otro plazo.

Creemos interesante poner de resalto una cuestión tratada por la Ley de PPP que podría aplicarse a otros países latinoamericanos. La Ley de PPP establece que no será necesario agotar ninguna vía administrativa o reclamo administrativo previo para iniciar el proceso de desavenencia frente al panel de expertos<sup>33</sup>. Esta determinación, que desde ya consideramos que es acertada, le brinda mayor seguridad al contratista que no vería demorado su reclamo por trámites burocráticos.

**b.** Luego de contestado el requerimiento, comienza la segunda etapa, de producción de prueba. Esta etapa es muy flexible, pudiendo contar o no con la existencia de pruebas a producirse, o con celebración de audiencias, visitas al sitio en donde se lleva a cabo el proyecto para analizar *in situ* el conflicto, entre otras medidas que pudiera adoptar el panel.

Así, estamos frente a un proceso dinámico, en donde deben primar ciertos principios esenciales: **(i)** las partes deben cooperar para resolver la controversia, siempre teniendo como norte el proyecto; **(ii)** prima la idea de transparencia y pleno acceso a la información por parte de los miembros del panel<sup>34</sup>; **(iii)** el panel de expertos conducirá el procedimiento de acuerdo al reglamento y a lo que considere más adecuado y conveniente para la resolución

32. El Art. 19 del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI contempla específicamente los puntos que debe contener el escrito de iniciación. Si bien los requisitos no parecieran ser exhaustivos, si consideramos que son elementos básicos que cualquier parte debe tener presente a la hora de plantear la desavenencia a un panel de expertos. A diferencia de un arbitraje, no se prevé una instancia posterior para enfatizar la posición de cada una de las partes, por lo que el escrito de inicio debe ser lo más completo posible para generar la convicción en el panel de expertos de que la controversia debe solucionarse a su favor.

33. Art. 9.13.g).

34. Según CHERN esta intervención de los *Dispute Boards* es una de las razones por las cuales el instituto funciona. Véase, C. CHERN, N. 5, pp. 76 y ss.

de la controversia y la finalidad del proyecto; y (iv) el panel de expertos tiene facultades conciliatorias más allá de las facultades para resolver la contienda.

Tal es la flexibilidad de esta etapa que los miembros del panel pueden dirigir el procedimiento según su mejor entender requiriendo nuevos escritos o pruebas<sup>35</sup>, o celebrando audiencias entre las partes para lograr (i) llegar a una solución amistosa; o (ii) que los miembros del panel tengan la posibilidad de escuchar a las partes, la presentación del caso y de las pruebas más relevantes<sup>36</sup>.

c. Terminada la etapa de prueba y demostración de la posición de cada parte, inclusive de las audiencias o visitas al proyecto, los miembros del panel de expertos deberán deliberar y dictar su resolución al respecto.

Recuérdese, las decisiones del panel de expertos podrán ser recomendaciones o decisiones vinculantes, dependiendo del tipo de panel de expertos que se adopte. Así, el *Dispute Adjudication Board* brindará una decisión vinculante para las partes, mientras que el *Dispute Review Board* emitirá una recomendación, que podrá tornarse vinculante en caso que así lo prevea el reglamento aplicable, si dentro de un plazo determinado, ninguna de las partes la impugnara por los mecanismos previstos.

Las decisiones deben ser tomadas por los miembros del panel de expertos lo más rápidamente posible. Respetándose siempre el principio de celeridad en las decisiones para hacer de este sistema una herramienta de resolución de controversias sin que afecte la normal ejecución del proyecto. A modo de ejemplo, el Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI prevé que el plazo para dictar una decisión será determinado por el propio panel, pero nunca podrá exceder de noventa días contados desde la fecha de presentación de la controversia.

35. El Art. 15 del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI señala que son facultades del *Dispute Board* las de: (i) determinar el idioma del procedimiento; (ii) requerir que las partes aporten documentación; (iii) convocar a reuniones y audiencias; (iv) interrogar a las partes; (v) nombrar peritos; (vi) dictar remedios temporales, entre otras cuestiones.

36. C. CHERN, N. 5, pp. 73 y ss.

A la hora de dictar la decisión (sin importar qué grado de vinculación tenga para las partes) el panel de expertos deberá ponderar: **(i)** los hechos del caso; **(ii)** los elementos aportados por las partes durante la ejecución del contrato, las audiencias celebradas para la resolución de la contienda, y las visitas al lugar; **(iii)** las disposiciones contractuales que ayudaron a los miembros del panel a tomar la decisión; **(iv)** determinar la forma de cumplimiento de la decisión; y, **(v)** explicar el razonamiento de la decisión.

Las decisiones incluyen, como requisito básico, la indicación de la fecha, la parte resolutive y las razones que fundamentan la resolución<sup>37</sup>. También es necesario que la resolución cuente con un resumen de las posiciones de las partes, de las disposiciones del contrato, del procedimiento seguido y de los escritos y documentos presentados por las partes, conforme hemos mencionado anteriormente<sup>38</sup>.

En relación a la forma de tomar las decisiones, se pone de resalto que comúnmente las mismas son tomadas de manera unánime. Los miembros del panel deben buscar lograr dictar una decisión unánime, con la finalidad de generar certeza en las partes respecto de la decisión adoptada y de la forma de ejecutar el proyecto<sup>39</sup>. Además, una decisión unánime tiene mayor fuerza a la hora de obligar su cumplimiento.

Para el caso de un panel de expertos celebrado en el marco de la CCI, la resolución tomada por el *Dispute Board* puede ser previamente examinada por el Centro Internacional de ADR de la Cámara de Comercio Internacional. Este examen será previo a la emisión formal de la decisión por parte del *Dispute Board* y solamente podrá corregirse la forma de la decisión<sup>40</sup>.

37. Véase, Art. 22 primer párrafo del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI.

38. Véase, Art. 22 segundo párrafo del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI.

39. Esta es la posición del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI que en el Art. 25 de dicho cuerpo normativo propone como primera opción.

40. Véase, Art. 23 del Reglamento de *Dispute Boards* de la CCI.

d. Luego de emitida la decisión, será necesario proceder a su ejecución. La misma procederá de acuerdo al reglamento elegido, teniendo en consideración el tipo de decisión emitida y el tribunal jurisdiccional elegido por las partes.

En este sentido, las decisiones vinculantes emitidas por el *Dispute Adjudication Board* deberían ser de cumplimiento inmediato salvo que una de las partes presente una nota de disconformidad en los términos y en el plazo previsto por el reglamento aplicable.

En cuanto a las recomendaciones, las mismas serán vinculantes siempre y cuando no fueran impugnadas oportunamente por las partes y transcurriera el plazo legal establecido.

Por lo general, la elección de los *Dispute Boards* conlleva la elección de tribunales arbitrales, dada la experiencia en el tema de los posibles integrantes del tribunal, como así también la relación fluida que puede darse entre ambos sistemas. Las partes optarán por la administración de ambos mecanismos de resolución de controversias bajo una institución, pactando un reglamento que logre armonización entre ambos institutos.

Tal es el caso de la CCI. Esta institución posee un reglamento de *Dispute Boards*, tal como hemos visto, y también uno de arbitraje, que se relacionan de manera fluida.

Para el caso de la ejecución de una decisión del *Dispute Board* será necesario presentarla ante el tribunal arbitral, quien obligará a la parte a que cumpla con lo resuelto por el panel. Esta decisión luego puede ser presentada ante los tribunales judiciales para ser reconocida.

Dado que en la mayoría de los casos de ejecución de decisiones de los paneles de expertos se dan en la esfera de un arbitraje, no contamos con precedentes en la materia, de carácter público, que permitan llegar a una conclusión de cómo funciona el sistema.



El único caso que ha cobrado publicidad por haber intervenido un tribunal judicial es el caso “*Persero*”<sup>41</sup>. En este antecedente, el panel de expertos resolvió que el comitente debía abonar la suma de US\$ 17.000.000 al contratista. El comitente presentó dentro del plazo legal permitido, una nota de disconformidad con la decisión del *Dispute Adjudication Board* y se negó a pagar. El contratista inició un arbitraje contra el comitente para obtener el pago de la suma adeudada en el año 2009.

El tribunal arbitral dictó un laudo que fue dejado sin efecto por el Tribunal Superior de Singapur y la Cámara de Apelaciones de dicho país, con el argumento de que el laudo estuvo mal dictado ya que un laudo final ejecutando una decisión de un panel de expertos no permitiría discutir los méritos de la decisión. En consecuencia, ambos tribunales judiciales entendieron que el tribunal arbitral debió haber dictado una medida cautelar o un laudo parcial sobre este tema.

En el año 2011, el contratista inició un nuevo arbitraje con un nuevo tribunal con la finalidad de ejecutar la decisión del panel de expertos. Allí, el contratista obtuvo un laudo preliminar ordenando el pago de las sumas adeudadas por el comitente. El contratista inició el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo frente al Tribunal Superior de Singapur, mientras que el comitente inició frente al mismo tribunal, el proceso de anulación del laudo.

En primera instancia, el tribunal decidió ordenar la ejecución del laudo. El comitente apeló la medida frente a la Cámara de Apelaciones de Singapur, quien confirmó la decisión de primera instancia. La Cámara sostuvo que el laudo no afectaba el derecho del comitente de reclamar la revisión total de los méritos de la decisión del panel de expertos<sup>42</sup>.

41. Cámara de Apelaciones de Singapur, *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation*, (2011 y 2015).

42. Véase con mayor detalle, J. WRIGHT, “Enforcement of interim binding Dispute Board decisions”, [«https://goo.gl/eP8pCC»](https://goo.gl/eP8pCC), (01/06/15).

e. Finalmente, debe considerarse el proceso de impugnación de una decisión de un panel de expertos. Hemos efectuado algunas manifestaciones al respecto en el punto d. anteriormente desarrollado. En especial, nos hemos referido a este supuesto cuando tratamos el caso *Persero*.

Sin perjuicio de ello, haremos un análisis más completo sobre los mecanismos que tienen las partes para impugnar las decisiones, con las consecuencias sobre las mismas. Para este análisis, partiremos de la base de que las partes eligieron el arbitraje como mecanismo jurisdiccional de resolución de controversias, ya que eso nos permitirá estudiar con mayor precisión su interacción con el panel de expertos.

Las decisiones de los paneles de expertos pueden ser revisadas en su totalidad. Las partes pueden impugnar dichas revisiones con base en los mecanismos previstos en el reglamento aplicable. Esas impugnaciones se presentarán frente a los tribunales elegidos por las partes, y con las exigencias determinadas por el reglamento a aplicar.

Así, para el caso de elegirse un tribunal arbitral, la parte perjudicada por la decisión del panel de expertos presentará su reclamo para revisar la decisión y los méritos del caso. Esta presentación no impedirá que continúe la ejecución de la medida por vía arbitral.

Como hemos visto, luego se podrá solicitar la nulidad del laudo que ordena ejecutar la medida adoptada por el panel de expertos. También podrá reclamarse los daños y perjuicios que la medida cause, si es que con posterioridad un tribunal arbitral resolvió que la decisión del panel es errónea.

#### 4. CONCLUSIONES

A manera de cierre, podemos concluir que los paneles de expertos o *Dispute Boards* presentan grandes ventajas para las partes a la hora de ejecutar contratos de construcción. Estos paneles colaborarán activamente en el desarrollo del proyecto conforme fuera estipulado y, más importante aún, dentro del plazo fijado originariamente.

La experiencia global ha demostrado que los paneles de expertos son mecanismos eficientes y aptos para resolver conflictos en el marco de contratos de obra. Así, puede observarse que en contratos de obra donde se pactaron *Dispute Boards* el proyecto se ejecutó en menor tiempo. También han ayudado a un mejor control por parte del dueño de la obra y a evitar gastos y costos innecesarios por la demora en la ejecución.

Estamos en presencia de un sistema que puede implementarse en el derecho latinoamericano en general, y en el derecho argentino en particular. Ordenamientos jurídicos de la región ya han incorporado este sistema de resolución de disputas. Ahora resta observar si esta herramienta podrá ser aplicada eficazmente.

Creemos que este desafío –el correcto uso de los *Dispute Boards*– puede ser sorteado con éxito en nuestra región dado los pocos ejemplos que pudimos observar en los últimos años utilizando el sistema de manera eficaz y precisa. Será luego tarea de los practicantes fomentar el uso de este mecanismo, como así también del Estado, posibilitando su inclusión en obras de envergadura.





**NOBOA, PEÑA & TORRES**

ABOGADOS ECUADOR

WWW.LEGALECUADOR.COM



## Miembro Fundador de la Red Legal Iberoamericana

Colombia, Ecuador, España, Costa Rica, México,  
Paraguay, Perú, Chile, El Salvador, Guatemala,  
Honduras, Nicaragua y Panamá

### OFICINA GUAYAQUIL

Junín 105 y Malecón Simón Bolívar, Edificio  
Vista al Río, 2do piso. PBX: (593-4) 2 300-814

### OFICINA QUITO

Av. República de El Salvador N36-230 y  
Av. Naciones Unidas, Edificio Citibank, 2do piso.  
Teléfono: (593-2) 2970193 195 / 198 / 199



Ranked In  
**CHAMBERS  
LATIN  
AMERICA**  
- 2016 -

Leading Firm



info@legalecuador.com



# Las orientaciones del mediador: análisis de la mediación en Quito\*

*Ximena Bustamante\*\**

*María Bernarda Carpio Frixone\*\*\**

*Isabela Moreno\*\*\*\**

*María Gracia Naranjo Ponce\*\*\*\*\**

*Recibido/Received: 29/07/2017*

*Aceptado/Accepted: 31/07/2017*

**SUMARIO:** 1. Un acercamiento a la mediación. 2. Reconocimiento de la mediación en el marco normativo ecuatoriano. 3. La orientación de la mediación. 3.1 Estilos del mediador. 3.1.1 Estilo facilitativo. 3.1.2 Estilo evaluativo. 3.2 Enfoque sobre la definición del problema. 3.3 Las cuatro orientaciones en la mediación. 3.3.1 El mediador facilitativo con una visión estrecha del problema. 3.3.2 El mediador facilitativo con una visión amplia del problema. 3.3.3 El mediador evaluativo con una visión estrecha del problema. 3.3.4 El mediador evaluativo con una visión amplia del problema. 3.4 ¿Se mueven los mediadores en las orientaciones? ¿En qué momento? 4. Revisión de estilos y definición del problema en la mediación en la ciudad de Quito. 4.1 Metodología de investigación. 4.2 Estilos de mediación en la ciudad de Quito. 4.3 Definición del

\* Agradecemos al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, porque en el marco de sus programas de investigación, impulsó el desarrollo de este trabajo.

\*\* Socia de PACTUM Dispute Resolution Consulting, Profesora de la Universidad San Francisco de Quito y ex Directora Nacional de Mediación de la Procuraduría General del Estado y Subdirectora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito, LL.M. en Resolución de Disputas del Straus Institute for Dispute Resolution de la Universidad de Pepperdine, Weinstein International Fellow por la Fundación JAMS.

\*\*\* Estudiante de Jurisprudencia con subespecialización en manejo de conflictos. Universidad San Francisco de Quito.

\*\*\*\* Estudiante de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito.

\*\*\*\*\* Estudiante de Jurisprudencia y Relaciones Internacionales. Universidad San Francisco de Quito.

problema en la ciudad de Quito. 4.4. Las orientaciones de la mediación en la ciudad de Quito. 4.5. Otras técnicas procedimentales relevantes empleadas en la ciudad de Quito. 5. Conclusiones.

**PALABRAS CLAVE:** Estilos de mediación, definición del problema, definición amplia del problema, definición estrecha del problema, estilo evaluativo, estilo facilitativo.

**KEYWORDS:** Mediation styles, problem definition, broad problem definition, narrow problem definition, evaluative style, facilitative style.

**RESUMEN:** El presente trabajo expone las características de los estilos de mediación facilitativo y evaluativo; y de la visión que el mediador puede adoptar sobre el problema sometido a mediación: amplia y estrecha. Así, examina las cuatro posibles orientaciones que puede seguir el mediador: facilitativo con una visión estrecha del problema; facilitativo con una visión amplia del problema; evaluativo con una visión estrecha del problema; y evaluativo con una visión amplia del problema. Posteriormente, se identifica el estilo de mediación y la definición del problema con mayor uso en la ciudad de Quito, así como aquellos preferidos por los abogados que asisten a mediaciones. Para ello, se realizaron encuestas tanto a mediadores como a abogados de la ciudad de Quito a fin de determinar el estilo y la definición del problema por la cual se orientan e identificar la situación actual de la mediación en Quito.

**ABSTRACT:** This paper exposes the characteristics of the facilitative and evaluative mediation styles; and of the vision that the mediator can adopt over the problem submitted to mediation: broad and narrow. Thus, it examines the four possible orientations that the mediator can follow: facilitative with a narrow view of the problem; facilitative with a broad vision of the problem; evaluative with a narrow view of the problem; and evaluative with a broad vision of the problem. Later, this research identifies the style of mediation and the



definition of the problem with greater use in the city of Quito, as well as the ones preferred by the lawyers who attend mediations. To this end, surveys were carried out to both mediators and lawyers from the city of Quito in order to determine the style and view of the problem to which they are oriented and to identify the current situation of mediation in Quito.

## 1. UN ACERCAMIENTO A LA MEDIACIÓN

Los métodos alternativos de solución de conflictos son aquellos que resuelven controversias sin la necesidad de acudir al proceso judicial. Los métodos típicos incluyen: evaluación neutral, negociación, conciliación, mediación y arbitraje<sup>1</sup>. Estos se encuentran sustentados en principios de entendimiento y cooperación mutua para así arreglar un conflicto de forma pacífica<sup>2</sup>.

El término “mediación” puede tener distintos significados dependiendo del contexto en el que se utiliza o dependiendo si el énfasis está en el procedimiento o en el resultado<sup>3</sup>. Sin embargo, con el afán de dar forma a lo que la mediación concentra, ésta ha sido definida como “(...) un procedimiento no adversarial, donde un tercero neutral –el mediador– conduce un proceso de negociación, asistiendo a las partes para que arriben a un acuerdo”<sup>4</sup>. La mediación se mira como un procedimiento informal alternativo al litigio, en donde profesionales en negociación ayudan a que las partes conjuntamente lleguen a un acuerdo<sup>5</sup>.

La mediación tiene como característica esencial la voluntariedad y el consentimiento de las partes para participar. Adicionalmente, los mediadores actúan como terceros neutrales que

1. LEGAL INFORMATION INSTITUTE, *Mediation*, <[https://www.law.cornell.edu/wex/alternative\\_dispute\\_resolution](https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution)>.
2. M. GONZALO *et al.*, *Métodos alternos de solución de conflictos Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Ed. DYKINSON, S.L., 2011, p. 32.
3. LAW REFORM COMMISSION, *Alternative dispute resolution: Mediation and Conciliation*, 2010, p. 19.
4. O. GOZAÍNI, “La mediación y el arbitraje en Argentina: situación actual”, *THEMIS Revista de Derecho*, No. 43, 2001, p. 99.
5. LEGAL INFORMATION INSTITUTE, N. 1.

construyen un marco de cooperación entre las partes, para que sean éstas las que lleguen a un acuerdo<sup>6</sup>. "Con la mediación se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial, donde el órgano actuante "acompañe" a las partes en su conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis"<sup>7</sup>. Así también, la mediación es concebida como un espacio confidencial, dando a las partes la oportunidad de hablar libremente y realizar propuestas de resolución en la confianza que ello no afectará un eventual proceso judicial posterior.

Lo que finalmente pretende la mediación es que las partes lleguen a un acuerdo<sup>8</sup>, sea que éste se adecúe a la solución normativa, o no necesariamente, como se desarrolla más adelante:

[L]a mediación parte de una premisa diferente. No se trata de conciliar intereses opuestos que miran una misma situación (contractual o de hecho); sino de encontrar una respuesta pacífica, una alternativa flexible que no tenga el marco preciso de la perspectiva analizada, pudiendo conseguir resultados absolutamente diferentes del cuadro típico que califica la pretensión y su resistencia<sup>9</sup>.

## **2. RECONOCIMIENTO DE LA MEDIACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ECUATORIANO**

La mediación fue reconocida en el marco jurídico ecuatoriano a partir de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esta ley especializada derogó la Ley de Arbitraje Comercial (que fue promulgada el 28 de octubre de 1963). Así, se pasó de una ley que tan solo regulaba el arbitraje a una que regula ambos mecanismos<sup>10</sup>.

6. O. GOZAÍNI, N. 4 (2001).

7. O. GOZAÍNI, *La mediación: una nueva metodología para la resolución de controversias*, Congreso Internacional de Derecho Procesal, 2009.

8. O. GOZAÍNI, N. 4 (2001), p. 100.

9. O. GOZAÍNI, *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*, Ed. Depalma, 1995, p. 15.

10. La promulgación de esta ley es fruto del impulso generado por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. En su afán por generar programas de reforma judicial, ambas instituciones

La Constitución de 1998 siguió la tendencia de reconocimiento de la mediación en el país. Así, en su artículo 91 prescribió que “[s]e reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”. De igual manera, la actual Constitución ratificó este reconocimiento al plasmar en su artículo 190 que “[s]e reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos”<sup>11</sup>.

Por otro lado, el Código Orgánico de la Función Judicial, promulgado en 2009, establece en su artículo 17 que “[...] [e]l arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público [de administración de justicia], al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades [...]”<sup>12</sup>.

Así pues, a partir de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, la mediación ha tenido un mayor reconocimiento normativo, incluso de rango constitucional.

Ante esto, el Plan Estratégico de la Función Judicial establece como uno de sus objetivos el “promover el óptimo acceso a la justicia”. Así, determina que dentro de las estrategias a tomar para alcanzar este objetivo es indispensable:

- [...]2.6 Crear centros de mediación y juzgados de paz a nivel nacional fomentando una cultura de paz y de diálogo para solucionar los conflictos;
- 2.7 Fortalecer el mecanismo de derivación al interior de los juzgados hacia instancias alternativas de resolución de conflictos; y
- 2.8 Potenciar el uso de la conciliación judicial<sup>13</sup>.

---

promovieron propuestas para difundir el uso de medios alternativos de solución de conflictos. G. POVEDA. *Medios Alternativos de Solución de Conflictos en Ecuador: La Mediación*. Tesis de Grado. Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, p. 10.

11. Constitución Política de la República del Ecuador, Ar. 191, RO No. 1, 11/08/98.

12. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 17, RO Sup. No. 544, 09/03/09.

13. CONSEJO DE LA JUDICATURA. Plan Estratégico de la Función Judicial, p. 41, <<http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/PLANESTRATEGICOFJ.pdf>>.

De este modo se constata la prioridad que en Ecuador se da a la mediación como un método adecuado para la solución de controversias y en especial como una vía para alcanzar un óptimo acceso a la justicia. El establecer la necesidad de fortalecer la mediación es a su vez un llamado a la comunidad para que emplee este mecanismo y para los profesionales tanto mediadores como abogados para que amplíen el concepto tradicional de la mediación y la desarrollen a través de la práctica.

### **3. LA ORIENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN**

Ahora bien, ¿qué es exactamente lo que hace el mediador? ¿Cómo logra facilitar la comunicación y guiar la negociación para que las partes alcancen un acuerdo?

La respuesta a estas interrogantes depende principalmente de la visión que tengan el mediador, las partes y los abogados que las acompañan, sobre cómo debe ser la mediación. A esta visión la llamamos orientación y se compone de dos conceptos importantes. El primero concepto es el estilo del mediador y el segundo es la definición del problema.

LEONARD RISKIN ha definido a los estilos facilitativo y evaluativo como opuestos en cuanto a lo que el mediador hace. Igualmente considera que la definición del problema puede ser distributiva o estrecha en contraposición a integrativa o amplia en función de la profundidad con la que se aborde la controversia.<sup>14</sup>

Con el objetivo de explicar aquello con mayor profundidad, en la presente sección se analizarán los estilos del mediador [3.1] y los distintos enfoques que existen respecto a la definición del problema [3.2]. Sobre la base de ello se expondrán las cuatro posibles orientaciones en la mediación [3.3] y finalmente se estudiará la viabilidad de que los mediadores cambien de orientación a lo largo del procedimiento [3.4].

14. L. RISKIN, "Mediator Orientations, Strategies and Techniques", *Alternatives*, Vol. 12 (9), 1994, p. 111.

### 3.1 Estilos del mediador

Los estilos de mediación tienen que ver con la aproximación que el mediador tenga al manejo del procedimiento. Estas aproximaciones pueden ser facilitativas [3.1.1] o evaluativas [3.1.2], dependiendo del alcance de las facultades que el mediador se atribuye dentro del procedimiento.

El mediador facilitativo se centra en moderar la participación de las partes en la audiencia, explorar en conjunto con ellas sus verdaderos intereses, y guiarlas a través de preguntas para que ellas mismas encuentren la solución apropiada para su controversia. Desde la visión facilitativa, el mediador es un réferi en el juego en el que participan únicamente las partes, e interviene lo menos posible para no afectar el resultado de su procedimiento.

Al contrario, el mediador evaluativo busca intervenir activamente en la resolución de la controversia. Para ello se atreve a realizar predicciones sobre lo que pasaría si no se llega a un acuerdo, evaluar las debilidades de la posición de las partes, sugerir fórmulas de acuerdo e inclusive instar a las partes a aceptarlas. Desde la visión evaluativa, el mediador es casi otro jugador que cambia la dinámica del juego, e interviene activamente sin perder su neutralidad.

#### 3.1.1 *Estilo facilitativo*

Se dice que el estilo facilitativo es la esencia de la mediación, esto en razón de que en los inicios de la mediación, el único estilo que se enseñaba y practicaba era el que ahora llamamos facilitativo<sup>15</sup>. Donde la mediación es un proceso de diálogo, que se encuentra diseñado para que sean las mismas partes las que identifiquen y den forma a la solución que vean más conveniente<sup>16</sup>.

15. Z. ZUMETA, “Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation”, [«http://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm»](http://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm) (02/04/2017).

16. C. BROWN, “Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal”, *Mediate*, [«http://www.mediate.com/articles/brownc.cfm»](http://www.mediate.com/articles/brownc.cfm) (03/04/2017).

De acuerdo a CAROLE J. BROWN este estilo se basa en tres principios fundamentalmente: **(i)** la autodeterminación de las partes para la resolución de la disputa; **(ii)** la neutralidad del tercero facilitador; y, **(iii)** el tercero es aquel que facilita la comunicación entre las partes, para que ellas puedan entender mutuamente sus intereses y encuentren una solución creativa<sup>17</sup>.

RISKING describe a la mediación facilitativa como aquella en donde el mediador asume que las partes son inteligentes, que pueden trabajar en conjunto con su contraparte y que son capaces de entender y asimilar su situación mejor que el mediador, e incluso, mejor que sus abogados. Las soluciones que las partes pueden dar son más adecuadas que la solución que cualquier otro pudiese dar. Dado lo anterior, un mediador facilitativo tiene como misión principal el clarificar los puntos de discusión y mejorar la comunicación entre las partes,<sup>18</sup> para que ellas decidan qué solución dar a su problema.

Consecuentemente, el papel del mediador facilitativo se encuentra fuertemente limitado. El mediador se encarga del procedimiento como tal, pero son las partes las que deben llegar a una solución<sup>19</sup>. El mediador estructura el procedimiento y se abstiene de plantear recomendaciones u opiniones respecto de la controversia<sup>20</sup>. Las partes crean y alcanzan acuerdos y soluciones por sí mismas, con la presencia de un tercero que finalmente es sólo esto, uno más presente en la sala.

El mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión al respecto porque él no puede obligarlas a hacer o aceptar nada<sup>21</sup>.

17. C. BROWN, N. 16.

18. C. BROWN, N. 16.

19. S. NAUSS EXON, "The Effects that Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation", *University of San Francisco Law Review*, Vol. 42, p. 579.

20. Z. ZUMETA, N. 15.

21. O. GOZAÍNI, N. 9 (1995).

La función del mediador facilitativo, según OSVALDO GOZAÍNI, implica 5 cuestiones: (i) facilitar la comunicación para que las partes se escuchen; (ii) ordenar las pretensiones de las partes sobre la base de necesidades e intereses; (iii) consolidar los puntos o necesidades que las partes tienen en común; (iv) trabajar sobre los puntos de controversia; y, (v) asegurarse que ambas partes conozcan sus derechos<sup>22</sup>. Para ello el mediador delimita su participación en la conversación a realizar preguntas, validar y normalizar las opiniones de cada una de las partes, explorar los verdaderos intereses de las partes y asistirles para que sean ellas las que lleguen a una solución por medio de *brainstorming*<sup>23</sup>.

Se ha considerado que el estilo facilitativo evoca lo que realmente es la mediación, pues permite a las partes llegar a un acuerdo, satisfaciendo sus intereses, empoderándolas, y brindándoles de alguna forma un método terapéutico<sup>24</sup>. Sin embargo, entre las críticas a este estilo se considera que el mediador es demasiado pasivo, lo que puede dificultar el alcance del acuerdo. Así también, su pasividad puede crear un desbalance entre las partes, perjudicando al débil. Incluso se dice que si el mediador intenta equilibrar la situación de poder entre las partes, estaría violando la imparcialidad del procedimiento<sup>25</sup>.

### 3.1.2 *Estilo evaluativo*

Dentro del espectro de los estilos del mediador, en el lado opuesto al estilo facilitativo se encuentra el evaluativo. En este estilo el mediador interviene en mayor grado, evaluando las cuestiones legales, los derechos de las partes y/o sus intereses y posiciones<sup>26</sup>.

22. O. GOZAÍNI, N. 9.

23. S. NAUSS EXON, "Effects That Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation", *University of San Francisco Law Review*, Vol. 42, 2007, p. 939.

24. K. ROBERTS. "Mediating the Evaluative-Facilitative Debate: Why Both Parties Are Wrong and a Proposal for Settlement", *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 39 (1), 2007, p. 193.

25. S. NAUSS EXON, N. 23, p. 602.

26. C. MOORE y N. KEMP. *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict*, Jossey-Bass, 1998, p. 56.

El término ‘evaluación’ se refiere al proceso mediante el cual un tercero neutral expresa su opinión acerca de los posibles resultados de un conflicto legal en caso de que éste vaya a ser resuelto en una corte<sup>27</sup>. El objetivo del mediador en este caso es ofrecer a las partes la visión de un tercero neutral que les permita ver más allá de su propia postura. Si bien su intervención tiende a enfocarse en asuntos legales o procedimentales, los mediadores evaluativos también podrían tomar una postura similar –ofrecer consejos, predicciones, o sugerir soluciones– acerca de temas sustantivos o incluso relacionales.

De acuerdo a DWIGHT GOLANN y MARJORIE CORMAN AARON, un mediador evaluativo puede lograr cambiar las percepciones y evaluaciones que las partes tienen sobre sus posturas y alternativas. Cuando un conflicto se resuelve por medio de los métodos ordinarios de justicia, ambas partes predicen que tienen altas posibilidades de ganar. Dentro de una mediación, si estos niveles altos se mantienen, se dificulta que las partes desarrollen las negociaciones de buena fe y alcancen acuerdos beneficiosos para ambas<sup>28</sup>.

La evaluación puede cortar los juicios erróneos que tienen las partes acerca de los méritos del caso. Cuando las partes escuchan que un tercero neutral –después de estudiar los hechos del caso y escuchar los argumentos de las partes– no concuerda con sus predicciones de victoria, se motivan a evaluar nuevamente su caso y preguntarse qué es lo que el evaluador ha podido ver y la parte no<sup>29</sup>.

Algunos académicos se han referido a los mediadores evaluativos como ‘mediadores directivos’ o ‘mediadores con músculo’. El hecho de que el mediador ofrezca una evaluación personal del conflicto y de sus posibles resultados implica que

27. D. GOLANN y M. CORMAN, “Using evaluations in mediation”. Citado en: *AAA Handbook on Mediation*, American Arbitration Association, p. 328.

28. Ídem, p. 329.

29. Traducción libre. Ídem, p. 330. Texto original: *Evaluation can cut through litigants’ misjudgments about the merits of a case. When disputants hear that a neutral person, after studying the facts and listening to the arguments, disagrees with their predictions of victory, they are motivated to look again at the case and ask what the evaluator has seen that they have not.*



ejerza un cierto grado de influencia sobre las partes<sup>30</sup>. En todo caso, la actividad del mediador evaluativo no debe nunca imponer una postura propia.

Así pues, en lugar de limitarse a facilitar la comunicación entre las partes sin ejercer influencia alguna sobre ellas; un mediador evaluativo cuestiona los puntos en discusión, ofrece consejos procedimentales y sustantivos, predice resultados y sugiere formas de solucionar el conflicto<sup>31</sup>. CHRISTOPHER MOORE explica que

[...] los mediadores evaluativos también llevan a cabo pruebas de realidad con las partes, para descubrir los posibles vacíos en su entendimiento, aclarar las debilidades de los argumentos, identificar cómo la ley o la jurisprudencia no benefician a la posición de la parte, superar las evaluaciones irracionales, favorecer las evaluaciones más realistas de los casos, recordarles acerca de sus intereses subyacentes y a largo plazo, y determinar los potenciales costos y beneficios de solucionar el conflicto o no hacerlo<sup>32</sup>.

En consecuencia, son actitudes comúnmente asumidas por los mediadores evaluativos: **(i)** emitir un criterio jurídico para ayudar a entender las fortalezas y debilidades de las partes; **(ii)** darles una opinión acerca del posible resultado del conflicto si este fuese llevado a las cortes; **(iii)** dar sugerencias a las partes acerca de las mejores alternativas para solucionar el problema; **(iv)** proponer opciones de solución que satisfagan los intereses de las partes; y, **(v)** sugerir una particular propuesta de solución a las partes. Los mediadores evaluativos utilizan principalmente reuniones privadas donde pueden hablar libremente con las partes sobre las debilidades de su caso. Adicionalmente, un mediador evaluativo debe tener cierto grado de experiencia en la materia sobre la cual versa la disputa a fin de cumplir las actividades antes mencionadas.

30. S. NAUSS EXON, N. 23, p. 593.

31. Ídem, p. 592.

32. Traducción libre. C. MOORE y N. KEMP, N. 26, p. 56. Texto original: *Evaluative mediators also commonly conduct reality testing with parties to uncover gaps in understanding, clarify weaknesses in arguments, identify where the law or past legal cases do not support a party's views, overcome irrational assessments, encourage more realistic appraisals of parties' cases, remind them of their underlying and long-term interests, and determine the potential benefits and costs of settling or not.*

Ahora bien, la mediación evaluativa ha recibido también algunas críticas. Entre las principales se encuentra que el mediador puede comprometer su neutralidad e imparcialidad, así como disminuir la autodeterminación y autonomía de las partes, impedir su empoderamiento a largo plazo, y aumentar los niveles de confrontación entre las mismas. Para algunos, la ‘mediación con músculo’ implica necesariamente un grado de coerción por un tercero, por lo que se aleja de la esencia misma de la mediación, que es la persuasión mas no la coerción<sup>33</sup>. De manera similar, las profesoras KIMBERLEE KOVACH y LELA LOVE se refieren a la mediación evaluativa como un oxímoron<sup>34</sup>, sosteniendo que la esencia de la mediación y la evaluación por parte del mediador no son concordantes, dado que la imparcialidad y neutralidad son elementos fundamentales.

La mediación evaluativa es un oxímoron. Pone en riesgo a la neutralidad porque la evaluación del mediador invariablemente favorece a una de las partes por sobre la otra. Adicionalmente, las actividades evaluativas disuaden el entendimiento entre las partes, y la solución del problema por parte de las mismas. En lugar de ello, la evaluación del mediador tiende a perpetuar o crear un clima de confrontación<sup>35</sup>.

### **3.2 Enfoque sobre la definición del problema**

Además del estilo que pueda tener un mediador, existe otro factor por el que se puede orientar la mediación. Esto consiste en la visión que se tenga sobre el problema a abordar, misma que puede ser estrecha o amplia.

33. K. SKJELSBÆK, “The UN Secretary-General and the mediation of international disputes”, *Journal of Peace Research*, Vol. 28(1), 1991. Citado por J.D. SMITH, “Mediator impartiality: banishing the Chimera”, *Journal of Peace Research*, 1994.
34. Combinación, en una misma estructura sintáctica, de dos palabras o expresiones de significado opuesto que originan un nuevo sentido, como en un silencio atronador (Real Academia Española de la Lengua)
35. Traducción libre. K. K. KOVACH y L. P. LOVE, “‘Evaluative’ mediation is an oxymoron”, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, Vol. 14, No. 3, 1996, p. 31. Texto original: “‘Evaluative’ mediation is an oxymoron. It jeopardizes neutrality because a mediator’s assessment invariably favors one side over the other. Additionally, evaluative activities discourage understanding between and problem-solving by the parties. Instead, mediator evaluation tends to perpetuate or create an adversarial climate”.

La definición del problema se da en función del contenido que se entiende tendría el conflicto. Así pues el conflicto puede versar sobre los aspectos (i) litigiosos; (ii) comerciales; (iii) personales; y, (iv) comunitarios<sup>36</sup>. “Una visión sumamente estrecha del problema se enfoca principalmente en los derechos litigiosos, pero mientras el espectro se amplía puede incluir aspectos comerciales, personales o cuestiones de la relación entre las partes”<sup>37</sup>.

En el primer nivel, la mediación se enfoca casi exclusivamente en las pretensiones de las partes desde una perspectiva legal. Los mediadores que tienen este tipo de perspectiva centran la mediación en un análisis de las alternativas que tendría cada parte en caso de ir a un proceso judicial. Así, un mediador con una visión estrecha del problema mirará el posible resultado del conflicto si este fuese llevado a las cortes para evitar los riesgos de un eventual resultado desfavorable, y no dará mayor importancia a los asuntos anexos a la controversia, como intereses, emociones o causas del conflicto. En este sentido, LEONARD RISKIN sostiene que en un enfoque estrecho:

El principal objetivo es resolver la disputa a través de un acuerdo que se aproxime al resultado que se obtendría en la vía procesal, como sería un juicio, sin la demora o los gastos que implica el uso de esta alternativa. La cuestión más importante suele ser el probable resultado del litigio<sup>38</sup>.

El segundo nivel se enfoca en temas comerciales o del negocio. En consecuencia, la discusión se centra en aspectos que no serían tomados en consideración dentro de un proceso judicial. LEONARD RISKIN grafica aquello a través del siguiente ejemplo:

36. K. ROBERTS, N. 24, p. 193.

37. Ídem, p. 189. Texto original: “*The narrowest approach focused primarily on legal issues, but as the spectrum became broader, business, personal, relational, and community interests were also included*”.

38. Traducción libre. L. RISKIN, “Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques: A grid for the perplexed”, *Harvard Negotiation Law Review*, No. 1 (7), 1996, p. 19. Texto original: “*the primary goal is to settle the matter in dispute though an agreement that approximates the result that would be produced by the likely alternative process, such as a trial, without the delay or expense of using that alternative process. The most important issue tends to be the likely outcome of litigation*”.

[...] es posible que Golden State esté disconforme con la estructura general de tarifas o con el desempeño de Computec<sup>39</sup> en la ejecución del contrato; y la mediación puede abordar estas preocupaciones. Al reconocer el interés mutuo de las partes en mantener una buena relación comercial, en parte porque son mutuamente dependientes, las partes pueden hacer ciertos ajustes al contrato. Al ampliar un poco el enfoque es posible que la mediación considere aspectos comerciales que son fundamentales, tales como el hecho de que ambas compañías necesitan continuar con el negocio, obtener rentabilidad y desarrollar y mantener una buena reputación. Una mediación en estos términos conlleva a un acuerdo que además de resolver la cuestión alrededor de los US\$ 30,000 desarrolla un plan de colaboración en el nuevo negocio. Así, al explorar sus intereses comerciales mutuos ambas compañías tienen la oportunidad de mejorar su situación de una forma en la que no lo hubiesen concebido desde otro enfoque<sup>40</sup>.

El tercer nivel, hacia una visión más amplia del problema, gira en torno a aspectos personales de cada una de las partes. El objetivo no es exclusivamente solucionar el conflicto, sino que

39. El caso Golden State y Computec es el siguiente: Golden State Savings & Loan NTC (la segunda mayor asociación de ahorros y préstamos en el estado) contrató con Computec (una consultora informática). El objeto del contrato era que Computec organice e informaticice su sistema de procesamiento de datos. Golden State acordó pagar a Computec una comisión anual de consultoría y administración. Al finalizar el primer año, Computec presentó a Golden State una factura por aproximadamente US\$ 30,000 que representaba los costos incurridos por el personal de Computec en asistir a seminarios y reuniones relacionados con la instalación de tecnología informática en los bancos y los costos incurridos al reunirse con varios consultores externos sobre aspectos del contrato con Golden State. Golden State señaló que al no existir en el contrato ningún término expreso que permita el reembolso de estos cargos, y porque el banco tenía una política estricta contra el reembolso de tales gastos no reembolsaría al personal de Computec. Computec respondió rápidamente, informando a Golden State que este tipo de cargo era universalmente reembolsado por el comprador de servicios de consultoría informática, y que seguiría buscando a Golden State para su reembolso. El conflicto está generando sentimientos de enojo entre estas dos empresas, que deben trabajar en estrecha colaboración durante varios años. Véase, L. RISKIN, N. 38, pp. 17-18.
40. Traducción libre. L. RISKIN, N. 38, p. 19. Texto original: *"For example, it might be that Golden State is displeased with the overall fee structure or with the quality or quantity of Computec's performance under the contract, and the mediation might address these concerns. Recognizing their mutual interest in maintaining a good working relationship, in part because they are mutually dependent, the companies might make other adjustments to the contract. Broadening the focus a bit, the mediation might consider more fundamental business interests, such as both firms' need to continue doing business, make profits, and develop and maintain a good reputation. Such a mediation might produce an agreement that, in addition to - disposing of the \$30,000 question, develops a plan to collaborate on a new business venture. Thus, by exploring their mutual business interests, both companies have the opportunity to improve their situations in ways they might not have considered but for the negotiations prompted by the dispute"*.

este enfoque brinda a las partes la oportunidad de aprender y cambiar a través de la resolución del conflicto. Así,

[...] las partes pueden reparar su relación aprendiendo a perdonarse una a otra o reconociendo su conexión. Las partes pueden aprender a entenderse, a renunciar a su ira o al deseo de venganza, a trabajar por la paz interior, o superarse a ellos mismos. También pueden aprender a vivir de acuerdo con las enseñanzas o valores de la comunidad a la que pertenecen<sup>41</sup>.

