

# Arbitraje sobre potestades públicas en el Derecho Minero ecuatoriano

*César Zumárraga R.*

*« Al Maestro Carlos Larreátegui Mendieta: jefe, amigo y mentor. »*

## Sumario

1. Reflexión Inicial. 2. Breve Introducción al Marco Regulatorio Minero. 3. La Actual Ley de Minería. 4. El Problema de la Convivencia entre Concesión Minera y Contrato de Explotación. 5. Materia Arbitrable en Derecho Administrativo. 6. Un Análisis Jurídico Incompleto. 7. Reflexión Final.

## 1. REFLEXIÓN INICIAL

¿Es posible someter a arbitraje con el Estado el ejercicio de una potestad pública? La respuesta sencilla es no. Las potestades públicas no son transigibles, ergo no son arbitrables.

Sin embargo, esta respuesta puede ser cuestionada cuando las relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado son complejas y se regulan, de manera paralela, por concesiones mineras y por contratos de explotación minera.

El presente artículo pretende analizar lo que, en mi criterio, es el principal desafío que tiene el arbitraje en los contratos de explotación minera: arbitrabilidad de controversias surgidas por medidas estatales abusivas o indebidas.

## 2. BREVE INTRODUCCIÓN AL MARCO REGULATORIO MINERO

No es posible analizar ningún asunto relacionado con derecho minero ecuatoriano sin una perspectiva histórica que nos haga entender las actuales circunstancias jurídicas por las que atraviesa la industria. La situación puede ser descrita con una sola palabra: compleja.

Nuestra relación con los minerales tiene su génesis en el origen mismo de la humanidad. A lo largo de la historia el hombre se ha servido de los minerales, metálicos y no metálicos, que han sido herramientas indispensables para su evolución. Hoy por hoy, es imposible imaginarnos nuestra vida sin los minerales. Desde nuestros edificios y casas, hasta los utensilios de cocina, la computadora, la televisión, el vehículo que conducimos, el teléfono celular o incluso el reloj que usamos, son fabricados con minerales.

En nuestro país los primeros hombres que poblaron el territorio de lo que hoy es Ecuador hace más de cinco mil años ya realizaban actividades mineras que luego se desarrollaron en el período incásico y durante la colonia española<sup>1</sup>. La actividad minera fue objeto de regulación desde el inicio mismo del derecho<sup>2</sup> y su desarrollo a lo largo de siglos generó una rama especialísima

1. Gustavo MOREJÓN nos relata en su artículo Breve Historia de la minería en Ecuador y sus implicaciones ambientales de la siguiente manera: «La historia de la minería en Ecuador se remonta a 3500 años A.C. En el período Valdivia Tardío, se usaron los primeros materiales provenientes de excavaciones para obtener arcilla y barro. Posteriormente, en las culturas Machalilla y Chorrera, todas estas artes se perfeccionan y la extracción de materiales se intensificó. En la cultura La Tolita y Pampa de Oro, la metalurgia se desarrolla intensamente y se usa principalmente el oro para elaborar diversos objetos. El oro se obtiene en ese entonces de diversas fuentes, principalmente oro de origen aluvial (como hasta ahora se hace en algunas regiones). En 1532 con la conquista española del Tahuantinsuyo se inició una etapa donde la extracción del oro fue intensa. El siglo 16 es el siglo del oro. Comienza con el saqueo de los españoles de lo que los indígenas elaboraron en oro y plata. Durante la época de la independencia, por medio de un decreto firmado por el Libertador Simón Bolívar, se declaró exentos del servicio militar a todas las personas que desearan dedicarse a la minería, para incentivar esta actividad» (sic).
2. Aunque hay discusión, algunos autores sitúan la génesis del derecho minero en el derecho provincial romano. En los escombros de las antiguas minas ubicadas en Aljustrel, Portugal, antiguo distrito minero romano denominado por ellos Vipasaca, se encontró en los años 1876 y 1906 sendos documentos epigráficos, esculpidos en bronce, los cuales tienen grabados antecedentes preciosos sobre el régimen jurídico de la minería provincial romana, información que no tiene parangón en ninguna otra fuente y que ha sido calificada como única e incom-

del derecho con cualidades únicas y distintas a las de cualquier otra rama debido a la peculiar relación jurídica que rige esta actividad<sup>3</sup>.

En cuanto a las regulaciones mineras ecuatorianas, para no ir más atrás<sup>4</sup>, la Ley de Minería de 1985 –que sustituyó a la Ley de Fomento Minero de 1974– fue reemplazada por la Ley N° 126 promulgada el 31 de mayo de 1991. La Ley N° 126 fue importante-mente modificada por la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 144 de 18 de agosto de 2000 (Decreto Ley 2.000.1)<sup>5</sup>.

---

parable. El estudioso de la historia del derecho minero chileno, Alejandro VERGARA, nos dice: «5. Vemos entonces con claridad –ya a estas alturas– se encuentran perfectamente consagrados, en esencia, las características del derecho minero que no variarían sustancialmente en dos milenios de evolución, y que aún hoy es posible visualizar en las modernas legislaciones del sector. Entonces, podemos afirmar: he aquí el origen de los principios que siempre han regido el sector minero, y el de su institución más caracterizada: la ‘concesión minera’; he aquí el origen de todo el sistema de derecho minero. En otras palabras, más directas: en el derecho provincial romano se encuentra la génesis del derecho minero, que se mantiene invariable (en su esencia: principios e instituciones) desde entonces» VERGARA, Alejandro, «Contribución a la Historia del Derecho Minero», Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Publicaciones de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1987, pp. 44 y 45.