Así, usando el mismo ejemplo empleado para demostrar el enfoque en temas comerciales, LEONARD RISKIN sostiene que:

En el tercer nivel la mediación se enfoca en cuestiones más personales. Por ejemplo, en la resolución de la disputa de los US\$ 30,000, es posible que los ejecutivos de cada compañía tengan una actitud hostil entre ellos o que se hayan sentido insultados unos a otros. Esta hostilidad puede producir ansiedad y pérdida de autoestima<sup>42</sup>.

En efecto, en una mediación enfocada en temas personales se procurará un proceso de cambio en las partes de suerte que mediante la mediación logren ventilar sus emociones y perdonarse mutuamente.

Finalmente, el cuarto nivel consiste en una visión sumamente amplia del problema que se ciñe en aspectos comunitarios y sociales. Es así que durante la mediación son considerados los deseos de grupos sociales que no son parte de la disputa en estricto sentido, pero que de una u otra forma pueden verse afectados. Siguiendo el mismo ejemplo empleado en líneas anteriores, RISKIN sostiene lo siguiente:

41. Traducción libre. Ídem, pp. 20-21. Texto original: *“the parties might repair their relationship by learning to forgive one another or by recognizing their connectedness. They might learn to understand themselves better, to give up their anger or desire for revenge, to work for inner peace, or to otherwise improve themselves. They also might learn to live in accord with the teachings or values of a community to which they belong”*
42. Traducción libre. Ídem, p. 20. Texto original: *““Level III” mediations focus attention on more personal issues and interests. For example, during the development of the \$30,000 dispute, each firm’s executives might have developed animosities toward or felt insulted by executives from the other firm. This animosity might have produced great anxiety or a loss of self-esteem”*.

Por ejemplo, tal vez la ambigüedad en los principios jurídicos pertinentes al caso Computec causó problemas a otras empresas; los participantes pueden entonces considerar opciones para clarificar las leyes, tales como trabajar en conjunto con sus empresas asociadas para promover la promulgación de nuevas normas o crear un modelo de contrato. En otro tipo de disputas las partes pueden enfocarse en mejorar o “transformar” la comunidad<sup>43</sup>.

A través del ejemplo empleado por RISKIN es posible evidenciar que la forma en la que se enfoca el problema (más o menos estrecha) no depende necesariamente del tipo de caso que se trate. De hecho, RISKIN usa el mismo caso (una disputa de US\$ 30.000) para explicar los distintos enfoques que pueden adoptarse. Así, un mediador con una visión sumamente estrecha del problema se centrará exclusivamente en los aspectos legales (interpretar el alcance del contrato, por ejemplo), mientras que un mediador con una visión más amplia se enfocará en la relación comercial entre las partes (nivel II), en llevar a las partes a un proceso de perdón (nivel III), o inclusive en llegar a un acuerdo que reporte un beneficio comunitario (nivel IV). En consecuencia, la amplitud con la que se defina el problema no es una cuestión intrínseca a cada caso, sino que dependerá de lo que cada mediador considere oportuno y eficiente para resolver el tema.

### **3.3 Las cuatro orientaciones en la mediación**

Según el estilo del mediador –facilitativo o evaluativo– y la forma en la que aborde el problema –estrecha o amplia– se presentan cuatro distintas orientaciones en la mediación. Resulta fundamental comprender las particularidades de cada una de estas orientaciones, pues tal como lo exponen JEFFREY KRIVIS y BARBARA MCADOO:

43. Traducción libre. Ídem, p. 22. Texto original: “*For example, perhaps the ambiguity in legal principles relevant to the Computec case has caused problems for other companies; the participants might consider ways to clarify the law, such as working with their trade associations to promote legislation or to produce a model contract provision. In other kinds of disputes, parties might focus on improving, or “transforming,” communities*”.

Entender los tipos de estilo del mediador es crucial para mejorar su desempeño. Le permite al mediador seleccionar entre una variedad de técnicas que están a su disposición dependiendo de la naturaleza del caso. Además, facilita explicar a las partes la razón por la que se opta por un determinado acercamiento para la resolución del caso<sup>44</sup>.

Es por esta razón que a continuación se realizará un análisis de las distintas combinaciones: mediador facilitativo con una visión estrecha del problema [3.3.1]; mediador facilitativo con una visión amplia del problema [3.3.2]; mediador evaluativo con una visión estrecha del problema [3.3.3]; y, mediador evaluativo con una visión amplia del problema [3.3.4].

### *3.3.1 Mediador facilitativo con una visión estrecha del problema*

El mediador facilitativo con una visión estrecha del problema tiende a formular preguntas a las partes que les permitan alcanzar una perspectiva realista sobre cuál es su situación en el caso de un eventual litigio. Sin embargo, en ningún momento presenta su opinión personal ni tampoco presiona a las partes. Tampoco suele recurrir al análisis de los documentos sustanciales dentro del conflicto (el contrato, por ejemplo). Su principal estrategia radica en comunicarse con las partes a través de la elaboración de preguntas dirigidas al entendimiento de la situación litigiosa y las consecuencias de no alcanzar una solución negociada<sup>45</sup>. Así:

El mediador facilitativo con una visión estrecha del problema comparte la estrategia del narrador evaluativo-estrecho al informar a las partes sobre sus fortalezas y debilidades, así como sobre las consecuencias del no acuerdo. Sin embargo, no da su opinión ni presiona a las partes. A diferencia del me-

44. Traducción libre. J. KRIVIS y B. MCADOO, "A Style Index for Mediators". *Mediate*, <http://www.mediate.com/articles/krivis4.cfm> (05/04/2017). Texto original: "Understanding style is crucial to improving mediator performance. It allows a mediator to select from a spectrum of techniques that might be available depending on the nature of the issues presented. It also makes it simple for the mediator to explain to the disputants why a particular approach might be used in resolving the dispute".

45. *Ibidem*.



mediador evaluativo, él prefiere evitar el análisis de la documentación relevante<sup>46</sup>.

Las principales estrategias empleadas por un mediador facilitativo-estrecho son las siguientes: **(i)** hacer preguntas; **(ii)** ayudar a las partes a identificar sus propios intereses desde una perspectiva legal; **(iii)** ayudar a las partes a intercambiar propuestas de solución; y, **(iv)** ayudar a las partes a evaluar dichas propuestas de solución<sup>47</sup>.

En consecuencia, esta orientación se caracteriza principalmente por el uso de preguntas (facilitativo) que estén enfocadas en aspectos legales (estrecho). El mediador se abstiene, entonces, de emitir un criterio o sugerencia sobre el caso y se limita a ayudar a las partes a identificar sus intereses y opciones a través del uso de preguntas.

### *3.3.2 El mediador facilitativo con una visión amplia del problema*

Por su parte, el mediador facilitativo con una visión amplia del problema procura evitar que las partes dentro del conflicto se encuadren dentro de sus posiciones. Al contrario, busca que la mediación se realice en torno a los intereses de los involucrados y no de sus posiciones<sup>48</sup>. Este objetivo lo cumple a través de la escucha empática y las preguntas que ayuden a las partes a explorar sus verdaderos intereses, así como a entender los de la otra parte.

Las principales tareas de este tipo de mediador consisten en **(i)** ayudar a las partes a entender los intereses subyacentes; **(ii)** asistir a las partes a desarrollar e intercambiar sugerencias de

46. Traducción libre. L. RISKIN, N. 38, p. 28. Texto original: “*The facilitative-narrow mediator shares the evaluative-narrow mediator’s general strategy-to educate the parties about the strengths and weaknesses of their claims and the likely consequences of failing to settle. But he employs different techniques to carry out this strategy. He does not use his own assessments, predictions, or proposals. Nor does he apply pressure. He is less likely than the evaluative-narrow mediator to request or to study relevant documents. Instead, believing that the burden of decision-making should rest with the parties, the facilitative-narrow mediator might engage in any of the following activities*”.

47. *Ibidem*.

48. J. KRIVIS y B. McADOO, N. 44.



acuerdo basadas en intereses amplios; (iii) ayudar a las partes a intercambiar propuestas; y, (iv) ayudar a las partes a evaluar dichas propuestas<sup>49</sup>.

Al igual que en la orientación anterior, este mediador también se abstiene de emitir su criterio y emplea preguntas, pues ésta es una característica propia del estilo facilitativo. Sin embargo, en este caso, las preguntas no se enfocan en aspectos legales, sino que pretenden ayudar a las partes a identificar sus intereses subyacentes, que dependiendo del grado de amplitud con el que el mediador aborde el problema, serán comerciales, personales o comunitarios.

### 3.3.3 *El mediador evaluativo con una visión estrecha del problema*

En cambio, el mediador evaluativo con una visión estrecha del problema pretende que las partes perciban sus debilidades y fortalezas legales dentro del conflicto. El objetivo principal es que a través de la mediación las partes puedan visualizar cuál es su panorama dentro de un litigio. De este modo se busca que tomen consciencia de las implicaciones de no llegar a un acuerdo negociado<sup>50</sup>.

A diferencia del mediador facilitativo con una visión estrecha del problema, el mediador evaluativo analiza toda la documentación relevante del caso con anterioridad a la mediación<sup>51</sup>. Por otro lado, “la mayoría de las actividades en la mediación se dan en reuniones privadas en las cuales el mediador proporcionará información adicional y empleará técnicas evaluativas”<sup>52</sup>.

49. Traducción libre. K. ROBERTS, N. 24, p. 195. Texto original: “Four major tasks of the facilitative-broad mediator are: helping parties understand underlying interests, assisting parties in developing and exchanging broad interest-based suggestions for settlement, helping parties exchange proposals, and helping parties evaluate those proposals”.

50. L. RISKIN, N. 38, pp. 26-27.

51. Ídem, pp. 26-27.

52. Ídem, p. 27.

Las principales técnicas evaluativas, presentadas de la menos a la más evaluativa, son las siguientes: **(i)** evaluar las fortalezas y debilidades del caso de cada lado; **(ii)** predecir los resultados judiciales; **(iii)** proponer acuerdos sobre compromisos basados en las posiciones; y, **(iv)** instar a las partes a resolver o aceptar una propuesta de solución<sup>53</sup>.

En conclusión, se evidencia que el mediador evaluativo adopta una postura más activa en la mediación, pues no se limita a ayudar a que las partes intercambien propuestas de solución, sino que incluso propone acuerdos. No obstante, dado que se trata de un mediador con una visión estrecha del problema, dichos acuerdos se centran exclusivamente en aspectos litigiosos.

### *3.3.4 El mediador evaluativo con una visión amplia del problema*

Este tipo de mediador también busca ayudar a las partes a visualizar cuál sería su situación en caso que no logren llegar a un acuerdo. Sin embargo, se enfoca en la posible satisfacción de intereses, en lugar de la posibilidad de ganar o perder en un proceso judicial. Así pues, este mediador predice cómo se podrían satisfacer o no los intereses de las partes en caso de no llegar a un acuerdo. Igualmente, propone fórmulas de solución que cree podría satisfacer los intereses de ambas partes. Así pues, este estilo requiere que el mediador asimile y activamente concilie los intereses de las partes.

Tal como lo establecen JEFFREY KRIVIS y BARBARA MCADOO, este estilo de mediador “provee predicciones, evaluaciones y recomendaciones, pero hace hincapié en las opciones que responden a los intereses subyacentes, en lugar de aquellos que se enfocan en generar compromisos exclusivamente sobre intereses estrechos”<sup>54</sup>.

53. Ídem, pp. 27-28.

54. Traducción libre. J. KRIVIS y B. MCADOO, N. 44. Texto original: “also provides predictions, assessments and recommendations. But she emphasizes options that address underlying interests, rather than those that propose only compromise on narrow issues”.

La principal estrategia de este estilo de mediación es “aprender acerca de las circunstancias y los intereses subyacentes de las partes y otros individuos o grupos afectados, y luego utilizar ese conocimiento para ordenar a las partes hacia un resultado que responda a esos intereses”<sup>55</sup>. RISKIN explica que para lograr ello el mediador evaluativo-amplio emplea las siguientes técnicas, (ordenadas de la menos a la más evaluativa): **(i)** entender los intereses subyacentes; **(ii)** predecir el impacto del no acuerdo sobre los intereses; **(iii)** desarrollar y ofrecer opciones más amplias; y, **(iv)** instar a las partes a adoptar la propuesta del mediador o de alguna otra persona<sup>56</sup>.

En efecto, al igual que el mediador evaluativo-estrecho, este mediador asume un rol activo en la mediación en la que está presto a ofrecer opciones de mutuo acuerdo. Estas opciones no se enfocan en aspectos legales, sino que en los intereses de las partes.

Sobre la base de las distintas orientaciones estudiadas se evidencia que no existe un solo tipo de mediador. Al contrario, dependiendo de la orientación que adopte cada mediador existen diferentes técnicas y estrategias, y cada una de estas apuntará a distintos objetivos. Ante ello, y a modo de conclusión, estimamos sumamente útil proporcionar al lector una traducción del cuadro elaborado por LEONARD RISKIN<sup>57</sup>, con el objetivo de que pueda visualizar y sintetizar de mejor manera las cualidades, estrategias y objetivos de los distintos tipos de mediadores:

55. Traducción libre. L. RISKIN, N. 38, p. 30. Texto original: “*the evaluative-broad mediator’s principal strategy es to learn about the circumstances and underlying interests of the parties and other affected individuals or groups, and the to use that knowledge to direct the parties toward an outcome that responds to such interests*”.

56. Ibidem.

57. Ídem, p. 35.

<i>Estilos del mediador</i>	
<b>EVALUATIVO</b>	
<p><i>Definición del problema</i> <b>ESTRECHA</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Insta</b> a las partes a aceptar soluciones estrechas (enfocadas principalmente en aspectos legales)</li> <li>- <b>Propone</b> acuerdos estrechos (enfocados principalmente en aspectos legales)</li> <li>- <b>Predice</b> los posibles resultados en un proceso judicial</li> <li>- <b>Evalúa</b> las fortalezas y debilidades de cada una de las partes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Insta</b> a las partes a aceptar soluciones amplias (enfocadas principalmente en intereses)</li> <li>- <b>Desarrolla y propone</b> acuerdos amplios (enfocados principalmente en intereses)</li> <li>- <b>Predice</b> el impacto del no acuerdo</li> <li>- <b>Conoce</b> los intereses de las partes</li> </ul> <p style="text-align: right;"><i>Definición del problema</i> <b>AMPLIA</b></p>
<i>Estilos del mediador</i>	
<b>FACILITATIVO</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Ayuda</b> a las partes a evaluar propuestas</li> <li>- <b>Ayuda</b> a las partes a desarrollar e intercambiar propuestas estrechas (enfocadas principalmente en aspectos legales)</li> <li>- <b>Pregunta</b> a las partes sobre las consecuencias del no acuerdo</li> <li>- <b>Pregunta</b> a las partes sobre posibles resultados en un proceso judicial</li> <li>- <b>Pregunta</b> sobre las fortalezas y debilidades de cada una de las partes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Ayuda</b> a las partes a evaluar propuestas</li> <li>- <b>Ayuda</b> a las partes a desarrollar e intercambiar propuestas amplias (enfocadas principalmente en intereses)</li> <li>- <b>Ayuda</b> a las partes a desarrollar opciones que respondan a sus intereses</li> <li>- <b>Ayuda</b> a las partes a entender sus intereses</li> </ul>

Ilustración 1: Tabla que sintetiza las técnicas empleadas en cada tipo de orientación. La tabla es una traducción de la empleada por L. RISKIN en su artículo "Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques: A grid for the perplexed" (p. 35).

### 3.4 ¿Se mueven los mediadores en las orientaciones? ¿En qué momento?

Las orientaciones de la mediación no son estáticas, ni desde el punto de vista del desarrollo de la mediación como práctica, ni tampoco desde lo que hace un mediador en particular en un determinado momento.

La mediación clásica y pura es una mediación facilitativa con una visión amplia del problema. Sin embargo es importante

tomar en cuenta la evolución histórica<sup>58</sup> que tuvo este estilo de mediación en Estados Unidos: uno de los países referentes en mediación. Así, en este país, a lo largo de los años de práctica la mediación se ha convertido en evaluativa con una visión estrecha<sup>59</sup>. Esta evolución revela la posibilidad (y factibilidad) de cambio en la orientación del mediador.

En su práctica general, cada mediador tiende a alinearse a una de las orientaciones expuestas anteriormente, sin embargo su orientación nunca es estática. El mediador no necesariamente se apega a una orientación determinada para todos los procedimientos, y ni siquiera utiliza una sola orientación en todas las etapas dentro de un mismo procedimiento. Las diferentes orientaciones se acoplan a los distintos casos, dependiendo de los puntos contenciosos, las relaciones entre las partes, los objetivos futuros de las mismas, etc. Así mismo, cada una de las orientaciones puede resultar más o menos propicia en cada una de las etapas del procedimiento.

Los estilos del mediador constituyen un espectro por donde los mediadores fluctúan, y no necesariamente son polos opuestos. ANDREW P. WYCKOFF explica que este espectro entre los polos facilitativo-evaluativo constituye una gran escala de grises, en el cual los estilos suelen ser difíciles de distinguir. Desde una perspectiva evaluativa, el mediador evalúa los hechos y los potenciales resultados, para así ofrecer posibles soluciones a la controversia. Desde una perspectiva facilitativa, el mediador ayuda a las partes a que estas evalúen los hechos y los potenciales

58. En un inicio (1970-1980), la mediación en Estados Unidos giró en torno a intereses comunitarios, de hecho se crearon varios centros de mediación comunitaria. Del mismo modo, durante esa época en dichos centros se desarrollaron programas para la resolución de disputas vecinales. Dada la naturaleza de estos conflictos, la mediación se caracterizó por una orientación facilitativa-amplia. Sin embargo, con el tiempo surgieron algunos servicios legales que ofrecían mediación para resolver casos en los que ninguna de las partes podría pagar los gastos de un abogado<sup>58</sup>. A su vez, los empresarios también empezaron a optar por este servicio. Si bien ellos tenían dinero para cubrir los honorarios de los abogados, el costo que generaba la demora del proceso judicial era inviable. Es por ello que optaron por la mediación. Es así que poco a poco se dio paso a los estilos evaluativos, ya que las exigencias del caso requerían del mediador mayor asesoramiento en la disputa. Véase, K. KOVACH, *The Evolution of Mediation in the United States: Issues Ripe for Regulation May Shape the Future of Practice*, p. 390. Citado por N. ALEXANDER, "Global Trends in Mediation", *Kluwer Law International*, 2006 y J. FOLBERG, "Development of Mediation Practice in the United States". *Iuris Dictio*, No. 14, 2015, p. 36.

59. Véase, K. KOVACH, N. 58 y J. FOLBERG, N. 58.

resultados, para así generar decisiones consensuales<sup>60</sup>. Entre estas dos perspectivas, se abre la posibilidad de una serie de combinaciones de actitudes y posturas que puede asumir el mediador. Igualmente, el mediador puede tener una visión estrecha de la controversia, manejando una negociación eminentemente distributiva y sin embargo incorporar un elemento que dé cierta amplitud al problema, como el acuerdo de confidencialidad.

La orientación del mediador muchas veces se relaciona con la actitud que tienen las partes. Un mediador tiende a ser evaluativo cuando nota que las partes quieren y desean que se les provea de consejos y guías acerca de las mejores alternativas para solucionar en conflicto. De igual manera, lo hace cuando las partes confían en que el mediador está cualificado para brindar dicha guía en virtud de su entrenamiento, experiencia, objetividad, etc.<sup>61</sup>. Por el contrario, un mediador tiende a ser facilitativo cuando las partes parecen estar dispuestas y en capacidad de trabajar con sus contrapartes, y cuando estas pueden indudablemente entender su situación de mejor manera que el mediador y sus propios abogados<sup>62</sup>. Igualmente tiende a reaccionar a la definición del problema que presenten las partes y/o sus abogados.

Así también, la etapa del procedimiento de mediación es un factor fundamental en el estilo que adoptará el mediador. "Los estilos del mediador frecuentemente evolucionan a lo largo del proceso de negociación, comenzando por el facilitativo y avanzando hacia el evaluativo"<sup>63</sup>. El enfoque evaluativo implica una participación mayor por parte del mediador, quien interviene para evaluar la situación del procedimiento. Dicha intervención puede no ser deseada por las partes al inicio de un procedimiento de mediación; en etapas en las cuales las partes no han desarrollado una plena confianza en el mediador, y por tanto, desconocen la legitimidad del mismo para brindar su opinión. Es por esto

60. A. P. WYCKOFF, "An Investigation into the "facilitative-evaluative" debate regarding mediator styles", *Scholar Works at University of Montana*, 2000, p. 6.

61. L. RISKIN, N. 38, p. 19.

62. *Ibidem*.

63. D. DEVRIES, *Mediation: Understanding Facilitative, Evaluative and Directive Approaches*, <http://www.dkdresolution.com/articles/Mediation.Understanding.3.1.pdf> (07/11/16).

que el *timing* o la determinación del momento apropiado para utilizar el estilo evaluativo es importante; instar a las partes a llegar a un acuerdo con frecuencia se vuelve necesario, y hacerlo resulta más efectivo una vez establecida una relación de confianza<sup>64</sup>. El mediador MICHAEL ROBERTS concuerda con esto, y afirma que

[E]n etapas tempranas de una mediación, suelo utilizar un enfoque facilitativo para ayudar a las partes a trabajar en el problema por su cuenta y alcanzar sus propias conclusiones. Las técnicas evaluativas se reservan para las etapas más avanzadas de la mediación, cuando una relación de confianza se ha establecido entre las partes y el mediador. En ese momento la opinión del mediador sobre la validez de las posiciones de las partes y las sugerencias para la solución de la controversia son más propensas a ser aceptadas. La mayoría de mediadores experimentados no dudan en evaluar la validez de las posiciones de las partes y ofrecer sugerencias de posibles soluciones en el momento apropiado. De hecho, la mayoría de las partes lo esperan. La habilidad está en saber cómo y cuándo usar ambos enfoques<sup>65</sup>.

#### 4. Revisión de estilos y definición del problema en la mediación en la ciudad de Quito

La presente investigación intenta encontrar los estilos que adoptan los mediadores de la ciudad de Quito, así como la definición del problema que emplean para su trabajo. Igualmente busca encontrar las expectativas que sobre estos aspectos tienen los abogados que acuden a mediación en la misma ciudad.

64. Ibidem.

65. Traducción libre. M. ROBERTS, *Choosing The Right Mediator: A Guide to Effective Mediation Styles*, [«http://www.mediate.com/articles/roberts3.cfm»](http://www.mediate.com/articles/roberts3.cfm) (07/11/16). Texto original: “*In the early stages of a mediation, I tend to use a facilitative approach to help the parties work through the issues on their own and reach their own conclusions. Evaluative techniques are reserved until the later stages of the mediation when a rapport has been established between the mediator and the party. At this point the mediator's opinions as to the validity of a party's position and suggestions for settlement are more likely to be accepted. Most experienced mediators do not hesitate to evaluate the validity of a party's position and offer suggestions for settlement at the appropriate time. Indeed, most parties expect it. The skill is in the knowing how and when to use both approaches*”.

En la presente sección se exponen los resultados de una investigación cuantitativa realizada a través de encuestas, con la finalidad de identificar la aplicación de las orientaciones en la práctica de la mediación.

#### **4.1 Metodología de investigación**

A fin de identificar los estilos adoptados por los mediadores y preferidos por los abogados, así como el enfoque con el cual se define el problema, la presente investigación realizó encuestas a mediadores y abogados (por separado) de la ciudad de Quito. La investigación llevada a cabo replicó la metodología usada por JEFFREY KRIVIS y BARBARA MCADDOO en "A Style Index for Mediators"<sup>66</sup>.

La encuesta consistió en 31 afirmaciones a las cuales los mediadores y abogados encuestados debían asignar un puntaje entre el 1 y el 10, siendo el 1 "completamente en desacuerdo", y el 10 "completamente de acuerdo". 12 de las preguntas apuntaban a determinar el estilo del mediador, y 15 apuntaban a identificar la amplitud con la que definen problema. Las 4 preguntas restantes se referían a técnicas procedimentales independientes.

Las encuestas fueron enviadas a mediadores y abogados de una gran variedad de centros de mediación en la ciudad de Quito. La finalidad de involucrar en el estudio tanto a abogados como a mediadores es comparar sus orientaciones y determinar si aquello que los mediadores ofrecen es, efectivamente, lo que los abogados esperan de los procedimientos de mediación a los que asisten acompañando a las partes. Participaron en ella 35 mediadores de distintos centros de la ciudad y 54 abogados usuarios de dichos centros. Entre los mediadores encuestados, se incluye la respuesta institucional presentada por el Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial (CNMFJ), misma que motiva cada una de las afirmaciones (por este motivo, los mediadores del CNMFJ no respondieron individualmente las encuestas).

66. J. KRIVIS y B. MCADDOO, N. 44.



Por el tamaño de la muestra evaluada, los resultados de este estudio inicial son meramente ejemplificativos y representan las preferencias de los abogados y mediadores que respondieron la encuesta, exclusivamente. No obstante, nos permiten obtener luces de las preferencias y tendencias más generales.

Al momento de contestar la encuesta, otorgar un puntaje alto a las afirmaciones sobre estilo implica que el abogado o mediador prefiere un estilo evaluativo, mientras que asignar un puntaje bajo refleja su inclinación hacia el estilo facilitativo. De manera similar, otorgar un puntaje alto a las afirmaciones sobre definición del problema implicaba preferir una visión amplia del problema, mientras que asignar un puntaje bajo refleja la preferencia por una visión estrecha. Por motivos didácticos, algunas preguntas se encontraban invertidas a fin de que los participantes no logren identificar la postura que representaba el asignar puntajes altos o bajos y que respondan con la mayor objetividad posible. En estos casos los puntajes fueron nuevamente invertidos para computar correctamente la evaluación de los resultados finales.

Los resultados obtenidos se exponen de dos maneras principales. Los estilos y la definición del problema se exponen a través de gráficos de barras comparativas que analizan las respuestas de abogados y mediadores a las preguntas más relevantes (secciones 4.2, 4.3 y 4.5). Así, se pueden observar los puntajes asignados con mayor frecuencia por abogados y mediadores en cada una de las preguntas, y comparar sus preferencias con respecto a temas específicos de la mediación. En ambos casos, se exponen los resultados sobre 5 puntos y no sobre 10 para visibilizar con mayor claridad la tendencia existente.

Finalmente, las orientaciones de la mediación se reflejan en una gráfica de cuadrantes (sección 4.4) en la cual se ubica a cada abogado y mediador participante en un punto específico del cuadrante. Esto refleja sus preferencias acerca del estilo de la mediación y la definición del problema. La ubicación en la que cada abogado o mediador se encuentra es determinada a través de la obtención de un promedio de las calificaciones dadas a todas las

preguntas de la encuesta. Igualmente los resultados se exponen sobre 5 puntos para visibilizar con mayor claridad la tendencia existente.

## **4.2 Estilos de mediación en la ciudad de Quito**

Conforme los resultados de las preguntas que se verán más adelante, la mayoría de los mediadores encuestados reflejan un estilo evaluativo. Se diferencia de esta regla el CNMFJ, quién en su respuesta institucional aboga por un estilo facilitativo de mediación.

La mayoría de los abogados encuestados optó también por un estilo evaluativo del mediador.

A continuación revisaremos los resultados a las preguntas más relevantes que sustentan esta conclusión:

- **Emitir criterios jurídicos**

Respecto a la *posibilidad de que los mediadores proporcionen su criterio jurídico a fin de ayudar a las partes a entender las fortalezas y debilidades de sus posiciones legales*, el 40% de los mediadores se manifestaron a favor y el 31,43%, en contra; mientras que los abogados demostraron una tendencia mucho más definida manifestándose el 57,41% a favor y solamente el 18,51% en contra.

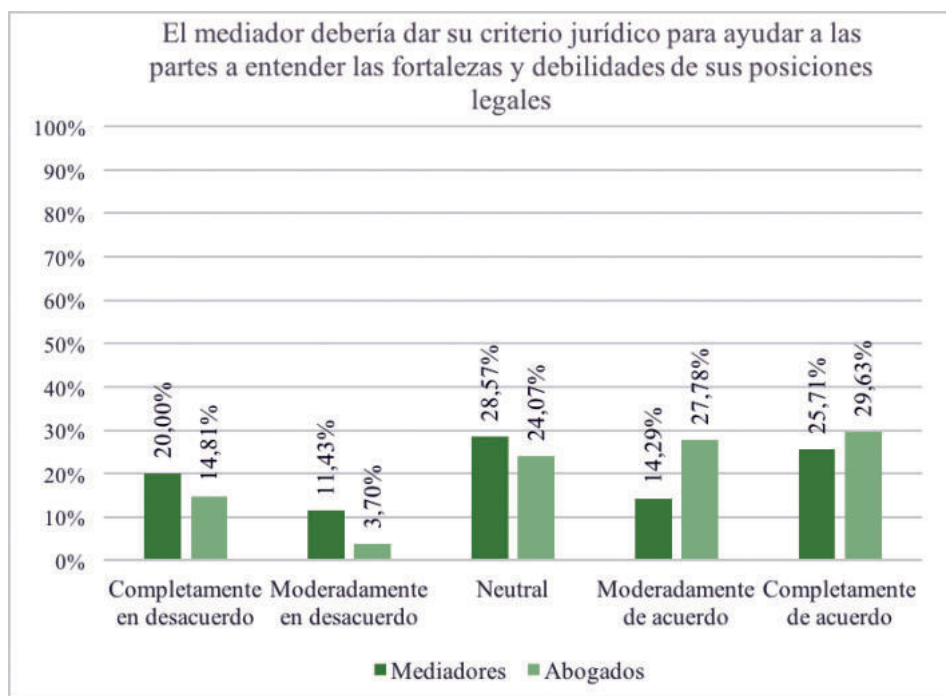


Ilustración 2: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "El mediador debería dar su criterio jurídico para ayudar a las partes a entender las fortalezas y debilidades de sus posiciones legales".

Las respuestas de mediadores a esta pregunta revelan que no hay una tendencia clara, existe un porcentaje similar entre quienes están de acuerdo y quienes están en desacuerdo con dar su opinión jurídica. De hecho, el 28,57% de los mediadores no tienen una postura clara al respecto, lo que implica un porcentaje mayor a los que están completamente de acuerdo o completamente en desacuerdo.

Por su parte, el CNMFJ se inclina a un estilo facilitativo, pues respondió que está completamente en desacuerdo, motivándolo de la siguiente manera:

La manifestación de un criterio jurídico, es muy cercano a la opinión, lo que es tarea de un asesor legal o del informe que pudiera realizar un perito, especialista en la materia. Esta no es tarea del mediador o mediadora, por lo que, siempre ma-

nifiesta a las partes el derecho de acudir a la asesoría legal que les brinda el Estado, a través de la Defensoría Pública; o, privada, según las posibilidades con que cuente el usuario o usuaria, este es un recurso que corre por cuenta de ellos.

Es decir que, la tarea de ayuda a las partes para que entiendan las fortalezas y debilidades de sus posiciones legales, es una tarea de asesoría jurídica que está en contradicción con la función de imparcialidad y neutralidad del mediador o mediadora. Ahora bien, desde el enfoque de garantía de derechos al que un servidor público que presta un servicio de administración de justicia, como es la mediación, está sujeto por mandato constitucional, al respeto y garantía de los derechos de todos los usuarios y usuarias; así como a la aplicación directa de principios, que permitan la plena vigencia de los derechos de los usuarios o usuarias.

Por lo tanto, se debe diferenciar que el deber de informar a los usuarios o usuarias del goce de sus derechos y del deber de cumplir con obligaciones, es opuesto a la opinión jurídica que resulta de una consulta, lo que es tarea de un asesor o asesora legal.

Respecto a los abogados existe una tendencia mucho más definida hacia un estilo evaluativo, en donde la mayoría de abogados que concurren a la mediación en compañía de las partes buscan que el mediador emita su criterio para ayudar a evaluar las debilidades y fortalezas del caso.

Es interesante reconocer la diferencia que existe entre mediadores y abogados, pues mientras los últimos buscarán un criterio jurídico, solamente una fracción de los mediadores estarán dispuestos a atender tales expectativas. Esto nos invita a cuestionarnos si convendría que en el futuro los mediadores se inclinen por un estilo más evaluativo, o si se deberían desarrollar nuevos métodos de solución de controversias que ofrezcan una evaluación neutral anticipada, como el ENA<sup>67</sup>, el *mini trial*<sup>68</sup> o el *juez de alquiler*<sup>69</sup>.

67. La evaluación neutral anticipada (ENA) consiste en un método en el que las partes acuden ante un tercero neutral para que evalúe las posiciones, debilidades y fortalezas de cada parte y sobre la base de ellas determine si están lo suficientemente cerca como para sentarse a la mesa de negociación. Para mayor información sobre ENA véase, L. VADO, "Medios alternativos de resolución de conflictos", p. 387, <<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>> (21/06/2017) y M. IZUZQUIZA, "El conflicto: diversos sistemas de resolución". *Cartapacio de Derecho*, pp. 10-11.

• Predecir el posible resultado en el proceso judicial

Sobre la conveniencia de que el mediador se pronuncie acerca del posible resultado del conflicto si este fuese llevado a las cortes, el 68,57% de los mediadores se pronunció favorablemente mientras que solamente el 11,42% estuvo en contra. Igualmente, el 50% de los abogados se pronunció a favor mientras que el 29,63% estuvo en contra.

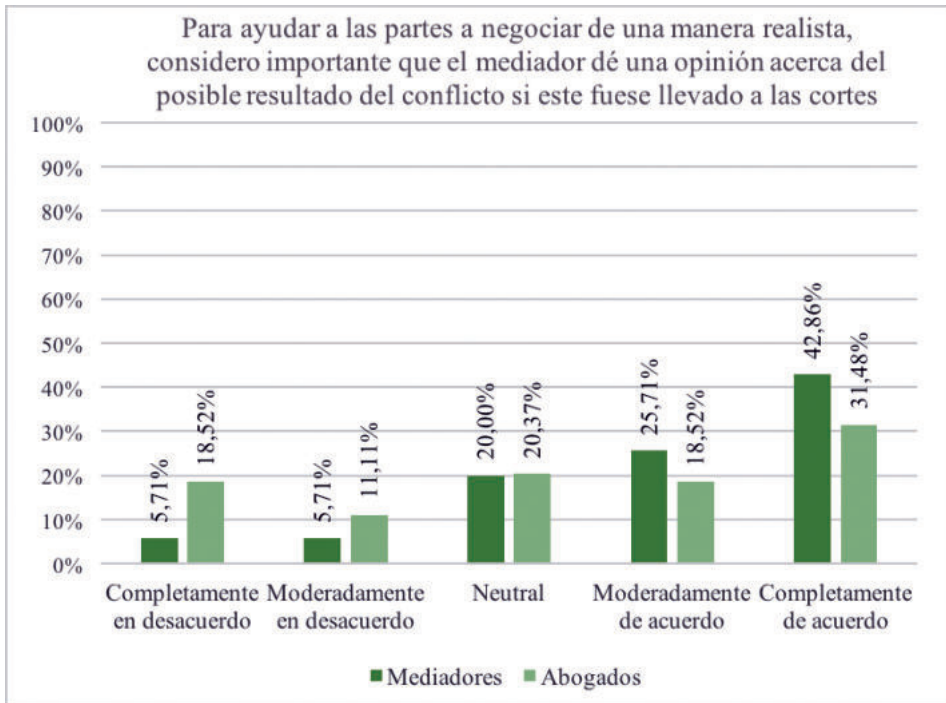


Ilustración 3: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "Para ayudar a las partes a negociar de una manera realista considero importante que el mediador dé una opinión acerca del posible resultado del conflicto si este fuese llevado a las cortes".

68. El mini trial es un método alternativo a la resolución de disputas que consiste en una suerte de moot court en el que un tercero brinda asesoría a las partes y les señala qué es lo que cada una tiene para perder o ganar un eventual juicio. Las decisiones de este tercero pueden ser vinculantes dependiendo de la legislación. Para mayor información sobre este mecanismo véase, J. DAVIS y L. OMLIE, "Mini-Trials: The Courtroom in the Boardroom", *Willamette Law Review*, Vol. 21, 1985.
69. Por su parte, el juez de alquiler (*rent a judge*) es un proceso en el que interviene un juez retirado y con prestigio por su idoneidad y su imparcialidad. Este juez emite un dictamen que si bien no es vinculante es valorizado por las partes dado su prestigio. Para mayor información sobre este mecanismo véase, K. STONE, *Alternative Dispute Resolution*, University of California, 2004, pp. 2-3.

Los mediadores consideran útil y apropiado el anticipar los posibles resultados del caso en la corte. Tal vez esto se relaciona con el rol del mediador como agente de la realidad, lo que les permite a las partes reevaluar sus posiciones. Por su parte, el CNMFJ tuvo una posición neutral aunque reconoció valor a esta técnica de la siguiente manera: “conforme la aplicación del método lineal de negociación, dependiendo del nivel del conflicto, se motiva el análisis de la Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado (MAAN)”.

Los abogados no reflejaron una tendencia tan clara. El 50% mostró una tendencia favorable, un 20,37% una postura neutral y el 29,63% se pronunció en contra. A pesar de que la mayoría de abogados se agrupa hacia el estilo evaluativo, con estos resultados parecería que los abogados no confían tanto en la predicción que pudiera realizar el mediador. Es interesante comparar las respuestas a esta pregunta con las de la pregunta anterior. Mientras que los abogados buscan del mediador un criterio jurídico para evaluar las debilidades de su caso, parecerían no tan entusiastas con la idea de que el mediador anticipe el posible resultado en la corte.

- **Realizar propuestas de acuerdo**

El 51,85% de los abogados encuestados está completamente de acuerdo en que *el mediador proponga opciones de solución que satisfagan los intereses de las partes*; mientras que el 28,57% de los mediadores considera lo mismo. El 12,96% de los abogados y el 31,43% de mediadores no tienen una tendencia clara; mientras que el 3,7% de abogados y el 8,57% de los mediadores están completamente en desacuerdo. A pesar de la dispersión en estos resultados podemos evidenciar que existe una tendencia favorable hacia la propuesta de opciones de solución por parte del mediador.

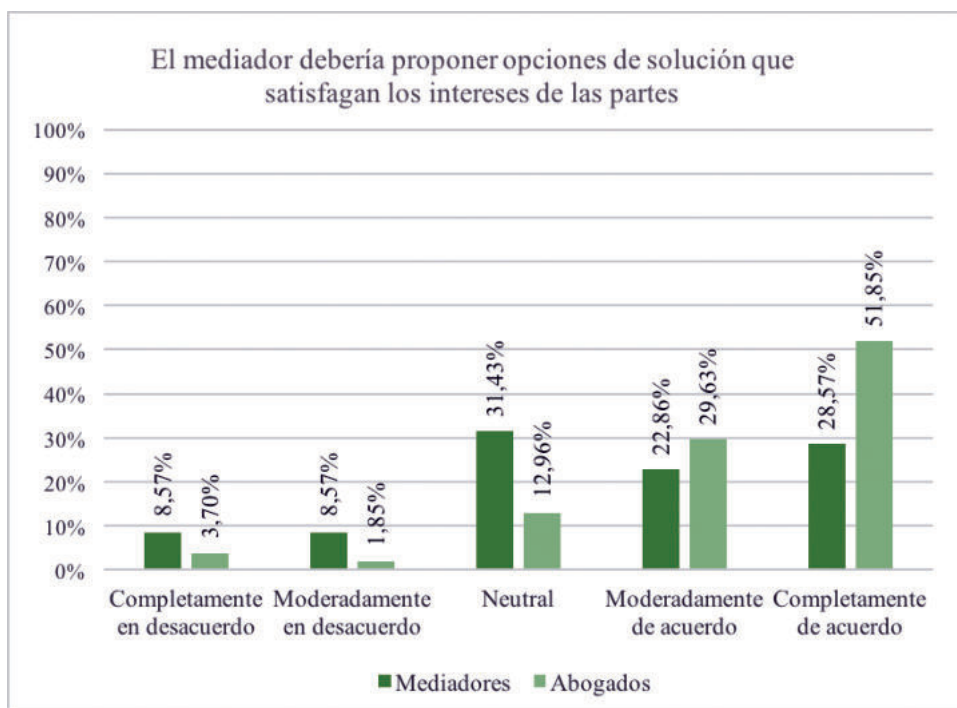


Ilustración 4: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "El mediador debería proponer opciones de solución que satisfagan los intereses de las partes".

Si bien respecto a los mediadores los resultados se encuentran más dispersos que en las respuestas de abogados, en ambos casos podemos constatar una tendencia evaluativa. Sin embargo, es importante notar que los abogados están más de acuerdo con que el mediador realice fórmulas de acuerdo, que los mismos mediadores. De hecho, en las respuestas de mediadores el 31,43% no revela tendencia alguna, mientras que en abogados este valor es de tan solo 12,96%.

De igual manera, el porcentaje de abogados que está completamente de acuerdo con que los mediadores propongan opciones en el procedimiento supera el 50%, mientras que en los mediadores esta cifra es tan solo del 28,57%. Esto nos lleva a cuestionarnos cómo se desarrollará en el futuro la práctica de la mediación. Tal vez los abogados buscarán mediadores que propongan fórmulas de solución; o tal vez los mediadores irán adoptando esta técnica

en su práctica con mayor regularidad; probablemente reflejando la adopción cada vez mayor de un estilo evaluativo, como sucedió en los Estados Unidos.

Es importante resaltar la posición del CNMFJ, quien señaló que está completamente en desacuerdo sobre la posibilidad de que los mediadores propongan opciones de solución, fundamentando tal decisión de la siguiente forma:

[E]l mediador o mediadora, no sugiere o propone opciones de solución, sino que ayuda a que las partes identifiquen la mejor solución con la que estarían dispuestas para llegar a un acuerdo. Existe una sutil diferencia entre proponer o sugerir; y, ayudar a que salga de las mismas partes, la mejor solución al conflicto. Lo primero, quita neutralidad o imparcialidad, al mediador o mediadora, ya que es una exteriorización de cómo le parece mejor resolver el conflicto; mientras que, lo segundo, es fruto de la aplicación de las herramientas de comunicación y de la tarea de empoderamiento que es un eje transversal al trabajo del mediador o mediadora.

Esta respuesta denota una tendencia claramente facilitativa, pues se advierte que sugerir opciones de acuerdo contraviene la neutralidad e imparcialidad del mediador. Esta preocupación es propia de los mediadores comprometidos con un estilo facilitativo.

- **Especialización del mediador**

Sobre la *necesidad de que los mediadores sean especializados*, el 65,71% de los mediadores está completamente de acuerdo y ninguno de ellos está completamente en desacuerdo. En cuanto a los abogados, el 48,15% está completamente de acuerdo, mientras que el 3,7% está completamente en desacuerdo.



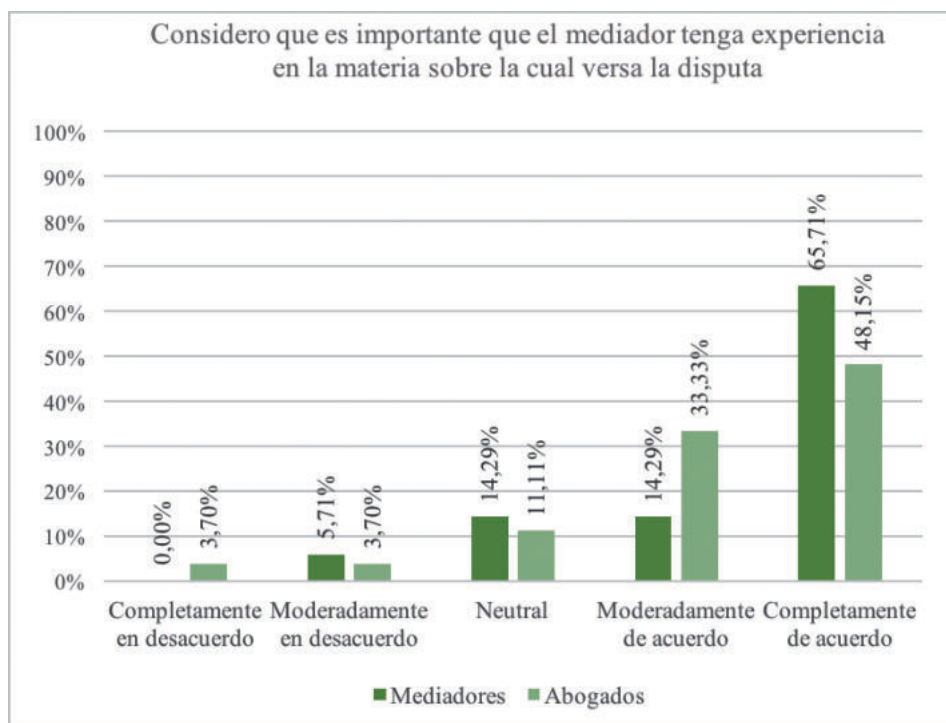


Ilustración 5: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "Considero que es importante que el mediador tenga experiencia en la materia sobre la cual versa la disputa".

El estilo evaluativo de mediación implica que los mediadores conozcan de la materia que están mediando; de este modo podrán brindar un mejor criterio jurídico, realizar predicciones más precisas, o presentar propuestas de solución plausibles. En cambio, un estilo facilitativo no requiere especialización en la materia, sino más bien el adecuado uso de técnicas y estrategias de comunicación y negociación. Las respuestas a esta pregunta confirman que la mayoría de encuestados, tanto mediadores como abogados dan importancia a la especialización del mediador, característica que es fundamental en cualquier orientación evaluativa. Igualmente, el CNMFJ respondió que está moderadamente de acuerdo, tomando en cuenta que:

Es necesario que el mediador cuente con un nivel de conocimiento y experiencia adecuados para el ejercicio de sus fun-

ciones. Al momento de la atención de un caso, el estudio o análisis de los elementos del conflicto, podría tener inquietudes, lo que le permitirá identificar la necesidad de apoyo técnico, para fortalecer sus capacidades con la debida antelación a la audiencia de mediación.

- **Acceso a las posturas legales antes de la mediación**

Finalmente, se preguntó a los encuestados acerca de la *conveniencia de que el mediador tenga escritos con anterioridad en los que las partes expliquen su postura legal*. Al respecto, el 28,57% de los mediadores se pronunció a favor. En cambio, el 45,71% se manifestó en contra. Al inverso, el 53,7% de los abogados está de acuerdo en que se presente escritos con anterioridad, mientras que el 20,37% está en contra.

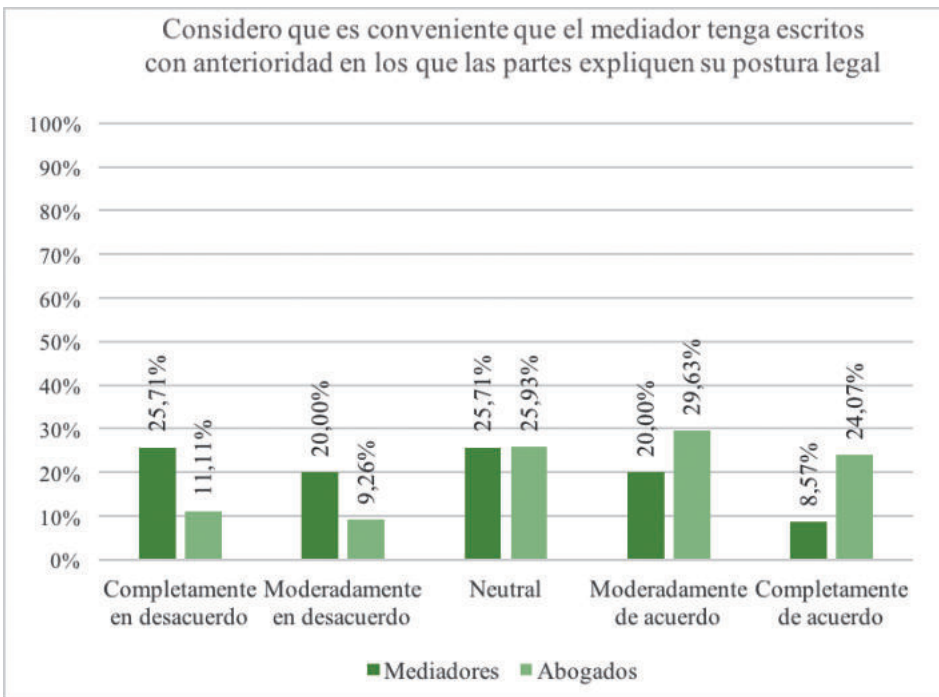


Ilustración 6: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "Considero que es conveniente que el mediador tenga escritos con anterioridad en los que las partes expliquen su postura legal".

Esta pregunta nos permite obtener luces sobre si existe o no una inclinación de los abogados y mediadores a favor de la premediación<sup>70</sup>. Conocer acerca de los documentos o reportes técnicos con anticipación para determinar cómo manejar el caso trae consigo variadas reacciones entre los encuestados. El poder decidir por cómo se manejará el caso implica un tema de estructura y estrategia, no un tema de toma de decisiones o posiciones de manera anticipada.

Se puede evidenciar que en el caso de los mediadores, a pesar de existir resultados dispersos –en particular porque el 25,71% de los encuestados no tienen preferencia alguna– sí existe una tendencia desfavorable frente a la posibilidad de contar con documentos previos y revisarlos a manera de preparación de una mediación. Esto refleja una visión un poco más facilitativa de parte de los mediadores, quienes tal vez se imaginan que es mejor que las partes no tengan posiciones definidas que impidan la exploración de intereses. Igualmente, nos permite evidenciar que los mediadores no le dedicarían mucho tiempo y esfuerzo a la premediación.

De hecho, el CNMFJ sostuvo que: “no es conveniente que el mediador tenga escritos con anterioridad en los que las partes expliquen su postura legal. Si bien, las partes podrían presentarlos, nada impide que los reciba, sin embargo, la audiencia de mediación es el espacio previsto para que puedan manifestar sus criterios e intereses”.

Por su parte, los abogados preferirían que los mediadores lleguen preparados a la audiencia revisando los documentos legales. Es interesante notar la discordancia en este punto, en que no se correlacionan los prestadores del servicio con los usuarios del mismo. Por lo que es probable que los documentos elaborados

70. La premediación implica tanto la preparación del cliente con su abogado antes de la mediación, como la preparación anticipada que realiza el mediador del caso y de la estrategia que utilizará durante la audiencia. A medida que la imagen esté más completa a los ojos del mediador, más fácil se hace la dirección del procedimiento a una solución. Véase, M. SHER, *The High Cost of Failing to Prepare for Mediation*, «<https://www.mediate.com/articles/SherM5.cfm>» (05/04/2017) y C. HILL, *Achieving the Promise of Mediation*, «<https://www.mediate.com/articles/HillC3.cfm>» (05/04/2017).

por los abogados, con el afán de exponer al mediador su perspectiva sobre el caso, pueden ser en muchas ocasiones ignorados.

Estos resultados son un llamado de atención para otorgar mayor importancia a los escritos preparados por las partes y darle valor a la fase de premediación.

Sobre la base del análisis realizado es posible concluir que existe una tendencia general hacia un estilo evaluativo, tal como se desprende del cuadro expuesto en la sección 4.4 que se verá más adelante.

Los mediadores reflejan una tendencia evaluativa aunque no absolutamente, mientras que los abogados expresan una clara preferencia por un estilo más evaluativo. Por su parte, el CNMFJ evidencia un estilo de mediación facilitativo, comprometido con la pureza de la mediación clásica.

Por otro lado, es importante resaltar que existen ciertos temas en los cuales no existe armonía entre lo que quisieran los abogados y lo que ofrecen los mediadores. Esta situación nos invita a imaginarnos cómo se desarrollará la mediación en el futuro y las técnicas que adoptarán los mediadores en su ejercicio profesional a fin de atender las necesidades, expectativas y preferencias de los usuarios. Igualmente, quedan temas latentes como la necesidad de dar mayor énfasis a la fase de premediación y la tendencia a una mayor especialización de la profesión.

### **4.3 Definición del problema en la ciudad de Quito**

En cuanto a la definición del problema a abordar, esta investigación no llegó a resultados concluyentes. Parecería que tanto mediadores como abogados se adaptan a la definición del problema que resulte más conveniente en cada caso.

A continuación revisaremos los resultados a las preguntas más relevantes que sustentan esta conclusión:

- **Enfoque en las cuestiones jurídicas**

Una gran cantidad de mediadores y abogados considera que *el rol del mediador es el de ayudar a las partes a entender y llegar a una solución sobre las cuestiones jurídicas del caso*. El 71,43% de mediadores y el 55,55% de abogados muestran una tendencia favorable con esta afirmación. Igualmente, el CNMFJ estuvo completamente de acuerdo con esta afirmación.

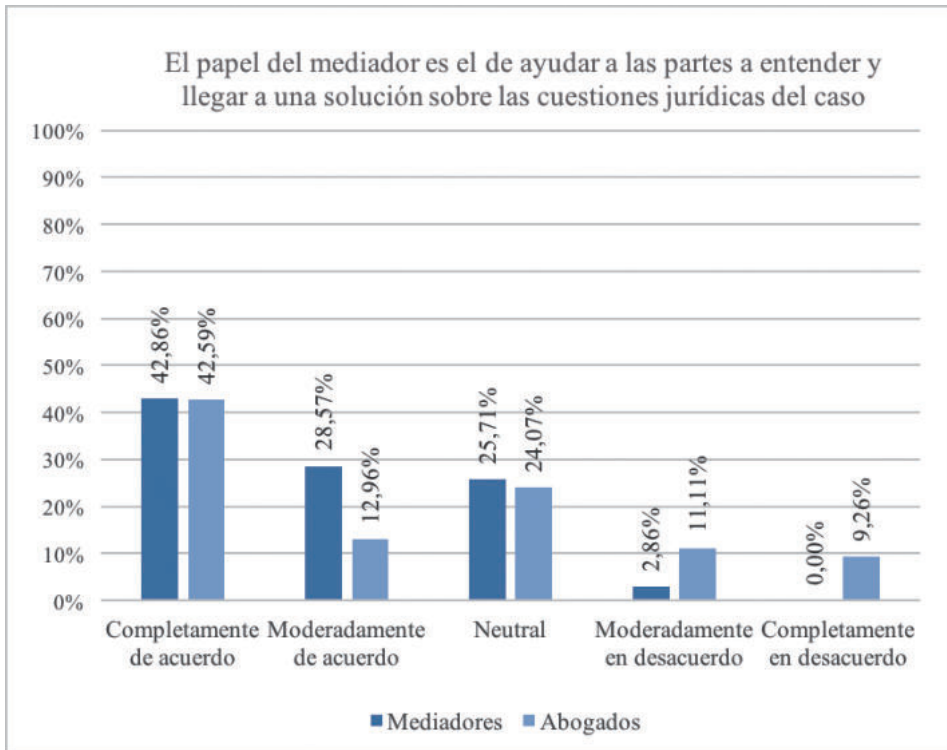


Ilustración 7: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "El papel del mediador es el de ayudar a las partes a entender y llegar a una solución sobre las cuestiones jurídicas del caso".

Esto quiere decir que, tanto para abogados como mediadores las cuestiones legales forman parte de la mediación y que el mediador debe contribuir con la resolución de la disputa jurídica específica.

Adicionalmente, la mayoría de mediadores y abogados consideran que es una práctica aceptable que las partes realicen ofertas y contraofertas de valores monetarios durante la mediación. El 82,86% de mediadores y el 79,63% de abogados están de acuerdo con este estilo de negociación.

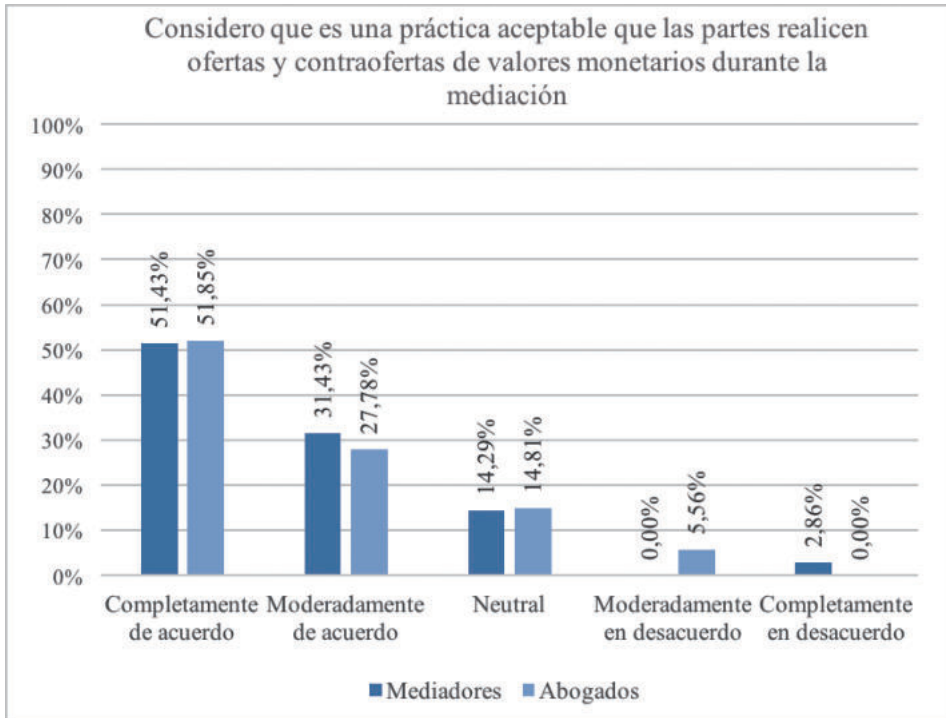


Ilustración 8: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "Considero que es una práctica aceptable que las partes realicen ofertas y contraofertas de valores monetarios durante la mediación".

Esta pregunta tiene relación con el modelo de negociación distributiva que deja de lado los intereses, las emociones y las causas del conflicto para enfocarse solamente en un intercambio de ofertas y demandas de contenido monetario. Este modelo de negociación es propio de una definición estrecha del problema.

Al respecto, el CNMFJ manifestó estar completamente de acuerdo:

Conforme a la metodología de negociación, lineal, que se aplica durante la audiencia, casi siempre las partes realizan ofertas y contraofertas, sobre todo cuando se tratan temas civiles, patrimoniales o relacionados con formas de cumplimiento de obligaciones onerosas o de tracto sucesivo. De todas formas, el uso del regateo como una forma de llegar a un acuerdo, debe ser moderado por el mediador o mediadora, recordando a las partes respecto de los criterios objetivos o las causas que han dado lugar a la obligación, a fin de cumplir dentro de los parámetros normativos vigentes al momento del contrato y del acta de mediación.

Finalmente, al momento de preguntar a los abogados y mediadores encuestados si consideran una técnica adecuada *sacar a los abogados de la sala de mediación*, no se pudo obtener una respuesta clara que evidencie una tendencia real. El 40% de mediadores (incluyendo la postura oficial del CNMFJ) y el 44,45% de abogados se encuentran en desacuerdo; mientras que un porcentaje representativo de mediadores y abogados (34,29% y 24,07%, respectivamente) se encuentran en indecisión; y, finalmente el 25,72% de mediadores y el 31,48% de abogados se encuentran de acuerdo con la práctica.

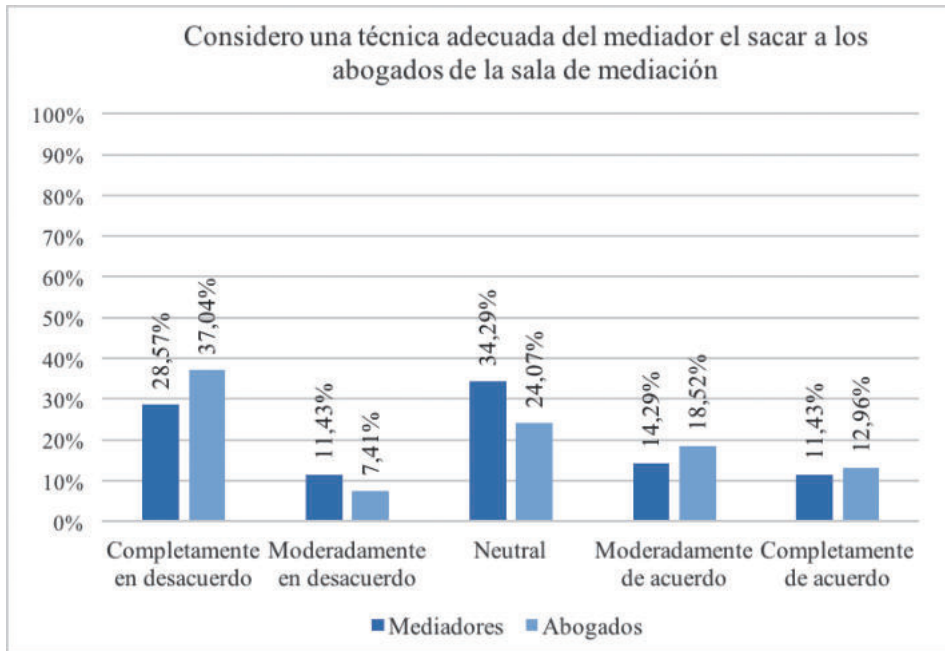


Ilustración 9: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "Considero una técnica adecuada sacar a los abogados de la sala de mediación".

A pesar de la dispersión en los resultados, al parecer existe una tendencia a considerar necesaria la presencia de los abogados en la mesa de negociación, lo que sugiere a su vez que la conversación se enfoque en los asuntos legales.

- **Enfoque en cuestiones que trascienden lo legal**

Ahora bien, al mismo tiempo que los encuestados estuvieron de acuerdo con tratar los temas legales, también estuvieron de acuerdo con tratar temas que van más allá del asunto legal. Así pues, el 91,43% de mediadores y el 83,33% de abogados encuestados están de acuerdo con *observar cuestiones adicionales a las legales* al momento de realizar una mediación o acudir a ella.



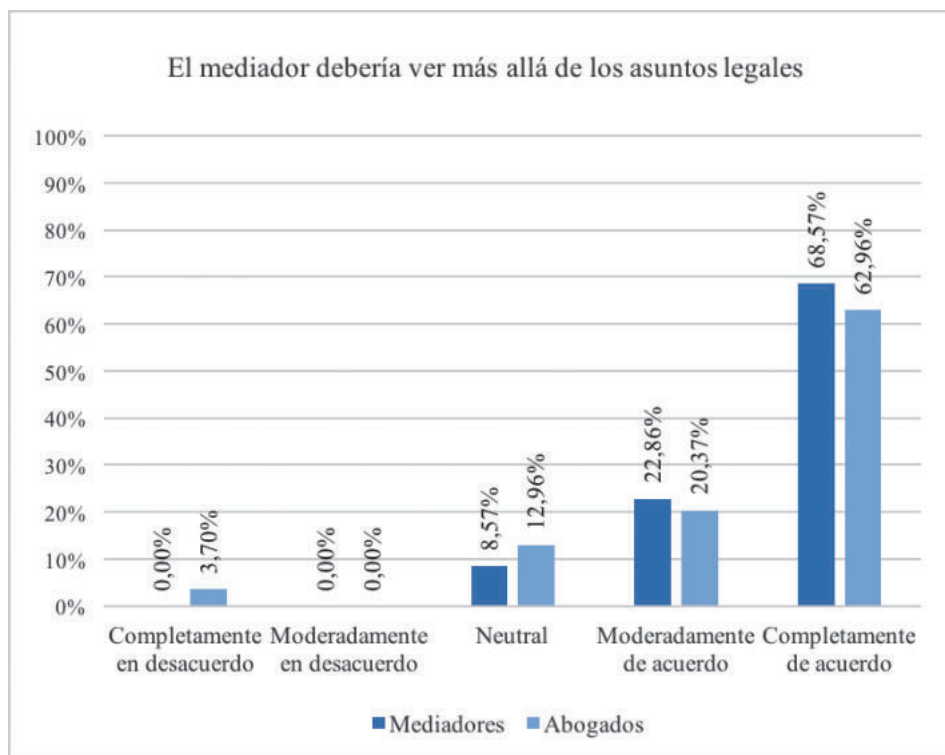


Ilustración 10: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "El mediador debería ver más allá de los asuntos legales".

Aquello refleja una fuerte y marcada tendencia a definir de manera amplia los problemas que son llevados a mediación, de manera que tome en cuenta también los intereses, las emociones y las percepciones de las partes.

De hecho, la respuesta del CNMFJ refleja una definición del problema que llega al cuarto nivel de amplitud, al decir:

el rol del mediador o mediadora va más allá de solucionar casos, se enfoca a la búsqueda de la cultura de paz [...]. [Citando] al Dr. Gustavo Jalkh, Presidente del Consejo de la Judicatura, quien manifiesta que la ecuación: un conflicto igual a un juicio no es viable ni sostenible, social ni económicamente, por lo que la mediación se constituye en una vía privilegiada que permite el fortalecimiento del tejido social y un importante ahorro de recursos que se debería invertir en el sistema judicial formal.

De igual manera, tanto abogados como mediadores tienden a estar de acuerdo con la idea de que *la percepción de las partes sobre la disputa es más relevante que la evidencia que se tenga sobre el caso*. El 77,14% de mediadores y el 57,4% de abogados afirman estar de acuerdo con la postura mencionada.

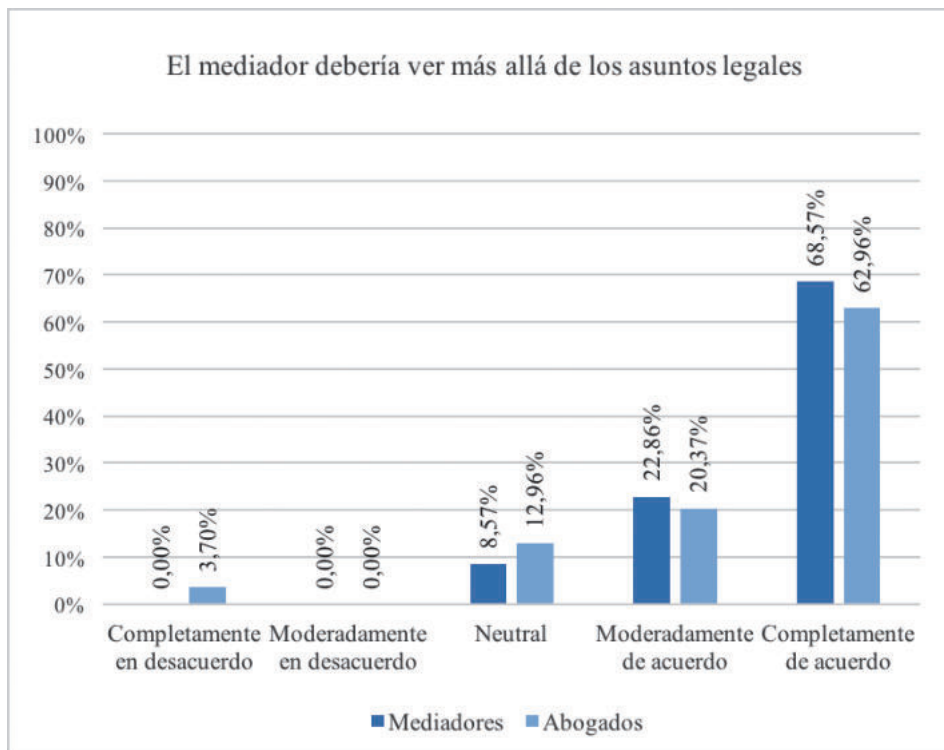


Ilustración 11: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "La percepción de las partes acerca del conflicto es más importante que la evidencia del caso".

Esto refleja una tendencia a definir el problema de manera más amplia, pues las percepciones de las partes tendrán más valor que la prueba con la que cuentan para demostrar sus afirmaciones en un proceso judicial. Esta respuesta parece indicar que los abogados y mediadores ven a la mediación como un procedimiento que resuelve controversias cuyos matices no son exclusivamente jurídicos.

Eventualmente, esto podría implicar que ni los mediadores ni los abogados consideran los posibles riesgos, desde la perspectiva de la prueba, al acudir a los tribunales de justicia.

Es interesante la posición del CNMFJ, quien tuvo una postura neutral reconociendo el valor que tiene el tomar en cuenta el análisis de la realidad, “lo que implica que salgan del ámbito de las percepciones, que es subjetivo, para tratar los temas en base a criterios objetivos”.

- **Enfoque en cuestiones personales**

Al momento de definir el problema, tanto abogados como mediadores, también se ubicaron en el tercer nivel de amplitud. Así pues consideraron que la *mediación debería lograr el empoderamiento de las partes, el entendimiento mutuo, y la satisfacción de intereses, por encima de una resolución jurídica concreta*. El 85,71% de mediadores y el 88,88% de los abogados están de acuerdo con incorporar estos asuntos dentro de las mediaciones.

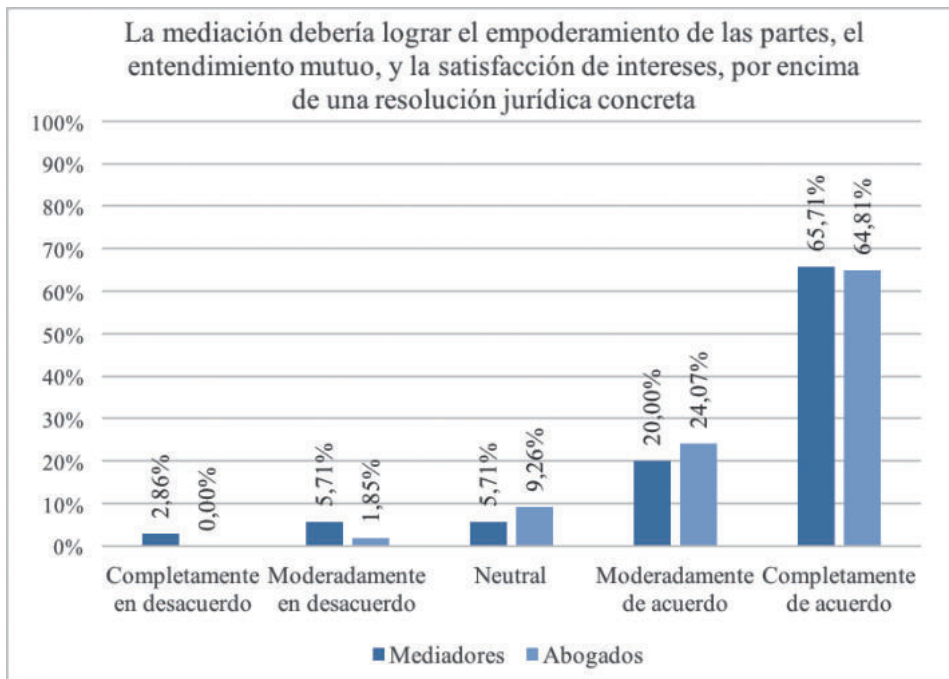


Ilustración 12: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta “La mediación debería lograr el empoderamiento de las partes, el entendimiento mutuo y la satisfacción de intereses, por encima de una resolución jurídica concreta”.

Resulta interesante la respuesta del CNMFJ quien estuvo completamente en desacuerdo, al considerar que:

[n]o son objetivos exclusivos e independientes de la mediación, el empoderamiento de las partes, el entendimiento mutuo o la satisfacción de intereses sino que, si estos objetivos se consiguen durante la mediación; la consecuencia natural y lógica es que se lleguen a acuerdos que resuelvan conflictos jurídicos concretos. Es tan importante lo uno como lo otro.

El resultado de la encuesta no arrojó una tendencia marcada con respecto a la definición del problema. Al momento de responder las preguntas, los abogados y mediadores apuntaron a definiciones estrechas y amplias del problema al mismo tiempo. Cabe resaltar la postura del CNMFJ para quien es tan importante lo uno como lo otro. Así pues, la definición del problema dependerá mucho del caso que se tiene al frente, y de cómo las partes quieran abordar el conflicto. Los mediadores parecerían moldeables a cualquiera de las tendencias de definición del problema, de suerte que podrán responder a las expectativas que las partes y sus abogados tengan sobre esto caso por caso.

#### **4.4 Las orientaciones de la mediación en la ciudad de Quito**

A través de la encuesta realizada se obtuvieron dos gráficos de dispersión que reflejan la orientación general tanto de abogados como de mediadores. Estos resumen sus preferencias con respecto a los estilos y la definición del problema. En ambos gráficos de dispersión se evidenciará, entonces, una marcada tendencia hacia el estilo evaluativo, y una falta de claridad en cuanto a la definición del problema. Dichos resultados se encuentran graficados de la siguiente manera:

## Resultados de las encuestas realizados a mediadores

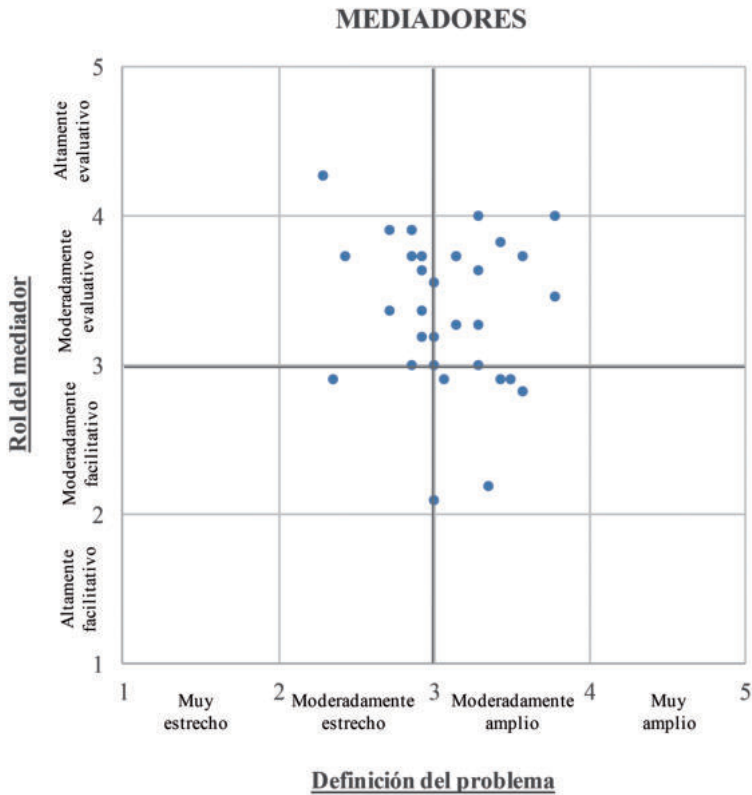


Ilustración 13: Cuadrante en el que es posible evidenciar la orientación de los mediadores encuestados.

Este cuadrante revela una clara tendencia por parte de los mediadores hacia el estilo evaluativo, pues la amplia mayoría de los resultados se encuentran ubicados en la parte superior del cuadrante. En cuanto a la definición del problema, este gráfico nos demuestra que no existe una tendencia clara sobre cómo definirlo, ello debido a que los resultados se encuentran dispersos a lo largo del eje horizontal.

• Resultados de las encuestas realizados a abogados

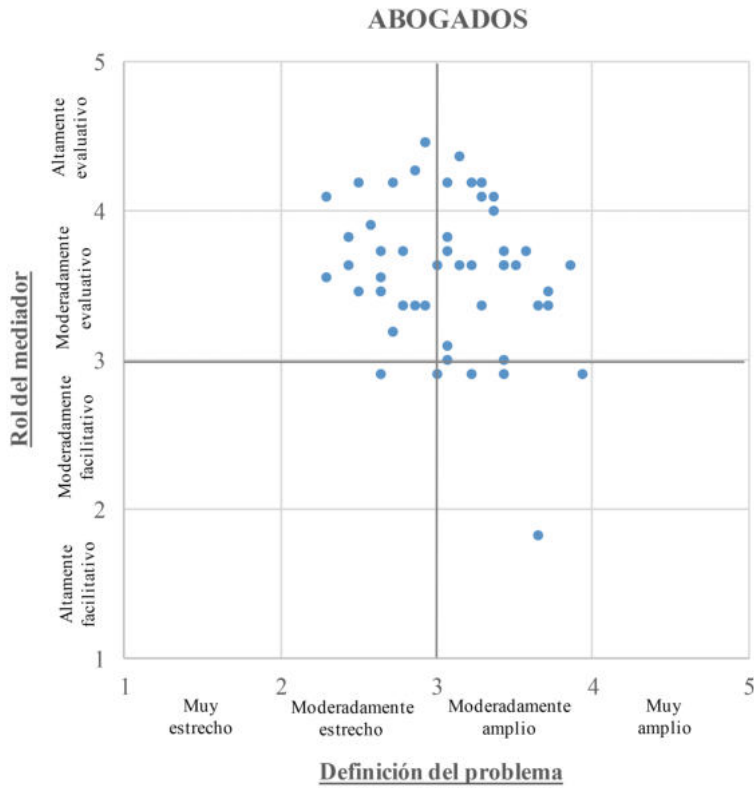


Ilustración 14: Cuadrante en el que es posible evidenciar la orientación que prefieren los abogados encuestados.

En cuanto a los abogados, la tendencia hacia un estilo evaluativo es aún más clara. De hecho, salvo una excepción, los únicos puntos que se encuentran por debajo del eje horizontal están sumamente cerca del límite. Respecto a la definición del problema, al igual que lo ocurrido con los mediadores, no existe una tendencia definida, puesto que los resultados se encuentran dispersos en la parte izquierda y derecha del cuadrante.

#### 4.5 Otras técnicas procedimentales relevantes empleadas en la ciudad de Quito

Otro de los componentes de la encuesta realizada apunta a identificar otras técnicas procedimentales relevantes utilizadas en la mediación, tales como la utilización de reuniones privadas y el contacto del mediador con las partes antes de la audiencia.

- **Sobre las reuniones privadas**

Algunos modelos de mediación se realizan exclusivamente en una audiencia conjunta (especialmente, las mediaciones en donde la definición del problema es amplia); otros, en cambio, se llevan a cabo solamente en reuniones privadas (especialmente las mediaciones orientadas a estilos evaluativos con definición estrecha). Finalmente, otros modelos combinan tanto sesiones conjuntas como privadas para tener un rango mayor de técnicas.

De los encuestados, el 62,86% de mediadores y el 43,75% de abogados están de acuerdo con *utilizar reuniones privadas con las partes antes de las reuniones conjuntas para ayudarlas a entender las debilidades de su caso*. A su vez, el 28,57% de los mediadores y el 43,75% de abogados están en desacuerdo con esta práctica.

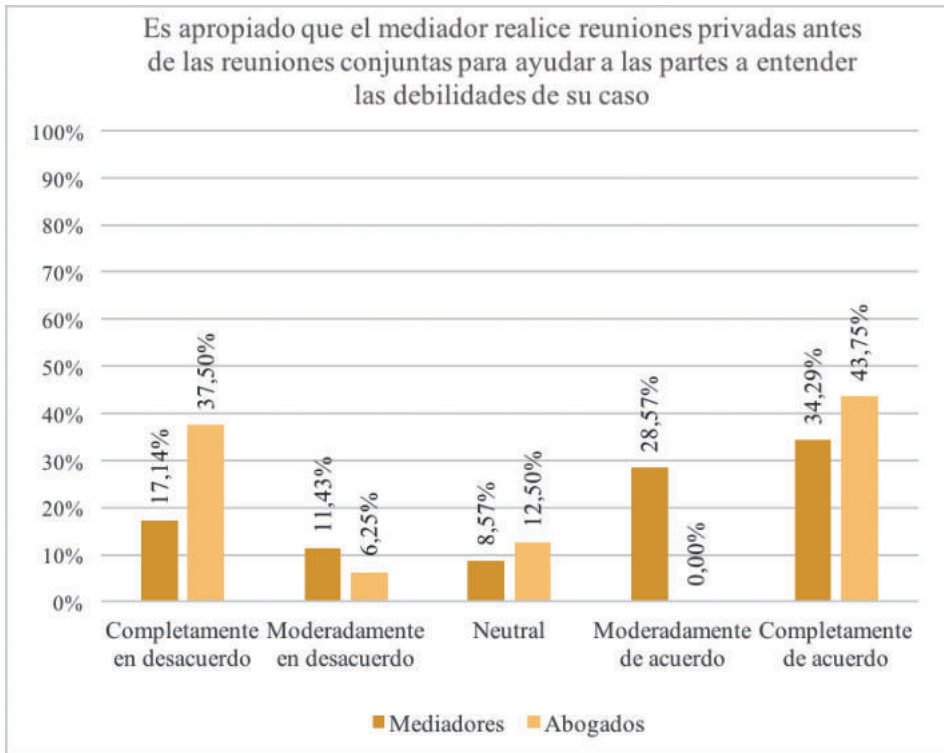


Ilustración 15: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta "Es apropiado que el mediador realice reuniones privadas antes de las reuniones conjuntas para ayudar a las partes a entender las debilidades de su caso".

Consecuentemente, no existe consenso sobre la pertinencia del uso de reuniones privadas. De hecho, los porcentajes de abogados de acuerdo y en desacuerdo con el uso de la práctica son idénticos, lo que indica que sus preferencias no son uniformes. Los mediadores, en cambio, sí manifiestan una tendencia favorable al uso de reuniones privadas. Por su parte, el CNMFJ está de acuerdo con la afirmación, motivando que:

Las reuniones por separado son importantes y muy útiles, dependiendo del caso, sin embargo, no son la herramienta principal de la mediación. Por lo que, el mediador o mediadora, deberá aplicar esta herramienta, tantas veces cuantas fuere necesaria, pero lo previsto es que las partes puedan conversar entre ellas porque para eso han acudido voluntariamente a la audiencia de mediación.



Estas respuestas parecen reflejar la flexibilidad en el manejo de la mediación.

- **Sobre el contacto del mediador con las partes antes de la audiencia**

En los Estados Unidos, la mediación incluye una etapa de *convening*<sup>71</sup>, lo que implica que el mediador o un asistente suyo ‘ponga la mesa’ para negociar. Para el efecto, se toma contacto con las partes de manera previa a la audiencia para, entre otros, verificar quiénes asistirían, confirmar la fecha y el lugar, definir los temas a tratar, acordar la posibilidad de presentar escritos con las posiciones legales de las partes, determinar cómo se llevará a cabo la mediación (si habrán audiencias conjuntas, presentaciones de las partes u otras). Esta fase de premediación no ha sido acogida del todo en nuestra práctica. El 42,86% de mediadores y el 22,58% de abogados están de acuerdo con que *el mediador tenga contacto con las partes antes de la primera audiencia*. Por el contrario, el 45,71% de mediadores y el 64,52% de abogados no concuerdan con esta práctica.