3. El Derecho Minero es singular, distinta a cualquier otra rama del derecho. Los recursos del suelo son de propiedad inalienable del Estado que puede explotarlos directamente o a través de particulares bajo el régimen de concesiones. Los derechos mineros son distintos a los de la propiedad de la tierra (derechos superficiales) y con supremacía sobre éstos pues son considerados de utilidad pública. La antigua teoría del dominio eminente, hoy superada, sirvió para explicar la distinción entre propiedad del suelo y del subsuelo, que Alessandri y Somarriva explican de la siguiente forma: «El Estado tiene sobre las minas un dominio eminente, es decir, tienen principio un derecho de propiedad general y superior, y no un derecho patrimonial perfecto. Esta antigua concepción del derecho eminente sirve para explicar por qué en la inmensa mayoría de casos el dueño del suelo no lo es de las minas que se encuentran en el subsuelo, las cuales el Estado entrega a los particulares que, ciñéndose a las reglas especiales, solicitan su propiedad. El dominio del Estado sobre las minas encuentra su fundamento en que ellas constituyen una riqueza inmensa, creada por la naturaleza y no por el trabajo del hombre. Por tanto, parece lógico que sea la colectividad toda el dueño en principio de las minas, y que ella, el Estado, determine las condiciones que deben cumplir los particulares para adquirir los derechos sobre esas cosas y puedan explotarlas en forma armónica con el interés social». ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA Manuel, "Curso de Derecho Civil", Tomo II, De Los Bienes, Segunda Edición, Editorial Nascimento, Santiago, 1957, p. 107.
4. Nuestro Código Civil, promulgado originalmente en 1861, recoge la calificación bienes públicos a las minas, conforme se desprende del texto del ahora artículo 607 que dice: «El Estado es dueño de todas las minas y yacimientos, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares, sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuviesen situados. Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, para buscar las minas a las que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, con los requisitos y bajo las reglas que prescriben las leyes de minería».
5. Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana (conocida como Ley Trole II o Ley 2.000.1) fue un conjunto de normas que reformaron 31 leyes diferentes (v.gr. Ley del Sector Eléctrico, Ley de Hidrocarburos, Ley de Modernización del Estado, Ley de Minería etc.). La intención de estas reformas fue crear un marco regulatorio liberal, capaz de brindar seguridad jurídica para promover las inversiones nacionales y extranjeras.

Las principales características de los derechos mineros bajo la Ley 2.000.1 se pueden resumir así:

- a) El derecho minero era un derecho real, de tipo inmobiliario, distinto e independiente al de la propiedad de la tierra, transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y, en general, de todo acto o contrato.
- b) La concesión minera<sup>6</sup> confería a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar y comercializar todas las sustancias minerales que podían existir y obtenerse en el área. El título minero era único y el concesionario podía en cualquier momento ejecutar cualquier actividad minera ya sea de exploración o de explotación.
- c) La concesión minera tenía un plazo de duración de hasta treinta años que podía ser renovado automáticamente por períodos iguales.
- d) La única causal que podía provocar la caducidad de una concesión era la falta de pago oportuna de patentes de conservación<sup>7</sup>.

Cuando en el año 2007 asumió la presidencia el economista Rafael Correa, las críticas a la Ley 2.000.1, vigente en ese entonces, se incrementaron. El Gobierno consideró que la Ley de Minería era un producto «neoliberal» que beneficiaba únicamente a las empresas privadas sin considerar ninguna compensación al Estado ecuatoriano que es el dueño del recurso. Era indudable que el marco regulatorio minero iba a cambiar.

Lastimosamente el cambio regulatorio fue dramático y lleno de inconstitucionalidades. La Asamblea Nacional Constituyente, que se había constituido de plenos poderes<sup>8</sup>, emitió el 18 de abril

6. Cada concesión minera no podía exceder de 5.000 hectáreas mineras contiguas, pero no existía un límite de concesiones que un mismo titular podía acumular.

7. Los concesionarios mineros debían pagar por cada hectárea minera una patente anual de conservación, en dólares de los Estados Unidos de América, por adelantado y por cada año calendario, en el transcurso del mes de marzo.

de 2008 el Mandato Constituyente N° 6, conocido como Mandato Minero, que produjo un ambiente de inseguridad y convulsión en la industria.

Las disposiciones más sobresalientes del Mandato Minero (MM) pueden resumirse de la siguiente forma:

- a) Se dispuso que el Ministerio de Minas y Petróleos declare la extinción, sin compensación económica alguna, de concesiones mineras que: i) no hubiesen realizado inversiones al 31 de diciembre de 2007; ii) mantuviesen obligaciones pendientes con el Estado en relación al pago de patentes, regalías y tributos; iii) hubiesen sido otorgadas al interior de áreas naturales protegidas, bosques protectores, zonas de amortiguamiento y aquellas que afecten nacimientos y fuentes de agua; iv) hubiesen superado en un número mayor de tres concesiones y que hubiesen sido otorgadas a una misma persona o a sus parientes cercanos; y, v) hubiesen sido otorgadas a favor de funcionarios y ex funcionarios del Ministerio de Minas y Petróleos o de sus parientes cercanos.
- b) Se suspendió toda actividad minera metálica de mediana y gran escala hasta la aprobación de un marco legal que regule y defina las condiciones nuevas de la industria minera y que debía expedirse en un plazo máximo de 180 días<sup>9</sup>.
- c) Ni las normas del MM, ni los actos requeridos para su ejecución, podían ser susceptibles de quejas, impugnaciones, acciones de amparo constitucional, reclamos administrativos o judiciales<sup>10</sup>.

8. La Asamblea Nacional Constituyente, excediendo las facultades asignadas por el pueblo en la consulta popular, dictó el Mandato Constituyente N° 1 por el cual se auto-assignó plenos poderes y asumió competencias legislativas para dictar mandatos constituyentes, leyes y resoluciones que además las declaró intangibles. El Tribunal Constitucional ratificó el criterio de la Asamblea y a través de su Resolución No. 0043-07-TC, declaró que las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente provienen del Poder Constituyente y, por lo tanto, están por sobre cualquier norma preestablecida, incluso la misma Constitución, por lo que tampoco podían ser impugnadas ante ningún juez o corte en el país.

9. Se excluyó del MM a las concesiones mineras a pequeña escala, minería artesanal y de subsistencia.

10. Además, expresamente se establecía en el MM que su ejecución no daría lugar a indemnización alguna a favor de quienes se vean afectados.