71. Véase, J. KRIVIS, “The Five Stages of Mediation”, « <http://www.mediate.com/articles/krivis.cfm>».

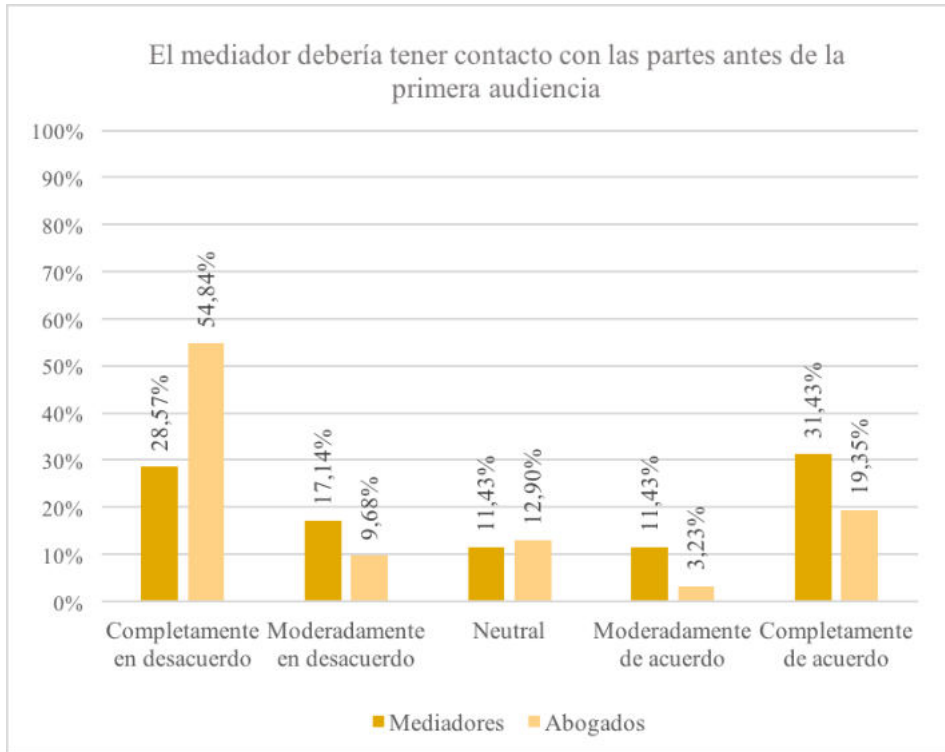


Ilustración 16: Gráfico comparativo de barras de las respuestas de los mediadores y abogados a la pregunta “El mediador debería tener contacto con las partes antes de la primera audiencia”.

Probablemente estos resultados tienen que ver con el temor de comprometer la neutralidad del mediador. Precisamente, el CNMFJ ha manifestado estar completamente en desacuerdo con la afirmación, puesto que considera que “es una misión fundamental del mediador velar por la neutralidad e imparcialidad en el ejercicio de su tarea durante todo el procedimiento de mediación”. Así, teme que el contacto previo con las partes pueda resultar perjudicial y atente contra la neutralidad e imparcialidad del mediador, argumentando que:

[N]o se considera útil que el mediador o mediadora mantenga contacto con las partes antes de la primera audiencia, salvo una llamada telefónica o correo electrónico que está previsto que se gestionen con la única finalidad de confirmar la asistencia de las partes a la audiencia de mediación.

## 5. CONCLUSIONES

Habiendo transcurrido ya 20 años de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Ecuador ha generado una práctica importante de mediación. La presente investigación buscó descifrar la orientación predominante en mediación tanto de los mediadores cuanto de los abogados que concurren a las audiencias. De esta orientación dependerán muchas de las técnicas que se utilicen dentro de la mediación.

La orientación de la mediación se da en función del estilo del mediador (facilitativo o evaluativo) y de la definición del problema (estrecho o amplio). En su origen la mediación fue concebida como un espacio en donde el mediador facilita (estilo facilitativo) la resolución de un conflicto que va mucho más allá de las posiciones de las partes para centrarse en los intereses (definición amplia). Con el tiempo y la incorporación más activa de los abogados en los procedimientos de mediación, la práctica ha ido transformando esta visión pura para dar paso a estilos más evaluativos y definiciones más estrechas del problema. Hoy en día los mediadores tienen una amplia gama de estrategias y técnicas que pueden utilizar para lograr la resolución de la controversia en diferentes niveles.

La presente investigación realizó una encuesta a mediadores y abogados de la ciudad de Quito, para generar un planteamiento inicial sobre cuál parecería ser la orientación que tienen hacia la mediación. El resultado arroja que quienes contestaron la encuesta demuestran una clara tendencia a un estilo evaluativo, siendo los abogados aún más evaluativos que los mediadores. La visión institucional del CNMFJ mantiene un compromiso con un estilo más puro de mediación facilitativo.

Igualmente, los encuestados no demostraron una tendencia marcada con respecto a la definición del problema, evidenciando una total flexibilidad sobre los elementos que pueden ser parte de la conversación dentro de una audiencia de mediación.

Finalmente, se constatan ciertas discordancias entre las expectativas que tienen los abogados con la práctica de los mediadores. Igualmente, quedan temas que se irán revelando con la práctica, como la mayor especialización de nuestra profesión en el futuro, lo que encerrará la fase de premediación y el énfasis que se le dará, y la posible utilización de sesiones privadas por sobre las conjuntas. El tiempo y el desarrollo de la mediación moldeará estos temas hacia adelante.

\* Para acceder al contenido de la encuesta y a los resultados generales ingrese a: [www.pactum.com.ec](http://www.pactum.com.ec)



**PACTUM**  
DISPUTE RESOLUTION CONSULTING

Cerrando acuerdos



iSíguenos!



[gerencia@pactum.com.ec](mailto:gerencia@pactum.com.ec)



[www.pactum.com.ec](http://www.pactum.com.ec)



# La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado

Javier Jaramillo Troya\*

*Recibido/Received: 15/08/2017*  
*Aceptado/Accepted: 18/08/2017*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Naturaleza de la responsabilidad de los árbitros. 2.1 La naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los árbitros. 2.2 La naturaleza contractual de la responsabilidad de los árbitros. 2.2.1 Generalidades sobre el contrato de *receptum arbitri*. 2.2.2 Perfeccionamiento del contrato de *receptum arbitri*. 2.2.3 Contenido obligacional y efectos del contrato de *receptum arbitri*. 3. La extensión de la responsabilidad de los árbitros. 3.1 La inmunidad de los árbitros. 3.2 La responsabilidad limitada de los árbitros. 3.3 La responsabilidad común de los árbitros. 4. La responsabilidad de los árbitros en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. 4.1 ¿Inmunidad arbitral en el Ecuador? 4.2 ¿Responsabilidad limitada o común? 5. Conclusiones.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad, Árbitros, Receptum Arbitri, Inmunidad.

**KEYWORDS:** Liability, Arbitrators, Receptum Arbitri, Immunity.

\* Asociado en Pérez Bustamante & Ponce Abogados y Profesor de Arbitraje y Litigación Oral en la Universidad San Francisco de Quito, Secretario Arbitral CAM-CCQ y CIAM. Especialista Superior en MASC por la Universidad Andina Simón Bolívar y Máster en Derecho por la Universidad de Harvard (*Dean's Scholar Prize* Arbitraje Internacional). Admitido a la práctica en Ecuador y el Estado de Nueva York.

J. JARAMILLO TROYA, "La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

**RESUMEN:** El presente es un estudio sobre la responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador. Tras un análisis de doctrina y jurisprudencia local e internacional este artículo concluye que, bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la responsabilidad de los árbitros tiene naturaleza contractual en relación con el contrato de *receptum arbitri* y se limita al estándar de culpa leve determinado en el Código Civil ecuatoriano.

**ABSTRACT:** This is a study of arbitrator's liability under Ecuadorian law. By means of analyzing local and international doctrine and case law, this article concludes that in application of Ecuadorian law, arbitrators are liable for breach of the *receptum arbitri* contract under the negligence standard of liability.

## 1. INTRODUCCIÓN

Recientemente tribunales ordinarios alrededor del mundo han conocido acciones propuestas por partes dentro de un proceso arbitral en contra de uno o varios árbitros del tribunal arbitral por responsabilidad civil derivada de actuaciones jurídicas de ellos dentro del proceso arbitral.

Este fenómeno ha abierto la puerta de discusión en relación con un tema poco explorado en el arbitraje y que tiene mucha relevancia respecto de la legitimidad de la institución teniendo en cuenta que, su piedra angular, se desarrolla sobre la base de una jurisdicción de tipo excepcional por la que, en virtud de la decisión particular de dos o más privados, estos renuncian a la jurisdicción natural de los jueces estatales ordinarios y encargan a uno o más terceros la resolución de una disputa privada mediante lo que la doctrina ha denominado el contrato de *receptum arbitri*.

En este sentido, al igual que en cualquier contrato, el incumplimiento de cualquiera de las partes genera responsabilidad de



tipo civil. Por ello, parece claro que, ante un incumplimiento de los árbitros a las obligaciones adquiridas mediante ese vínculo contractual, estos puedan estar sujetos a responsabilidad civil.

Sin embargo, esta aseveración parece no ser tan pacífica en la doctrina y jurisprudencia. La controversia radica, principalmente, en la falta de regulación o, en su defecto, falta de uniformidad, de las distintas legislaciones arbitrales al tratar el tema de responsabilidad de los árbitros.

Por ejemplo, existen legislaciones que, sin negar la necesidad de regular la responsabilidad de los árbitros, debaten acerca de su naturaleza, sin llegar a un consenso sobre si esta debe enanarse en la responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Adicionalmente, por una parte, un sector de la doctrina se ha manifestado a favor de la extensión de inmunidad –en distinta medida– hacia los árbitros. Por otro, ciertas legislaciones han negado la inmunidad hacia los árbitros respecto de su actuación dentro de un proceso arbitral, pero han establecido un estándar poco estricto de gradación de responsabilidad, limitándola a casos de errores manifiestos. Finalmente, otras legislaciones, como la ecuatoriana, se han remitido, de manera expresa o tácita, al régimen general de responsabilidad contractual.

Este artículo pretende desarrollar las diferentes tendencias doctrinarias y jurisprudenciales al respecto para aterrizar respecto de la institución de la responsabilidad civil de los árbitros y su aplicabilidad bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para ello, este estudio se dividirá en tres partes. En la primera de ellas se abordará la naturaleza que, en criterio del autor, tiene la responsabilidad civil de los árbitros. En esta sección se determinará el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad que pueden tener los árbitros en el ejercicio de sus funciones.

La segunda sección ofrecerá un análisis de la extensión de la responsabilidad aplicable a los árbitros por su actividad dentro de un proceso arbitral. Para ello, este estudio abordará un análisis comparado y se referirá a la doctrina y jurisprudencia que han abordado el tema.

Finalmente, este artículo se referirá a la institución de la responsabilidad civil aplicable a los árbitros en el Ecuador; determinando como, en el caso de ser aplicable, debe ser entendida y tratada bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## **2. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS**

En el Derecho comparado se ha discutido fervientemente acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil de los árbitros. La disquisición se centra en determinar si dicha naturaleza es contractual o extracontractual.

Esta distinción tiene fundamento en la tradición jurídica del país que se trate. Así, por ejemplo, las legislaciones de países del derecho anglosajón o *common law* caracterizan a la responsabilidad de los árbitros como extracontractual basada en la figura del *tort*, enfocándola como una violación de los árbitros al deber de cuidado –*duty of care*– que tienen como profesionales frente a las partes dentro de un proceso arbitral<sup>1</sup>.

Por otro lado, los países de tradición romano-germánica o *civil law*, así como los países islámicos establecen la responsabilidad de los árbitros y la enfocan desde una naturaleza contractual, considerando al contrato de *receptum arbitri* como la base para determinar cualquier incumplimiento<sup>2</sup>.

1. Véase, S. FRANCK, *The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity*, 20 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L., 2000, p. 4.
2. Véase, *ibidem*.

Finalmente, MUSTILL y BOYD señalan que resulta irrelevante la fuente de responsabilidad de los árbitros considerando que esta depende, exclusivamente, de los deberes específicos de los árbitros que, en su criterio, son: **(i)** actuar con cuidado; **(ii)** proceder diligentemente; y, **(iii)** actuar imparcialmente<sup>3</sup>.

## 2.1 La naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los árbitros

La tendencia doctrinaria que caracteriza a la responsabilidad de los árbitros como extracontractual tiene como fundamento que, bajo el *common law*, los profesionales tienen, para con las personas a las que prestan un servicio, un deber de cuidado que, de ser violentado, constituye el *tort* de *negligence*.

Esta corriente, que tiene aplicación práctica en Estados Unidos e Inglaterra, considera que todos los profesionales en el ejercicio de su profesión tienen el deber de obrar con la destreza y el cuidado que con el que obraría un profesional diligente en la misma rama en las mismas circunstancias<sup>4</sup>. En ese sentido, bajo esta tesis, los árbitros, como profesionales, tienen un deber de obrar competentemente en su capacidad de terceros dirimientes de una disputa y deben ser responsables por todos los daños generados como resultado de una violación de su deber de cuidado<sup>5</sup>.

Como puede observarse, la caracterización de extracontractual de la responsabilidad de los árbitros bajo el *common law* tiene como fundamento que, bajo esa tradición jurídica, la responsabilidad de los profesionales está regulada expresamente bajo la institución jurídica de los *torts*, lo que, en nuestro criterio, no significa que no exista un vínculo contractual entre el profesional

3. Véase, M. J. MUSTILL y S. C. BOYD, *Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2da Ed., 1989, pp. 224-232
4. Véase, W. PROSSER y W. PAGE KEETON, *Prosser & Keeton on The Law Of Torts*, 5ta Ed., 1984, pp. 185-188.
5. Véase, A REDFERN y M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2da Ed., 1991, pp. 266, 270.

y el cliente, sino que, simplemente, los estados del *common law* han tomado un camino específico respecto de la responsabilidad de los profesionales.

Sin embargo, incluso en países de tradición *civil law* como es el caso de Alemania, es posible que la responsabilidad de los árbitros sea determinada por la vía extracontractual en los supuestos que no se encuentren reflejados, expresamente, en el contrato de *receptum arbitri*<sup>6</sup>. Así mismo, en países islámicos como Arabia Saudita parece aceptarse la responsabilidad de los árbitros desde una naturaleza extracontractual si se considera que la normativa, establece, de manera general, que “*el árbitro es responsable por cualquier falta cometida que resulte en daño para cualquiera de las partes*”<sup>7</sup>.

## **2.2 La naturaleza contractual de la responsabilidad de los árbitros**

### **2.2.1 Generalidades sobre el contrato de RECEPTUM ARBITRI**

Como fue referido, el sector mayoritario de la doctrina considera que la responsabilidad de los árbitros tiene como base jurídica un vínculo contractual entre las partes y los árbitros al que se ha denominado contrato de *receptum arbitri*.

Al respecto como señala BERGER<sup>8</sup>: “el contrato de *receptum arbitri* es, esencialmente, un acuerdo del árbitro [o los árbitros] para servir como tal de conformidad con el convenio arbitral celebrado por las partes y crea un contrato entre el árbitro [o los árbitros] y las partes”. El contrato de *receptum arbitri* es, entonces, un contrato bilateral y atípico celebrado entre las partes litigiosas –como una sola parte– y el árbitro.

Aunque es claro que las partes y los árbitros podrían celebrar expresamente este contrato e incluir cláusulas que rijan su relación contractual, la realidad es que son excepcionales los casos en

6. Véase, J. LEW, *The Immunity of Arbitrators*, Julian E.M, Lew ed., 1990, p. 31.

7. A. HAMID EL-AHDAB, *Arbitration with the Arab Countries*, pp. 221-22, 348-349.

8. K. P. BERGER, *International Economic Arbitration*, 1993, p. 232.

los que esta situación ocurre<sup>9</sup>. Es por ello que el contrato de *receptum arbitri* es considerado un contrato “satélite” que pese a no tener una existencia expresa regula la relación entre los árbitros y las partes de manera implícita<sup>10</sup>.

Por lo anterior, la doctrina no ha sido pacífica al determinar la naturaleza y efectos del contrato de *receptum arbitri* que ha sido categorizado como un contrato *sui generis* de cuasi mandato por el que cada árbitro, habiendo aceptado su designación actúa por las dos partes resolviendo su disputa con efectos obligatorios<sup>11</sup>. La doctrina ha considerado que ese contrato de cuasi mandato debe ser caracterizado como uno de servicios y no de obra en el sentido de que los árbitros se obligan a prestar un servicio de conformidad con su conocimiento, esfuerzo y destreza, es decir, a una obligación de medio y no de resultado<sup>12</sup>.

Discrepamos con esta caracterización, puesto que, en nuestro criterio, el contrato de *receptum arbitri*, si algo, contiene una obligación de resultado por parte de los árbitros de proferir un laudo válido y ejecutable salvo en casos excepcionales en los que, por existir un “tribunal truncado”, el cumplimiento de dicha obligación sea eximido.

### 2.2.2 Perfeccionamiento del contrato de RECEPTUM ARBITRI

En cuanto al nacimiento a la vida jurídica o perfeccionamiento del contrato de *receptum arbitri*, dado que, como se ha mencionado, no es común que las partes y los árbitros redacten un contrato que regule su relación y lo firmen, es importante determinar el momento en que el contrato de *receptum arbitri* comienza a surtir efectos jurídicos.

9. Véase, S. FRANCK, N. 1, p. 6.

10. M. DOMKE, “The arbitrator’s immunity from liability: a comparative survey”, *U. Tol. Law Review*, 1971, p. 101.

11. Ídem, p. 100.

12. Véase, S. FRANCK, N. 1, p. 69.

La primera parte del consentimiento se encuentra en el convenio arbitral en el que ambas deciden someter a la decisión de uno o más árbitros la controversia existente entre ambos. Este consentimiento puede ser preciso si en el convenio arbitral se señala la identidad de los árbitros –lo cual es poco común– o abstracto si las partes establecen un método de selección de árbitros o se someten a un arbitraje administrado por el cual, el reglamento del centro de arbitraje, establece la forma de seleccionarlos.

El perfeccionamiento del consentimiento por parte de los árbitros se da cuando de manera expresa o tácita aceptan su designación. Al respecto, es importante señalar que la aceptación de los árbitros tiene efecto sobre las dos partes inclusive en los casos de “árbitros de parte” seleccionados únicamente por una de las partes<sup>13</sup>. Esto, por cuanto su designación, incluso de ser realizada únicamente por una de las partes, tiene como base un acuerdo de ambas establecido en el convenio arbitral.

### **2.2.3 Contenido obligacional y efectos del contrato de RECEPTUM ARBITRI**

Para poder determinar el alcance de la responsabilidad contractual de los árbitros es importante dilucidar el alcance de sus obligaciones bajo el contrato de *receptum arbitri*.

Al respecto, es claro que si las partes han celebrado de manera expresa el contrato de *receptum arbitri*, el alcance de una posible responsabilidad deberá circunscribirse a las obligaciones pactadas en dicho contrato.

Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, son excepcionales los casos en los que las partes celebran expresamente el contrato de *receptum arbitri*. Así, ante la falta de un contrato expreso que regule las obligaciones de los árbitros y las partes, parece natural entender que el convenio arbitral celebrado entre

13. Véase, M. DOMKE, N. 10, p. 100.

ellas sea la base para determinar el contenido obligacional del contrato de *receptum arbitri*.

Así, por ejemplo, las cortes estadounidenses<sup>14</sup> han establecido que el acuerdo arbitral constituye la base contractual para la autoridad, facultades y responsabilidad de los árbitros

Al respecto, y de manera preliminar, es importante distinguir entre el convenio arbitral y el contrato de *receptum arbitri*, puesto que, el primero, si bien puede constituir la base para determinar el contenido obligacional del contrato de *receptum arbitri*, es un contrato bilateral que, con base en el principio *res inter alios acta*, surte efectos únicamente respecto de las partes celebrantes, esto es, las partes que deciden someter su disputa a conocimiento de los árbitros.

Así, en el convenio arbitral existen obligaciones netamente bilaterales entre las partes como es el caso de las declaraciones que les obligan a acudir a arbitraje y les prohíben acudir a la justicia ordinaria<sup>15</sup> –*kompetenz kompetenz*– o que las obligan a acatar el laudo de manera definitiva.

Sin embargo, en el convenio arbitral también existen disposiciones que constituyen ofertas o declaraciones unilaterales de voluntad –considerando a ambas partes del convenio arbitral como una de las partes del contrato de *receptum arbitri*– relacionadas con el futuro contrato de *receptum arbitri* que, al momento de ser aceptadas por el árbitro –mediante su aceptación a la designación como tal–, se convierten en obligaciones jurídicas que, en virtud del principio de *pacta sunt servanda*, se vuelven ley para las partes –las partes litigiosas y los árbitros–.

Así, por ejemplo, disposiciones en el convenio arbitral estableciendo que el procedimiento arbitral será en derecho, facultando a los árbitros para ordenar medidas cautelares sin el auxilio

14. Véase, *In Cort c. American Arbitration Ass'n*, 795 F. Supp. 970, 972 (N.O. Ca. 1992).

15. Véase, O. SANTOS, *Naturaleza de los efectos jurídicos del convenio arbitral*, 2015, <<https://goo.gl/BDY9uG>>. Para quien el convenio arbitral no genera obligaciones de hacer y no hacer para las partes sino, únicamente, un derecho potestativo.

de un juez o determinando que el laudo deberá ser emitido en un determinado plazo, se transforman en derechos, facultades u obligaciones del contrato de *receptum arbitri* al momento de aceptación del árbitro de su designación para actuar en el procedimiento arbitral.

Pese a ello, es claro que el contenido del convenio arbitral, difícilmente, puede cubrir todos los efectos que la relación entre las partes y el árbitro, generan. Es por ello que, realizando un ejercicio integrativo del contrato de *receptum arbitri*, en nuestro criterio, todas aquellas obligaciones de los árbitros establecidas en la *lex arbitri* –especialmente las relacionadas con la responsabilidad de los árbitros– y las disposiciones estableciendo facultades y deberes de los árbitros en los reglamentos aplicables a los arbitrajes administrados son parte del contrato de *receptum arbitri* como cláusulas naturales del negocio jurídico<sup>16</sup>.

Adicionalmente, y a falta de disposiciones expresas en la *lex arbitri* respecto a la responsabilidad contractual de los árbitros, utilizando la misma función integradora antes mencionada, consideramos que las disposiciones del derecho civil común relacionadas a la responsabilidad civil contractual, también formarían parte del contrato de *receptum arbitri* como cláusulas naturales del negocio jurídico<sup>17</sup>.

Es sobre esta base del contenido obligacional del contrato de *receptum arbitri*, que consideramos debe evaluarse la responsabilidad de los árbitros desde un punto de vista contractual.

16. Véase, G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 2005, p. 36. Para quien los elementos naturales del negocio jurídico son aquellos que, aún a falta de estipulación se producen espontáneamente *opera legis* por encontrarse dentro de la legislación aplicable al contrato.

17. Véase, *ibídem*.



### 3. LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS

Independientemente de la fuente que da lugar a la responsabilidad de los árbitros, las distintas corrientes doctrinarias y legislaciones han tomado posiciones diferenciadas respecto a la extensión y límites a la responsabilidad de los árbitros respecto de su actividad dentro de un proceso arbitral.

#### 3.1 La inmunidad de los árbitros

La teoría que plantea la inmunidad de los árbitros frente a la responsabilidad respecto de las partes en su actividad dentro de un proceso arbitral tiene origen en los países del *common law*. Así, uno de los primeros casos sobre la base de los cuales se desarrolló esta teoría es *Jones c. Brown*<sup>18</sup>. En el caso, el árbitro a cargo del proceso arbitral demandó a las partes con el fin de cobrar sus honorarios por el servicio prestado. Una de las partes del arbitraje reconvino señalando que el Tribunal Arbitral había conspirado para defraudarlo al emitir un laudo en su contra antes de que la evidencia fuere presentada para su conocimiento. La corte rechazó la reconvención respecto del fraude señalando que el árbitro demandado gozaba de inmunidad respecto de cualquier acción de responsabilidad por sus “actos judiciales”<sup>19</sup>.

Como se desprende de *Jones c. Brown* la inmunidad de responsabilidad de los árbitros tiene como base su caracterización como “jueces” y de su actividad como “judicial”.

Como señala ALESSI, es evidente que esta teoría tiene como base el “estatus” similar o análogo que tienen los árbitros en sus funciones en relación con los jueces, que es, el de administrar jus-

18. Véase, M. A. SPONSELLER, *Redefining Arbitral Immunity: A Proposed Qualified Immunity Statute for Arbitrators* 44 Hastings L.J. 421,27 1992-1993. Citando *Jones c. Brown* 6 N.W., p. 141.

19. Véase, *Jones c. Brown* 6 N.W., p. 143.

ticia<sup>20</sup>. En este sentido, dado que, por vía legal, se ha delegado a los árbitros un “poder del estado”, es natural que gocen de inmunidad, sea esta limitada o no, de la misma manera que gozan los jueces que ejercen esta facultad estatal<sup>21</sup>.

La teoría de inmunidad de responsabilidad basada en el “*es-tatus*” ha sido compartida por doctrinarios como PIERRE LALIVE, para quien: “(a) las funciones de los árbitros son judiciales o cuasi judiciales; (b) los jueces gozan y deben gozar de inmunidad, y, (c) entonces, los árbitros también deben gozar de inmunidad”<sup>22</sup>.

Adicionalmente, y como apoyo a la teoría de la inmunidad de los árbitros por responsabilidad derivada de su actuación en un proceso arbitral, se ha señalado la importancia de los árbitros de decidir libremente sin miedos y reservas respecto a una posible acción por responsabilidad. Así, LORD SALMON ha señalado: “rechazo absolutamente aceptar el riesgo de tener que defenderme de una demanda por negligencia, inclusive si tengo la confianza de que no lo he sido. No tengo ambición ni puedo arriesgarme a ser demandado, inclusive en un caso importante”<sup>23</sup>.

De lo anterior, se desprende, entonces, que la inmunidad de los árbitros es similar a la de los jueces en el *common law*<sup>24</sup>. Siguiendo esta analogía, la inmunidad de los árbitros aplica respecto de todos los “actos arbitrales” en los que los árbitros ejercen “jurisdicción” realizados en el curso del proceso arbitral<sup>25</sup>.

Adicionalmente, cabe puntualizar que en el *common law* la inmunidad de responsabilidad de los árbitros se hace extensiva a la institución que administra el arbitraje, de tal manera que, cuando el árbitro adquiera inmunidad, la entidad administradora gozará de este privilegio; por el contrario, si se determina que el

20. Véase, D. ALESSI, *Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability* Kluwer Arbitration, p. 4.

21. Véase, *ibídem*.

22. P. LALIVE, “Irresponsibility in International Commercial Arbitration”, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 7(2), 1999, p. 66.

23. B. M. CREMADES, “Should arbitrators be immune from liability?”, *Int'l Fin. Law. Review*, 1991, p. 33.

24. Véase, D. R. NOLAN y R. I. ABRAMS, *Arbitral Immunity*, 11 *INDUS. REL. L.J.*, 1989, p. 237.

25. Véase, *ibídem*.

árbitro no tiene inmunidad, la entidad administradora tampoco la tendrá<sup>26</sup>.

Sin embargo, la inmunidad absoluta demostrada en *Jones c. Brown* ha sido moderada por la jurisprudencia estadounidense. Por ejemplo, en el caso *Baar c. Tigerman* la Corte de Apelaciones de California negó el carácter absoluto de la inmunidad de los árbitros y, por lo mismo, negó la inmunidad al árbitro Tigerman que, en la visión de la Corte, había violado el contrato –de *receptum arbitri*– al no proferir el laudo a tiempo<sup>27</sup>.

En el caso, el árbitro Tigerman no emitió el laudo en el término establecido por las Reglas de Arbitraje de la AAA –*American Arbitration Association*–; de hecho, después de que trascurrieron siete meses desde el cierre de la instrucción, Tigerman no había proferido el laudo. Las partes demandaron al árbitro y a la AAA por incumplimiento de contrato<sup>28</sup>.

La corte de instancia rechazó la demanda sobre la base de la inmunidad de los árbitros. La Corte de Apelaciones de California revirtió el fallo distinguiendo que, los casos de inmunidad de responsabilidad de los árbitros citados por la corte de instancia, se referían a violaciones en la decisión tomada por los árbitros en contraste con el caso actual en el que, en la visión de la Corte, la alegación se refería a una violación contractual de un deber básico del árbitro Tigerman<sup>29</sup>.

En nuestro criterio, la decisión en *Baar c. Tigerman* es un interesante avance que, además de poner en tela de duda la inmunidad ilimitada de los árbitros, abandona la tesis del “estatus” antes mencionada y se enfoca en el contrato de *receptum arbitri* como fuente para determinar la responsabilidad de los árbitros.

Adicionalmente, la teoría de la inmunidad ilimitada de los árbitros basada en su “estatus” ha recibido fuertes críticas. Prin-

26. Véase, M. A. SPONSELLER, N. 18, p. 428.

27. Véase, *ibidem*.

28. Véase, Corte de Apelaciones, *Baar c. Tigerman*, 189 Cal. Rptr, 1983, p. 839.

29. Véase, *ibidem*.

principalmente, estas se enfocan en poner en tela de duda el silogismo planteado por Lalive para sustentar la inmunidad de los árbitros.

La crítica se fundamenta en que la analogía entre jueces y árbitros es impropia, por cuanto los árbitros no son jueces. Así, los detractores a la teoría del “estatus” y la inmunidad de los árbitros realizan las siguientes distinciones entre ambas calidades: **(i)** las funciones y facultades de los árbitros son creadas por las partes y no por el estado; **(ii)** los árbitros no crean jurisprudencia obligatoria y tampoco están obligados a acatarla; **(iii)** los laudos arbitrales tiene un ámbito mucho más limitado de revisión que las decisiones judiciales; **(iv)** a diferencia de los jueces, los árbitros tienen la posibilidad de declinar su designación o negociar sus términos<sup>30</sup>.

A lo anterior podemos acotar que: **v)** a diferencia de los jueces los árbitros no tienen la facultad intrínseca de *imperium* para mediante el uso de la fuerza ejecutar sus decisiones, y, finalmente, **(vi)** los jueces no reciben un estipendio como honorario profesional por la prestación del servicio en cada caso específico pagado por las partes, ni pueden negociarlo.

### **3.2 La responsabilidad limitada de los árbitros**

Las referidas críticas a la teoría de inmunidad ilimitada de la responsabilidad de los árbitros respecto de su actividad dentro de un proceso arbitral, han provocado la evolución legislativa y jurisprudencial –especialmente en países del *civil law*– que ha desarrollado un estándar de responsabilidad limitada de los árbitros.

Esta tendencia ha sido desarrollada principalmente por los países de tradición romano-germánica, en un intento de garantizar la libertad de los árbitros para decidir; sin que, dicha libertad, sea óbice para que, en casos limitados, los árbitros sean responsables por su actuación dentro de un proceso arbitral<sup>31</sup>.

30. Véase, D. ALESSI, N. 20, p. 5.

31. Véase, B. M. CREMADES, N. 23, p. 34.

Por esta razón, algunos países del *civil law* han limitado legislativamente la responsabilidad de los árbitros a casos de dolo o negligencia inexcusable<sup>32</sup>. Esta limitación parece coincidir con que, en los países de tradición romano-germánica, no es posible excluir contractualmente este tipo de responsabilidad mediante contrato o, como se conoce en el Ecuador<sup>33</sup>, condonar el dolo futuro.

Así, como ejemplo de conductas por parte de árbitros dentro de un proceso arbitral que podrían considerarse dolosas o con negligencia inexcusable podríamos mencionar **(i)** emitir el laudo fuera de término; **(ii)** violación de normas o principios procesales que resulten en violación del derecho a la defensa de las partes; **(iii)** violación a los principios de contradicción e igualdad procesal; **(iv)** vicios de incongruencia en el laudo, **(v)** emitir un laudo sobre materia inarbitrable, e, inclusive, **(vi)** violación de la ley aplicable al fondo de la controversia con negligencia e ignorancia inexcusable<sup>34</sup>.

Como ejemplo de legislaciones que han limitado el estándar de gradación para la responsabilidad de los árbitros tenemos la legislación española que, en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje, señala:

Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil

32. Véase, *ibídem*.

33. Véase, Código Civil Ecuatoriano, Art. 1481: El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. *La condonación del dolo futuro no vale* (énfasis añadido)", RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

34. Véase, B. M. CREMADES, N. 23, p. 34.

o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.

De la norma transcrita, devienen dos elementos claves dentro de la tendencia que establece una responsabilidad limitada de los árbitros, a saber: **(i)** que la responsabilidad de los árbitros tiene naturaleza contractual con base en el encargo o contrato de *receptum arbitri*, y, **(ii)** que el estándar de responsabilidad es restringido, exclusivamente, a casos de dolo, temeridad o mala fe.

Recientemente, la aplicación de esta norma estuvo en juego en la sentencia del Tribunal Supremo español<sup>35</sup> que condenó a dos árbitros por sus actuaciones en un proceso arbitral.

El caso se refiere a un arbitraje iniciado por Puma AG RD Sport c. Estudio 2000, S.A., el 6 de agosto de 2009. De conformidad con el convenio arbitral y las reglas de arbitraje aplicables, cada parte seleccionó un árbitro y el presidente fue seleccionado de común acuerdo por los árbitros de parte.

Al momento de la deliberación, en una reunión preliminar, el Tribunal Arbitral, discutía respecto de la cantidad que ordenaría fuere pagada como indemnización de daños y perjuicios. De los hechos del caso, se desprende que el Tribunal Arbitral estuvo cerca de llegar a un consenso, pero en una reunión posterior, el árbitro designado por Puma manifestó su oposición al acuerdo sugiriendo una reducción del monto por daños.

Tras la última reunión, el árbitro designado por Puma salió de viaje –hecho conocido por sus co-árbitros– y estos, se reunieron y dictaron un laudo en los términos en los que estaban de acuerdo ambos. El laudo<sup>36</sup>, que fue notificado a las partes sin la firma del árbitro designado por Puma, estableció:

35. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil. Sentencia No. 362/2017.

36. *Ibidem*.

[e]ste laudo es firmado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.3 de la Ley de Arbitraje, por D. Obdulio y por D. Marcos formando entre ambos la mayoría de los miembros del Colegio Arbitral requerida por el citado artículo. No consta la firma de D. Calixto por no haber prestado aún su conformidad al presente laudo, cuya notificación a las partes se considera no obstante conveniente realizar a la mayor brevedad posible de acuerdo con el interés en tal sentido expresado por las mismas durante el presente arbitraje.

Cabe recalcar que el plazo para dictar el laudo vencía casi dos meses después de que fue proferido.

Tras la expedición del laudo, Puma planteó acción de nulidad. Esta fue aceptada con base en las violaciones a los principios de contradicción y colegialidad del laudo.

Puma inició una acción de responsabilidad civil en contra de los árbitros que dictaron el laudo con base en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje española antes transcrita.

El Tribunal Supremo consideró que la actuación de los árbitros que dictaron el laudo alcanzó –y por ende violentó– el alto estándar de responsabilidad impuesto, al constituir una violación flagrante a los principios de contradicción y colegialidad del laudo al obrar “con pleno conocimiento por los demandados de que este último se encontraba de viaje, se reunieron el día 2 de junio siguiente, sin convocar al tercer árbitro”<sup>37</sup>.

Otras legislaciones, aunque no establecen limitación a la responsabilidad de los árbitros con base en un estándar de gradación menos estricto, limitan la responsabilidad de los árbitros a casos específicos y taxativos establecidos en la ley.

Así, por ejemplo, la legislación rumana señala que los árbitros son responsables por los daños generados a las partes como resultado de: **(i)** una renuncia injustificada; **(ii)** no participar, in-

37. *Ibidem*.

justificadamente de la decisión o emitir el laudo fuera de tiempo; **(iii)** violación al principio de confidencialidad; **(iv)** violación flagrante de sus deberes<sup>38</sup>.

En la misma línea, la legislación italiana ha tipificado tres situaciones en las que un árbitro puede ser declarado responsable frente a las partes por acciones u omisiones durante un proceso arbitral, a saber: **(i)** dolo o culpa grave en la demora ejerciendo las funciones encomendadas; **(ii)** renuncia a su designación sin causa justificada; y, **(iii)** dolo o culpa grave en la omisión de dictar el laudo dentro de los límites establecidos en la normativa aplicable<sup>39</sup>.

### **3.3 La responsabilidad común de los árbitros**

A diferencia de lo mencionado en la sección anterior, varios estados no han establecido una gradación menos estricta o limitada para la responsabilidad de los árbitros respecto de sus actividades dentro de un proceso arbitral. Por ello, sea de manera expresa o tácita se han referido al régimen general de responsabilidad civil –contractual en la mayoría de los casos– para regular la responsabilidad de los árbitros.

Austria, por ejemplo, establece en su Código de Procedimiento Civil, de manera general, que los árbitros son responsables por el incumplimiento a cualquiera de sus deberes y obligaciones encargados<sup>40</sup> –mediante el contrato de *receptum arbitri*–. Así, dependiendo de los límites a la responsabilidad de los árbitros establecidos en el contrato de *receptum arbitri*, cualquier parte perjudicada puede demandar a los árbitros por daños generados sea por dolo, culpa grave o negligencia simple<sup>41</sup>.

38. Véase, P. SANDERS, “National Report on Romania” en J. PAULSSON, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 1998.

39. P. BERNARDINI, *Icca International Handbook on Commercial Arbitration*, p. 22.

40. Véase, R. MULLERAT y J. BLANCHET, *The Liability of Arbitrators: a Survey of Current Practice*, Disp. Resol. Int'l, 2007, p. 110.

41. Véase, S. FRANCK, N. 1.



Sin embargo, el caso austríaco resulta de mayor interés al considerar que la jurisprudencia ha establecido como *conditio sine qua non* para que uno o más árbitros sean declarados responsables que la parte demandante haya logrado la nulidad del laudo arbitral<sup>42</sup>.

Afortunadamente, en la última sentencia del Tribunal Supremo austríaco proferida en marzo de 2016, el Tribunal confirmó que un requisito necesario para determinar la responsabilidad de los árbitros es la nulidad del laudo arbitral, salvo en los casos en los que el árbitro haya incumplido de manera culposa o dolosa con sus obligaciones establecidas en el contrato de *receptum arbitri*<sup>43</sup>.

De manera similar a la legislación austríaca, el Código de Procedimiento Civil y Comercial de Argentina establece la responsabilidad de los árbitros para casos en los que, una vez aceptada su designación, incumplan sus funciones arbitrales<sup>44</sup>.

La aplicación de un régimen general y no limitado de responsabilidad puede provenir de la falta de regulación expresa del estado respecto de la responsabilidad civil de los árbitros que provoca la aplicación del régimen general de responsabilidad –contractual en la mayoría de los casos–.

Por ejemplo, en el caso francés, no existe norma o regulación específica que trate la inmunidad o limitación de responsabilidad de los árbitros. Es por ello que, Lew, considera que las partes pueden demandar a los árbitros por incumplimiento de contrato por violación a las obligaciones adquiridas mediante el contrato de *receptum arbitri*<sup>45</sup>.

42. Véase, R. MULLERAT y J. BLANCHT, N. 40.

43. A. GRILL y S. LUKIC, *Arbitrators' Liability: Austrian Supreme Court Reconfirms Strict Standards*, Kluwer Arbitration Blog, 2016.

44. Véase, P. SANDERS, "National Report on Argentina", en J. PAULSSON, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 1998.

45. Véase, J. LEW, N. 6, p. 17.

En Colombia, dado que no existe un tratamiento expreso respecto de la responsabilidad de los árbitros, la Corte Constitucional ha determinado que los árbitros son responsables penal y civilmente. La Corte señaló que, en aplicación de la legislación local, los árbitros pierden el cincuenta por ciento de sus honorarios por los perjuicios causados a las partes a través del proceso ordinario y por el paso del tiempo, en el cual las partes no ejercen su derecho a la defensa<sup>46</sup>.

Las legislaciones sueca, polaca y suiza son similares a la francesa al respecto<sup>47</sup>, al igual que la ecuatoriana que será estudiada a continuación.

#### **4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no regula de manera expresa la responsabilidad de los árbitros por sus actos u omisiones durante el proceso arbitral. Es por ello, que resulta de trascendental importancia determinar las implicaciones de esta carencia respecto de: (i) la fuente obligacional que sirve como sustento para determinar la responsabilidad de los árbitros en el Ecuador, y, (ii) la extensión de esa responsabilidad.

En cuanto a la fuente obligacional que sirve como fundamento para entender la responsabilidad de los árbitros en el Ecuador parece claro que esta debe ser contractual.

Esto, por cuanto, no resultaría aplicable la aplicación que hace el *common law* a la responsabilidad arbitral bajo el *tort* de *negligence* porque, bajo la legislación ecuatoriana, la responsabilidad extracontractual deviene, naturalmente, del cometimiento de un delito o cuasidelito civil y excluye, necesariamente, obligaciones de tipo contractual.

46. Véase, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-451/95.

47. Véase, S. FRANCK, N. 1, pp. 45-47.

Dado que en la legislación ecuatoriana no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico que regule la responsabilidad arbitral, y, tomando en cuenta que la responsabilidad por deficiente prestación de servicios profesionales implica, necesariamente, la consideración de un vínculo contractual –expreso o tácito– entre cliente y profesional, parece resultar ajeno al régimen civil ecuatoriano considerar a la responsabilidad de los árbitros como extracontractual. Parece más armónico, entonces, considerar a la responsabilidad arbitral como contractual bajo el contrato de *receptum arbitri* antes referido.

La dificultad, entonces, radica en determinar el contenido de este contrato que, a más de atípico, no es comúnmente celebrado entre los árbitros y las partes litigantes<sup>48</sup>. Tal y como fue explicado anteriormente<sup>49</sup> a falta de un texto expreso que regule las obligaciones entre partes y árbitros, su contenido deberá analizarse en referencia a las disposiciones aplicables del convenio arbitral, la *lex arbitri* –Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)– y, de ser el caso, el reglamento de arbitraje aplicable para arbitrajes administrados.

En relación con la extensión de la responsabilidad de los árbitros en el ejercicio de sus facultades en un proceso arbitral, considerando que el ordenamiento jurídico no trata esta fenomenología y que la fuente obligacional para que tenga lugar la antedicha responsabilidad sería contractual, resulta de importancia analizar el régimen general de responsabilidad contractual para determinar la efectiva extensión de la responsabilidad arbitral en el Ecuador.

#### 4.1 ¿Inmunidad arbitral en el Ecuador?

Analizando la legislación ecuatoriana, y, en referencia a la teoría de la inmunidad de los árbitros por su “estatus” cuasi ju-

48. Esta aseveración es realizada sobre la base de la experiencia del autor como secretario arbitral en distintos centros de arbitraje locales.

49. Véase, sección 2.2.3.

dicial, parece imposible argumentar la existencia de inmunidad de los árbitros.

Si bien es cierto que podría argumentarse que, considerando que los artículos 7 inciso cuarto y 17 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) determinan que los árbitros “ejer[cen] funciones jurisdiccionales” y que el arbitraje “[constituye] una forma de este servicio público”, los árbitros podrían asemejarse como funcionarios públicos cuasi judiciales por lo que deberían gozar de inmunidad, esta argumentación, necesariamente, debe fallar.

Esto, por cuanto, en nuestro criterio, pese a que el COFJ determine que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales, es claro que no lo hacen. Ello, por el simple hecho que los árbitros no gozan de la facultad de *imperium* para ejecutar forzosamente sus decisiones que es un elemento natural a la función jurisdiccional.

Adicionalmente, en nuestro criterio, la mención del COFJ respecto de que los árbitros ejercen una forma de servicio público, no los convierte en servidores públicos de ninguna manera. Resulta manifiesto, que los árbitros no prestan servicios a entidad estatal alguna y no se encuentran regulados por normas dirigidas a servidores públicos.

Sin embargo, incluso de considerar a los árbitros como funcionarios públicos cuasi judiciales equiparables a un juez bajo la legislación ecuatoriana, estos no gozarían de inmunidad de responsabilidad alguna, por la simple razón de que ni siquiera los jueces estatales gozan de este beneficio bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por el contrario, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 11 número 9 establece la responsabilidad judicial por repetición, al señalar que:

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, *declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos* (énfasis añadido).

De lo anterior se desprende que, en aplicación del régimen jurídico ecuatoriano, no resulta posible argumentar la existencia de inmunidad a favor de los árbitros por su actividad dentro de un proceso arbitral.

## 4.2 ¿Responsabilidad limitada o común?

Dado que, como se ha señalado, no existe en el Ecuador disposición expresa regulando la responsabilidad de los árbitros, resulta imperativo analizar las disposiciones generales de responsabilidad contractual en el Ecuador para determinar si opera sobre los árbitros alguna limitación que aminore su responsabilidad por los servicios prestados durante el proceso arbitral.

Es indudable que el contrato de *receptum arbitri* es bilateral, sinalagmático y reporta beneficios equiparables a ambas partes en su ejecución. Así, las partes ven resuelta una controversia y los árbitros reciben un estipendio por los servicios prestados para dirimir el conflicto.

Por ello, *prima facie*, parecería aplicable la disposición contenida en el artículo 1563 del Código Civil ecuatoriano que, gradando la responsabilidad contractual, establece:

Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de *la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes*; y de la levísima, en los contratos

en que el deudor es el único que reporta beneficio (énfasis añadido).

En este sentido, dado que el contrato de *receptum arbitri* reporta beneficio recíproco para las partes, parecería que los árbitros, únicamente, responderían por culpa leve respecto de sus actos u omisiones durante un proceso arbitral. La culpa leve se refleja mediante el estándar de cuidado que emplearía una tercera persona en las mismas circunstancias.

Esta situación debe ser contrastada con legislaciones como la española que limitan la responsabilidad de los árbitros a un estándar más estricto como es el caso del dolo o culpa grave, bajo el cual, los árbitros responden únicamente por actos u omisiones de manifiesta culpabilidad.

Sin embargo, podría argumentarse que, ante la falta de regulación de la responsabilidad arbitral en el Ecuador, dada la experticia de los árbitros en su arte u oficio, de conformidad con el principio de *lex artis*, estos deberían responder bajo un estándar menos estricto de responsabilidad.

Pese a ello, esta idea no encuentra una disposición categórica en la legislación civil ecuatoriana. El Código Civil no incluye en su texto disposición expresa respecto de la responsabilidad civil contractual que utilice el criterio de la *lex artis* para gradar la responsabilidad civil contractual. Por el contrario, las menciones a la *lex artis* se encuentran en normas dispersas a lo largo del Código Civil ecuatoriano<sup>50</sup>, por lo cual, no parece pacífico aplicar un estándar más estricto de responsabilidad.

Al respecto, es claro que corresponderá a la jurisprudencia desarrollar qué actos u omisiones de los árbitros dentro de su ac-

50. Véase, *i.e.* Art. 1798 del Código Civil ecuatoriano: “Art. 1798.- Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes: 1. Haber existido al tiempo de la venta; 2. Ser tales que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que, conociéndolos el comprador, no la hubiere comprado, o la hubiera comprado a mucho menos precio; y, 3. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio (énfasis añadido)”, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

tividad arbitral activan el estándar de culpa leve antes mencionado. Sin embargo, parece pacífico concluir que todas aquellas referidas anteriormente, esto es **(i)** emitir el laudo fuera de término; **(ii)** violación de normas o principios procesales que resulten en violación del derecho a la defensa de las partes; **(iii)** violación a los principios de contradicción e igualdad procesal; **(iv)** vicios de incongruencia en el laudo; **(v)** emitir un laudo sobre materia inarbitrable; e, inclusive, **(vi)** violación de la ley aplicable al fondo de la controversia con negligencia e ignorancia inexcusable<sup>51</sup>, –que han sido catalogadas como violatorias del estándar de culpa grave o dolo bajo la legislación española– alcanzan el estándar de culpa leve.

En ese sentido, realizando un análisis comparativo de las situaciones mencionadas, parece claro que muchas de ellas guardan relación con las causales de nulidad establecidas en el artículo 31 de la LAM. En este sentido, parece evidente que, frente a casos en los que se haya anulado el laudo por una de las mencionadas causales, nos encontraríamos frente a situaciones en las que, bajo la legislación ecuatoriana, los árbitros pudieran ser condenados al pago de daños y perjuicios frente a las partes.

Capítulo aparte merece el estudio respecto a si: **(i)** la nulidad de laudo constituye prueba suficiente para determinar la responsabilidad de los árbitros; o, **(ii)** la nulidad –como es en el caso de la legislación austríaca– es un requisito necesario para iniciar una acción de responsabilidad en contra de los árbitros; que, por no ser materia de este estudio preliminar, quedarán postergadas para un análisis futuro.

## 5. CONCLUSIONES

Del análisis trazado a lo largo de este artículo, queda de manifiesto que el tratamiento de la responsabilidad de los árbitros dentro de su actividad en un proceso arbitral no es uniforme y,

51. Véase, N. 23.

adicionalmente, ha recibido un tratamiento superficial en la mayoría de legislaciones a nivel mundial.

La falta de uniformidad tiene como fundamento, principalmente, la visión diferenciada que tienen al respecto las legislaciones de países de tradición romano-germánica frente a estados del *common law*.

Esta falta de uniformidad ha provocado divergencias respecto de la fuente obligacional que sirve como base para determinar la responsabilidad arbitral pudiendo ser, según el caso, contractual o extracontractual.

Las divergencias apuntan también a la extensión y limitaciones a la responsabilidad de los árbitros. En ciertos estados, especialmente del *common law*, los árbitros gozan de inmunidad, razón por la cual, no están sujetos a responsabilidad por su actividad arbitral.

Otras legislaciones –especialmente del *civil law*– han establecido la responsabilidad de los árbitros, pero la han limitado en un estándar estricto de gradación, por el cual, los árbitros responden, únicamente, por actuaciones que superen el estándar de dolo o culpa grave. Otros estados han limitado la responsabilidad arbitral a situaciones, tipificadas expresamente en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, existen estados que regulan la responsabilidad de los árbitros, sea expresamente o mediante reenvío implícito, aplicando el régimen general de responsabilidad contractual que, generalmente, se refiere un estándar menos estricto de responsabilidad por incumplimiento contractual –culpa leve–.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no regula expresamente la responsabilidad de los árbitros. Esta falencia genera dificultades respecto de la determinación de la fuente obligacional aplicable a la responsabilidad de los árbitros y su extensión.



Este estudio concluye que, en aplicación del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la fuente obligacional que sirve de base para determinar la responsabilidad arbitral es el contrato de *receptum arbitri*. Sin embargo, dada la falta de regulación de este contrato y en consideración a las partes normalmente no lo pactan expresamente, es necesario realizar un ejercicio integrativo para determinar su contenido, recurriendo a la *lex arbitri*, convenio arbitral y reglas aplicables al arbitraje –en el caso de arbitrajes administrados–.

Al respecto, concluimos que sería beneficioso que los árbitros, por intermedio de los centros de arbitraje o directamente, de ser el caso, pacten en un documento expreso las disposiciones que regularán la relación contractual entre ellos con el fin de evitar vacíos innecesarios.

Finalmente, respecto de la extensión de la responsabilidad de los árbitros bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, este estudio concluye que, dada la falta de regulación expresa de esta fenomenología, y, recurriendo al régimen general de responsabilidad contractual, los árbitros responden por sus actos u omisiones por culpa leve.

Sin embargo, este estudio recomienda que, de manera similar a lo realizado en legislaciones de otros países de tradición romano-germánica, la responsabilidad de los árbitros por sus actos u omisiones dentro de un proceso arbitral sea expresamente regulada en un cuerpo normativo que establezca, de ser el caso, un estándar más estricto de culpabilidad y las particularidades aplicables a la relación jurídica entre los árbitros y las partes litigiosas.



PÉREZ  
BUSTAMANTE  
& PONCE

# PBP

100  
AÑOS

**Quito**

Av. República de  
El Salvador N36-140  
Edif. Mansión Blanca  
(593 2) 400-7800

**Guayaquil**

Av. Francisco de Orellana  
Edif. Las Cámaras  
Torre B, oficina 904  
(593 4) 370-7960

**Ecuador**

[www.pbplaw.com](http://www.pbplaw.com)





# Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial.

## *Retrospectiva histórica y necesidades*

Eduardo Carmigniani\*

Carla Cepeda\*\*

*Recibido/Received: 05/09/2017*

*Aceptado/Accepted: 08/09/2017*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial (Ley Modelo). 2.1 Origen de la Ley Modelo. 2.2 Importancia de la implementación de la Ley Modelo. 3. Implementación de la Ley Modelo en la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (LAM). 3.1 Origen de la LAM. 3.2 Principios de la Ley Modelo que recoge la LAM. 3.2.1 Autonomía de la voluntad de las partes. 3.2.2 Separabilidad del convenio arbitral. 3.2.3 Kompetenz-kompetenz. 3.2.4 Autonomía del proceso arbitral. 3.2.5 Exclusión de intervención judicial. 3.2.6 Exclusión de intervención judicial. 4. Evaluación de la LAM. 4.1 Vacíos de la LAM. 4.1.1 Motivos de recusación de árbitros. 4.1.2 Práctica de la prueba. 4.1.3 Proceso de nulidad de laudos. 4.2 Desafíos que enfrenta el arbitraje comercial ecuatoriano. 5. Conclusión; modernización del arbitraje comercial ecuatoriano.

\* Socio de CARMIGNIANI PÉREZ ABOGADOS y Presidente del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. Abogado por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. [ecarmi@cplaw.ec](mailto:ecarmi@cplaw.ec).

\*\* Asociada de CARMIGNIANI PÉREZ ABOGADOS. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. [ccepeda@cplaw.ec](mailto:ccepeda@cplaw.ec).

**PALABRAS CLAVE:** Ley Modelo CNUDMI, autonomía de la voluntad, modernización del arbitraje, flexibilidad, normas procesales, exclusión de prácticas judiciales.

**KEYWORDS:** UNCITRAL Model Law, party autonomy, modernization of arbitration, flexibility, rules of procedure, exclusion of judicial practices.

**RESUMEN:** El presente estudio pretende hacer un análisis sobre la implementación (parcial), en el Ecuador, de ciertos principios de la Ley Modelo, y la evolución del arbitraje comercial, igualmente en el Ecuador, a partir de la entrada en vigencia de la LAM. En primer lugar, se aborda el origen, los objetivos y la relevancia de la adopción de la Ley Modelo (respecto de cualquier jurisdicción). En segundo lugar, se sintetiza la historia legislativa del Ecuador en materia de arbitraje, la implementación (parcial) de la Ley Modelo en la LAM y los vacíos que nuestra legislación interna aún presenta. En tercer lugar, se presenta una evaluación de la legislación ecuatoriana en materia de arbitraje comercial, su aporte y beneficios, así como también los retos que actualmente enfrenta. Finalmente, se plantea soluciones a los actuales desafíos a los que se enfrenta el arbitraje comercial en Ecuador, tras veinte años de que entró en vigencia la LAM.

**ABSTRACT:** This article analyzes the (partial) implementation of the UNCITRAL Model Law and its principles in the Ecuadorian legal order. It also explains the evolution of the commercial arbitration in Ecuador since the enactment of the Arbitration and Mediation Law. First, the article examines the origin, objectives and relevance of the adoption of the UNCITRAL Model Law in all jurisdictions. Secondly, a study is performed on the historical arbitration legislation, the partial implementation of the Model Law in our legal order and the internal legislative gaps it still has to overcome. Third, the paper introduces an evaluation of the Ecuadorian law on arbitration, its contribution and benefit to the legal community, identifying its current challenges. Finally, the article in-

troduces possible plans of action to address those challenges, after 20 years since the Ecuadorian Arbitration and Mediation Law was enacted.

## **1. INTRODUCCIÓN**

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) creó uno de los instrumentos más importante en materia de arbitraje comercial, la Ley Modelo. Este esquema normativo establece directrices de absoluta relevancia para solventar los problemas que se evidencian en las legislaciones internas de distintos países para la implementación del arbitraje comercial y su efectivo funcionamiento. La Ley Modelo pretende difundir, unificar y consolidar el funcionamiento del arbitraje comercial en los distintos países, mediante su adopción como normativa interna.

La LAM tomó de la Ley Modelo una serie de principios y lineamientos fundamentales en materia de arbitraje. La LAM se ha convertido en una importante herramienta para la resolución de conflictos en el Ecuador mediante arbitraje. Sin embargo, a pesar de los notorios avances alcanzados durante sus veinte años de vigencia, es de toda evidencia la actual necesidad de dar nuevos pasos dirigidos a la modernización del sistema en nuestro país.

Este trabajo presenta: **(i)** un detalle sobre los aspectos más relevantes de la Ley Modelo y la importancia de su implementación; **(ii)** la evolución del arbitraje en el Ecuador y la implementación (parcial) de los principios de la Ley Modelo en la LAM; **(iii)** una evaluación de la LAM desde su puesta en vigencia hasta la actualidad; **(iv)** las necesidades que el arbitraje enfrenta actualmente en el Ecuador; **(v)** propuestas para la modernización del arbitraje en Ecuador.

## 2. LA LEY MODELO

La Ley Modelo es uno de los instrumentos más importantes con los que cuenta el arbitraje comercial a nivel internacional. Su modelo de legislación interna ha sido adoptado íntegramente en varias jurisdicciones y en otras ha servido como referencia legislativa y judicial<sup>1</sup>. Su objetivo principal es unificar las prácticas arbitrales a nivel internacional y propender al funcionamiento uniforme de este sistema.

### 2.1 Origen de la Ley Modelo

La Ley Modelo nació como una propuesta para solventar los problemas identificados en la práctica de arbitraje comercial internacional y así reducir los obstáculos que enfrentaba el sistema en ese entonces<sup>2</sup>. La elaboración de los primeros trabajos de investigación y borradores de la Ley Modelo se realizaron con la contribución de organizaciones internacionales interesadas en la materia, particularmente lideradas por el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano y el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial<sup>3</sup>. Dentro de las primeras conclusiones a las que llegó la comisión redactora de la Ley Modelo y que enmarcarían los límites de su aplicación fueron: **(i)** que su ámbito de aplicación estaría restringido al arbitraje comercial y **(ii)** que las disposiciones de la Ley Modelo debían ser uniformes con la Convención de Nueva York de 1958<sup>4</sup>.

Delimitado el alcance de la Ley Modelo, los principales retos que el arbitraje comercial internacional enfrentaba en ese momento eran fundamentalmente restricciones a: **(i)** la autonomía

1. G. BORN. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law, 2014, p. 134.

2. *Ibidem*.

3. Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration, U.N. Doc. A/CN.9/207, XII, Year Book UNCITRAL 1981, p. 76.

4. *Ídem*, p. 76. "One of UNCITRAL's aims through the Model Law was to reduce divergences which might result from each State's interpretations of its obligations under the New York Convention". Traducción libre: Uno de los objetivos fundamentales de la Ley Modelo era reducir las divergencias que resultaran de la interpretación que cada Estado realizara sobre las obligaciones que derivan de la Convención de Nueva York.



de la voluntad de las partes para someter disputas a arbitraje y convenir las reglas de procedimiento que considerasen más convenientes; **(ii)** la forma de designación de árbitros; **(iii)** la potestad de los árbitros para juzgar sobre su competencia o la manera de conducir el proceso arbitral; **(iv)** la selección de la legislación aplicable. Adicionalmente, se criticaba la intervención e indeseable intromisión de los órganos jurisdiccionales en el proceso arbitral<sup>5</sup>.

El 21 de junio de 1985, la CNUDMI aprobó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>6</sup>. Meses después, la Asamblea General de Naciones Unidas recomendó “que todos los Estados examinen debidamente la (Ley Modelo), teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional”<sup>7</sup>.

La Ley Modelo contiene 36 artículos que abarcan una serie de problemáticas que se discuten en los procedimientos arbitrales a nivel nacional e internacional<sup>8</sup>. Entre las disposiciones más destacadas se encuentran **(i)** la validez y eficacia del convenio arbitral (artículos 7 a 9); **(ii)** el modo de designación, excusa y recusación de árbitros (artículos 10-15); la jurisdicción de los árbitros y aplicación de medidas provisionales (artículos 16-17); conducción general del proceso arbitral (artículos 18-26); práctica de la prueba (artículo 27); aplicación de la ley de fondo (artículo 28); emisión del laudo arbitral y acciones en contra del laudo (artículos 29-34); reconocimiento y ejecución de laudos internacionales (artículos 35-36).

En el año 2006, la CNUDMI realizó una primera –y hasta el momento única– enmienda a la Ley Modelo, tendiente a incluir temas antes no considerados; a aclarar ciertas disposiciones y a complementar otras. Así, la enmienda implementa normas **(i)**

5. Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration, N. 3, p. 77.
6. 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, p. 25.
7. Asamblea General Naciones Unidas, Resolución 40/72, 11/12/1985.
8. Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 (Ley Modelo CNUDMI) (2008), Art. 36.

sobre la aplicación de principios generales de interpretación; **(ii)** aclaraciones sobre el requisito de que el convenio arbitral conste por escrito; **(iii)** sobre la facultad de las partes para solicitar medidas provisionales al Tribunal Arbitral o a las cortes nacionales y **(iv)** sobre el proceso de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

En definitiva, la Ley Modelo fue diseñada para que sus disposiciones sean implementadas en las legislaciones internas con el objetivo de armonizar el manejo del arbitraje comercial internacional y asegurar su reconocimiento y efectivo funcionamiento<sup>9</sup>. La CNUDMI ha realizado notables esfuerzos para actualizar e implementar directrices legislativas sobre el manejo del sistema arbitral. Esto se debe –sin lugar a dudas– a la importancia que el arbitraje representa para afianzar las relaciones comerciales internacionales.

## **2.2 Importancia de la implementación de la Ley Modelo**

Como se mencionó, la Ley Modelo es una de las herramientas más importantes que discute y solventa las problemáticas que suelen presentarse en el arbitraje comercial. Adicionalmente, este cuerpo normativo ha sido estudiado por las instituciones arbitrales y expertos más destacados y prestigiosos en la materia. Por consiguiente, es indiscutible la calidad del documento, la importancia de su estudio y la necesidad de su implementación. Todo Estado que pretenda contar con un moderno sistema de arbitraje comercial, necesariamente debe adoptar en su normativa interna –al menos– los lineamientos y principios que enmarcan la Ley Modelo.

La Ley Modelo ha sido adoptada, por ejemplo, por Alemania, Australia, Canadá, Costa Rica, República Dominicana, Hong Kong, India, México, Perú, Singapur<sup>10</sup>. En el caso de Ecuador,

9. Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration, N. 3, pp. 74-75; E. GAILLARD y J. SAVAGE (Eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, p. 70; G. BORN, N. 1, p. 135.

10. Ídem, p. 138.

como se observará más adelante, la LAM incorporó algunos lineamientos de la Ley Modelo.

Los motivos por los que la Ley Modelo ha obtenido una considerable acogida son innumerables. La Ley Modelo se creó como el instrumento tendiente a armonizar y a mejorar la perspectiva y flexibilidad que se requiere de los Estados al momento de elaborar su normativa interna en materia de arbitraje<sup>11</sup>. Entre las ventajas más destacadas que representa la adopción de la Ley Modelo se encuentran: **(i)** que brinda accesibilidad a los operadores del sistema para acceder a otros países; **(ii)** que garantiza la uniformidad internacional en materia de arbitraje y **(iii)** que representa una estructura ya probada y funcionalmente eficiente.

En este sentido, sobre la importancia de la implementación de la Ley Modelo, el ministro de justicia de Alemania manifestó:

*[I]f we want to reach the goal that Germany will be selected more frequently as the seat of international arbitrations in the future, we have to provide foreign parties with a law that, by its outer appearance and by its contents, is in line with the framework of the Model Law that is so familiar all over the world<sup>12</sup>.*

Por otra parte, la Comisión de Hong Kong encargada de realizar una reforma a su legislación interna de arbitraje comercial expresó *“the Model Law [...] has the advantage of making [Hong Kong] law internationally recognizable and accesible”<sup>13</sup>.*

A pesar de los importantes beneficios que la adopción de la Ley Modelo representa, varios países como Francia, Suiza, Inglaterra, Holanda, entre otros, han decidido no adoptar íntegramente el texto de la Ley Modelo en su normativa interna, sino utilizarla simplemente como referencia. Esto se debe a que han

11. M. SECCOB, Shades of delocalisation-Diversity in the Adoption of the UNCITRAL Model Law in Australia, Hong Kong and Singapore, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 17, 2000, p. 1.
12. Bundestags-Drucksache No. 13/5274, 12/07/1996, *The New German Arbitration Law* 140, 1998. Citado en G. BORN, N. 1, p. 139.
13. Law Reform Commission of Hong Kong, *Report on the Adoption of the UNCITRAL Model Law of Arbitration*, 1987. Citado en G. BORN, N. 1, p. 139.

considerado que la Ley Modelo podría resultar muy extensa y ciertas disposiciones podrían simplificarse o adaptarse a las necesidades internas de cada país<sup>14</sup>. Es claro que estos países siguen reconociendo el importante valor y aporte de los principios recogidos en la Ley Modelo para su legislación interna, simplemente no han adoptado íntegramente su texto.

### **3. IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY MODELO EN LA LAM**

Como ya se dijo, es indiscutible la importancia de la Ley Modelo para el desarrollo del arbitraje comercial y para la adopción de las mejores prácticas internacionales. El caso del Ecuador es particular; si bien acogió en la LAM ciertos lineamientos de la Ley Modelo, aún existen muchos por desarrollarse y que requieren una revisión, tal y como se verá en las siguientes secciones.

#### **3.1 Origen de la LAM**

La primera ley especial que reguló el arbitraje en el Ecuador fue la Ley de Arbitraje Comercial<sup>15</sup>, de octubre de 1963. Antes de eso, el decimonónico Código de Procedimiento Civil (“CPC”) regulaba, en su sección 33, el denominado “juicio por arbitraje”, que recogía un primer intento de admitir la celebración de un convenio arbitral. “Se llama compromiso al contrato por el cual dos o más personas someten al juicio de arbitraje sus diferencias. El compromiso se hará constar en escritura pública o en documento privado reconocido por las partes [...]”<sup>16</sup>. Las disposiciones del Código de Procedimiento Civil respecto al sistema arbitral eran imprácticas y resultaban excesivamente formalistas. La Ley de Arbitraje Comercial reconoció al arbitraje como mecanismo idóneo para la resolución de controversias entre comerciantes y otorgaba a las cámaras de comercio la facultad de prestar sus ser-

14. E. GAILLARD y J. SAVAGE (Eds.), M. 9, p. 109.

15. Ley de Arbitraje Comercial (derogada), Decreto Supremo No. 735, 23/10/1963, RO N. 90, 28/10/1963.

16. Código de Procedimiento Civil ecuatoriano (derogado), RO Sup. No. 133, 7/02/1953.

vicios para administrar estos procesos<sup>17</sup>. A pesar del significativo avance que representaba una ley especial en la materia, su utilización no fue significativa por “desconocimiento, falta de promoción, entre otras razones”<sup>18</sup>.

A mediados de la década de los 90 del siglo pasado, la ONG Corporación Latinoamericana para el Desarrollo promovió la redacción de un proyecto de ley que regulase el arbitraje comercial en el Ecuador, con la finalidad de incentivar su uso, hasta entonces prácticamente inexistente. Este esfuerzo culminó con la promulgación de la LAM, en 1997<sup>19</sup>.

### 3.2 Principios de la Ley Modelo que recoge la LAM

En la LAM se adoptó varios principios fundamentales inspirados en la Ley Modelo. Entre ellos, se destacan:

#### 3.2.1 *Autonomía de la voluntad de las partes*

No es un tema controvertido que el principio rector y fundamental en materia de arbitraje comercial es el de autonomía de la voluntad de las partes. Bajo este principio, las partes tienen libertad para conferir a los árbitros potestades suficientes para dirimir su controversia y para establecer o delimitar las reglas bajo las cuales se regirá el procedimiento arbitral<sup>20</sup>.

El principio de autonomía de la voluntad es considerado como la base fundamental de la Ley Modelo<sup>21</sup>, y está recogido expresamente en su artículo 7: “[e]l “acuerdo de arbitraje” es un

17. A. GALINDO, *Origen y Desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador*, Iuris Dictio, año II, No. 4, 2011, p. 123.

18. *Ibidem*.

19. Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana (LAM), RO. No. 145, 04/09/1997.

20. E. GAILLARD & J. SAVAGE (Eds.), N. 9, p. 3; A. REDFERN *et al.*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, Tomson & Maxwell, 2004, p. 265.

21. Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration, N. 3: “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 expectation”, p. 78.

acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas [...]<sup>22</sup>. En concordancia con la Ley Modelo, el artículo 5 de la LAM prescribe que el convenio arbitral es “el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido entre ellas [...]”. Estas disposiciones determinan con claridad la libertad que existe para que las partes acuerden someter sus disputas a arbitraje y de hecho enfatiza que la legitimidad de este sistema procesal surge precisamente de ese acuerdo libre y voluntario. En consecuencia, la naturaleza jurídica del arbitraje es en esencia negocial.

Otra disposición que regula con absoluta relevancia el principio de autonomía de la voluntad es el artículo 19(1) de la Ley Modelo, el cual prevé que “[c]on sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”<sup>23</sup> (énfasis añadido). Esta disposición, a su vez, se encuentra en armonía con la Convención de Nueva York, la cual en su artículo V(1)(d) prescribe que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero si “la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes [...]”<sup>24</sup> (énfasis añadido).

A su vez, la LAM recoge una disposición similar en la que otorga a las partes la libertad de acordar el procedimiento que regirá el arbitraje. Así, el artículo 38 prescribe que “[e]l 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 [...]*” (énfasis añadido). Adicionalmente, existen otras disposiciones en las que se evidencia la aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes en la LAM. Por ejemplo, los contratantes se encuentran facultados para decidir (i) si el arbitraje será adminis-

22. Ley Modelo CNUDMI, N. 8, Art. 7, opción II.

23. Ley Modelo CNUDMI, N. 8.

24. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, (1958).

trado o *ad-hoc*<sup>25</sup>; **(ii)** la forma de selección de árbitros<sup>26</sup>; **(iii)** si se resolverá en derecho o en equidad<sup>27</sup>; **(iv)** el lugar del arbitraje<sup>28</sup>; **(v)** la naturaleza del conflicto que someterán a arbitraje<sup>29</sup> y en general –como se ha mencionado– **(vi)** las reglas que regirán el proceso<sup>30</sup>.

Por lo expuesto, es claro que la LAM contiene normas expresas en las que se reconoce la aplicación del principio de autonomía de la voluntad como medular en el sistema arbitral. Su incorporación al sistema ecuatoriano constituye un avance y permite que la regulación del arbitraje comercial se acople a las mejores prácticas internacionales.

### 3.2.2 *Separabilidad del convenio arbitral*

Otro principio esencial del arbitraje, que se encuentra regulado en la LAM y que ha sido inspirado por la Ley Modelo, es el de separabilidad o autonomía del convenio arbitral. Este principio representa una ficción jurídica respecto de la relación que existe entre el convenio arbitral y el contrato sustantivo objeto de la controversia<sup>31</sup>. Según este principio, el convenio arbitral es independiente del contrato principal. De esa forma, el primero no se ve necesariamente afectado por los vicios que podrían invalidar o afectar la eficacia del último, por el solo hecho de estar incorporados en el mismo documento<sup>32</sup> (salvo que los vicios sean

25. LAM, N. 19, Art. 2 “El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley”.

26. LAM, N. 19, 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”.

27. LAM, N. 19, Art. 3 “Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad”.

28. LAM, N. 19, Art. 35 “De no constar en el convenio, las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje [...]”.

29. LAM, N. 19, Art. 5 “El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, *contractual o no contractual*”.

30. LAM, N. 19, Art. 38.

31. E. ONYEMA. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. Oxon: Routledge Research in International Commercial Law, p. 20; Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI... , N. 6, p. 33.

32. *Ibidem*.



comunes, v. gr., si ambos están afectados por el mismo vicio del consentimiento). Adicionalmente, otra de las principales consecuencias de la aplicación de este principio es que genera la posibilidad de convenir diferentes legislaciones o normativa que por un lado gobiernen al contrato sustantivo y por otro lado al convenio arbitral<sup>33</sup>.

La Ley Modelo recoge el principio de autonomía del convenio arbitral en su artículo 16(1), el cual prescribe:

[...] una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

En igual sentido, la LAM también recoge el principio de autonomía del convenio arbitral. Así, su artículo 5 categóricamente dispone “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”.

### 3.2.3 *Kompetenz-Kompetenz*

El principio *Kompetenz-Kompetenz* consiste en que los árbitros tienen la potestad para decidir sobre su propia competencia para conocer la controversia sometida a arbitraje, incluso aquellas relativas a la inexistencia e invalidez del convenio arbitral, sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria<sup>34</sup>. Esta doctrina ha sido ampliamente estudiada e incluso criticada por considerar que los árbitros podrían encontrarse estimulados o influenciados para fallar a favor de su competencia para no perder la oportunidad de sustanciar un arbitraje<sup>35</sup>. Sin embargo, este principio ha sido mayoritariamente aceptado, considerando que debe primar la voluntad de las partes de someter todas las controversias a arbitraje

33. Ibidem.

34. Ibidem.

35. M. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, p. 88.



–incluso las concernientes a la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral– sobre la posible tendencia de los árbitros a favorecer su competencia para conocer la disputa<sup>36</sup>.

En la Ley Modelo, es posible observar la inclusión del principio *Kompetenz-Kompetenz* en el artículo 16(1), el cual dispone que “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje [...]”. Por su parte, el artículo 22 de la LAM establece que “[u]na vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y *el tribunal resolverá sobre su propia competencia*” (énfasis añadido).

En torno a este principio ha surgido una discusión que reviste particular importancia comparativa entre la Ley Modelo y la LAM. En el foro arbitral existen cuestionamientos respecto a si las decisiones sobre competencia adoptadas por los árbitros deberían ser definitivas o si por el contrario podrían ser revisadas por otra autoridad. De acuerdo a la Ley Modelo, un Tribunal Arbitral puede resolver sobre su propia competencia como una cuestión preliminar o en un laudo final<sup>37</sup>. En el primer caso, en el que los árbitros aborden la decisión de competencia como preliminar, las partes podrán solicitar en 30 días una revisión de esta decisión a una autoridad competente escogida por ellas, quien finalmente podrá juzgar si la decisión de competencia del tribunal arbitral fue apropiada<sup>38</sup>.

Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico, la decisión del Tribunal Arbitral sobre competencia en principio debe adoptarse como una cuestión preliminar durante la audiencia de sustanciación, salvo que para decidirla haya que pronunciarse inextricablemente sobre el fondo de la controversia, en cuyo caso hay reglamentos de arbitraje, como el del Centro de Arbitraje de

36. Ibidem.

37. Ley Modelo CNUDMI, N. 8, Art. 16 (3).

38. M. MOSES, N. 35, p. 90

la Cámara de Comercio de Guayaquil, que permite al tribunal arbitral reservar la decisión sobre competencia para expedirla en el laudo. En el primer caso, la decisión sobre competencia, adoptada en la audiencia de sustanciación, pudiera ser impugnada, por vía de inconstitucionalidad, por violación de la garantía del debido proceso al juez competente, ante la Corte Constitucional mediante la acción extraordinaria de protección regulada en el artículo 94 de la Constitución. En el segundo caso, hay discusión no resuelta, y más bien inundada de decisiones contradictorias, en torno a si la declaración de competencia efectuada en laudo puede ser impugnada por vía directa, mediante la misma acción extraordinaria de protección, o si previamente debe plantearse una acción de nulidad de laudo, regulada en el artículo 31 de la LAM.

### ***3.2.4 Autonomía del proceso arbitral***

El principio de autonomía del proceso arbitral, que se encuentra esencialmente relacionado con el principio de autonomía de la voluntad, es quizá uno de los principios más importantes en materia de arbitraje, pues es precisamente el que lo aleja de la jurisdicción ordinaria y lo cataloga como un mecanismo procesal *alternativo* de resolución de disputas. En este sentido, la Secretaría General de Naciones Unidas en su reporte sobre la Ley Modelo manifestó: “*probably the most important principles on which the Model Law should be based is the freedom of the parties in order to facilitate the proper functioning of the international arbitrations according to their expectations*”<sup>39</sup>.

Este principio es crucial para el desarrollo del arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de disputas, ya que busca excluir los ritualismos y formalidades de los procesos ante la justicia estatal, permitiendo que las partes puedan escoger normas más eficientes y acorde a sus intereses. La lógica detrás de este principio es que el arbitraje –a diferencia del proceso judi-

39. Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration, N. 3, p. 75.

cial– pueda alejarse de las prácticas ordinarias que en la mayoría de casos entorpecen la resolución del conflicto.

La Ley Modelo reconoce la importancia de este principio en varias de sus disposiciones. Particularmente, el artículo 19(1) prescribe que “[c]on sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”. Adicionalmente, el artículo 24(1) de la Ley Modelo expresamente permite a las partes decidir sobre la forma de presentar su caso ante el Tribunal Arbitral y los temas relativos a la práctica de la prueba<sup>40</sup>.

La LAM también reconoce el principio de autonomía del proceso arbitral. Así, el artículo 38 prescribe que:

[e]l 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 (énfasis añadido).

El problema se presenta en los casos en los que las partes han sido silentes sobre las reglas que regirán el proceso arbitral, lo que ha llevado a sostener que deberían aplicarse directamente las normas procesales supletorias. Desde nuestra perspectiva esa postura es errada. La LAM ha reconocido el principio de autonomía de las partes para regular el proceso arbitral, inspirándose en la Ley Modelo, y esta prevé que en caso de que las partes no hayan pactado reglas específicas para el proceso, el tribunal arbitral tendrá la potestad para decidir sobre ellas.

40. Ley Modelo CNUDMI, N. 8, Art. 24 “Audiencias y actuaciones por escrito (1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes”.

Así, el artículo 19(2) de la Ley Modelo prescribe

[a] falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la determinación, admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

De acuerdo a la nota explicativa de la Ley Modelo la facultad discrecional supletoria del Tribunal Arbitral

[E]s 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<sup>41</sup>.

Esta potestad supletoria que se otorga al tribunal arbitral en la Ley Modelo, nace del encargo de confianza que las partes han otorgado a los árbitros para resolver su controversia de la forma más prolija posible.

En nuestro ordenamiento jurídico también se encuentra reconocida esta potestad del tribunal arbitral, y particularmente de su presidente. Así, el artículo 17 de la LAM faculta al presidente del tribunal arbitral para sustanciar y dirigir el proceso, por lo que para nada es ajena a la LAM la potestad del tribunal, o de su presidente, para determinar las normas de procedimiento que mejor convengan a la continuación del arbitraje, siempre y cuando las partes no convengan algo diferente.

En el Ecuador existe una corriente de pensamiento favorable a considerar que el arbitraje es un mecanismo que permite (i) a las partes diseñar su propio procedimiento de resolución de disputas; (ii) adoptar las mejores prácticas internacionales y (iii) alejarse de los ritualismos de los procesos judiciales. Sin embargo,

41. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI ..., N. 6, pp. 35-36.

en la práctica esto resulta relativamente más complejo que en la teoría. Generalmente, los empresarios y comerciantes no incluyen reglas de procedimiento en sus convenios arbitrales. Por otra parte, los reglamentos de los centros de arbitraje ecuatorianos, en su mayoría, son silentes sobre cómo sustanciar el arbitraje en los temas no regulados por la LAM y las partes. Esto ha creado un aparente vacío que –incorrectamente– ha sido llenado por algunos tribunales arbitrales con el abuso de normas supletorias<sup>42</sup>, contradiciendo, en esta forma, uno de los objetivos principales por los que las partes escogieron someterse a arbitraje, esto es excluir las prácticas ritualistas comunes en los procesos judiciales.

En definitiva, es claro que la LAM recoge el principio de autonomía del proceso arbitral adoptado de la Ley Modelo, pues expresamente permite a las partes convenir las reglas de procedimiento que consideren convenientes. Adicionalmente, la LAM faculta al presidente del tribunal arbitral a sustanciar y manejar el proceso de la manera más conveniente para el caso concreto. Sin embargo, el desconocimiento sobre el alcance de aplicación de este principio y los aparentes vacíos normativos sobre las reglas que rigen al proceso arbitral, han provocado que los operadores del sistema arbitral abusen de las normas supletorias a las que se refiere el artículo 37 de la LAM e intoxiquen al arbitraje con las normas ritualistas que rigen los procesos judiciales ordinarios.

### 3.2.5 *Exclusión de intervención judicial*

Uno de los principios trascendentales que inspira la Ley Modelo es la exclusión de la intervención judicial en el arbitraje. Como se mencionó en las secciones iniciales de este artículo, la CNUDMI identificó que la intervención de la justicia ordinaria en el arbitraje era uno de los principales problemas que enfrentaba el sistema Arbitral. En la actualidad existe una tendencia a limitar esta intervención, lo cual “se justifica porque las partes en

42. LAM, N. 19, 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”.

un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad del proceso arbitral”<sup>43</sup>.

En este sentido, la Ley Modelo restringe o delimita expresamente las situaciones en las que podría intervenir una autoridad judicial, situaciones que se pueden clasificar en dos grupos: el primero consiste en la intervención de autoridades públicas en temas relativos al nombramiento, recusación de árbitros, terminación del mandato de árbitros; a los temas relativos a revisión de competencia del Tribunal Arbitral –ya discutido– y a la potestad de anular el laudo arbitral<sup>44</sup>. Por otra parte, un segundo grupo se refiere a la intervención judicial de manera complementaria y auxiliar al arbitraje en temas relativos a la práctica de prueba, medidas cautelares y reconocimiento y ejecución de laudos<sup>45</sup>.

El Ecuador ha adoptado satisfactoriamente este principio, pues el artículo 7 de la LAM prescribe:

[e]l convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

Adicionalmente, en la práctica este principio ha sido correctamente aceptado. Tanto los partícipes en el sistema arbitral como los jueces ordinarios reconocen que la existencia de un convenio arbitral *prima facie* excluye la intervención de las cortes estatales

43. 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. 29 -30.

44. Estos temas serán resueltos por la autoridad escogida por las partes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 6 de la Ley Modelo.

45. 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. 29 -30.

para conocer la controversia. Por otra parte, es aceptado que se requerirá el auxilio judicial para temas específicos conexos al arbitraje. Por ejemplo, para la ejecución de medidas cautelares, ejecución de laudos arbitrales y para conocer el proceso de nulidad de laudos arbitrales.

#### **4. EVALUACIÓN DE LA LAM**

Como ha quedado dicho, la LAM recoge varios de los principios más importantes que rigen el arbitraje comercial internacional, recogidos en la Ley Modelo. Nuestra legislación no incorpora como ley interna a la Ley Modelo. No obstante, ha logrado adaptar e implementar ciertas bases fundamentales.

La LAM, en sus veinte años de vigencia, ha permitido que el arbitraje se desarrolle e institucionalice en el Ecuador. Desde su promulgación los casos de arbitraje se han incrementado y se siguen incrementando considerablemente. Durante estos veinte años se han realizado en nuestro país varios miles de arbitrajes, en los distintos centros que los administran, versus su casi inexistencia antes de la vigencia de la LAM.

Estos datos evidencian, al menos cuantitativamente, que la LAM ha tenido un efecto muy importante en la cultura jurídica del país, acompañado de una persistente campaña de difusión. Por explicarlo de algún modo, la intención inicial de la implementación de LAM fue introducir en el pensamiento de los abogados, especialmente de aquellos que circulan en el ámbito empresarial, la idea de que los conflictos podían solucionarse sin tener que acudir a la justicia estatal y que podían ser resueltos por personas que, de cierta manera, podían tener conocimientos mucho más especializados que los jueces ordinarios. Estos objetivos, sin duda se han logrado.

La LAM constituyó, en su momento, una normativa de avanzada en materia procesal en el Ecuador, que ha sido aceptada por

la comunidad jurídica ecuatoriana satisfactoriamente. Ahora bien, todo producto debe ser juzgado de acuerdo al tiempo. En ese orden, la LAM despertó el interés de los operadores jurídicos por un sistema hasta ese momento prácticamente no nato, más allá de que contiene principios fundamentales del derecho moderno de arbitraje que ha permitido que en el Ecuador se vaya institucionalizando satisfactoriamente este sistema. Sin embargo, en Ecuador, aún existen vacíos que no es posible desconocerlos y que continúan poniendo trabas a la evolución de este sistema.

#### **4.1 Vacíos de la LAM**

Es indiscutible el aporte que ha representado la implementación de la LAM en la cultura jurídica ecuatoriana. Sin embargo, presenta algunos vacíos que se discutirán a continuación.