En definitiva, el MM incorporó causales de extinción de concesiones que no estaban contempladas en la Ley 2.000.1 vigente en ese momento, dispuso la moratoria de las actividades mineras de exploración, blindó de cualquier reclamo o queja por efectos de su ejecución y dispuso que no habrá derecho a compensación alguna por su aplicación. Al ser el MM un Mandato Constituyente, sus normas tenían una categoría superior a la de la misma Constitución Política<sup>11</sup> y no podían ser impugnadas ante jueces y cortes locales pues eran decisiones que provenían del *Poder Constituyente*.

### 3. ACTUAL LEY DE MINERÍA

Nueve meses más tarde se promulgó la Ley de Minería en el Suplemento del Registro Oficial N° 517 de 29 de enero de 2009. Meses posteriores se promulgarían los reglamentos de aplicación necesarios. Muchos son los cambios de esta norma en relación a la anterior, pero el más relevante, en mi opinión, es la modificación de la naturaleza de derecho minero. Según la antigua Ley Minera, una concesión minera era un derecho real<sup>12</sup> similar a un título inmobiliario, transferible y transmisible, sujeto de ser hipotecado y, en general, a cualquier acto o contrato<sup>13</sup>.

11. Al menos eso es lo que el Tribunal Constitucional falló a través de su Resolución No. 0043-07-TC, en la que se ratificó los plenos poderes de la Asamblea Nacional Constituyente y la jerarquía supra constitucional de sus decisiones; criterio con el que no coincidimos por razones y motivos que ahora no vienen al caso desarrollar.
12. Artículo 595 del CC: «Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales». La teoría clásica, representada por Aubry y Rau, define los derechos reales como "aquellos que, creando una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a cuyo poder ella se encuentra sometida, de una manera más o menos completa, son por esto mismo susceptibles de ser ejercidos, no solamente contra una persona determinada, sino frente y contra todos" (PLANIOL, tomo I de la 12ª edición, N° 2.164). Para Demolombe: «El derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata; de tal modo que no se encuentra más que dos elementos: la persona que es el sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto» (CARRIÓN EGUIGUREN, Eduardo, Curso de Derecho Civil, De los Bienes).
13. La naturaleza real del derecho minero es común a todas las legislaciones de países que han desarrollado la industria minera. Esta característica, además, es tradicional y proviene de una concepción romana: «...el origen de los derechos mineros se encuentra en el derecho provincial Romano... estos principios habrían sido recogidos por las Leyes de Todosiano, luego por el derecho medieval hispánico y desde ahí directamente hasta hoy al actual derecho español de minas; y desde un 'afluente': el derecho indiano al actual derecho chileno de minas».

En cambio, a partir del 2009 el derecho minero es un derecho personal<sup>14</sup>, equivalente a una autorización administrativa para el desarrollo de actividades mineras en un área específica<sup>15</sup>. De acuerdo a la naturaleza personal del derecho minero, el Estado conserva la propiedad del yacimiento y confiere al particular una autorización (crédito) para que realice actividades mineras en el área de su propiedad (obligación de no hacer pues se abstiene de explotar el yacimiento de su propiedad directamente). Se produjo una importante limitación y reducción de la calidad del derecho minero de naturaleza real inmobiliaria a un derecho personal limitado, que afectó a derechos adquiridos bajo el amparo de una ley anterior, por supuesto, violentando los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las leyes.

Otro de los aspectos relevantes de la Ley del 2009 es la incorporación de una serie de causales de caducidad de la concesión minera, algunas de ellas sujetas a decisiones discrecionales de la autoridad, que van desde falta de pago de patentes de conservación, o de entrega de informes, o de alteración de hitos demarcatorios, daño ambiental o daño al patrimonio cultural, violación de derechos humanos entre otros. Evidentemente, ésta ha sido

---

«Desde esa época ya se diferenció el derecho superficial del derecho sobre el subsuelo que le correspondía al Estado quien permitía a particulares su explotación a través del 'régimen de concesión' que le otorgaba el *dominium* al privado y la posibilidad de hacerse de los minerales cuando se desprendan del subsuelo». VERGARA, Alejandro, Op. Cit.

14. Artículo 596 del CC dice: «Derechos personales o créditos son los que sólo 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. De estos derechos nacen las acciones personales». «Según la escuela clásica el Derecho Personal es la facultad que tiene una persona (acreedor) de exigir a otra (deudor) el cumplimiento de una prestación (dar, hacer, no hacer)... Todo derecho personal supone una obligación correlativa. Si una persona puede exigir algo es porque otra se encuentra en la necesidad jurídica de realizar una prestación o una abstención». (ALESSANDRI R., SOMARRIVA U. y VODANOVIC H., Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General)
15. A pesar de la calificación de derecho personal contemplada en la Ley de Minería, la norma contiene profundas contradicciones que generan problemas no menores. Unos pocos ejemplos para graficar el problema: i) se califican como accesorios a la concesión minera las construcciones, instalaciones y demás objetos afectados por la exploración, explotación y beneficio de los minerales. La accesión es un modo de adquirir el dominio de las cosas que es un derecho real y no personal; ii) el problema de la propiedad del mineral extraído. La concesión minera -derecho personal- no parecería ser suficiente para constituirse en el "título" de propiedad del mineral extraído a pesar del artículo 31 de la LM; iii) El problema de las servidumbres mineras: Gravamen que pesa sobre un derecho de naturaleza real. Es técnicamente imposible imponer una servidumbre sobre o a favor de un derecho personal. Estos son pocos de los muchos problemas que aparecen en esta ley inconsistente.

una de las preocupaciones fundamentales de los inversionistas mineros y nos referiremos más adelante en este trabajo.

El término de las concesiones mineras es de 25 años dividido en diversas etapas o fases: exploración inicial hasta cuatro años, exploración avanzada hasta por cuatro años más; y, evaluación económica del yacimiento hasta por dos años que se pueden renovar por dos años adicionales.