##### ***4.1.1 Motivos de recusación de árbitros***

La LAM carece de principios generales sobre las causas que podrían provocar la recusación de árbitros. Así, el artículo 21 se limita a mencionar que “son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil”. Esta disposición representa un retroceso para alcanzar los objetivos que discutimos previamente sobre (i) la exclusión de las normas procesales diseñadas para la justicia ordinaria, y (ii) la adopción de las mejores prácticas internacionales en materia de arbitraje.

La LAM, a diferencia de la Ley Modelo, no contiene regulación alguna sobre el deber de revelación de los árbitros, ni mucho menos los estándares que podrían generar dudas sobre su independencia e imparcialidad para conocer una controversia. Además, el otro problema grave es la referencia innecesaria al Código de Procedimiento Civil, que contiene motivos de recusación pensados para quienes actúan, permanentemente, como jueces. Las normas del Código de Procedimiento Civil o del actual Código General de Procesos no han sido diseñadas para ser aplicadas en



el arbitraje y mucho menos se han creado considerando las particularidades del sistema arbitral, como, por ejemplo, que las partes pueden designar árbitros, que en muchas ocasiones los árbitros son abogados que ejercen su profesión, entre otros.

Por estos motivos, consideramos que la referencia de la LAM al Código de Procedimiento Civil en materia de recusación de árbitros es inapropiada. Sería mucho más acertado considerar la aplicación de instrumentos internacionales como las Reglas de la IBA sobre conflictos de intereses en Arbitraje Internacional<sup>46</sup>, que contienen directrices estudiadas y diseñadas precisamente para el sistema arbitral, pues entienden los fundamentos de este sistema y los fenómenos reales que giran en torno de él.

#### *4.1.2 Práctica de la prueba*

Uno de los desafíos más importantes que enfrenta el arbitraje comercial en el Ecuador es la falta de regulación sobre la práctica de la prueba. Además de las regulaciones que existen sobre la presentación de la prueba junto con la demanda y la contestación a la demanda, el único artículo que tiene relación con la práctica de la prueba en la LAM es su artículo 23, el cual prescribe que “[s]i antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora”. Si bien la norma descrita es importante porque permite al tribunal arbitral o a las partes solicitar pruebas para mejor proveer en cualquier momento del arbitraje, esta es insuficiente o insatisfactoria para establecer un verdadero régimen de práctica general de la prueba.

El vacío de la LAM en esta materia ha provocado que en la práctica se recurra a las normas de procedimiento civil como normas supletorias de la LAM. Sin embargo, este comportamiento es inaceptable y contrario a los verdaderos fines del arbitraje. En

46. IBA, Directrices sobre conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, 2014.

efecto, cuando los contratantes consideran la inclusión de un convenio arbitral para resolver sus pleitos, precisamente lo hacen para excluir la intervención de la justicia ordinaria y sus prácticas formalistas.

#### **4.1.3 Proceso de nulidad de laudos**

La LAM regula en su artículo 31 el proceso de nulidad que podrá solicitarse en contra de un laudo<sup>47</sup>. Esta disposición es interesante y se encuentra acorde a la Ley Modelo, pues aporta ciertas ventajas inherentes del arbitraje al sistema procesal ecuatoriano. Por ejemplo, establece que la acción de nulidad es el único mecanismo (ordinario) mediante el cual se puede impugnar un laudo arbitral. A pesar de que esta norma ha constituido un avance significativo en materia de arbitraje, existen aún vacíos sobre el procedimiento a seguirse para sustanciarla. Esto ha provocado incansables discusiones en el foro ecuatoriano e incluso resoluciones contradictorias sobre el procedimiento que ha de seguirse<sup>48</sup>.

47. LAM, N. 19, Art. 31 “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite. 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”.

48. Para observar una mayor discusión sobre este tema, véase, E. CARMIGNIANI, H. GARCÍA y C. CEPEDA, “Arbitraje en el Ecuador. Desarrollo Jurisprudencias y Reformas Legales Recientes”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015, «<http://iea.ec/pdfs/2015/Art6.pdf>».

En definitiva, la forma en la cual debe tramitarse la acción de nulidad en el Ecuador es un área gris en el arbitraje ecuatoriano. Hasta la fecha no existe armonía sobre el proceso y recursos que pueden presentarse. Las resoluciones dispares y contradictorias de los más altos tribunales han creado solo confusión y caos.

## 4.2 Desafíos que enfrenta el arbitraje ecuatoriano

Es muy claro que la LAM no es perfecta y que, por el contrario, tiene una serie de vacíos e inconsistencias con los objetivos del arbitraje como método de resolución de disputas. Solucionarlos es parte de los desafíos que enfrenta el arbitraje en el Ecuador y quizá no es el más importante.

Hoy en día, el arbitraje es una institución aceptada y que funciona en forma relativamente eficiente. Sin embargo, el problema principal sigue siendo cultural. En palabras de César Coronel Jones, 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 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 sacramentales<sup>49</sup>.

Desde nuestra perspectiva, el principal problema que enfrenta el arbitraje comercial en Ecuador es la idea que mantienen árbitros y abogados de que el arbitraje es una especie de calco del proceso civil, únicamente con cambio de jueces, y que, en consecuencia, especialmente, en temas probatorios hay que seguir los ritualismos y procedimentalismos a ultranza previstos en las normas procesales. Esto es lo que impide que el sistema continúe su evolución.

49. C. CORONEL JONES, "Arbitraje y Procedimiento", *Juris Dictio*, No. 11, 2007, p. 37.

A este problema lo acompaña el desconocimiento o falta de comprensión de los abogados e incluso de los árbitros de que, a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la naturaleza jurídica del arbitraje es esencialmente negocial. Esto otorga flexibilidad a las partes y también al tribunal arbitral para diseñar el proceso más idóneo para resolver una disputa concreta. Es sustancial que los operadores del sistema arbitral comprendan que el arbitraje es un proceso flexible, porque permite a las partes y al tribunal arbitral adoptar las mejores prácticas, las normas más convenientes y eficientes para resolver su controversia. Así, por oposición al orden planificado del proceso civil, el proceso arbitral es autónomo y, para preservar esta naturaleza, en principio, las normas procedimentales de los juicios ordinarios no le son aplicables<sup>50</sup>.

## **5. CONCLUSIÓN; MODERNIZACIÓN DEL ARBITRAJE ECUATORIANO**

La Ley Modelo es uno de los instrumentos más importantes a nivel internacional en materia de arbitraje. Sus objetivos principales son unificar las prácticas arbitrales a nivel mundial y garantizar que este mecanismo de resolución de disputas funcione de forma efectiva. En el Ecuador, se han implementado varios de los principios y lineamientos de la Ley Modelo en la LAM, normativa que se convirtió en el instrumento esencial para implementar la figura del arbitraje en el Ecuador.

Veinte años después de la promulgación de la LAM, nos encontramos con que el arbitraje comercial es un mecanismo de resolución de controversias que ya funciona en el Ecuador. Esto es satisfactorio, pues es indiscutible el crecimiento y difusión que ha tenido en los últimos tiempos. Sin embargo, es indudable que hay complicaciones y desafíos que el arbitraje aún debe enfrentar, como los vacíos legislativos en la materia y la falta de comprensión del sistema por parte de sus usuarios.

50. 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.

Esto nos lleva a la necesidad de continuar con lo que hemos denominado la segunda fase del arbitraje en el Ecuador, de modernización del sistema. En esta nueva época del arbitraje ecuatoriano es fundamental superar las trabas que se han enunciado en este artículo y para ello hay soluciones como: **(i)** la celebración de convenios arbitrales más “sofisticados”, en los que por ejemplo se acuerde la aplicación de ciertas reglas procedimentales o se acuerde la aplicación de directrices modernas, por ejemplo, las reglas IBA para la práctica de la prueba y para conflictos de intereses en arbitraje; **(ii)** la modernización de reglamentos de arbitraje de las instituciones encargadas de administrar estos procesos, considerando la experiencia que han podido adquirir en estos veinte años; **(iii)** finalmente, se podría pensar en una reforma legislativa que complemente las disposiciones de la LAM para brindar claridad y mayor fuerza al sistema, sobre todo en esas áreas que continúan siendo grises como la práctica de la prueba y el proceso de nulidad de laudos arbitrales.

En definitiva, la implementación de la Ley Modelo en el Ecuador a través de la LAM fue un importante paso. Ahora, el reto consiste en superar los desafíos culturales y legislativos que el arbitraje en el Ecuador aún enfrenta.





**QUEVEDO & PONCE**  
ESTUDIO JURÍDICO

ECUADOR

FUNDADO EN 1940

[www.quevedo-ponce.com](http://www.quevedo-ponce.com)

Quito, Guayaquil, Cuenca, Ibarra,  
Miravalle (Cumbayá), Tulcán

Oficina Principal

Av.12 de Octubre N26-97 y Lincoln

Edificio Torre 1492, PISO 16

Teléfonos: (593-2) 2986570

(593-2) 2986575

Fax : (593-2) 2986580

[www.quevedo-ponce.com](http://www.quevedo-ponce.com)





# Dispute resolution forum alternatives in Ecuador for international parties

*Alegría Jijón\**

*Recibido/Received: 21/08/2017*  
*Aceptado/Accepted: 25/08/2017*

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. International arbitration. 2.1 Regulation of the process for recognition and execution of foreign awards in Ecuador. 2.2 Short description of the process for recognition and execution of foreign arbitral awards and foreign judgments in Ecuador. 2.2.1 Recognition process. 2.2.2 Execution process. 3. Arbitration in Ecuador and annulment of awards under COGEP. 3.1 Domestic arbitration procedure. 3.2 Annulment of awards. 3.2.1 Annulment process. 3.2.2 Appeals and revision. 4. Litigation in Ecuador. 4.1 When the counterparty is the Ecuadorian State or a public entity. 4.1.1 Requirements of COGEP's article 104 regarding the execution of awards pronounced against the State. 4.1.2 Does the last requirement of COGEP's article 104 violate the NYC? 4.1.3 Difficulties in the execution of awards in the case of State/public entities. 5. Conclusion.

**PALABRAS CLAVE:** arbitraje internacional, reconocimiento de laudos, homologación, ejecución, arbitraje nacional, recurso de nulidad, estado parte.

\* Asociada en Pérez Bustamante y Ponce. Abogada en España por la Universidad de Navarra, Abogada en Ecuador por la Universidad de los Hemisferios, Abogada en Nueva York y miembro de New York Bar Association. LL.M en Global Business Law en la Universidad de Nueva York, LL.M en Derecho Internacional Comparado en la Universidad Nacional de Singapur. Academic Visiting Reseacher en la Universidad de Harvard.

A. JIJÓN, "Dispute resolution forum alternatives in Ecuador for international parties", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

**KEY WORDS:** international arbitration, award recognition, enforcement, domestic arbitration, annulment, State party.

**RESUMEN:** El propósito de este artículo es explorar las diferentes opciones disponibles para las empresas extranjeras en la negociación de contratos con contrapartes ecuatorianas. El artículo analizará la conveniencia práctica del arbitraje internacional a la luz de la práctica actual de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Ecuador. A continuación, se analizará la conveniencia del arbitraje nacional, examinando la práctica y los estándares de calidad vigentes, así como en el procedimiento de anulación de laudos. Finalmente, estudiaremos el caso particular al contratar con el Estado ecuatoriano o con una entidad pública. Examinaremos las dificultades del reconocimiento y la ejecución de dichos laudos.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to explore the different options available to foreign companies when negotiating contracts with Ecuadorian counter-parties. The paper will analyze the practical convenience of international arbitration in the light of the current practice for recognition and enforcement of foreign awards in Ecuador. Then it will analyze the convenience of domestic arbitration by looking at current practice and standards as well as at the annulment of awards procedure. Finally, we will study the specific case of contracting with the Ecuadorian State or one of its publicly-owned entities. We will look into the difficulties of recognition and enforcement of such awards.

## 1. INTRODUCTION

This analysis aims, in the light of Ecuador's new procedural law, to re-think and re-evaluate the efficiency and effectiveness of the different paths available for dispute resolution with an Ecuadorian counterparty; namely, to assess the convenience of

agreeing to international arbitration, arbitration in Ecuador, or submitting the dispute to the jurisdiction of foreign courts or Ecuadorian domestic courts. Finally, a special section of this paper will be addressed to analyze the different scenarios that arise when the counterparty is the Ecuadorian State or one of its public entities.

## 2. INTERNATIONAL ARBITRATION

In the past, it was common and advisable practice to submit most contracts with Ecuadorian counter-parties to international arbitration, especially material contracts where important amounts of money were at stake<sup>1</sup>. The rationale behind choosing this forum was mainly to avoid the so-called home court advantage, since foreign companies are generally fearful of litigating in Ecuador due to various reasons, including lack of specialization of the judges, issues of confidentiality, absence of predictability of decisions, delays in the administration of justice, amongst other complaints. International arbitration, on the other hand, constitutes a more neutral and specialized forum where disputes tend to be settled more efficiently by prestigious practitioners.

However, arbitration in and by itself lacks teeth, meaning that, although awards are binding upon the parties and theoretically should be complied with voluntarily, this is not always the case. Losing parties do not always abide by the awards willingly, thus many times judicial execution is needed. It is at this second stage that, due to recent procedural reforms, international arbitration has lost some of its appeal in Ecuador.

Thus, even if international arbitration provides fast and legally well-thought-of awards, what benefits does it imply if it cannot be enforced in Ecuador? This is the central question that we will attempt to address thoroughly throughout this paper.

1. Now the same can be said regarding smaller contracts, which can be submitted to the recently published ICC Expedited Procedure Provisions, <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/expedited-procedure-provisions/>>.

## 2.1 Regulation of the process of recognition and execution of foreign awards in Ecuador

A new Ecuadorian Civil Procedure Code (COGEP by its Spanish initials) was approved in May 2015. COGEP introduced a myriad of procedural reforms into the Ecuadorian legal system, including important reforms regarding the execution of foreign arbitral awards which are now treated in the exact same way as foreign judgments.

Before COGEP, it was debatable if international arbitration awards had to go through a process of recognition in Ecuador<sup>2</sup> because, according to the New York Convention (NYC), they could be executed directly. However, COGEP requires an additional process of recognition of arbitral awards prior to their execution. COGEP establishes the requirements<sup>3</sup> and procedures to be followed for execution of foreign awards<sup>4</sup>. Additionally, the new norms established in COGEP do not contradict the rules for

2. Á. GALINDO & H. GARCÍA, “Relación entre el Código Orgánico General de Procesos y el procedimiento arbitral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 72.
3. Free translation. COGEP, RO Sup. No. 506, 22/05/2015, Art. 104.- For e homologation of judgments, arbitration awards and mediation records issued abroad, the competent chamber of the Provincial Court must verify: 1. Having the external formalities necessary to be considered authentic in the state of origin. 2. That the judgment passed with the authority of *res judicata* according to the laws of the country where it was issued and the necessary annexed documentation are duly legalized. 3. If needed, be translated. 4. That it be evidenced with the pertinent procedural documents and certifications stating that the defendant was legally notified and that the proper defense of the parties has been assured. 5. That the application indicates the place of summons of the natural or legal person against whom the resolution issued abroad should be enforced. For the purpose of recognizing judgments and arbitration awards against the State, since they are not commercial matters, it must also be demonstrated that they do not contravene the provisions of the Constitution and the laws, and that they are in accordance with the international treaties and conventions in force. In the absence of international treaties and conventions, they shall be fulfilled if they appear in the respective warrant or if the national law of the country of origin recognizes its effectiveness and validity.
4. Free translation. COGEP, N. 3, Art. 105.- In order to proceed with the homologation, the applicant shall submit his application to the competent chamber of the Provincial Court, which, after having examined its compliance with this chapter, shall order to summon the defendant at the place indicated for the purpose. Once the person against whom the judgment will be enforced has been summoned, he will be allowed the term of five days to present and prove his opposition to the homologation. The judge will resolve within thirty days from the date of the summons. If duly substantiated and accredited opposition is filed and the complexity of the case so warrants, the Court shall convene a hearing, which shall be substantiated and resolved in accordance with the general rules of this Code. The hearing must be called within a maximum period of twenty days from the time the opposition was filed. The Chamber will resolve at the same hearing. Only horizontal recourses can be brought against the judgment of the Chamber of the Provincial Court. Once the homologation has been resolved, the judgments, awards and mediation documents from abroad shall be complied with as provided in this Code for execution.

recognition of international court rulings provided for in article 208(6) of the Ecuadorian Judicial System Law (COFJ).

Ecuador is a member of the NYC. It is worthwhile to note that Ecuador expressed its reservation as to applying the Convention only to differences arising out of legal relationships<sup>5</sup>, whether contractual or not, that are considered commercial under domestic law. Thus, the NYC should apply even in opposition to COGEP. Ecuadorian scholar Vanesa Aguirre<sup>6</sup> points out:

For recognition of international awards and their subsequent execution, the corresponding chamber of the provincial court and the court of first instance, respectively, must first verify what is established in the international instrument in question and, in any case, interpret the provisions of COGEP in harmony.

## **2.2 Short description of the process of recognition and execution of foreign arbitral awards and foreign judgments (re foreign awards) in Ecuador**

COGEP has made the process of recognition and execution of foreign awards two-tiered.

Thus, every foreign award must first go through a process of recognition before a specific court, and once it is recognized it must be executed in a separate proceeding before a different court.

### ***2.2.1 Recognition process***

The process of recognition of foreign awards is heard by the Provincial Court which is the court of second instance in Ecuador. The Provincial Court where the request for recognition must be

5. See, Signatories to the New York Convention, <<http://www.newyorkconvention.org/countries>>.

6. V. AGUIRRE, “La ejecución de los laudos internacionales en Ecuador y el Código Orgánico General de Procesos”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 106.

presented is the one at the location where the party against whom the award is being sought has its domicile.

COGEP's article 104 requires the applicant to fulfill certain requirements; however, this should not be understood as shift of the bias in favor of execution as present in the NYC. The NYC Interpretation Manual developed by the International Council for Commercial Arbitration establishes, as a cardinal principle, the so-called "bias in favor of enforcement" under which, in the case of two or more possible interpretations, the domestic courts must apply the interpretation that best favors recognition and execution of the award<sup>7</sup>.

According to COGEP it is the applicant who must demonstrate (i) that the award complies with the external formalities required by the State in which it was issued, (ii) that the award has acquired the authority of *res judicata* according to the State where it was issued, (iii) translation of the documents, if needed, (iv) the applicant must prove, with procedural documents, that the parties' right to defense and to the due process was respected; and (v) the request must indicate the place to summon the party against which the homologation is being sought.

Some of these requirements have cast important doubts as to their scope and possible interpretation by the Provincial Courts in Ecuador.

- i) The first requirement is that the award must fulfill the essential formalities of its place of origin. In the case of foreign awards, the aforementioned compliance must be contrasted with the law applicable to the foreign award-usually the seat.
- ii) The second requirement is if the award has been recognized as *res iudicata*. The applicant must attach a copy of the award together with some evidence proving that the award has the authority of *res iudicata* in its country of origin. In administered arbitrations, the arbitration rules of those centers and/or

7. International Council for Commercial Arbitration (ICCA), *ICCA Guide to the Interpretation of the 1958 New Convention*, <<https://goo.gl/kocwXt>>, p. 15.

their authorities will determine if the award has the authority of *res iudicata*. The issue could be more challenging in ad-hoc arbitrations.

However, this requirement should not be understood as needing an additional court order issued by the state of origin declaring that the award has the authority of *res iudicata*, since that would come close to the concept of double *exequatur*, forbidden by the NYC<sup>8</sup>.

It should be noted that in accordance with COGEP's article 201, all documents issued abroad must be authenticated either by the respective consulate or apostilled pursuant to The Hague Convention.

- iii) The requirement relating to translation of legal documents applies to all processes under COGEP in accordance with COGEP's article 200. The only question here is whether the translation should be a sworn translation such as required by the NYC, or if the translation must be done by a registered expert "*perito*" qualified by the Judiciary, which seems absurd if one considers that many of these awards are already translated abroad. Finally, even if a contradiction exists, which we consider it does not, if the NYC relaxes the national requirements it should apply over and above COGEP<sup>9</sup>.
- iv) The fourth requirement is perhaps the more troublesome since it sets on the applicant the burden to prove that the proceeding, which ended with the award that is subject to recognition, did comply with the due process and that it respected the parties' right to defense. It is not clear which documents prove that the due process was respected.

It would be excessively burdensome and unnecessary for the Court to interpret requirement (iv) in that the applicant must present to the Court the entire arbitral process certified, authenticated and translated.

8. Á. GALINDO & H. GARCÍA, N. 2, p. 54.

9. Ídem, p. 75.

This requirement should be understood as having been met by displaying only certain key records of the case such as summons, the answer presented by the defendant, or transcripts of the hearings showing that the defendant had the chance to defend itself and that the due process was followed.

- v) Finally, the last condition refers to including in the claim the place where the defendant can be summoned.

There has been some concern expressed by some practitioners of the area<sup>10</sup> who fear that these specifications, in practice, will constitute double *exequatur*. They fear that the court of execution in Ecuador might interpret that for an arbitral award to comply with requirements (i), (ii), and (iv) there must be a ruling or certification from a court of the state of origin certifying that the award complies with its formal domestic requirements, that the award can be considered *res iudicata* in its state of origin, and that the due process was followed.

This interpretation would be wrong and would violate the prohibition of *substantially more onerous conditions* set in the NYC<sup>11</sup>.

Once the request for recognition of a foreign award is filed with the Court, it will summon the defendant and grant him five days to oppose the recognition. However, this opposition is quite limited and should not be understood as an answer to the subject matter of the dispute.

The defendant can only oppose the recognition in one of two ways as follows: (i) either by arguing that the request for recog-

10. See, *idem*, p. 80, V. AGUIRRE, N. 6, p. 106, and E. CARMIGNIANI, C. CEPEDA & H. GARCÍA, "Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015, p. 167.

11. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958), Article III: Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. *There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards* (emphasis added), <<https://goo.gl/hv1SKX>>.



nition does not comply with one of the requisites of COGEP listed above, or (ii) by using one of the five ways to oppose the recognition of foreign awards established in article V of the NYC in the case of arbitral awards.

If there is opposition, the Chamber of the Provincial Court can summon the parties to a hearing where it will decide the matter. If there is no opposition or if the Court dismisses such opposition, the Court will pronounce a declarative ruling recognizing the award in Ecuador. Once recognition of the award is obtained, the second tier of the process –execution– begins.

The first tier of the process should not take a very long time, depending if there is opposition or not. If there is no opposition, it should take no more than a couple of months. However, if there is opposition it could take much longer in practice. The problem is that the Court will summon the defendant, alerting him on the procedure so the defendant will have time to hide assets, which will not be frozen until the execution process some months later.

Thus, when there is the risk of assets being hidden, our recommendation is to file the request for recognition together with a request for precautionary measures. In our opinion, a foreign award is sufficient proof under COGEP's article 125<sup>12</sup> *fumus bonis iuris* to allow a court to grant precautionary measures. However, this is a difficult subject<sup>13</sup>, and some courts have refused to give any evidentiary value to awards that are yet to be recognized in Ecuador<sup>14</sup>.

### 2.2.2 Execution process

The process of executing a foreign award after it has been recognized as described above is basically the same as any execu-

12. Article 125 of COGEP requires prima facie proof of the debt and unlikelihood that the credit can be collected.

13. See, Á. GALINDO & H. GARCÍA, N. 2, p. 78.

14. See, Civil Judicial Unit of the Metropolitan District of Quito, Process No. 17230-2016-04898G, 9/12/2016.

tion procedure in Ecuador, including the special laws applicable to State property.

The Court that executes a recognized award is the court of first instance at the domicile of the defendant or, if the claimant prefers, the judge of the place where the assets to be executed are located.

If the award includes payment of interest, the Court will settle interest and then allow the debtor 24 hours to either pay or set aside goods to be auctioned, and with the money obtained from the auction to pay the creditor.

If the debtor does not set aside any property, the creditor will ask the judge to seize the debtor's goods in order to auction them and to collect its credit. As a general rule, it is preferred to seize money (bank accounts for example) because in this way the auctioning the assets is avoided.

If the debtor pays at the request of the Court, enforcement of the recognized award may take from three to six months. If the debtor defaults and uses all available mechanisms to delay the process, it can take much longer.

As we will explain below, there are special difficulties that arise when the debtor is the State or State-owned entities.

Finally, it is worth mentioning that recognition of the award can be subject to control by the Constitutional Court in Ecuador via an Extraordinary Protection Action (AEP) if one of the parties feels that its constitutional rights have been violated.

### **3. ARBITRATION IN ECUADOR AND ANNULMENT OF AWARDS UNDER COGEP**

#### **3.1 Domestic arbitration procedure**

Arbitration in Ecuador is the second option available to foreign entities as a dispute resolution mechanism. In the last decade, the level of arbitration in the country has achieved important progress. Practitioners have willfully accepted this method of dispute resolution, and polished it.

Arbitrators are generally respected individuals from the Ecuadorian legal community, the Arbitration and Mediation Law (LAM) has been in force since 1997 and it has international standards, and the dispute resolution centers have acquired importance, especially the Arbitration and Mediation Center of the Quito Chamber of Commerce, the Arbitration Center of the Ecuadorian-American Chamber of Commerce, and the Arbitration Center of the Guayaquil Chamber of Commerce.

Another available option is domestic arbitration, but appointing international arbitrators to resolve the procedure. The nationality of the arbitrators does not necessarily make the procedure international.

All of these features and not needing a recognition procedure to enforce the award make domestic arbitration an interesting alternative for international entities. However, domestic awards are subject to annulment before the Ecuadorian courts.

#### **3.2 Annulment of awards**

The annulment procedure for domestic awards in Ecuador is regulated under article 31 of the Arbitration and Mediation Law. The new COGEP has not modified this procedure nor has it regulated the annulment of awards in any relevant way –ob-

viously some of its procedural mandates will influence how the annulment procedure is conducted— but nothing beyond this.

Article 31 of the LAM limits to five the causes for annulment which refer to relevant procedural mistakes constituting good cause to void the award:

- a) When the defendant was not legally summoned and the trial continued and ended without the defendant's presence. Lack of subpoena must, in practice, have prevented the defendant to put forward his exceptions or enforce his rights; additionally, the defendant must have pointed out this procedural failure when first intervening in the dispute;
- b) When the parties were not notified with the court's orders and this prevented or limited their right of defense;
- c) When a party was not summoned or was not served the summons, or even after the party was summoned it did not have the opportunity to present evidence, despite the existence of facts to be justified;
- d) When the award deals with matters not submitted to arbitration or grants them beyond what was claimed; or,
- e) When the procedures provided by this Law or by the parties to appoint arbitrators or to constitute the arbitral tribunal have been violated.

Theoretically, the annulment proceeding should not get into the substance of the original dispute<sup>15</sup>. The nature of annulment has been clearly defined and limited both by doctrine<sup>16</sup> and by judicial precedents<sup>17</sup>.

The President of the Provincial Court is the judge who hears annulment disputes. The annulment instance should take no more than 30 days, but in our experience this period has never been accomplished.

15. F. ALBUJA GUARDERAS, "La acción de nulidad de un laudo arbitral: ¿un proceso de conocimiento?", "Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 271.
16. J. MARCHÁN, "La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011, pp. 17-30.
17. Provincial Court of Pichincha, *Quasar Nautica Expeditions S.A. c. Ocean Adventures S.A.*, Decision, 25/11/2009, p. 12.

### **3.2.1 Annulment process**

On March 22, 2017, the plenary National Court of Justice issued Resolution 08-2017 establishing “Rules of procedure for annulment of an arbitral award.” The purpose of this initiative, in accordance with the preamble to the Resolution, is to adapt the rules for annulment proceedings established in article 31 of the Arbitration and Mediation Law to the provisions of the General Organic Code of Processes<sup>18</sup>.

Articles 1.1 and 1.2 of the Resolution are a compilation of what is already established in article 31 of the Arbitration and Mediation Law, stating that an action for nullity of an arbitral award must be submitted to the arbitral tribunal that issued it within ten days after it is rendered final, and that the tribunal, within a three-day term, must refer the case to the President of the Provincial Court that is competent by reason of territory.

Article 1.3 gives the President of the Provincial Court the possibility of rejecting the action in the event that the plaintiff did not submit it within the aforementioned ten-day term. This is somewhat contradictory to what is established in article 31 of the LAM since the power to admit the action –at least with respect to temporality– in principle would fall on the arbitral tribunal before which it is presented.

In a clear attempt to accelerate the process, article 1.4 states that in order to resolve the annulment action, the President of the respective Provincial Court must rule within thirty days from the date of the action in a single hearing and must follow the guidelines established in article 79 of COGEP in application of article 2 of the Resolution - when evidence will be produced.

Most likely, in the same procedural order that summons the parties to the hearing, the President will ask the defendant to answer the annulment action within five days. It would be absurd to initiate the hearing without the respondent having answered

18. J. JARAMILLO, “¿Larga vida al arbitraje? Los efectos de la Resolución 08-2017 de la Corte Nacional de Justicia”, 13/04/2017, «<https://goo.gl/19AtV6>».

the claim and after the plaintiff has had the opportunity to review the answer. Pursuant to article 3 of the Resolution, at the end of the hearing the President of the Provincial Court must rule orally and notify the reasoned judgment in writing within ten days.

Although determination of the thirty-day term for the aforementioned single hearing would seem to expedite the process of annulment, it could be the case –as it turns out to be a repeated practice in the process of applying COGEP– that the judge will decide to suspend the hearing and to reinstall it later, either because of the need to produce more evidence or to think in more detail before the corresponding ruling is issued.

### *3.2.2 Appeals and revisions of annulment decisions*

Lastly, and with the same intention of expediting the annulment process, article 4 of the Resolution establishes that “there will be no recourse for the judgment passed by the President of the Provincial Court, except horizontal recourses for clarification or expansion”.

In this way, the National Court of Justice seems to put an end to the long annulment processes in which the party for whom the decision was not favorable raised the vertical recourses of appeal and cassation. However, it is necessary to note that this provision is contrary to the criterion stated by the Constitutional Court which, through Judgment No. 325-15-SEP-CC, said that the nullity action is a process to decide a legal issue subject to the remedies of nullity and cassation.

However, the Resolution makes no reference to the AEP where, according to the criterion expressed by the Constitutional Court, it is up to the plaintiff to have exhausted all remedies available to the ordinary courts. In application of the Resolution, the AEP would be admissible once the decision of the President of the Provincial Court resolving the annulment action is settled and enforced. On the other hand, it should be remembered that, ac-

ording to the criterion of the Constitutional Court, the AEP may also be presented directly against the arbitral award in such cases in which it was raised to protect constitutional rights that cannot be protected through annulment.

In conclusion, the application of the Resolution, in principle, would have a positive effect on the agility in the process of annulment of arbitration awards without prejudice to the practical complications that its application, especially in relation to COGEP, can generate.

#### 4. LITIGATION IN ECUADOR

The disadvantages of litigating in Ecuador have already been discussed such as the long duration of proceedings, lack of predictability of the rulings, lack of expertise and confidentiality, amongst others. Nonetheless, there are also some advantages of litigating under the ordinary justice in Ecuador. This is especially true in two instances: **(i)** when claims are small and not worth the higher costs of arbitration, and **(ii)** most importantly, it is very convenient to litigate in Ecuador when there are guarantees that can be directly executed.

According to article 336 and following articles of COGEP, guarantees such as pledges enjoy a special summary procedure in Ecuador, since these documents are considered full proof of the debt. Thus, a pledge that has been duly registered, if applicable, will be considered "*título de ejecución*" and the rights granted by a mortgage contract can be claimed directly through execution with no need of a previous declaratory proceeding.

The debtor may only oppose the writ of execution within a period of five days for the following reasons: payment or payment in kind, compromise, remission, novation, confusion, compensation or loss or destruction of the thing owed.

The cause invoked must be duly justified. The opposition does not suspend the execution and will be resolved at the executory proceeding. If the debtor fails to comply with the obligation, the judge will order the seizure of property belonging to the debtor.

In the case of real estate declared by court rulings, the judge will declare the embargo and will register it. It will then call an independent expert to assess the value of the real estate and will sell it in a public auction. The creditor will be paid with the yield of the auction.

This process should not be lengthy and the causes for opposition available to the debtor are very limited. It should not take longer than a few months, although we have seen processes that last longer.

Thus, domestic litigation could be a better solution than arbitration in the specific case of contracts guaranteed by mortgages and pledges, since it is possible to directly execute them, while in arbitration –both domestic and even more in international arbitration– there is first a procedure that homologates the award, followed by a second procedure for execution.

#### **4.1 When the counterparty is the Ecuadorian State or a public entity**

A word must be said about negotiating dispute resolution forums when the counter-party is the State or a public entity since the scenario varies considerably from the commercial perspective presented in this paper.

Article 422 of the Ecuadorian Constitution<sup>19</sup> prohibits Ecuador from entering into arbitration clauses in commercial cases

19. Ecuadorian Constitution, Art. 422: International treaties or instruments where the Ecuadorian State yields its sovereign jurisdiction to international arbitration entities in contractual or commercial disputes between the State and private natural or juridical persons cannot be entered into. The international



when these imply yielding the State's sovereign jurisdiction to international arbitration entities.

This rule has two exceptions; the first is included in the same article which determines that the State may enter into arbitration clauses in treaties with other Latin American countries if the arbitration is conducted in a regional center. The second can be inferred from the fact that the article only mentions commercial arbitrations where sovereignty may be ceded to third parties (we believe targeting the BIT clauses) and does not mention other types of arbitrations such as investment disputes. Further, the new Public-Private Partnership Law also authorizes the State to arbitrate at a regional level<sup>20</sup>.

#### *4.1.1 Requirement of COGEP's Article 104 regarding the execution of awards rendered against the State:*

The last paragraph of article 104 establishes:

For the purpose of recognizing judgments and arbitration awards *against the State, since they are not commercial matters, it must also be demonstrated that they do not contravene the provisions of the Constitution and the law*<sup>21</sup>, and that they are in accordance with the international treaties and conventions in force. In the absence of international treaties and conventions, they shall be enforced if they appear in the respective warrant or the national law of the country of origin recognizes its effectiveness and validity (Free translation, emphasis added).

This peculiarity regarding the enforcement of international awards rendered against the State provides that the applicant must prove that the decision which it is seeking to homologate

---

treaties and instruments that provide for the settlement of disputes between States and citizens in Latin America by regional arbitration entities or by jurisdictional organizations designated by the signatory countries are exempt from this prohibition. Judges of States which as such or their nationals are part of the dispute cannot intervene. In the case of disputes involving the foreign debt, the Ecuadorian State will promote arbitration solutions on the basis of the origin of the debt and subject to the principles of transparency, equity and international justice.

20. Organic Law of Incentives for Public Private Associations, Art. 20, RO Sup. 652, 18/12/2015.

21. In this case the reference to the law should be construed as Ecuadorian law.

does not contravene the provisions of the Constitution, the law and international treaties, making it much more complicated for awards rendered against the State to be recognized in Ecuador.

#### *4.1.2 Does the last requirement of COGEP article 104 violate the NYC?*

In our opinion, the requisite that an international award should comply with the Ecuadorian Constitution and laws is contrary to the New York Convention<sup>22</sup>. However, we know of no proceeding in which the competent forum has declared this law to be invalid. Of course, if a judge finds that there is a conflict between the NYC and COGEP, the NYC should prevail.

The aim of the NYC is to forbid double exequatur of awards. In principle, the New York Convention is hierarchically superior to COGEP. Article 18(4) of the Civil Code establishes the principle of systematic interpretation of the law whereby the legal system must be interpreted in its context so that there should be correspondence and harmony between them. That is, giving an effect to all provisions, preferring their applicability to their ineffectiveness. The norm states:

The context of the law will serve to illustrate the meaning of each of its parts, so that there is correspondence and harmony between them. The dark passages of a law can be illustrated by other laws, particularly if they deal with the same subject (free translation).

In that sense, COGEP provisions should be understood in the context of the entire Ecuadorian legal system, which includes the NYC. Therefore, an interpretation in which COGEP provisions are consistent with those of the NYC should be preferred. Otherwise, or in the event of impossibility, in accordance with the principle of the prevalence's of the hierarchically superior rule established in article 425 of the Constitution, the NYC should prevail. In this regard, it is necessary to analyze the principles of in-

22. Á. GALINDO & H. GARCÍA, N. 2, p. 75.

terpretation of the New York Convention in the light of COGEP provisions.

Additionally, even if the court of recognition would homologate the award, it is extremely difficult in Ecuador to judicially execute an award against the State.

#### *4.1.3 Difficulties for the execution of awards in the case of the State/public entities*

Ecuadorian law currently provides that domestic funds deposited into the Unified Treasury Account and funds deposited abroad into accounts maintained by the Central Bank of Ecuador may not be seized and may not be the subject to any collection action or preventive or injunctive measures.

Further, Article 45 of the Monetary Code establishes:

Article 45.- Special Accounts. The Monetary and Financial Policy and Regulation Board may authorize entities other than those making up the General State Budget to create special accounts within the National Treasury Single Current Account. The special accounts of all national public companies are part of the National Treasury Single Account” (free translation).

Nor would it be possible to execute judgments against the accounts of State institutions, including public enterprises:

Article 46.- Impossibility to seize. The deposits of public entities and the resources of the Deposit Insurance Corporation, the Liquidity Fund and the Private Insurance Fund in the Central Bank of Ecuador or in their accounts, both in the country and abroad, cannot be seized, they enjoy sovereign immunity and cannot be subject to any type of coercion or preventive or precautionary measure (free translation).

Nevertheless, there are, at least theoretically, two other options that are available to a creditor to obtain payment of an in-

ternational award: **(a)** the creditor could seize assets that are not protected from seizure under Ecuadorian law<sup>23</sup>, and **(b)** the President and the National Assembly could include the value of the potential award in the national budget of the following year.

Several laws currently in force in Ecuador prohibit seizure of funds from the Ecuadorian National Unified Treasury Account (Treasury Funds), including Article 40 of the Monetary Code cited above.

Article 136 of the Organic Monetary and Financial Code (Monetary Code) which took effect on September 12, 2014, states that “property and funds which make up the foreign assets of the Central Bank of Ecuador may not be seized, and they enjoy sovereign immunity” and cannot be “subject to any type of collection action, preventative or injunctive measures”. Finally, Article 1634 of the Civil Code lists property that is not subject to seizure, which includes “assets that cannot be attached pursuant to special laws”.

We have found one case in which a civil court in Pichincha granted a request to seize Unified Treasury Account funds in order to satisfy a judgment of an arbitral tribunal against the Ministry of Agriculture and in favor of a private company<sup>24</sup>.

In this case, the private company brought a series of arbitration proceedings against the Ministry of Agriculture, arguing that the ministry owed it money based on previously unpaid invoices. In the award enforcement proceedings, the civil court of Pichincha noted that the Civil Code at the time did not preclude the seizure of assets from the Unified National Treasury Account and granted its request to embargo both Treasury Funds as well as fiscal assets belonging to the Ministry.

23. Such as those that do not pertain generally to the public. These assets could include both real property and movable property used by the various ministries of the national government (e.g., real estate, vehicles, office supplies, etc.).

24. See, Twenty Third Civil Court of Pichincha, *Natural Resources Limited vs. Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca*, Trial No. 0981-2003.

It should be noted, however, that this case was adjudicated in 2009, prior to the promulgation of the COPFP in 2010 and the Monetary Code in 2014. Thus, it appears as though this outcome would be barred by the terms of that statute if it were tried in the present day.

Under Ecuadorian law, it is possible for a creditor to seize (commercial) assets of the State pursuant to a judgment. It is debatable if this kind of assets falls outside the scope of those that are specifically protected from seizure under the COPFP and the Monetary Code. Article 604 of the Civil Code defines fiscal/commercial assets as those that are not part of the public domain. Assets in the public domain are those that “pertain to the entire nation” and that may be generally used by all citizens, such as roads, bridges, and beaches. Commercial assets, by contrast, are those that do not pertain generally to the public.

We believe it would be difficult for the judge to proceed with the seizure of commercial assets of the Republic of Ecuador. This is especially true due to the wording of Article 136 of the Monetary Code:

Article 136.- Impossibility to seize. The assets and resources that make up the external assets of the Central Bank of Ecuador cannot be seized, they enjoy sovereign immunity, cannot be subject to any type of compulsion, preventive or precautionary measure or execution, and can only be applied for the purposes set forth in this Code.

The second way in which a creditor could execute its award is through a specific allocation of that payment in its annual budget. Article 170 of the COPFP (the same statute that prohibits the embargo of Treasury Funds discussed above) provides that “State funds” may be disbursed pursuant to “final judgments” and financed through specific ministerial budgets. Article 170 states:

Public sector entities and agencies shall comply immediately with final judgments which have become *res iudicata*, and if

they imply disbursement of funds; such obligation shall be financed against the budgetary allocations of the respective entity or agency for which, if necessary, the respective amendments shall be made in non-permanent expenses (free translation).

These laws do not expressly prohibit payment of Treasury Funds that are lawfully approved for disbursement in order to satisfy an embargo order. But there is no way to control that these obligations are actually included in the State budget and also if the State or public entities do actually pay.

## **5. CONCLUSION**

All the forums studied in this paper yield advantages and disadvantages regarding the convenience for an international party when contracting with an Ecuadorian counter-party. International arbitration lost some of its attractiveness due to the new provisions of COGEP regarding recognition of foreign awards in Ecuador. However, international arbitration has not ceased to be a valid alternative, as the new process does not hinder the execution of foreign awards; it only introduces a new longer procedure. The same cannot be said regarding international arbitration against the State which now is extremely more complicated. Finally, foreign courts, domestic arbitration and domestic litigation are other alternatives that, depending on the circumstances, should be considered when including a dispute resolution clause in a contract, and should be worth a second look.

All these considerations should be balanced at the time of choosing a forum for a dispute with the State.