Para saltar a la etapa de explotación del yacimiento es necesario que el concesionario minero suscriba con el Estado un contrato de explotación o de prestación de servicios. No existe claridad en qué caso se debería suscribir uno u otro, pero en la negociación que concluyó con la compañía Ecuacorriente en marzo de 2012 se usó la figura del contrato de explotación lo que sugiere que la posición oficial es usar este tipo contractual cuando las concesiones mineras están en manos de particulares<sup>16</sup>.

Con ello, cuando el concesionario minero empieza la producción comercial del yacimiento su relación jurídica con el Estado es regulada, de manera paralela, por el título de la concesión y por las estipulaciones del contrato de explotación minera. La pobreza de la Ley de Minería no dejó claro si el contrato de explotación sustituía a la concesión minera o –dicho de otro modo– si la concesión minera se convertía de un título minero a un contrato minero. Al final, varias normas sugieren que en fase de explotación el título minero subsiste. En otras palabras, el concesionario goza de los derechos mineros que nacen de la ley y están materializados en un título, pero para ejercer dichos derechos se requiere de un contrato administrativo en el que se determinen las condiciones técnicas y económicas de tal explotación.

16. Este es otro tema confuso e incoherente en la Ley de Minería. Si el derecho minero es de naturaleza personal, significa que el dueño del recurso sigue siendo el Estado y el particular únicamente tiene una autorización administrativa para realizar actividades mineras, por lo que la figura contractual aplicable debería ser el contrato de prestación de servicios. Bajo ese tipo contractual, el Estado dueño del recurso se mantendría como propietario de los minerales obtenidos y el concesionario minero debería recibir un *fee* (honorario) por la operación. Esta figura ha sido descartada por los inversionistas ya que consideran una sensible disminución de calidad contractual y los derechos que le correspondería.

#### 4. EL PROBLEMA DE LA CONVIVENCIA ENTRE CONCESIÓN MINERA Y CONTRATO DE EXPLOTACIÓN

He usado una larga introducción del tema regulatorio minero en el Ecuador, para dar un contexto adecuado a las circunstancias actuales por las que atraviesan los concesionarios mineros.

Los titulares mineros sufrieron una pérdida en la calidad de su derecho cuando se modificó su naturaleza real a personal y, aún cuando a su propio riesgo invierten capital en exploración, desconocen cuáles serán las condiciones técnicas y económicas de la explotación comercial del yacimiento pues dependen de un contrato de explotación que debe ser negociado y suscrito con el Estado una vez descubierto el yacimiento y elaborado el estudio de factibilidad.

«Una de las implicaciones jurídicas fundamentales de esta visión constitucional ha sido la sustitución, en la nueva Ley de Minería (LM), de la figura del derecho real de la concesión minera por la del derecho personal, cuyo efecto más notable es la limitación de la capacidad del concesionario para ceder sus derechos mineros sin autorización estatal y un debilitamiento general de su posición jurídica frente al proyecto minero, cuyo vínculo es de propiedad para ciertos activos –instalaciones, equipo, producto mineral–, y de una autorización administrativa –la mina–, para otros. Como se trata de un derecho personal, el título minero no es susceptible, en rigor, de ser objeto de una hipoteca. La dificultad añadida es que la fase de explotación solamente puede llevarse a cabo una vez firmado un contrato de explotación minera, cuya cesión, nuevamente, solo procede con autorización estatal, de manera que para el ejercicio efectivo de un derecho de garantía habría que tener asegurada la autorización estatal para la cesión del contrato»<sup>17</sup>.

17. TOBAR, Bernardo; «Protección de Inversiones ante el Fortalecimiento de Poderes Soberanos»; Trabajo presentado en la reunión de la Rocky Mountain Law Foundation RMLF. Rio de Janeiro, 2010.

Aparte de lo anotado, con seguridad la mayor preocupación que tienen los inversionistas mineros está en la amplia gama de causales de caducidad que extinguen los derechos mineros, como sanción a un incumplimiento legal. A partir del artículo 108 de la Ley de Minería se describen las causales de caducidad, que con excepción de la causal establecida en el artículo 117 (violación de derechos humanos) no requieren contar con una declaración judicial previa.

En inicio, son causas para la caducidad de las concesiones:

1. La falta de pago de patentes, regalías y los demás tributos<sup>18</sup> establecidos en la ley (artículo 110 de la LM);
2. La falta de presentación de informes de exploración o por no haber acreditado la inversión comprometida en el área (artículo 111 LM);
3. La falta de presentación de Informe de Producción (artículo 112 LM);
4. Explotación no autorizada de los recursos o presentación de información falsa por parte del concesionario (artículo 113 LM);
5. Alteración maliciosa<sup>19</sup> de los hitos (artículo 114 LM);
6. Por declaración de daño ambiental<sup>20</sup> (artículo 115 LM);
7. Por daño al Patrimonio Cultural del Estado<sup>21</sup> (artículo 116 LM);

18. Es tan amplio esta causal que los derechos sobre una concesión corren riesgo por la falta de pago de cualquier tributo nacional o local, incluyendo impuestos, tasas y contribuciones especiales. Al no requerirse de sentencia previa para la declaratoria de la caducidad, resultaría inoqua cualquier impugnación de parte del concesionario de la procedencia o determinación de un tributo.

19. Se entiende que una alteración no maliciosa o no intencional de los hitos no es causal de caducidad, sin embargo la calificación de «maliciosa» está bajo la discreción de la autoridad que declara la caducidad.

20. Aunque no lo dice, se debería entender que son daños ambientales no contemplados en los Estudios de Impacto Ambiental y en los Planes de Manejo Ambiental del concesionario minero, pues esos son daños ambientales previstos que están sujetos a actividades de mitigación y reparación aceptados por la autoridad ambiental. Para la aplicación de esta causal se requerirá de una resolución motivada y firme de parte del Ministerio de Ambiente.

21. De acuerdo a la LM, previa calificación del Instituto Ecuatoriano de Patrimonio Cultural INPC. Al igual que la anterior causal, debería entenderse por daños no previstos en los estudios y planes ambientales de los concesionarios mineros.

8. Violación de Derechos Humanos, contando para el efecto con una declaración judicial previa ejecutoriada<sup>22</sup> (artículo 117 LM);
9. La violación de la prohibición de trabajo infantil dentro de las concesiones mineras (artículo 69 LM y artículo 97, literal b del RGLM);
10. La acumulación de residuos y la prohibición de descargas de desechos en ríos, quebradas, lagunas y en sitios susceptibles de contaminación (artículo 81 LM).

Adicionalmente a las causales antes mencionadas, se han agregado otras causales de caducidad en el Reglamento General de la Ley de Minería (RGLM), en franca violación del principio de reserva legal y tipificación de infracciones contenido en la Constitución<sup>23</sup>. Las mencionamos a continuación:

1. Caducidad por no inscripción de la escritura de cesión o transferencia en el plazo de treinta días a partir de su celebración (artículo 59 del RGLM);
2. Cuando el concesionario no revierte las aguas utilizadas en actividades mineras a sus caudales originales libres de contaminación<sup>24</sup> (artículo 97, literal h del RGLM);
3. Explotación de minerales radioactivos u otros de interés nuclear (artículo 106 RGLM);

22. La imprecisión de la LM provocaría que, en una interpretación lata de la ley, se considere que cualquier derecho individual recogido por la Constitución sea un Derecho Humano y por ende su violación provocaría la caducidad del área. Por ejemplo, la sentencia que condene a un concesionario por el despido intempestivo de un trabajador, se consideraría razón suficiente para la declaratoria de caducidad de la concesión. Ciertamente no coincidimos con este razonamiento y conclusión, sin embargo es una muestra más de la inexactitud de la LM y de los problemas que enfrentan concesionarios y las autoridades al momento de aplicarla.

23. La Constitución en su artículo 76 establece: «En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... 3) Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento».

24. El artículo 79 de la LM señala que hay una opción de la caducidad cuando el concesionario minero no realiza un tratamiento adecuado de las aguas que utiliza, sin embargo, el RGLM es mandatorio en cuando a la aplicación de la caducidad cuando la calidad del agua que se devuelve no es igual a la que se usó originalmente.

4. La falta de sustitución de los títulos mineros en los términos de la Disposición Transitoria Sexta del RGLM;
5. La falta de reformulación de los contratos de operación minera anteriores a la vigencia de la LM en los términos que disponga el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables (Disposición Transitoria Décima Primera del RGLM).

En definitiva, un extenso abanico de causales de caducidad, unas de origen legal y otras reglamentario, y muchas de ellas –por no decir todas– sujetas a decisiones discrecionales de la autoridad. Los efectos de su aplicación son sumamente graves: extinción de los derechos mineros y reversión del área al Estado.

Ergo, la caducidad de la concesión provocaría un efecto directo en el Contrato de Explotación pues al extinguirse los derechos del concesionario sobre el área, también se extinguiría el objeto del contrato. Me pregunto ¿es posible que un inversionista minero comprometa su capital al desarrollo de un proyecto si el título del que emanan sus derechos corre el riesgo de ser caducado en cualquier momento? ... En mi opinión, no es posible. El inversionista requiere estabilidad y seguridad jurídica y la estructura legal minera del Ecuador no brinda garantías para ello.

La única opción para dar viabilidad comercial a la inversión minera sería permitir que todas las controversias entre el Estado y el inversionista, incluyendo aquellas que provengan de los efectos contractuales causados por medidas estatales en uso de potestades públicas, puedan ser sometidas a la decisión de un panel arbitral internacional que asegure a las dos partes una decisión justa e imparcial.

## 5. MATERIA ARBITRABLE EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Como decía en la reflexión inicial de este trabajo las potestades públicas no son transigibles, por ende no son arbitrables.

Dice Juan Pablo Aguilar: «Para que una materia pueda ser sometida a arbitraje, es necesario que sea transigible, esto es que verse sobre derechos que su titular los pueda disponer libremente»<sup>25</sup>.

Opinión con la que compartimos y que además coincide con lo que dicen los artículos 11 y 2349 del Código Civil:

«Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia».

«No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción».

El Dr. Carlos Larreátegui Mendieta en su libro «Contribución al Estudio del Arbitraje Privado» señala:

«De acuerdo con las normas citadas, no pueden someterse a arbitraje los asuntos sobre estado civil y capacidad de las personas y en general los relativos a derechos de familia, porque ellos están afuera del comercio de los hombres. Tampoco puede ser sometido a arbitraje los conflictos individuales de trabajo en razón de que los derechos del código laboral que concede a los trabajadores son irrenunciables ni las cuestiones que interesen al orden público, a la moral y las buenas costumbres. La materia de orden penal no son arbitrables pero sí la indemnización civil derivada del delito»<sup>26</sup>.

25. AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo; «Sobre las Materias Arbitrables en Derecho Administrativo»; Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 2009, p. 20.

26. LARREÁTEGUI MENDIETA, Carlos; «Contribución al Estudio del Arbitraje Privado»; Publicación de la Cámara de Comercio de Quito, Quito, 1982, p. 85.

Cuando hablamos de particulares, la norma general es que los derechos pueden ser dispuestos a menos que haya prohibición expresa legal; sin embargo cuando hablamos del Estado, el asunto es diferente.

«En efecto, la administración no obra libremente sino que está sometida a la legalidad, actúa solo en la medida en que una norma les autoriza a hacerlo. La actividad administrativa no es ejercicio de libertad, sino 'de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido'; en esa medida, no es un poder libre sino un poder sometido a la norma y, como tal, 'obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado'. [...] Siendo esto así, la capacidad de transigir, y, con ella, la de pactar un arbitraje, es entre los privados la regla: todo es transigible, todo puede ser objeto de arbitraje, salvo prohibición expresa. En el caso de la administración ocurre exactamente lo contrario: la posibilidad de transigir o de pactar arbitraje está supeditada necesariamente a la existencia de una expresa autorización legislativa»<sup>27</sup>.

Con base en el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración Pública, es claro que la potestad de someter determinada materia a decisión arbitral va más allá de la materia transigible, sino de que exige una autorización legislativa expresa.