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](mailto:info@santosburbano.com)  
[www.santosburbano.com](http://www.santosburbano.com)

Quito-Ecuador





# La acción de nulidad de los laudos arbitrales

Oswaldo Santos Dávalos\*-\*\*

Recibido/Received: 21/07/2017  
Aceptado/Accepted: 24/07/2017

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Consideraciones generales. 2.1 Antecedentes. 2.2 Naturaleza. 2.3 Relación con el régimen de las nulidades procesales. 2.4 La acción de nulidad y el orden público. 2.5 Trámite. 2.6 Impugnación. 2.7 Legitimación en la causa. 3. Aplicación. 3.1 Efectividad. 3.2 Tipo de arbitraje. 3.3 Número de árbitros. 3.4 Intervención del Estado. 3.5 Quién intenta la nulidad. 3.6 En contra de quién se intenta. 3.7 Duración. 3.8 Efectos de la nulidad. 4. Causales. 4.1 Falta de citación. 4.2 Falta de notificación con las providencias dictadas por el tribunal. 4.3 No práctica de pruebas. 4.4 Incongruencia e incompetencia *ratione voluntatis*. 4.5 Indebida composición del tribunal. 4.6 Otras causales analizadas. 4.7 Causales que se debería incluir y posibles reformas. 5. Resumen y conclusiones.

**PALABRAS CLAVE:** acción de nulidad, arbitraje, laudos, Ley de Arbitraje y Mediación.

**KEYWORDS:** action of annulment, arbitration, arbitral awards, Arbitration and Mediation Law.

\* Socio de Santos Burbano de Lara, Profesor titular de la Universidad San Francisco de Quito. Este artículo se basó en la monografía final presentada dentro de la especialización superior en métodos alternativos de solución de conflictos que el autor cursó en la Universidad Andina Simón Bolívar.

\*\* El autor desea agradecer a Bernarda Muriel y Hugo García por haberle suministrado la mayor parte de las sentencias que se analizó; a Macarena Bahamonde, Juan Sebastián Baquero, Valentina Carrasco, Ana Cobo, María Gabriela Díaz, Ana Morales, María Gracia Naranjo, Camila Sánchez e Isabel Yepes por su ayuda en la investigación y en la elaboración de la base de datos utilizada en este artículo; y a Pablo Romero del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito por la información sobre el porcentaje de laudos de ese Centro que son impugnados.

**RESUMEN:** en este artículo se hace un análisis crítico de la acción de nulidad de los laudos arbitrales prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación. Incluye un estudio de la naturaleza de la acción de nulidad y de sus causales. Se analiza, además, una serie de sentencias dictadas dentro de acciones de nulidad.

**ABSTRACT:** This article studies the annulment of arbitral awards as enshrined in the Arbitration and Mediation Act. We assess the nature of the action for annulment and the grounds on which an award can be set aside. The article also studies several rulings entered by Ecuadorian courts in annulment proceedings.

## 1. INTRODUCCIÓN

La naturaleza convencional y alternativa del arbitraje exige que el control judicial de los laudos sea limitado. Es por eso que, a diferencia de las sentencias, los laudos son inapelables. El único mecanismo que usualmente se prevé para impugnarlos es la acción de nulidad.

La acción de nulidad es una de las instituciones más importantes del arbitraje. Quizás eso explique que su tratamiento haya alcanzado un cierto grado de uniformidad. Las leyes modernas de arbitraje establecen dos principios básicos con respecto al control de los laudos. El primero, como explicamos, es que la acción de nulidad es el único medio para impugnar un laudo. El segundo principio es que las causales por las que se puede intentar la acción de nulidad son específicas y taxativas<sup>1</sup>.

Además, la mayor parte de ordenamientos tienen un enfoque similar con respecto a las razones por las que se puede anular un laudo arbitral<sup>2</sup>. Algunos de ellos están inspirados en la Ley Mo-

1. C. CONEJERO ROOS, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, La Ley, 2009, p. 82.
2. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2da. Ed., Kluwer Law International 2014, p. 3163.

delo de la CNUDMI (Ley Modelo)<sup>3</sup>. En esencia, la acción de nulidad busca asegurar que se respete el debido proceso de las partes y su acuerdo sobre cómo tramitar el arbitraje<sup>4</sup>.

A través de la acción de nulidad se puede conseguir “que se corrijan eventuales errores ‘in procedendo’ que podrían haberse deslizado en la sustanciación de una causa”<sup>5</sup>. Como se dijo en otra oportunidad, “[e]l objeto de la acción de nulidad es un examen a posteriori de los errores *in procedendo* del fallo. Por lo tanto, no es posible que el órgano judicial entre al análisis de los errores *in iudicando* de los árbitros, ya que son cuestiones que afectan al fondo”<sup>6</sup> del laudo.

En este artículo estudiaremos la acción de nulidad prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). Nuestra exposición está dividida de la siguiente manera: primero nos referiremos a algunas cuestiones generales sobre la acción de nulidad. Explicaremos, por ejemplo, cuáles son sus antecedentes normativos, su trámite y su naturaleza. Después expondremos los resultados del análisis que hicimos de algunas sentencias de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Veremos, por ejemplo, cuál es la correlación entre la participación del Estado en un arbitraje y la probabilidad que un laudo tiene de ser anulado, con qué frecuencia se anula laudos dictados por tribunales unipersonales y en contra de quién suele dirigirse las acciones de nulidad. Más adelante estudiaremos con detenimiento las causales de nulidad. Analizaremos el artículo 31 de la LAM y veremos cómo se ha aplicado cada una de esas causales. También nos referiremos a algunas causales que, en nuestro sentir, el legislador debería incluir. Terminaremos con un resumen de nuestro trabajo y con la exposición de nuestras conclusiones.

3. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Art. 34.
4. N. BLACKABY *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ta. Ed., Oxford University Press 2015, p. 569.
5. Sentencia de 18 de mayo de 2007 del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito dentro de la acción de nulidad intentada por Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral 003-005 tramitado ante el CAM.
6. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0015.

## 2. CONSIDERACIONES GENERALES

### 2.1 Antecedentes normativos

La consagración de la acción de nulidad, tal como la conocemos hoy, es un hito relativamente reciente en el derecho arbitral ecuatoriano. Si bien el Código de Procedimiento Civil (CPC) contenía normas sobre la nulidad de la “sentencia arbitral”<sup>7</sup>, no existía una acción autónoma con la que buscar la anulación de la decisión tomada por los árbitros. El CPC permitía la apelación de esas “sentencias” y la nulidad se incluía dentro del recurso de apelación<sup>8</sup>. Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial establecía que tales “sentencias” eran inapelables<sup>9</sup>.

La acción de nulidad fue consagrada por primera vez en el artículo 31 de la LAM<sup>10</sup>. Fue reformada más adelante<sup>11</sup>. En la actualidad, se puede pedir la nulidad del laudo si: **(i)** se irrespetó el derecho a la defensa de una de las partes; **(ii)** el tribunal falló sobre cuestiones no sometidas a arbitraje; **(iii)** el laudo es incongruente por *extra* o *ultra petita* o **(iv)** el tribunal fue constituido irrespetando el procedimiento acordado por las partes o el procedimiento previsto en la ley. Como veremos, se puede hacer algunas observaciones a la manera en la que esas causales han sido consagradas y, más todavía, a la forma en la que se las ha aplicado. Sin embargo, previo a estudiar en detalle cada causal, es conveniente que nos refiramos a otros aspectos de esa institución.

### 2.2 Naturaleza

Una exposición sobre la acción de nulidad de los laudos exige determinar cuál es la naturaleza de ese medio impugnativo. Ni la doctrina ni la jurisprudencia dan una respuesta uniforme. En

7. Codificación del Código de Procedimiento Civil, Art. 1047, RO Sup. No. 133, 07/02/1953.

8. Ídem, Art. 1048.

9. Ley de Arbitraje Comercial, Art. 17, RO No. 90, 28/10/1963.

10. Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 31, RO No. 145, 04/09/1997.

11. A través de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 417, 14/12/2006.

derecho comparado tampoco hay una solución única. Mientras que hay ordenamientos, como el colombiano o el peruano, que lo califican como un recurso<sup>12</sup>, hay otros, como el español<sup>13</sup> o el nuestro, que lo consideran una acción.

La doctrina procesal no es uniforme al distinguir entre los medios impugnativos que son recursos y los que no. Algunos autores, como ROCCO, por ejemplo, no distinguen entre acciones y recursos, sino entre medios de impugnación ordinarios o extraordinarios. En los medios de impugnación ordinarios se “lleva el examen de la cuestión ante un órgano jurisdiccional superior”<sup>14</sup>. Los medios extraordinarios, en cambio, llevan el “nuevo examen de la cuestión ante el mismo órgano que ha decidido ya una primera vez”. Como explican QUINTERO y PRIETO, ciertos tratadistas en cambio sí “distinguen entre recursos y acción impugnativa, en cuanto esta da vía a un nuevo proceso”<sup>15</sup>. AZULA CAMACHO considera que los recursos son medios de impugnación encaminados a que “se rectifiquen los errores cometidos al tomar cualquier decisión, ya sea que se produzcan como consecuencia de la aplicación equivocada de la norma sustancial o material, o bien por inobservancia de las formas procesales”<sup>16</sup>. Para CALAMANDREI, en las acciones de impugnación no se hace un nuevo examen de mérito, que se busca que se decida por primera vez por él sobre la acción de nulidad que el impugnante propone<sup>17</sup>. Según BACRE, los recursos son una especie de medio de impugnación que se otorga a la parte agraviada que no ha adquirido la fuerza de cosa juzgada para que “se subsanen los errores de hecho o de derecho que lo perjudican”<sup>18</sup>. Sin embargo, en su opinión, el de nulidad es un recurso que sirve para “enmendar los déficits adjetivos” de

12. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Art. 40, Diario Oficial 48.489, 12/07/2012.

13. Ley 60/2003 de Arbitraje de España, Art. 40, Boletín Oficial del Estado, 23/12/2003.

14. U. ROCCO, *Derecho procesal civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil*, Editorial Jurídica Universitaria, 2012, p. 212.

15. B. QUINTERO y E. PRIETO, *Teoría general del derecho procesal*, 4ta Ed., Temis, 2008, p. 635.

16. J. AZULA CAMACHO, *Curso de teoría general del proceso*, 3ra. Ed., 1986, pp. 447-448.

17. V. P. DE ZAVALÍA (Ed.), 1968, p. 54. En esa cita, CALAMANDREI se refiere al “recurso” de casación, al que califica como una acción de impugnación. Sin embargo, ese razonamiento resulta plenamente aplicable a la acción de nulidad como medio impugnativo. Citado por DE LA RÚA, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*.

18. A. BACRE, *Recursos ordinarios y extraordinarios*, Ediciones La Rocca, 1999, pp. 42, 51.

la resolución<sup>19</sup>. PALACIO estima que la acción de nulidad es una categoría de remedio procesal, distinta a los recursos “en sentido estricto”<sup>20</sup>. ROJAS define al recurso como “los mecanismos de que dispone el justiciable para manifestar desacuerdo con las providencias judiciales en aras de su modificación o revocación”<sup>21</sup>. Según la exposición de motivos de la legislación española de arbitraje, en ella “se evita la expresión ‘recurso’, por resultar técnicamente incorrecta”, ya que “[l]o que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo”.

¿Cuál es la naturaleza de la impugnación que persigue la nulidad del laudo? En un inicio se la calificó como recurso<sup>22</sup>. Más adelante, empero, se reformó su denominación, para categorizarla como una acción. Sin embargo, en al menos un fallo se ha considerado que las voces “acción” y “recurso” son sinónimas<sup>23</sup>. A diferencia de las acciones, los recursos buscan la revisión procesal por el inmediato jerárquico del juez para que corrija las irregularidades que pueden existir<sup>24</sup>. Por eso, SALCEDO VERDUGA, refiriéndose al mecanismo impugnativo en contra de los laudos, considera que debe llamárselo “acción” y no “recurso” de nulidad, porque el juez no es el superior jerárquico del tribunal arbitral y, además, a diferencia de los recursos, la acción de nulidad se propone una vez que el laudo ha causado ejecutoría<sup>25</sup>.

Es evidente que la nulidad tiene diferencias muy marcadas con la apelación, que es el recurso emblemático. Mientras que la apelación permite que el *ad quem* revise el fondo de la decisión tomada por el juez, la acción de nulidad tiene una naturaleza “extraordinaria y limitada”<sup>26</sup> y no permite “hacer ningún análisis del

19. Ídem, p. 362.

20. L. E. PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, 14ta Ed., Abeledo-Perrot, 1998, p. 580.

21. M. E. ROJAS, *La teoría de proceso*, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 194.

22. Por ejemplo, en la sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 31 de agosto de 2004, se calificó a este medio impugnativo como un recurso.

23. Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dictada el 6 de marzo de 2009 dentro de la acción de nulidad intentada por Banco del Agro S.A., en Saneamiento, en contra del laudo arbitral de 23 de febrero de 2007 dictado dentro de un proceso arbitral tramitado ante el CAM.

24. E. SALCEDO VERDUGA, *El arbitraje: la justicia alternativa*, Efecto Gráfico, 2001, p. 153.

25. Ídem, p. 155.

26. Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de 5 de junio de 2015 dictada dentro del expediente No. 17100-2012-0105. Véase también la sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-00016.

fondo del asunto”<sup>27</sup> ni constituye “una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo”<sup>28</sup>.

En nuestra opinión, si el criterio para distinguir entre acciones y recursos es la posibilidad de que se revisen los errores *in iudicando*, no hay duda de que la nulidad es una acción, ya que es un medio impugnativo que aplica al presentarse errores *in procedendo* o cuando se ha irrespetado la voluntad de las partes de cómo constituir el tribunal arbitral. Además, es cierto que el juez que conoce la acción de nulidad no es el superior jerárquico del tribunal arbitral, como sí ocurre con el juez que conoce la apelación. Finalmente, el carácter extraordinario de este medio impugnativo se pone de manifiesto cuando se considera que procede únicamente en contra de laudos ejecutoriados, tal como explicaremos más adelante.

### 2.3 Relación con el régimen de las nulidades procesales

Como ha dicho nuestra jurisprudencia, “no toda anomalía en el proceso acarrea per se la declaratoria de nulidad del acto irregular”<sup>29</sup>. La acción de nulidad de los laudos arbitrales es un medio impugnativo “estrictamente de carácter procesal”<sup>30</sup> que, como tal, se debería informar por los principios que rigen a la teoría de las nulidades procesales: trascendencia, especificidad y el principio de convalidación.

*Especificidad.* No hay nulidad sin texto legal expreso<sup>31</sup>. Por lo tanto, no debería poder anularse un laudo por motivos distintos a los previstos en la LAM. Se ha dicho que “[l]os motivos de nu-

27. Sentencia de 25 de agosto de 2008 dictada dentro del expediente 17100-2004-0001.

28. Sentencias dictadas dentro de los expedientes 17100-2012-0105 y 17100-2015-0007.

29. Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 27 de marzo de 2007 publicada en la Gaceta Judicial (año CVIII. Serie XVIII, No. 3, p. 861). Véase también, la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil el 17 de junio de 2003 dentro del expediente 165, RO No. 147, 14/08/2003.

30. Sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro de la causa No.17100-2014-0078.

31. Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 27 de marzo de 2007, N. 29.

lidad se encuentran taxativamente establecidos en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y a ellos debe contraerse la acción contra el laudo arbitral<sup>32</sup>. No obstante, como explicamos más abajo, en varias ocasiones se ha tomado en consideración causales distintas a las previstas en la LAM.

*Trascendencia.* No cualquier infracción procesal acarrea la nulidad del laudo porque el proceso no es un fin en sí mismo. Para que haya nulidad no basta “la infracción a la norma, sino que, dicha infracción haya producido un efectivo perjuicio a los derechos del sujeto procesal interesado”<sup>33</sup>. En materia de nulidad de los laudos, se ha dicho que la afectación causada por el vicio procesal debe ser sustancial<sup>34</sup>.

*Convalidación.* Los actos procesales irregulares pueden convalidarse cuando, por ejemplo, no se ha alegado la nulidad en el tiempo oportuno<sup>35</sup>. La normativa colombiana establece que ciertas causales de nulidad aplican si es que la parte afectada “hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”<sup>36</sup>. Como se dijo en un fallo, “el momento para objetar la competencia del Tribunal Arbitral; y, solicitar la nulidad de la cláusula arbitral estipulada era dentro del procedimiento arbitral”<sup>37</sup>. También se ha dicho que hay ciertas alegaciones sobre la validez del proceso que deben formularse previo a la emisión del laudo: “[e]l Árbitro Único resolvió de manera motivada el pedido de nulidad de la actora, en la etapa procesal correspondiente, dejando saneado el procedimiento previo para poder continuar con el saneamiento”<sup>38</sup>.

32. Sentencia de 1 de julio de 2009 del Presidente de la Corte Provincial de Justicia dentro de la acción de nulidad entablada por Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito para la Vivienda Pichincha en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral 019-2003 dictado por un tribunal del CAM.

33. Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 27 de marzo de 2007, N. 29.

34. Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha de 6 de marzo de 2009 dentro de la acción de nulidad intentada por Banco del Agro S.A., N. 23.

35. Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 27 de marzo de 2007, N. 29.

36. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Art. 41, N. 12.

37. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2013-0090.

38. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0019.



## 2.4 La acción de nulidad y el orden público

Otra interrogante que se debe responder al estudiar la acción de nulidad es su relación con el orden público y el principio dispositivo. Hay medios impugnativos, como el recurso de apelación, donde el principio dispositivo está presente con una claridad incuestionable: la apelación puede ser declarada desierta si es que el apelante no la sustenta dentro del término de ley, el principio de personalidad dicta que la apelación interpuesta por una parte no aprovecha ni perjudica a los demás<sup>39</sup>, se puede declarar el abandono de la instancia, etc.

Las relaciones entre el principio dispositivo y la acción de nulidad no han sido uniformemente reconocidas por nuestra jurisprudencia. Por un lado, varias sentencias han consagrado expresamente que la nulidad se rige por el principio dispositivo y, en consecuencia, han sostenido que los jueces no pueden analizar causales distintas a las invocadas por el solicitante. Según esos fallos, la actuación de los jueces está limitada a analizar “las causales de nulidad alegadas puntualmente por los referidos comparecientes, de conformidad con el principio dispositivo”<sup>40</sup>. Otros jueces han aceptado la transacción en el curso de la acción de nulidad<sup>41</sup>. Finalmente, hay causas en que se ha declarado el abandono.

Por otro lado, hay sentencias en que se ha establecido que el juzgador debe examinar de oficio la solicitud de nulidad, incluso por causales distintas a las invocadas por las partes o cuando la

39. El artículo 336 del Código de Procedimiento Civil establecía lo siguiente: “[c]uando son varias las personas interesadas en el juicio sobre un derecho común divisible, la apelación interpuesta por cualquiera de ellas no aprovecha ni perjudica a las demás”. En el mismo sentido, véase: E. COUTURE, *Fundamentos de Derecho procesal civil*, 4ta Ed., 3ra reimpresión; J. C. FAIRA (Ed.), 2009, pp. 300-301; E. FALCÓN y J. COLERIO, *Tratado de Derecho procesal, civil y comercial*, Vol. VIII, pp. 200-201; L. E. PALACIO, N. 20, p. 64.

40. Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de 5 de junio de 2015 dictada dentro del expediente No. 17100-2012-0105. Véase también, la sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dictada el 6 de marzo de 2009, N. 23, en la que se dijo que “El Presidente de la Corte Provincial de Pichincha, es competente únicamente para conocer y resolver si en el proceso existe o no el motivo de nulidad alegado, el cual debe estar expresamente consignado en la proposición de la acción”.

41. Sentencia dictada dentro del expediente 1700-2006-127.

solicitud no ha sido suficientemente fundamentada<sup>42</sup>. La Corte Constitucional ha sostenido que “el operador de justicia jamás puede someter a la literalidad de las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, sin serias reflexiones en el bloque normativo”<sup>43</sup> previsto en el artículo 76 de la Constitución. Se ha dicho además que en la nulidad intersecan el orden público y el principio dispositivo. La Corte Provincial, citando a SALCEDO VERDUGA, ha sostenido lo que sigue:

existe entonces una convergencia de interés privado [...] con el interés público [...] que se hace evidente en la misma sentencia que resuelve la acción de nulidad del laudo: la parte dispositiva de ella interesa a los intervinientes en el proceso porque allí se dispone la procedencia o no de la anulación del laudo. Y, por otro lado, la parte motiva pertenece al interés público del Estado porque allí se explican las razones o fundamentos jurídicos por los cuales se anulan el laudo arbitral, en defensa de la garantía constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva y de los principios del debido proceso que establece la misma Ley Suprema, que son, indiscutibles, interés de orden público<sup>44</sup>.

Es indiscutible que la aplicación de la acción de nulidad muestra que en ella se intersecan consideraciones de orden privado y otras de orden público. Creemos que no se puede encasillar a la acción de nulidad plenamente dentro de una u otra categoría. Si bien es cierto que los jueces se han mostrado generalmente reticentes a hacer una aplicación extensiva de la acción de nulidad, lo que explica, parcialmente, que la mayor parte de las nulidades intentadas no sea aceptada, también es cierto que, a diferencia de otras legislaciones, no queda a discreción del juez anular un laudo cuando se verifiquen las causales invocadas<sup>45</sup>. Además, al contrario de lo que

42. Sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 17 de febrero de 2004 dentro de la acción de nulidad intentada por Dineagro Corporation Industrial S.A. en contra del laudo dictado dentro del arbitraje contra de Grupexport Cía. Ltda.

43. Sentencia No. 302-15-SEP-CC de la Corte Constitucional, RO Sup. No. 725, 04/04/2016.

44. Voto salvado del juez Juan Toscano Garzón de 12 de mayo de 2011 dentro del expediente 17111-2010-0011. El voto salvado en cuestión se limita a indicar que la cita corresponde a la obra intitulada “El Arbitraje”. Asumimos que se refiere a la obra “El arbitraje: la justicia alternativa”, publicada en 2007 por DISTRILIB.

45. El artículo 34 de la Ley Modelo establece que el laudo “podrá” ser anulado cuando se alegue y pruebe alguna de las causales establecidas allí. La legislación española, inspirada en la Ley Modelo, establece lo mismo.

ocurre en otros ordenamientos<sup>46</sup>, la LAM no contempla la posibilidad de renunciar a la acción de nulidad.

## 2.5 Trámite

La acción de nulidad debe intentarse dentro del término relativamente corto de 10 días posteriores a la ejecutoria del laudo. Se la interpone ante el tribunal arbitral que lo dictó. El tribunal no puede hacer análisis alguno de la fundamentación de la acción; debe limitarse a remitir el expediente al Presidente de la corte provincial respectiva. El Presidente tiene 30 días para resolver a partir del momento en que avoca conocimiento de la acción. El accionante puede solicitar que la ejecución del laudo quede en suspenso si es que rinde caución suficiente. El monto de la caución queda a criterio del tribunal.

Se discutió cuál es el trámite que debe darse a la acción de nulidad. Primero se dijo que aplicaba el trámite ordinario<sup>47</sup>. Más tarde se sostuvo que se debía aplicar un trámite especial, tomando en consideración la naturaleza del arbitraje<sup>48</sup>. El Código Orgánico General de Procesos no contiene norma alguna sobre el tema. Por ese motivo, pocos meses atrás, la Corte Nacional de Jus-

46. Ley 26572 General de Arbitraje del Perú, Art. 126.

47. El fundamento de esa posición era que el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil establecía que toda causa que no tuviera un trámite especificado debía sustanciarse por el trámite ordinario. Son varios los casos que se tramitaron por la vía ordinaria, en los que incluso se abrió un término de prueba. Por ejemplo, en la sentencia de 14 de mayo de 2007, dictada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia dentro de la acción de nulidad intentada por Hotel Quito S.A. en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral No. 014-2004 tramitado ante el CAM, se dijo lo siguiente: “[c]omo en la indicada Ley no se ha establecido el trámite al que debe someterse la acción de nulidad del laudo arbitral, se debe aplicar el precepto del Art. 59 del Código de Procedimiento Civil, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 58 de 12 de julio del 2005, esto es seguirse en la vía ordinaria”.

48. La Corte Constitucional sostuvo que el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable al arbitraje porque “la Ley en la materia establece un procedimiento especial”. La resolución de la Corte obedeció a un informe presentado por el entonces Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito a la Corte Constitucional sobre su decisión de inaplicar el artículo 59 del CPC, por considerarlo inconstitucional. La Corte consideró que, si bien el artículo en mención es constitucional, es cierto que no se lo puede aplicar a la acción de nulidad. Resolución 008-2008-DI publicada en el RO Sup. No. 605, 4/06/2009. La Corte Provincial de Pichincha había manifestado sus reparos a aplicar el trámite ordinario, como se explicó más arriba. En un fallo, por ejemplo, se sostuvo que el trámite ordinario no es aplicable “pues se busca que [la acción de nulidad] sea un mecanismo ágil y que no este sujeto a los largos trámites de los procesos ordinarios dentro de la Función Judicial [sic]”. Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dictada el 6 de marzo de 2009, N. 23.

ticia emitió una resolución en la que se refirió al respecto<sup>49</sup>. La resolución dispone que el Presidente debe verificar si la acción fue interpuesta dentro del término correspondiente. En caso afirmativo, debe ponerla en conocimiento de la contraparte para que la conteste en el término de 5 días. Más adelante se debe convocar a una audiencia única que debe tener lugar dentro del término de 30 días contados desde que el juez tuvo conocimiento de la acción. En esa audiencia se deben practicar las pruebas anunciadas por las partes. El juez debe dictar su sentencia de forma oral en la misma audiencia.

Como explicamos más abajo, la evidencia demuestra que las acciones de nulidad no se resuelven dentro del término previsto en la ley.

## 2.6 Impugnación

A pesar de que no hay duda de que los laudos son inapelables, hubo una discusión sobre si es posible presentar una apelación en contra de la sentencia de nulidad<sup>50</sup>. Algunos consideraban que sí era posible<sup>51</sup>. Sin embargo, la Corte Constitucional<sup>52</sup> y la

49. Resolución No. 08-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, RO No. 983, 12/04/2017.

50. Por ejemplo, en la sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0010 aceptó la apelación presentada por ese entonces la Superintendencia de Bancos y Seguros y la Procuraduría General del Estado. En el expediente 17111-2009-0293, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales de la Corte Provincial de Pichincha tramitó la apelación presentada por Repsol YPF del Ecuador S.A. en contra de la sentencia dictada por el Presidente de esa Corte, que confirmó un laudo arbitral en contra de esa compañía. Sin embargo, la Sala rechazó la apelación.

51. Como explica CHIRIBOGA, el fundamento parecía ser que la ya derogada Ley Orgánica de la Función Judicial así lo permitía. En efecto, el artículo 35 de esa ley, al normar las atribuciones de los ministros de las cortes superiores, establecía lo siguiente: “Corresponde al Ministro de Sustanciación dictar los decretos de trámite, aunque esté ya relatada o fallada la causa. Queda expedita la apelación para ante los Ministros restantes de la misma Sala, cuya resolución causará ejecutoria”. Además, el artículo 24 establecía que “cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, la segunda instancia será de competencia de la Sala a la que no pertenece el Presidente”, V. CHIRIBOGA ARTETA, *La problemática actual de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales*, Tesina de grado para la obtención del título de abogada, 2012, p. 61.

52. Como se sostuvo en la sentencia No. 173-14-SEP-CC de 15 de octubre de 2014, RO Sup. No. 406, 30/12/2014: “la acción de nulidad surge como consecuencia de las causales previstas en el artículo 31 respecto del laudo arbitral, lo que no genera ni da lugar a considerar que la acción de nulidad es una acción independiente del laudo que tiene un trámite adicional al previsto en el artículo mencionado, ya que por el contrario surge de éste, conforme lo determina la ley. Siendo así, la restricción impuesta en el artículo 30 –inapelabilidad laudo arbitral– genera un efecto directo también en la acción de nulidad, ya que caso contrario la Ley hubiera establecido la facultad de recurrencia de la sentencia que resuelva dicha acción”.

Corte Nacional de Justicia se han pronunciado en el sentido contrario<sup>53</sup> (aunque la Corte Constitucional no ha sido consistente<sup>54</sup>).

También se debatió si era posible presentar el recurso de casación en contra de la sentencia del Presidente de la Corte Provincial. Hubo casos en los que se admitió a trámite tales recursos y otros casos en los que no<sup>55</sup>. Actualmente, ya no hay discusión de que la casación en contra de esas sentencias no procede<sup>56</sup>. Finalmente, se ha discutido sobre la procedencia de la acción extraordinaria de protección en contra de las sentencias de nulidad<sup>57</sup>, aunque cabe mencionar que la resolución de la Corte Nacional establece que no cabe “recurso” alguno en contra de tales decisiones.

## 2.7 Legitimación en la causa

Según se ha dicho en varias sentencias, “las acciones de nulidad deben dirigirse en contra de todas las personas a quienes afectaría la declaratoria de nulidad en caso de producirse”<sup>58</sup>. Además, la jurisprudencia es unánime al sostener que los árbitros “no

53. El artículo 4 de la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia establece que “[d]e la sentencia que dicte la o el Presidente de la Corte Provincial, no habrá recurso alguno, salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación”.
54. En la sentencia 325-15-SEP-CC se dijo que si bien existe una “limitación normativa para formular un recurso de apelación frente a un laudo arbitral, pero aquello no implica que la sentencia de nulidad del laudo arbitral no sea apelable”. La sentencia fue publicada en el RO No. 643, 7/12/2015.
55. Véase, por ejemplo, la resolución 207-2003 dictada el 2 de octubre de 2003 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, RO No. 259, 26/01/2004, citada por A. ORTIZ HERBENER en su artículo intitulado “La acción de nulidad de los laudos arbitrales”. En el caso 17111-2010-0011 citado más arriba, la mayoría de la Sala consideró que no procede la casación por no tratarse de un proceso de conocimiento. En voto salvado, el juez hizo mención a la sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex - Corte Suprema de Justicia en la Resolución No. 77-2002, de 23 de abril de 2002, dictada dentro del expediente No.78-2002, en la que se dijo que “En el fondo, ha primado en la Sala la consideración de que está frente a una acción de nulidad de laudo y no frente a un recurso dentro del proceso de arbitraje, por lo que la sentencia de la Corte Superior pone fin al proceso de nulidad”.
56. Como explicamos más arriba, el artículo 4 de la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia establece que “[d]e la sentencia que dicte la o el Presidente de la Corte Provincial, no habrá recurso alguno, salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación”.
57. Por ejemplo, en la sentencia N°164-14-SEP-CC se admitió la acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial.
58. Véase también las siguientes sentencias: sentencia de 8 de febrero de 2010 dictada en el expediente 17100-0069-2008; sentencia de 20 de marzo de 2015 dictada dentro del expediente No. 17100-0068-2014.

son legítimos contradictores, porque no son titulares del derecho procesal de contradicción”<sup>59</sup>.

Sin embargo, en un caso se estimó que los árbitros sí pueden ser condenados en costas si el accionante lo solicita. En otro caso se aceptó la demanda a pesar de que, al parecer, únicamente los árbitros fueron demandados<sup>60</sup>.

### 3. APLICACIÓN

En esta sección expondremos los resultados del análisis de algunas sentencias dictadas dentro de acciones de nulidad. La información recabada da luces sobre la efectividad de ese medio impugnativo, la duración del trámite y la correlación que existe entre la anulación de los laudos y algunas variables de interés, como el número de árbitros o el tipo de laudo sometido a examen, entre otros aspectos.

Analizamos 61 sentencias dictadas por la Corte Provincial de Pichincha. Las sentencias, en su mayoría, versan sobre laudos dictados por tribunales conformados bajo las reglas del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (CAM). No incluimos fallos en particular de manera deliberada con el fin de no afectar la representatividad de la muestra. Eso supuso omitir algunas sentencias muy conocidas, a las que, sin embargo, nos referiremos más adelante. Obtuvimos cierta información sobre el arbitraje que culminó con el laudo impugnado y sobre la sentencia de nulidad en sí<sup>61</sup>. Consideramos que es altamente probable que la muestra sea representativa para Pichincha, pero no podemos decir lo propio con respecto a todo el país.

59. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0009.

60. Sentencia de 28 de junio de 2008 de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Quito dentro de la acción de nulidad intentada por el Programa de Protección Social del Ministerio de Bienestar Social (sic) en contra del laudo dictado el 31 de enero de 2006 dentro del proceso arbitral 014-2005, tramitado ante el CAM.

61. La base de datos estará disponible en el sitio web, <[www.santosburbano.com](http://www.santosburbano.com)>. Se la irá actualizando periódicamente.

### 3.1 Efectividad

Con respecto al número de acciones que tienen éxito, los resultados son muy decisivos: la acción de nulidad *no fue aceptada* en el 88,52% de los casos analizados (es decir en 54 de 61). Decimos que *no fue aceptada* y no que fue rechazada porque hubo casos en que se declaró el abandono o las partes llegaron a un acuerdo que puso fin al proceso de nulidad. Además, se debe tomar en consideración que hubo casos en que el tribunal no se pronunció sobre el fondo de la alegación de nulidad. Una razón frecuente para que los jueces dictaran sentencias *non liquet* fue que la acción había sido dirigida exclusivamente en contra de los árbitros a quienes, tal como explicamos, nuestra jurisprudencia no considera legítimos contradictores. Hubo también casos en que la acción fue rechazada porque se estimó que el actor no satisfizo la carga de probar la causal de nulidad invocada.

Con respecto al porcentaje de laudos que es impugnado, contamos con dos fuentes de información. Bertini realizó un análisis de los laudos dictados por el CAM entre 1998 y julio de 2006. Según sus hallazgos, el porcentaje de laudos impugnados es del 27,1%<sup>62</sup>. De acuerdo con información proporcionada por el CAM, entre 2012 y 2016 se dictó 269 laudos, y se intentó la nulidad de 56, es decir el 20,81%. Si la muestra que obtuvimos del CAM es representativa, eso quiere decir que aproximadamente el 2,4% de los laudos es anulado.

### 3.2 Tipo de arbitraje

Todos los casos analizados corresponden a arbitrajes administrados. En 53 de ellos se pudo establecer si el arbitraje fue en equidad o en derecho. De ese número, el 39,62% de las sentencias (21) versó sobre laudos dictados en arbitrajes en equidad y el 60,37% (32) sobre laudos dictados en arbitrajes en derecho. Encontramos 6 sentencias de nulidad total y una en la que se declaró la nulidad parcial. En todas se pudo determinar si el arbitraje fue

62. L. BERTINI CHIRIBOGA, Acción de nulidad de laudos arbitrales, Editorial El Conejo. 2008, p. 92.

en derecho o en equidad, con excepción de un caso de anulación total. De los casos de anulación total, 4 se refirieron a arbitrajes en derecho y 1 a un arbitraje en equidad. El único caso de anulación parcial que encontramos se refirió a un arbitraje en equidad.

La razón entre las sentencias que anularon laudos dictados en equidad y el número de arbitrajes en equidad es del 9,52% (2 de 21). La razón correspondiente a los arbitrajes en derecho es del 12,5% (4 de 32). Eso quiere decir que, según nuestra muestra, un laudo en derecho tiene una probabilidad un 31,3% mayor que un laudo en equidad de ser anulado. Si bien correlación no significa causación, en al menos un fallo parece haberse insinuado que el examen de los laudos en equidad es menos estricto que el que se realiza a los laudos en derecho. Cuando el arbitraje es en equidad, "el Tribunal no debe sujetarse estrictamente a la literalidad de la ley, aunque es evidente también, que no la puede transgredir". También se ha sostenido, al analizar un laudo dictado en equidad, que "[e]l Tribunal Arbitral no está sujeto a la rigurosidad judicial, ni al tramitar una causa ni al expedir su laudo"<sup>63</sup>. En otra sentencia se citó lo siguiente:

de acuerdo con la intrínseca naturaleza del arbitraje de equidad, los árbitros no tienen la necesidad de acomodarse al rigor de las normas sustantivas y por tal razón no es oportuno en este tipo de arbitraje aludir a "alteraciones de la litis" o a "modificaciones del objeto de arbitraje", ni tampoco a "un concepto de congruencia procesal rígido y formalista", que justifica que los árbitros, en su función decisora, puedan considerar comprendidas en las cuestiones a decidir aquellas pautas que se hallen íntimamente vinculadas a la misma y que sean consecuencia lógica y obligada de lo que se ha planteado, ya que el arbitraje de equidad no se somete a formas legales in procedendo"<sup>64</sup>.

63. Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Quito de 7 de noviembre de 2001 dentro de la acción de nulidad intentada por Compañía Inmobiliaria del Pacífico Impacsa S.A. en contra del laudo dictado dentro del arbitraje No. 99-28.

64. Sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales el 18 de mayo de 2010 dentro del expediente 17100-2004-0444R.



Según nuestra jurisprudencia, el estándar para analizar la incongruencia del laudo dictado en equidad también parece ser menos severo. En un caso se sostuvo que, como consecuencia del principio *iura novit curia*, el juez está vinculado

por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercidas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatidas en el proceso, **mas aun cuando se trata de arbitraje en equidad**<sup>65</sup>. [El énfasis no pertenece a original].

Como la acción de nulidad se refiere a errores *in procedendo* y no al fondo del asunto, el estándar de revisión de los laudos no debería variar dependiendo de si el laudo fue dictado en equidad o en derecho. Por lo tanto, el examen que se haga de un laudo no puede ser menos estricto por el simple hecho de que los árbitros hayan resuelto la controversia según su leal saber y entender.

### 3.3 Número de árbitros

Se pudo determinar el número de árbitros en 46 de los casos analizados. De ellos, el 80,43% (37) correspondió a tribunales de 3 árbitros y el 19,56% (9) a tribunales de un árbitro. De los 7 casos de anulación encontrados, en 6 se pudo determinar el número de árbitros. En el 16,6% de esos casos (1 de 6) el laudo fue dictado por tribunales de un árbitro. El 83,3% restante fue dictado por tribunales de tres árbitros. Por lo tanto, con base en la muestra analizada, el 11,1% (1 de 9) de los laudos dictados por tribunales de un árbitro es anulado. En el caso de los tribunales de tres árbitros, el porcentaje es del 13,15% (5 de 38).

65. Sentencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dictada el 6 de marzo de 2009, N. 23.

### 3.4 Intervención del Estado

El Estado intervino en 8 de los casos analizados (es decir, el 13,11%). No tomamos en consideración tres en los que, si bien se menciona al Estado, concluir que hubo tal participación es discutible<sup>66</sup>. El Estado fue parte en 3 de los 6 casos en que se anuló el laudo. Por lo tanto, con base en la muestra analizada, el 37,5% de los casos (3 de 8) que involucra al Estado culmina en anulación. Obtuvo un resultado favorable en 1 caso y un resultado desfavorable en 2<sup>67</sup>.

El Estado fue el accionante en 3 de los casos en los que intervino y obtuvo la anulación del laudo en 1 de ellos. Su porcentaje de éxito al obtener la nulidad (33,3%) es un 190,3% superior al promedio (que es del 11,47%) y un 194,16% mayor al de los particulares (si no se toma en consideración las acciones intentadas por el Estado, el porcentaje de éxito de las acciones de nulidad es del 11,32% (6 de 53)). Si se analiza además las resoluciones de los recursos de apelación de las sentencias de nulidad, ese porcentaje seguramente sería incluso mayor.

66. En el primer caso, Banco del Agro S.A., una entidad financiera saneamiento, demandó a un fideicomiso. El demandado adujo que la entidad financiera tenía que ser representada por la Agencia de Garantía de Depósitos, por tratarse de una entidad financiera en saneamiento. La Procuraduría General del Estado señaló casillero tanto en el arbitraje como en el proceso de nulidad, pero no hay constancia de que haya intervenido en ellos. Este caso culminó con la anulación parcial del laudo. La sentencia de nulidad fue dictada el 6 de marzo de 2009. En el segundo caso la acción de nulidad fue intentada por Sociedad Industrial y Comercial EICA S.A., una compañía cuyas acciones fueron incautadas por el Estado ecuatoriano. La Procuraduría parece no haber intervenido durante el arbitraje o la acción de nulidad. La acción de nulidad fue rechazada. La sentencia fue dictada el 7 de abril de 2015 dentro del expediente 17100-2013-0090. En el tercer caso, el señor José Wagner Zambrano Mendoza demandó a un fideicomiso. El fideicomiso adujo que el convenio arbitral era nulo porque, dado que el fideicomiso contaba con fondos públicos, se sujetaba a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y requería, por tanto, la aprobación previa por parte de la Procuraduría General del Estado. La Procuraduría General del Estado consta como uno de los accionantes en la información que se tiene sobre la sentencia, pero no se evidencia que haya intervenido en el arbitraje o que haya intentado la acción de nulidad. La sentencia de nulidad fue dictada el 22 de junio de 2016 dentro del expediente 17100-2015-0013.
67. Entendemos que el resultado le fue favorable si la demanda de anulación intentada por la contraparte fue rechazada o si su demanda fue aceptada. Aquí es necesario hacer una acotación. En Cotecna Inspection S.A. en contra de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, el tribunal rechazó la pretensión de la actora pero concedió una “pretensión subsidiaria” en contra de esa entidad pública. El accionante fue Cotecna. Pidió la nulidad del laudo amparándose en la causal d). La Corte anuló el fallo por incongruente. Sin embargo, la decisión incongruente al parecer beneficiaba a la parte actora. Siendo así, bien podría decirse que la decisión de nulidad, dejando todo lo demás igual, benefició a la entidad pública.

### 3.5 Quién intenta la nulidad

Según nuestra muestra, la parte actora intentó la nulidad en 19 casos (31,14%). En 41 (67,2%) casos la acción fue intentada por el demandado. En un caso (1,63%) fue intentada por ambos. La Procuraduría intentó la nulidad en dos casos (3,27%)<sup>68</sup>. (La sumatoria supera el 100% porque no distingue los casos en que la Procuraduría intentó la nulidad conjuntamente con las partes).