Según Juan Pablo Aguilar, esta conclusión resulta lógica pues: «si se toma en cuenta que en ese caso la administración no hace otra cosa que cumplir un expreso mandato legal y admitir que la pretensión de transar sería tanto como dar a las leyes el carácter de negociables»<sup>28</sup>.

Igual criterio tiene Juan Manuel Trayter cuando dice:

27. AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo; Op. Cit.: pp. 21, 22.

28. AGUILAR, Juan Pablo; Op. Cit., pp. 21 y 22.

«...no podrá versar nunca el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre potestades discrecionales... en sus aspectos también reglados. Como ya hemos señalado una de las cuestiones esenciales del arbitraje es que las cuestiones litigiosas por él resueltas debe ser materia de 'libre disposición' circunstancia que no ocurre en los supuestos señalados»<sup>29</sup>.

Debemos concluir entonces que las potestades públicas del Estado no son materia transigible y por ende no es materia susceptible de ser sometida a arbitraje.

En cambio, en los contratos administrativos el arbitraje cabe perfectamente.

«Cuando contrata la administración renuncia a la imposición unilateral de su voluntad y consigue sus objetivos en acuerdo con los particulares y al hacerlo genera relaciones de contenido patrimonial. La combinación del contenido patrimonial, la intervención de los particulares y la utilización de la figura *par excellence* del Derecho Privado, el contrato, es lo que convierte al arbitraje en una posibilidad para solucionar controversias relacionadas con ese contenido patrimonial»<sup>30</sup>.

El campo de los contratos públicos se convierte así, para usar las palabras de Trayter en el «*hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje*»<sup>31</sup>, precisamente porque la Administración usando instrumentos del derecho privado, conviene con los particulares las condiciones más adecuadas para el cumplimiento de los fines públicos.

En Ecuador la posibilidad de someter a arbitraje las controversias contractuales cuenta con autorización legislativa expresa.

29. TRAYTER, Juan Manuel; "El Arbitraje de Derecho Administrativo", Revista de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 95.

30. AGUILAR, Juan Pablo; Op. Cit., p. 26.

31. TRAYTER, Juan Manuel; Op. Cit., p. 95.

La Ley de Arbitraje y Mediación expresamente señala que para que sea procedente el arbitraje con el Estado: «*La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual*» (artículo 4 LAYM).

Es bueno recordar que el Derecho Administrativo ha debido acoplar a su funcionamiento figuras propias del Derecho Privado y que son mucho más antiguas que aquel. La adecuación de instituciones del Derecho Civil al Derecho Administrativo plantea problemas que no son sencillos de resolver. Este es el caso de instituciones jurídicas como el Contrato<sup>32</sup> y el Arbitraje que preexisten mucho antes del nacimiento del Derecho Administrativo y que conviven y evolucionan conjuntamente.

Dejemos que el Dr. Larreátegui Mendieta nos comente algo de los inicios del Arbitraje:

«Desde los tiempos antiguos, los hombres y los pueblos encontraron en el arbitraje uno de los métodos más expeditos y prácticos para la solución de los conflictos que surgían entre ellos y filósofos y jurisconsultos ponderaron su importancia y sus ventajas.

En la Biblia, el Génesis y el Éxodo citan el arbitraje. En la antigua Grecia, bajo la legislación de Solón, se estableció que las sentencias arbitrales no eran susceptibles de recurso alguno y los historiadores griegos nos cuentan que Periandro, Gobernador de Corinto, actuó como intermediario entre Atenas y Metilene, seiscientos años A.C. procedimiento que tiene mucho en común con la institución del arbitraje, y anuncia la entrada de éste en el Derecho Internacional, en su aspecto público.

En Roma, desde las épocas más remotas, era frecuente acudir al arbitraje de hombres que se consideraban rectos y buenos. Es lo que se llamaba el *arbitrium boni viri*. La Ley de las Doce Tablas, primer monumento jurídico de la cultura romana, cita

32. Superada está la tesis de prestigiosos ius publicistas como el alemán Otto Mayer que consideraba que el Estado solo puede actuar a través de actos administrativos unilaterales y los actos de sumisión de los particulares, con su consentimiento, si bien se denominan contratos, por su estructura jurídica no son tales. Hoy en día, hay consenso acerca de que el Estado suscriba contratos con los particulares bajo la naturaleza originaria de la institución que es un acuerdo de voluntades, fuente de obligaciones.

el arbitraje en el párrafo 2 de la Tabla II y en el párrafo 3 de la Tabla XII. El derecho Pretoriano sanciona más tarde el *receptum arbitri*, en virtud del cual el árbitro designado por las partes queda obligado a desempeñar el cargo, pues si este no cumplía su misión, el Pretor le aplicaba multas. La sentencia arbitral era irrevocable pero no era susceptible de ejecución forzada, puesto que no era un fallo judicial. Más tarde una Constitución Imperial sancionó el pacto de compromiso por el cual dos personas se obligaban a confiar la decisión de una controversia a uno o más árbitros elegidos de común acuerdo. Justiniano dispuso que el laudo arbitral tuviera carácter obligatorio cuando las partes lo habían firmado o habían dejado transcurrir diez días sin atacarlo»<sup>33</sup>.

## 6. UN ANÁLISIS JURÍDICO INCOMPLETO

Sin cuestionar la exactitud del análisis jurídico anteriormente planteado, resultaría incompleto a menos de que analicemos situaciones especiales en las que potestades públicas repercuten en derechos emanados de contratos o tratados internacionales.

Alfredo Bullard señala que las posiciones absolutas acerca de que las decisiones regulatorias no son susceptibles de arbitraje tienen varios puntos en común:

«(1) partir de una posición excesivamente publicista del problema; (2) omiten analizar los alcances particulares del tipo de contratos involucrados; (3) desconocen el marco internacional aplicable a este tipo de arbitrajes en los supuestos que el sometimiento sea a un arbitraje internacional; (4) confunden quien debe ser parte del arbitraje y (5) desconocen cuál es el objeto sobre el que los árbitros tienen que pronunciarse»<sup>34</sup>.

33. LARREÁTEGUI MENDEIETA, Carlos; Op. Cit., p. 9.

34. BULLARD, Alfredo; «El Estado Soy Yo. Arbitraje y Regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores?»; Revista Ecuatoriana de Arbitraje; Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 2011, p. 312.

Más adelante, el mismo autor grafica el problema diciendo:

«Lo cierto es que escribir un artículo sobre la arbitrabilidad de las decisiones regulatorias sin mencionar los términos 'contrato ley' y 'tratados internacionales' es como escribir un artículo sobre la diabetes sin usar el término 'azúcar' o sobre Luis XIV sin usar el término 'Francia'. El contrato ley y los tratados internacionales definen la clave de la arbitrabilidad de las decisiones de organismos públicos y en particular de las decisiones regulatorias»<sup>35</sup>.

Que las potestades públicas del Estado no sean materia transigible, y por tanto no arbitrables, no quiere decir que los efectos de medidas estatales abusivas e ilegales en ejercicio de esas potestades provoquen perjuicios al particular y violenten sus derechos contractuales o aquellos que provengan de tratados internacionales<sup>36</sup>.

«Por supuesto que la decisión regulatoria es una decisión administrativa y por tanto un acto que no sería de libre disposición. Pero dada la existencia de un contrato ley, el acto del regulador se vuelve una violación contractual privada. Y siendo una vulneración a un contrato privado, estamos frente a un tema arbitrable»<sup>37</sup>.

Al respecto, dice Bernardo Tobar:

35. BULLARD, Alfredo; Op. Cit., p. 314.

36. Sobre esta discusión y la línea que separa la ausencia de jurisdicción arbitral sobre decisiones de política interna y las consecuencias de tales decisiones sobre los derechos del inversionista, sobre las cuales se ha reafirmado consistentemente la jurisdicción arbitral a partir del precedente sentado por la Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso *Mavrommatis*, que enfrentó a Grecia contra Gran Bretaña, se encuentra un criterio muy claro en el caso *CMS Gas Transmission Co. v. The Argentine Republic*, en los siguientes términos:

"On the basis of the above considerations the Tribunal concludes on this point that it does not have jurisdiction over measures of general economic policy adopted by the Republic of Argentina and cannot pass judgment on whether they are right or wrong. The Tribunal also concludes, however, that it has jurisdiction to examine whether specific measures affecting the Chumant's investment or measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts". Stern, Brigitte, "Are Some Issues Too Political to Be Arbitrable", *ICSID Review, Foreign Investment Journal*, Washington, D.C., 2009, p. 104. Citado por TOBAR, Bernardo, Op. Cit., p. 16.

37. BULLARD, Alfredo; Op. Cit., 325 pp.

«Como vimos, la doctrina seguida a nivel regional para contraponer soberanía y arbitraje, y por lo tanto pretender limitar el alcance de este último, no es nueva ni única a los países en desarrollo; esta doctrina se basa más en razones políticas y de conveniencia que en aspectos de lógica jurídica, pues como lo sostuvo elocuentemente Brigitte Stern, toda materia tiene su origen en una elección política determinada, que subyace en toda norma jurídica, y ninguna materia es, por lo tanto, demasiado política como para ser sometida a arbitraje. Ecuador y Perú, por ejemplo, sometieron al arbitraje de la Corona Española sus discrepancias limítrofes, que en una de sus últimas etapas, antes del acuerdo definitivo celebrado a fines del siglo pasado, quiso ser llevado ante el Papa por el Estado Ecuatoriano. Ciertamente hay pocas materias tan estrechamente relacionadas con el concepto de soberanía como el dominio de un estado sobre su territorio, y no por ello deja de ser arbitrable. A nivel supranacional, por efecto de los acuerdos globales de la Organización Mundial de Comercio o acuerdos de integración regional, las medidas arancelarias, ciertamente soberanas y de política interna, han sido objeto de análisis por tribunales arbitrales internacionales cuando se han convertido en barreras que distorsionan los principios sobre los que se basa el comercio o la integración, según el caso»<sup>38</sup>.

«Por ello las exclusiones al arbitraje, mecanismo válido, así reconocido de modo general para la resolución de disputas que involucran al estado, deben interpretarse restrictivamente. En este sentido, las discrepancias relativas a la aplicación de normas tributarias, si bien excluidas del arbitraje internacional, pueden tener efectos violatorios de los derechos del inversionista, ya sea que éstos se originen en un tratado internacional, en un contrato o en la ley interna, y los tribunales arbitrales sí tienen jurisdicción para examinarlas en cuanto a tales efectos y a las medidas indemnizatorias correspondientes, ya que efectivamente la jurisdicción arbitral no tendría efecto extintivo directo sobre las decisiones del estado anfitrión en tales materias»<sup>39</sup>.

38. TOBAR, Bernardo; «Protección de Inversiones ante el Fortalecimiento de los Poderes Soberanos», Trabajo presentado en The Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Río de Janeiro, 2010.

39. TOBAR, Bernardo; Op. Cit., p. 16 .

Ya en el caso planteado en este artículo, no hay duda que el Estado tiene la potestad pública de declarar caducada una concesión minera. Eso no está en discusión. Pero tampoco hay duda de que la declaratoria de caducidad de una concesión minera tendría un efecto directo en el contrato de explotación pues con la extinción de derechos mineros se extingue el objeto contractual... se extingue el contrato en sí mismo.

Una vez celebrado el contrato de explotación minero, éste solo puede ser modificado o dejado sin efecto conforme a las reglas del propio contrato. En aplicación del principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 82<sup>40</sup> de nuestra Constitución, el Estado no podría modificar o afectar lo pactado unilateralmente, ni siquiera mediante una ley, y menos por un acto administrativo del ente regulador.

Si el Estado, a través del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, declara la caducidad de la concesión minera –de manera ilegal o abusiva– por violación de hitos demarcatorios o por afectación al patrimonio cultural, por ejemplo, el contrato de explotación se vería directamente afectado a tal punto que también llegaría a su fin. De hecho, la directa repercusión de la declaratoria de caducidad en el contrato de explotación, está recogida en el único contrato de explotación que hasta ahora se ha suscrito en el Ecuador y que es con la compañía Ecuacorriente. La cláusula 25.1.3 expresamente determina que el contrato de explotación terminará: «Por declaratoria de caducidad de la concesión minera, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo II, Título VI de la Ley de Minería»<sup>41</sup>.