Es verosímil suponer que, dejando todo lo demás igual, la parte demandada tendrá un incentivo mayor para intentar la nulidad de la parte actora. No siempre que se rechaza la demanda el laudo adquiere la autoridad de cosa juzgada material, por lo que el actor podría volver a intentarla. Además, en ciertos casos intentar la acción de nulidad puede ser patentemente inconveniente para el actor porque el tiempo que tome la tramitación de la impugnación no suspende la prescripción que corre en su contra. No ocurre lo mismo con el demandado, para quien la nulidad puede ser su única opción en caso de recibir un laudo desfavorable. Sin embargo, incluso tomando eso en consideración, la información obtenida parece indicar que la mayor parte de demandas es aceptada, lo que explicaría que las acciones de nulidad sean intentadas desproporcionadamente por los demandados.

De los 7 casos en que se declaró la nulidad, el demandado fue el accionante en 5. La proporción entre las nulidades obtenidas por los demandados y las nulidades obtenidas por los actores es muy similar a la proporción de acciones de nulidad intentadas por demandados y actores, respectivamente, lo que parece indicar que cuál sea la parte que impugne el laudo no tiene incidencia significativa en la probabilidad que tiene el laudo de ser anulado. Eso llama la atención si se toma en consideración que algunas causales de nulidad (i.e. la falta de citación y la incongruencia por *ultra petita*) no pueden perjudicar al actor<sup>69</sup>.

68. No tomamos en consideración el expediente 17100-2013-0090 porque, como explicamos más arriba, la Procuraduría se limitó a señalar casillero.

69. La parte actora podría verse perjudicada por la incongruencia *extra petita* si lo que el tribunal concede es menos conveniente que lo pretendido por él. Eso fue lo que sucedió en el caso Cotecna, al que aludimos más arriba.

### **3.6 En contra de quién se intenta**

Como explicamos, la jurisprudencia ha reiterado en varias ocasiones que los árbitros no son legítimos contradictores de la acción de nulidad. Sin embargo, encontramos que se demandó a los árbitros en el 33,33% de los casos en los que se lo pudo determinar (18 de 54). En algunos de esos casos la demanda fue rechazada precisamente por ese motivo. Encontramos un caso en que se demandó al Centro. Hubo varios casos en que se demandó al Centro y a la contraparte conjuntamente. De todos los casos en que los árbitros fueron demandados, solo en uno de ellos se anuló el laudo (a pesar de que la Corte reconoció que los árbitros no son legítimos contradictores).

### **3.7 Duración**

En 56 casos pudimos determinar el tiempo transcurrido entre el momento en el que fue dictado el laudo y el momento en el que se pronunció la sentencia o el auto que puso fin al proceso de nulidad. Un solo caso (1,78%) duró menos de 6 meses. El laudo fue dictado el 11 de mayo de 2009 y la sentencia de nulidad fue dictada el 22 de octubre del mismo año<sup>70</sup>. Once casos (19,64%) duraron más de 6 meses y menos de un año. Nueve casos (16,07%) duraron más de un año y menos de 18 meses. Finalmente, 35 casos (62,5%) duraron más de 18 meses. En el caso que más tiempo tomó, el laudo fue dictado el 17 de febrero de 2003 y la sentencia fue dictada el 18 de mayo de 2010, esto es siete años, tres meses y un día después.

### **3.8 Efectos de la nulidad**

El efecto de la nulidad debería variar dependiendo de la causal que la haya originado. Por regla general, debería declararse la nulidad desde que tuvo lugar el vicio que la causó. Así, la nulidad

70. Sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 22 de octubre de 2009 dentro del trámite 17100-2009-0088.

por incongruencia *extra* o *ultra petita* debería afectar únicamente al laudo; la nulidad por haber violado los procesos para integrar el tribunal podría suponer anular todo el proceso arbitral desde la calificación de la demanda<sup>71</sup> o desde la designación del tribunal; la nulidad por falta de citación debería retrotraer el proceso hasta el momento en que debió citarse con la demanda; etc.

Sin embargo, en algunas sentencias se ha tomado decisiones sumamente cuestionables sobre cuál es el momento desde el que debe operar la nulidad. En un caso se concluyó que se debía anular todo el proceso, a partir del momento de la integración del tribunal, porque el laudo era incongruente: “el laudo resolvió sobre cuestiones que no estaban sometidos al arbitraje, y con ello, anuló todo el proceso arbitral, pues ese, y no otro es el objetivo que persigue la acción o recurso de nulidad, que se anule lo actuado, con el fin de que otro Tribunal, constituido de acuerdo con las normas pertinentes, conduzca el proceso arbitral, luego de su designación y posesión, desde la audiencia de sustanciación”<sup>72</sup>.

En otros casos no es claro qué se anuló. Por ejemplo, en un caso se estimó que el tribunal no debió haber tomado en cuenta ciertas pruebas supuestamente inadmisibles. Como consecuencia de ello, la Corte declaró la nulidad del laudo, sin especificar si los árbitros podían o no volver a pronunciarse sobre el tema, si era necesario constituir un nuevo tribunal o si el acto debía intentar su demanda nuevamente<sup>73</sup>. En otro, en el que se estimó que debió citarse al “Estado ecuatoriano” y, supuestamente, se verificó la causal a) del artículo 31 de la LAM, la Corte asimismo declaró la nulidad del “laudo”, sin indicar a qué momento debía retrotraerse la nulidad<sup>74</sup>.

71. Eso ocurriría si un arbitraje se tramitara como si fuera administrado debiéndose tramitar como un arbitraje independiente.

72. Sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 17 de febrero de 2004, N. 42.

73. Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Quito de 27 de abril de 2007 dictada dentro de la acción de nulidad intentada por Patricio Llerena Calderón en contra del Ministerio de Obras Públicas y la Procuraduría General del Estado.

74. Sentencia de 28 de junio de 2008 de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Quito dentro de la acción de nulidad intentada por el Programa de Protección Social del Ministerio de Bienestar Social (sic) en contra del laudo dictado el 31 de enero de 2006 dentro del proceso arbitral 014-2005, tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

## 4. CAUSALES

En esta sección analizaremos cada una de las causales previstas en el artículo 31 de la LAM. Veremos también cómo se las ha aplicado y qué críticas se les puede formular.

### 4.1 Falta de citación

Se puede intentar la nulidad del laudo cuando “[n]o 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”.

La razón de ser de esa causal es evidente. La falta de citación con la demanda quizás sea la vulneración al debido proceso más grave que se puede cometer dentro de un arbitraje.

Según nuestro estudio, el 8,19% de los casos analizados (5 de 61) se refirió a esta causal. De esos casos, en el 40% (2 de 5) se declaró la nulidad. En el primer caso se declaró la nulidad de un laudo dictado en contra de una entidad pública sin personalidad jurídica<sup>75</sup>. En ese arbitraje, el tribunal dispuso de oficio que se cuente con la Procuraduría General del Estado porque la entidad demandada no tenía personalidad jurídica. En un fallo muy difícil de entender, el juez concluyó que el proceso era nulo porque la demanda debía dirigirse en contra del “Estado Ecuatoriano, por medio del Procurador General del Estado, Representante Judicial del mismo (sic)”. No obstante, la Procuraduría General del Estado sí había señalado domicilio para notificaciones. Además, no es cierto que la demanda en ese caso haya tenido que dirigirse en contra del “Estado”. A pesar de que los árbitros opusieron la excepción de falta de legítimo contradictor, el juez anuló el laudo de todas maneras. Además, si es cierto que el “demandado” no tenía

75. *Ibidem*.

personalidad jurídica, no se explica cómo pudo interponer la acción de nulidad.

En el segundo caso se anuló un laudo dictado dentro de un proceso en que una de las demandadas no fue citada debidamente<sup>76</sup>. Sin embargo, la nulidad afectó únicamente al laudo y, al parecer, no retrotrajo el proceso arbitral al momento de la citación. La demandada que fue afectada por la falta de citación sí compareció al arbitraje y opuso excepciones que, al parecer, no fueron tomadas en cuenta. Además, en ese caso el juez también analizó la congruencia del laudo y concluyó que el tribunal había otorgado a los actores algo distinto a lo que habían reclamado.

En nuestra opinión, se puede hacer algunas observaciones a esa norma. Primero, la causal exige que el “juicio” haya terminado en rebeldía. Los procesos arbitrales no son juicios porque los árbitros no son jueces. Segundo, parece ser que la LAM incurre en una contradicción. Los supuestos que menciona la norma *no se pueden verificar simultáneamente*. Como explicamos, la LAM exige (i) que el proceso haya terminado en rebeldía y que (ii) el demandado haya reclamado por la falta de citación al momento de intervenir en la controversia. El proceso arbitral termina en rebeldía si es que el demandado no comparece en ningún momento del arbitraje. Sin embargo, el arbitraje no puede terminar en rebeldía si el demandado interviene en la controversia. Por lo tanto, no es posible que un proceso arbitral termine en rebeldía y que, además, el demandado reclame al momento de intervenir en la controversia.

Esa aporía parece deberse a que el legislador, al redactar esa causal, se basó en disposiciones del CPC que no podían aplicarse al mismo tiempo. El CPC contenía normas sobre la nulidad de las *sentencias* y sobre la nulidad de los *juicios* por la falta de citación. Cuando se refería a la nulidad de los juicios, establecía que el demandado debía reclamar por la falta de citación al intervenir en

76. Sentencia de 6 de junio de 2015 dictada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Pichincha dentro del expediente 17100-2013-116, en la acción de nulidad intentada por Marco Hidalgo López et al. en contra de Francisco Granda Garzón y Gerritje Krol.

la controversia. Cuando aludía a la nulidad de las sentencias ejecutoriadas, exigía que el demandado no hubiere intervenido en la controversia. Si procedía la nulidad de la sentencia por falta de citación entonces no era posible pedir la nulidad del juicio, porque la nulidad del juicio exigía la intervención del demandado en la controversia.

Tercero, esta causal podría ser reemplazada por una que indique que procede la nulidad cuando se ha vulnerado el derecho a la defensa de alguna de las partes. Una disposición así podría reemplazar las primeras tres causales del artículo 31 de la LAM.

#### **4.2 Falta de notificación con las providencias dictadas por el tribunal**

Se puede intentar la acción de nulidad también cuando “[n]o 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”. Esta causal también busca precautelar el derecho a la defensa de las partes. Es evidente que la falta de notificación con una providencia dictada por el tribunal puede traer como consecuencia que la parte afectada se vea impedida de ejercer su defensa cabalmente.

Esta causal fue invocada en siete de los casos analizados (el 11,47%). Según nuestra jurisprudencia, para que esta causal aplique se deben verificar tres requisitos: **(i)** el tribunal debe haber dictado una *providencia*, lo que quiere decir que no aplica a actuaciones anteriores a la constitución del tribunal; **(ii)** segundo, “debe existir falta de notificación a una de las partes con dicha providencia, lo cual se puede verificar de la revisión de los recaudos procesales”; y **(iii)** “esta falta de notificación debe limitar el derecho a la defensa de la parte”<sup>77</sup>.

Se ha estimado que esta causal se puede verificar cuando no se notifica a las partes con la convocatoria a la audiencia de me-

77. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-00016.



diación<sup>78</sup>, pero no cuando se refiere a la falta de notificación con las transcripciones de la audiencia de sustanciación<sup>79</sup>.

Consideramos que esta causal merece dos observaciones. Primero, el irrespeto al derecho del debido proceso puede ocurrir antes de que los árbitros se posesionen. No obstante, esta causal aplica cuando es el tribunal quien conculcó el derecho a la defensa de las partes, es decir, después de que el tribunal tomó posesión. Segundo, como explicamos más arriba, esta causal debería reemplazarse por una que se refiera, en general, al irrespeto al derecho a la defensa de las partes.

### 4.3 No práctica de pruebas

Se puede intentar la acción de nulidad “[c]uando 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”. Como ha explicado la jurisprudencia, “esta causal de nulidad, que es estrictamente de carácter procesal, trata de evitar que las partes queden en indefensión por falta de prueba”<sup>80</sup>.

De acuerdo con nuestro estudio, esta causal fue invocada en 20 de los 61 casos analizados (el 32,78%), incluyendo dos casos en que se declaró la nulidad. Sin embargo, en solo uno de esos dos casos se anuló el laudo por esa causal en particular. En esa ocasión, se concluyó que la falta de firma del perito designado en el arbitraje en cuestión acarreaba la nulidad del informe que había presentado. Como dijo la Corte, “[los] árbitros en la expedición de su laudo no repararon ni tomaron en cuenta que la falta de firma y rúbrica de responsabilidad en el informe pericial del perito designado [...] carece de valor legal y por consiguiente lo con-

78. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0019. Como se dijo en esa oportunidad: “se infiere con meridiana claridad que en ningún momento se ha dejado en indefensión a la [accionante], en la medida en que el Centro de Arbitraje y Mediación le hizo conocer con la debida anterioridad del caso, todas las fechas en las que se iban a llevar a cabo las audiencias [sic] de mediación”.

79. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2016-0011

80. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0078.

vierte en inexistente, máxime si este informe se basaba en fotocopias simples que adolecen de todo valor probatorio”<sup>81</sup>. Eso impidió que el tribunal pudiera justificar “los hechos que sirvieron de base para la expedición del laudo”. Según la Corte, “si el presente laudo es fundado en derecho y se ha pretendido justificar los hechos con diligencias probatorias que carecen de eficacia es obligación, tanto de los árbitros como de los juzgadores el fijar taxativamente los medios de pruebas, establecer las reglas lógicas impuestas por la Ley, la doctrina y la jurisprudencia”<sup>82</sup>. Los reparos que se puede hacer a esa sentencia saltan a la vista. Primero, lo relativo a la admisibilidad de la prueba es distinto al respeto al derecho a la defensa, que se refiere a la oportunidad de *contradecir* la prueba. Segundo, el juez no puede analizar si el proceso de valoración de la prueba del tribunal fue adecuado.

Ha habido también casos en que esta causal ha sido invocada pero la Corte la ha rechazado por estimar, por ejemplo, que la prueba solicitada por el accionante, y negada por el tribunal, era impertinente<sup>83</sup>.

Se puede hacer algunas observaciones a esa norma. Primero, es difícil de entender: *no indica a qué se debió convocar*. La jurisprudencia ha entendido que se refiere a la audiencia de sustanciación<sup>84</sup>, pero la LAM no lo dice expresamente.

Segundo, tal como está redactada, aparenta ser parcialmente redundante. Incluso si se interpretara esa norma para concluir que se refiere a la convocatoria a la audiencia en que se practicarán las pruebas, hay problemas. Por regla general, las pruebas se

81. Sentencia de 27 de abril de 2007 de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Pichincha dictada dentro del expediente 17111-2004-0440, dentro de la acción de nulidad intentada por Patricio Llerena Calderón en contra del laudo dictado el 7 de julio de 2004 dentro del proceso No. 046-2002 tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

82. *Ibidem*.

83. Sentencia dictada el 6 de octubre de 2009 dentro de la acción de nulidad intentada por Douglas Klein Rutherford en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral 2005-005 tramitado ante el CAM. En ese caso se dijo lo siguiente: “el Tribunal, en uso de sus atribuciones, ha considerado innecesario el peritaje solicitado por Douglas Rutherford, que no cuestionaba la veracidad de sus firma y rúbrica, por lo que ha procedido en el marco de sus atribuciones legales, habiendo despachado todas las pruebas pertinentes al caso”.

84. Sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 17 de febrero de 2004, N. 42.

anuncian con la demanda o con la contestación y se ordena su práctica en la audiencia de sustanciación. Cuando la ley dice “no se hubiere convocado” parece indicar que *no se practicó una diligencia probatoria pedida por las partes*. Siendo así, no habría diferencia alguna entre “no haber convocado” y “luego de convocada, no se hubiere practicado las pruebas”.

Tercero, se superpone con la causal b). No haber “notificado la convocatoria” de la audiencia en que se practicarán las pruebas se subsumiría en la causal b) que analizamos más arriba. Como explicamos, esa causal se refiere a los casos en que no se hubiere notificado a una de las partes con una providencia dictada por el tribunal, cuando eso suponga una limitación al derecho a la defensa de las partes.

Cuarto, no es clara. La acción de nulidad bajo esta causal procede *si y solo si* hubo hechos que justificar. Sin embargo, el rechazo de la práctica de una prueba puede resultar procedente incluso si es que existe un tema de prueba. Supongamos, por ejemplo, que el vendedor reclama el pago del precio y el comprador se opone aduciendo que cumplió oportunamente. Supongamos que el tema de prueba queda limitado a establecer si el comprador cumplió su obligación. Asumamos, finalmente, que el comprador pide como única prueba la realización de un dictamen contable para demostrar que la cosa dada en venta presenta vicios redhibitorios. Esa prueba no debería practicarse por ser inconducente e impertinente. Sin embargo, en un caso así sí habría hechos que justificar. Sin embargo, como anotamos más arriba, hay casos en que se ha rechazado la invocación de esta causal incluso cuando no se ha practicado la prueba pedida por las partes porque, a criterio de la Corte, tal prueba resultaba impertinente<sup>85</sup>.

Quinto, es incompleta. Como explicamos más arriba, el literal c) parece referirse a la no realización de la audiencia en que se practicarían las pruebas pedidas por las partes. No obstante, puede que en un arbitraje no haya una audiencia señalada exclusivamente para la práctica de las pruebas, como ocurriría si todas

85. *Ibidem*.

las pruebas fueran de índole documental y fueran agregadas al proceso en la audiencia de sustanciación. Interpretada de manera literal, esa norma dejaría de lado supuestos en que el tribunal en la audiencia de sustanciación se negara arbitrariamente a incorporar una prueba pedida por las partes.

#### 4.4 Incongruencia e incompetencia *ratione voluntatis*

El literal d) indica que se puede intentar la nulidad cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas a arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. Esa causal “tiene sentido lógico, en cuanto la jurisdicción convencional que nace de un convenio arbitral, es excepcional y únicamente faculta a quienes fueron nombrados árbitros, a tratar solo y exclusivamente los temas sometidos a *litis* [...]”<sup>86</sup>. Se ha dicho también que “la autoridad de los árbitros se funda en el acuerdo de las partes enfrentadas”, por lo que su actuación “debe ceñirse al contrato o acuerdo de voluntades de las partes [...]”<sup>87</sup>. Tiene lugar “si el laudo arbitral no se halla en consonancia con las pretensiones formuladas por el actor en la demanda, o con las excepciones que aparezcan probadas y hubiesen sido invocadas por el demandado [...]”<sup>88</sup>.

Ese literal se refiere a dos supuestos claramente diferenciados. Por “cuestiones no sometidas a arbitraje” la LAM se refiere a materias que no están cobijadas por el convenio arbitral, es decir que se refieren a la competencia del tribunal *ratione voluntatis* (y, también, *ratione personae*). Las cuestiones sometidas a arbitraje versan sobre la competencia *ratione voluntatis* cuando aluden a los límites del convenio arbitral. Se refieren a las controversias que las partes han acordado someter a arbitraje. Hay quienes consideran que esa causal alude también a la arbitrabilidad objetiva, es decir los asuntos que pueden someterse a arbitraje<sup>89</sup>, pero no-

86. Sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales de la Corte Superior de Justicia dentro de la causa 17100-2004-0083.

87. Sentencia de 15 de junio de 2016 dictada por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro del expediente 17100-2014-0078.

88. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-002.

89. E. SALCEDO VERDUGA, N. 24, p. 151.

sotros discrepamos. Estimamos que hay que distinguir entre las consecuencias “sometidas a” y las controversias “susceptibles de” arbitraje. Lo primero alude a un supuesto concreto; lo segundo, a uno abstracto. Por lo tanto, las materias “sometidas a” arbitraje son las que están cobijadas por el convenio arbitral. Las controversias “susceptibles de” son las que podrían ser arbitrables. En nuestro ordenamiento, el fundamento de la arbitrabilidad objetiva es la transigibilidad y eso no depende del acuerdo de las partes.

En cambio, el laudo “concede más allá de lo reclamado” cuando es incongruente por *extra* o *ultra petita*. La segunda parte del literal d) se refiere parcialmente al vicio de incongruencia. La congruencia es una consecuencia del principio dispositivo. Si las partes disponen del proceso, entonces también marcan los límites de la decisión de los árbitros. Eso significa que los árbitros no pueden conceder más, menos o algo distinto a lo reclamado. Sin embargo, el literal d) se refiere únicamente a la incongruencia por *ultra* o *extra petita*, es decir cuando el tribunal concede más o algo distinto a lo reclamado<sup>90</sup>.

Resulta inexplicable que no se mencione la incongruencia por *citra petita*. Quizás el legislador consideró que la incongruencia por *citra petita* se puede solucionar a través del recurso horizontal de ampliación. No obstante, la posibilidad de pedir la ampliación no necesariamente garantiza que el laudo no presente esa incongruencia.

Esta es la causal más frecuentemente invocada en la práctica. Se la invocó 40 de los casos estudiados (el 65,57%). El laudo fue anulado por la verificación de esta causal en 3 de las sentencias analizadas (es decir, en el 42,85% de los casos en que se declaró la nulidad). También encontramos un caso en que se aceptó esta causal en apelación.

90. Aunque, se debe admitir, “más allá de lo reclamado” parece referirse únicamente a la incongruencia por *ultra petita*, ya que supone que sí se dio a la parte lo que pidió, y más. Sin embargo, la incongruencia por *extra petita* supone que el actor no recibió lo que pidió, sino algo diferente.

En el primer caso, que ya analizamos más arriba, la Corte anuló, al parecer, todo el proceso porque el tribunal se refirió a un aspecto que no había sido incluido dentro de las pretensiones formuladas en la demanda<sup>91</sup>.

En otro caso, la Corte anuló el laudo porque consideró que el tribunal se excedió cuando designó a un perito para que liquidara los montos que el demandado había sido condenado a pagar<sup>92</sup>. La Corte analizó la causal de oficio porque el accionante no la invocó al intentar la nulidad.

En el tercer caso, que ya mencionamos más arriba, el tribunal consideró que no se citó debidamente a uno de los demandados pero analizó además la incongruencia del laudo<sup>93</sup>.

A pesar de que la causal se refiere a dos supuestos distintos, en algunas ocasiones se ha considerado que versan sobre lo mismo<sup>94</sup>. Por ejemplo, en una ocasión se dijo que “[l]a nulidad del laudo arbitral se justifica cuando el Tribunal de Arbitraje [...] dicta un fallo sobre cuestiones no sometidas a arbitraje, esto es, cometiendo los vicios de ultra petita o extra petita”<sup>95</sup>.

Encontramos pocos casos en los que la impugnación versaba sobre la incompetencia del tribunal *ratione voluntatis*. En uno de ellos, la Corte Provincial resolvió que el tribunal sí era competente en vista de que “las partes sometieron ‘cualquier controversia’ que se derive del contrato a la jurisdicción convencional”<sup>96</sup>.

91. Sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 4 de diciembre de 2003 dentro de la acción de nulidad intentada por Cotecna Inspection S.A. en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral No. 2000-011 tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

92. Sentencia de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha de 17 de febrero de 2004, N. 42.

93. Sentencia de 6 de junio de 2015 dictada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Pichincha dentro del expediente 17100-2013-116, en la acción de nulidad intentada por Marco Hidalgo López *et al.* en contra de Francisco Granda Garzón y Gerritje Krol.

94. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2009-0293.

95. Sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil Inquilinato y Residuales de la Corte Provincial de Pichincha el 19 de marzo de 2009 en contra del laudo dentro del arbitraje 2003-0015 tramitado ante el CAM.

96. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0009.

En un caso muy llamativo, la Corte se negó a anular un laudo incongruente por *citra petita* porque lo contrario habría significado un enriquecimiento sin causa para el actor. En sus palabras:

lo que hizo el Tribunal, en ejercicio de sus facultades no fue ordenar el pago de una suma de dinero, sino deducir del monto de daños y perjuicios la cantidad que corresponde a gastos de publicidad, supliendo, de esta manera, la omisión de la parte actora [...] al formular la demanda arbitral, en la cual, por un principio de lealtad y buena fe procesal, debió reconocer estos gastos. A criterio de la suscrita Jueza no existe incongruencia en la fijación del monto indemnizatorio, en la medida en que la resolución considera que una rebaja no reconocida por el actor en la demanda arbitral –debiéndolo hacer–, pues con ello se evitó que la indemnización se constituya en un mecanismo de enriquecimiento sin causa<sup>97</sup>.

A pesar de que en varias resoluciones se ha sostenido que la acción de nulidad no es “una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo”<sup>98</sup>, ha habido sentencias en las que se ha hecho un examen de la valoración de la prueba realizada por el juez. En un caso, por ejemplo, se rechazó la acción intentada “al no haber sustento procesal que determine que la actuación del Tribunal Arbitral se haya alejado del principio de la verdad procesal, según la cual la autoridad correspondiente resolverá ‘únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes [...]’”<sup>99</sup>.

En otro caso se dijo que “se puede determinar claramente que el Tribunal para acoger la pretensión de la parte actora valoró cada una de las pruebas aportadas por las partes, razón por la cual, la alegación del actor [...] para que se declare la nulidad del laudo basándose en un supuesto vicio de *extra petita*, no se encuentra justificado [sic] [...]”<sup>100</sup>. En otra ocasión se dijo que “se puede apreciar que no existe ningún sustento jurídico que determine que la actuación del Árbitro Único se haya alejado del prin-

97. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0015.

98. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2012-0105.

99. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0002.

100. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0007



cipio de la verdad procesal, pues este ha resuelto únicamente con base en los elementos sobre los que se trabó la litis y respecto de los cuales declaró su competencia para hacerlo<sup>101</sup>.

Se ha dicho que esta causal no aplica a los laudos *non liquet*, aunque, inexplicablemente, la Corte se ha “inhibido” de conocer al menos una de esas acciones<sup>102</sup>. También se ha sostenido que no aplica a los errores de cálculo, aunque sean “evidentes”, y sin perjuicio de haber exhortado al tribunal a corregirlos<sup>103</sup>. Finalmente, se ha dicho que los errores mecanográficos no constituyen incongruencia<sup>104</sup>.

Esta causal ha sido aplicada para motivos distintos a la incongruencia o a la competencia *ratione voluntatis*. En una ocasión, por ejemplo, se la invocó al analizar la nulidad del convenio arbitral. El arbitraje en cuestión involucró a una entidad pública y, al parecer, no se había solicitado la autorización del Procurador General del Estado para que esa entidad se sometiera a arbitraje<sup>105</sup>.

101. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0019.

102. Se dijo que: “[a] haber resuelto el Tribunal de Arbitraje por mayoría desechar la demanda y por lo mismo al no haberse referido en ningún momento en su resolución a cuestiones no sometidas al arbitraje, ni tampoco han concedido nada y peor más allá de lo reclamado, ya que como los árbitros que hicieron mayoría bien expresan, repito, no expidieron “un pronunciamiento de fondo”; esta presidencia no puede establecer si los árbitros incurrieron o no en las alternativas contempladas en el literal d) del Art. 31 ya antes citado. Por lo expuesto y por cuando no existe por parte del Tribunal Arbitral resolución de fondo sobre la acción incoada, no le es posible al Juzgador establecer tampoco ningún pronunciamiento; por lo tanto *esta Presidencia se inhibe del conocimiento de la acción de nulidad planteada*” (énfasis añadido). Sentencia dictada el 13 de abril de 2009 dentro de la acción de nulidad intentada por Planisal & Asociados Cía. Ltda. en contra del laudo dictado el 19 de julio de 2007 dentro del proceso 007-06 tramitado ante el CAM.

103. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-1999-183. En ella se dijo lo siguiente: “Este informe pericial, no impugnado por la Cía. Digicon Geophysical Corp. Sucursal Ecuador, demostraría que el Tribunal de Arbitraje cometió un evidente error de cálculo, al liquidar los derechos y obligaciones económicos de las partes, por lo que mandó a que se le pague algo que no adeudaba” “ADMINISTRANDO [sic] JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza la demanda, sin perjuicio de que el Tribunal Arbitral, de considerar procedente, esto es, en el caso de estimar que existe un error de cálculo, lo corrija, en uso de la facultad consignada en el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil”.

104. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-002. En ella se dijo lo siguiente: “[s]i bien es cierto que existe un error mecanográfico en [la petición del actor] [...] es lógico y se deduce que los – intereses– [sic] que solicitan los actores, es a consecuencia del –incumplimiento de las obligaciones– [sic] contraídas de las promesas de compraventa suscritas por los contratantes [...]”. A continuación, la Corte explicó que no se podía sacrificar la justicia por la sola inobservancia de formalidades, tanto más cuando el derecho de la parte actora no podía ser “excluido” por el “incumplimiento notablemente visible” del contrato.

105. Sentencia de 26 de noviembre de 2015 de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha dentro del expediente 17100-2014-0010.



## 4.5 Indebida composición del tribunal

También se puede anular el laudo cuando se hayan violado los procedimientos previstos por la ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. No se abarca reclamos sobre la competencia del tribunal o la nulidad del convenio arbitral<sup>106</sup>. Esta causal fue invocada en 10 de los 61 casos analizados (el 16,39%).

En un caso altamente cuestionable la Corte resolvió anular un laudo en el que las partes habían acordado someterse a un arbitraje en derecho y habían dispuesto, además, que uno de los árbitros debía ser constructor<sup>107</sup>. Según la Corte, “no cabe la posibilidad que un profesional sea al mismo tiempo abogado y constructor”. Por ese motivo, en su decir, el director del centro respectivo debió abstenerse de calificar la demanda. Sin embargo, contradictoriamente, ordenó reponer el proceso al estado de poner en conocimiento de las partes la lista de árbitros respectiva. Dijo, además, que en la lista deben incluirse los árbitros con dos profesiones: abogados ingenieros, abogados arquitectos o abogados constructores, a pesar de que, en sus palabras, “no cabe la posibilidad que un profesional sea al mismo tiempo abogado y constructor”. No conocemos qué ocurrió después con ese arbitraje pero no debería sorprender que haya resultado imposible constituir el tribunal como lo dispuso la Corte.

En otro caso, que no fue materia de nuestro análisis, se anuló un laudo porque uno de los miembros no estaba en el país al momento en el que se lo suscribió. Como se preguntó la Corte, “[c]uál sería el efecto de una sentencia dictada por una de las Salas de la Corte Provincial de Justicia, si se comprobare que uno de los jueces que componen la misma no estuvo en el país al momento de su expedición y de su notificación y que de ello se ha dado fe pública? Lógicamente que la respuesta es una sola, en forma inmediata se alegaría la nulidad de dicho acto procesal y

106. Sentencia de 7 de agosto de 2015 dictada por el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha dentro del expediente 17100-2014-0010. Es la sentencia de primera instancia del trámite de nulidad mencionado más arriba.

107. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0006.

la justicia ordinaria estaría en la obligación ineludible de así declarararla”<sup>108</sup>. En nuestra opinión, esa conclusión es insostenible. Primero, no se explica cómo la ausencia de un árbitro al momento de firmar el laudo tiene que ver con la “constitución” del tribunal. La constitución del tribunal alude al momento en el que nace. La no presencia en el país de uno de los miembros del tribunal no quiere decir que el tribunal haya dejado de ser. Segundo, tampoco se explica por qué el análisis de la nulidad de un laudo tiene que tomar como base el análisis de la nulidad de una sentencia judicial.

En nuestra opinión, la principal crítica que se puede hacer a esta causal es que no está completa. No debería referirse únicamente a la composición del tribunal sino, en general, a que el arbitraje no se haya tramitado según lo acordado por las partes. Por ejemplo, si un tribunal resolviera en equidad debiendo fallar en derecho, no habría causal alguna que aplique, a pesar de que un laudo así claramente contravendría un aspecto fundamental del acuerdo de las partes sobre cómo tramitar el arbitraje. Se debería adoptar el texto de la Ley Modelo e indicar que se puede pedir la nulidad del laudo cuando “la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes”<sup>109</sup>.

#### 4.6 Otras causales analizadas

A pesar de que en algunos fallos se ha sostenido que no procede analizar causales distintas a las previstas en la LAM, ha habido casos en los que se ha analizado, en ocasiones a título de *obiter dicta*, otros motivos invocados por las partes.

*Capacidad de las partes.* En una sentencia se rechazó la alegación de que el accionante había suscrito el contrato materia de la controversia abusándose de su vulnerabilidad producto de su

108. Sentencia de 12 de mayo de 2011 dentro del expediente 17111-2010-0011.

109. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, N. 3, Art. 34(2)(a)(iv) (el énfasis no pertenece al original).

edad avanzada. La Corte sostuvo que esa alegación no “constituye argumento válido para justificar una posible nulidad del laudo”<sup>110</sup>.

*Validez del convenio arbitral.* La nulidad del “compromiso” solía ser una causal de nulidad de las “sentencias arbitrales”<sup>111</sup>. La LAM no hace mención alguna a ello, a pesar de que algunas legislaciones, incluyendo la Ley Modelo, sí. Según una sentencia, “la nulidad del convenio arbitral y la consecuente incompetencia alegada por el accionante no se encuentra enunciada como una causa de nulidad [...]”<sup>112</sup>. Sin embargo, en otro caso, ya expuesto, se dijo que la validez del convenio arbitral debe analizarse bajo la causal d)<sup>113</sup>.

*Competencia del tribunal.* Hay fallos en los que se ha sostenido que la incompetencia del tribunal no es motivo para pedir la anulación. Según se dijo en una oportunidad, “en el Ecuador no se le puede plantear [la acción de nulidad] alegando incompetencia de los árbitros, pues tal incompetencia no está prevista en la Ley de Arbitraje como una de las cinco causales de nulidad del laudo que en ella se contempla”<sup>114</sup>. Sin embargo, en un fallo muy polémico, la Corte Constitucional sostuvo que la incompetencia del tribunal es una causal de nulidad del laudo<sup>115</sup>. La Corte consideró que el tribunal en cuestión no era competente porque el contrato en el que se había incluido el convenio arbitral había terminado. Ese fallo es sumamente preocupante porque, a más de referirse a causales no previstas en la LAM, desconoce el principio de la separabilidad del convenio arbitral, una de las instituciones elementales del arbitraje.

110. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2016-0011.

111. Codificación del Código de Procedimiento Civil, Art. 1047(1), N. 7.

112. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0013.

113. Sentencia de 26 de noviembre de 2015 de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha dentro del expediente 17100-2014-0010.

114. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2009-0293 dentro de la acción de nulidad dictada en el arbitraje 052-2004 dictado por un tribunal del CAM.

115. Sentencia No. 302-15-SEP-CC de la Corte Constitucional, publicada en el RO Sup. No. 725, 04/04/2016.

*Motivación.* La Constitución establece que las resoluciones de los poderes públicos deben estar motivadas, so pena de ser nulas. A pesar de que no es una causal prevista en la LAM, algunas sentencias han analizado la motivación del laudo como una causal de nulidad. Se dijo en una oportunidad que “[d]e conformidad con el principio procesal de especificidad, aplicable en forma general a los procesos judicial y arbitral, se considerarán únicamente las causas de nulidad de laudo arbitral es decir la falta de motivación, establecida como causa de nulidad en [la Constitución] [...]”<sup>116</sup>. Se ha dicho también que la acción de nulidad busca “que no se haya violado el procedimiento previsto en la ley de la materia, así como tampoco que se haya trasgredido ninguna garantía básica del derecho al debido proceso o la garantía de la motivación”<sup>117</sup>. En al menos dos casos se ha sostenido que los árbitros deben motivar su declaratoria de competencia. En uno de ellos, la Corte Provincial no anuló el laudo porque concluyó que “consta debidamente motivado el razonamiento esgrimido por el Tribunal para declararse competente y resolver fundado en la equidad”<sup>118</sup>. Sin embargo, en otro caso analizado por la Corte Constitucional, mencionado más arriba, se declaró la nulidad de un laudo porque, a criterio de la Corte, los árbitros debían motivar su declaratoria de competencia<sup>119</sup>.

*Seguridad jurídica.* Hay algunas sentencias en las que se ha indicado que el objetivo de la nulidad es velar porque el juez haya respetado el derecho al debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica<sup>120</sup>. Como establece el artículo 82 de la Constitución, ese derecho implica “la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Consideramos preocupante que se analice las vulneraciones a la seguridad jurídica al determinar si el laudo debe ser anulado, ya que eso podría suponer examinar errores *in iudicando* como ocurriría, por ejemplo, si en el laudo se hubiera aplicado una norma retroactivamente.

116. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0015.

117. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2014-0078.

118. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2015-0002.

119. Sentencia No. 302-15-SEP-CC de la Corte Constitucional, RO Sup. No. 725, 4/04/2016.

120. Sentencia dictada dentro del expediente 17100-2016-0019.

*Functus officio*. Según el CPC, las “sentencias arbitrales” podrían ser anuladas “[p]or habérselas expedido después de terminado el compromiso, o por uno o más árbitros que hubiesen perdido ya su jurisdicción”<sup>121</sup>. En la legislación peruana se puede intentar la nulidad en contra del laudo que “se ha expedido fuera de plazo”<sup>122</sup>. Según la LAM, los árbitros deben dictar el laudo en el término máximo de 150 días que puede ser prorrogado por un período igual. No es claro si transcurrido ese plazo el tribunal está *functus officio*, es decir, si pierde su competencia, o si simplemente es responsable civilmente frente a las partes. En al menos dos casos ha analizado la alegación de que el laudo debía anularse por haber sido dictado después de vencido el término que el tribunal tenía para dictarlo<sup>123</sup>. En el primer caso la Corte consideró que ese supuesto se subsume en la causal b). No obstante, resolvió no anular el laudo porque consideró que el tribunal había suspendido justificadamente el término para laudar con ocasión de la renuncia de uno de sus miembros. En otro caso sí se declaró la nulidad, amparándose la causal d), porque el tribunal había laudado 301 días después de declararse competente<sup>124</sup>. El vencimiento del término que tiene el tribunal para laudar no está contemplado en el artículo 31 de la LAM como una causal de nulidad. Por lo tanto, anular un laudo por ese motivo carece de fundamento.

#### 4.7 Causales que se debería incluir y posibles reformas

En nuestra opinión, es indiscutible que convendría reformar el artículo 31 de la LAM. Se debe incluir una causal que se refiera a no haber tramitado el arbitraje según el acuerdo de las partes. También se debe incluir la nulidad por incongruencia *citra petita* y por la falta de motivación del laudo (a pesar de que, como indicamos, en la práctica sí se ha considerado que la falta de motivación acarrea la nulidad).

121. Codificación del Código de Procedimiento Civil, Art. 1047(4), N. 7.

122. Ley 26572 General de Arbitraje del Perú, artículo 73(1).

123. Sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales dentro del expediente 17100-2004-0083.

124. V. CHIRIBOGA ARTETA, *La problemática actual de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales*, Tesina de grado para la obtención del título de abogada, 2012, pp. 57-58.

Debería analizarse la conveniencia de incluir una causal por trasgredir el orden público o por la invalidez del convenio arbitral. También debería discutirse si conviene contemplar la nulidad cuando el laudo sea dictado fuera de término.

En cuanto a otras posibles reformas, podría analizarse la conveniencia de aumentar el término que se tiene para interponer la acción de nulidad. Se debería examinar si acoger la Ley Modelo y establecer que, ante la verificación de una causal, la anulación del laudo quede a discreción del juez. También debería establecerse desde dónde opera la nulidad porque, como hemos visto, las decisiones de nuestra jurisprudencia al respecto son un tanto discutibles.

## **5. RESUMEN Y CONCLUSIONES**

A pesar de que están por cumplirse dos décadas desde que entró en vigencia, son pocas las afirmaciones categóricas que se puede hacer sobre la aplicación de la acción de nulidad prevista en la LAM. La evidencia sugiere que es un mecanismo impugnativo relativamente poco utilizado y que difícilmente culmina con la anulación del laudo impugnado. Además, no es cierto que se tramite en el término previsto en la ley.

También podemos afirmar que ha habido mucha incertidumbre sobre varios aspectos relativos a esta institución. Como vimos, se discutió cuál es la naturaleza de ese medio impugnativo, qué trámite se le debe dar y qué tipo de impugnaciones cabe en contra de la sentencia de nulidad. Parece ser que esas discusiones han quedado zanjadas: se trata de una acción y no de un recurso, debe dársele el trámite señalado por la Corte Nacional de Justicia, y la sentencia de nulidad no admite recurso alguno.

Encontramos también que parece haber una correlación significativa entre el tipo de laudo, la intervención del Estado

y la declaratoria de nulidad. Aparentemente, los jueces analizan con menos severidad los laudos dictados en equidad. Además, la probabilidad de éxito del Estado en las acciones de nulidad es mayor que la de los particulares. En cambio, no parece haber incidencia de importancia en la probabilidad de que el laudo sea anulado dependiendo del número de árbitros que conforman el tribunal y cuál sea la parte que intenta la acción de nulidad.

El análisis que hemos realizado también nos permite determinar que no puede afirmarse que la nulidad sea un mecanismo que concierna al interés privado únicamente. Aunque la mayor parte de sentencias ha sostenido que las causales de la LAM son taxativas, en otras ocasiones se ha analizado motivos de nulidad distintos a los previstos en la LAM. Además, si bien generalmente se ha exigido que el accionante invoque puntualmente las causales por las que pide la anulación, en otros casos se ha analizado esas causales de oficio.

Como vimos, se puede hacer muchos reparos al artículo 31 de la LAM. Las primeras tres causales podrían reemplazarse por una que se refiera al respeto al derecho a la defensa; la primera causal *no se puede verificar* si se la interpreta y aplica literalmente; la tercera causal no es, propiamente, una proposición; la cuarta causal debería incluir todos los vicios de incongruencia; etc.

Finalmente, sería deseable analizar la conveniencia de añadir otras causales, basándose en la Ley Modelo y el derecho comparado, incluyendo la invalidez del convenio arbitral, que el arbitraje no se haya tramitado según lo acordado por las partes y la incongruencia por *citra petita*.

El escrutinio judicial que trae consigo la acción de nulidad puede permitir que se encuentre el equilibrio adecuado entre celeridad y justicia<sup>125</sup>, lo que hace que su importancia para el arbi-

125. H. ABEDIAN, "Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration—A Case for an Efficient System of Judicial Review", *Journal of International Arbitration*, Vol. 28(6), p. 553.

traje sea incuestionable. Eso reclama que el foro continúe siendo vigilante y crítico con quienes están llamados a aplicarla. Amerita también que cualquier reforma que se plantee en el futuro a esta institución sea analizada con meticulosidad y cautela.