Por tanto, resultaría absurdo que el efecto grave y concluyente que provoca una declaratoria de caducidad ilegal o abusiva, en el contrato de explotación no pueda ser discutida ante el tri-

40. CP, artículo 82: «El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes».

41. Contrato de Explotación Minera suscrito por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables y la compañía Ecuacorriente S.A., escritura pública celebrada ante la Notaría Cuadragésimo del cantón Quito, Dra. Paola Andrade Torres, el 5 de marzo de 2012.

bunal arbitral que es el juez competente para conocer y resolver todas las controversias surgidas entre las partes (Estado y administrado) de acuerdo al compromiso arbitral pactado<sup>42</sup>.

En este sentido, todas las controversias derivadas del contrato de explotación minera, como aquellas que se deriven de una modificación legal o de una declaratoria de caducidad de la concesión minera, son arbitrables, salvo que, el propio contrato excluya de manera expresa su arbitrabilidad.

Una discusión distinta nos trae el asunto del objeto de la pretensión arbitral. No es posible cuestionar la legalidad o validez del acto administrativo estatal de declaratoria de caducidad de la concesión minera, sino los efectos dañosos que dicha pretensión provoca en el contrato de explotación.

«... En realidad no se arbitra la validez o eficacia de la decisión regulatoria en sí misma. No es que el arbitraje reemplaza la posibilidad de iniciar un procedimiento contencioso administrativo. Lo que se arbitra son las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) del acto administrativo. Los árbitros van a decidir si el contrato o el tratado fue o no vulnerado por el acto, quebrantando un compromiso del Estado, y cuáles serían las consecuencias de dicha vulneración»<sup>43</sup>.

42. Para todas las controversias surgidas del Contrato de Explotación de Ecuacorriente se pactó Arbitraje Administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, normas UNCITRAL y con sede en Santiago de Chile (cláusula vigésimo séptima). En este contrato no se hace una mención expresa a la imposibilidad de discutir acerca de caducidad de concesiones mineras pero sí se incorpora un párrafo de materias no arbitrables: «No podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán ser resueltas por las tribunales competentes del Ecuador, disputas sobre materias que no son transigibles y, por lo tanto no son arbitrables de conformidad con la Legislación Aplicable, vigente a la Fecha Efectiva». Este texto confirma lo que venimos sosteniendo en el presente artículo pues la potestad pública que tiene el Estado para caducar concesiones mineras no es materia arbitrable; al contrario a lo que sucede con los efectos contractuales de tal decisión y con la terminación en sí del contrato que es materia sometida a la decisión de los jueces árbitros.

43. BULLARD, Alfredo. Op. Cit. 314 pp.

El autor colombiano Daniel Posse Velásquez confirma esta posición de la siguiente forma:

«... la legalidad de los actos administrativos no es transigible y, por lo tanto, no pueden someter a decisión de árbitros; pero por el contrario, las causas y efectos patrimoniales de los actos administrativos podrán someterse a decisión arbitral siempre y cuando la controversia no sea consecuencia directa de la legalidad del acto administrativo del cual se deriva y que los actos administrativos que sirvan de fundamento a la acción no hayan sido dictados en uso de los poderes excepcionales de la Administración»<sup>44</sup>.

En definitiva, la potestad pública para caducar una concesión minera no es materia arbitrable, aunque sí lo es los efectos patrimoniales que se provoquen en los derechos emanados del contrato de explotación.

En mi opinión, para ello es necesario que confluyan determinadas condiciones: i) que no exista exclusión expresa en la cláusula de controversias para aquellas surgidas con ocasión de la caducidad; y, ii) que exista texto contractual suficiente para contraponer el eventual ejercicio de las potestades públicas con los derechos del inversionista contemplados en el contrato, y en consecuencia vincular las controversias derivadas de las medidas estatales dictadas en uso de potestades públicas a materia contractual.

Situación similar ocurre en el contrato de inversión contemplado en el Código de la Producción, norma que fue creada para generar incentivos y beneficios a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, para promover el desarrollo y la producción en el país<sup>45</sup>.

44. POSSE VELÁSQUEZ, Daniel; «Restricciones a las entidades colombianas para acudir al arbitraje internacional», citado por Juan Pablo Aguilar en «Sobre las Materias Arbitrables en Derecho Administrativo», Op. Cit., pp. 29 y 30.

45. Artículo 4, literal f), i) y otros del Código de la Producción.

Dice el artículo 3 del Código de la Producción (CP):

«Artículo 3.- Objeto.- El presente Código tiene por objeto regular el proceso productivo en las etapas de producción, distribución, intercambio, comercio, consumo, manejo de externalidades e inversiones productivas orientadas a la realización del Buen Vivir. Esta normativa busca también generar y consolidar las regulaciones que potencien, impulsen e incentiven la producción de mayor valor agregado, que establezcan las condiciones para incrementar productividad y promuevan la transformación de la matriz productiva, facilitando la aplicación de instrumentos de desarrollo productivo, que permitan generar empleo de calidad y un desarrollo equilibrado, equitativo, eco-eficiente y sostenible con el cuidado de la naturaleza».

El artículo 24 del CP señala que existen tres tipos de incentivos: los generales, los sectoriales y los incentivos para zonas deprimidas. Pero estos tres tipos de incentivos, los instrumenta el Estado a través del uso de sus potestades públicas. Es decir, el Estado adjudica incentivos y beneficios a los particulares de manera unilateral y sin necesidad de contar con la aceptación del inversionista.

Pero el CP también prevé que estos beneficios se otorguen a través de un Contrato de Inversión según lo contempla el artículo 125 del Código de la Producción que dice:

«Artículo 25.- Del contenido de los contratos de inversión.- Por iniciativa del inversionista, se podrá suscribir contratos de inversión los mismos que se celebrarán mediante escritura pública, en la que se hará constar el tratamiento que se le otorga a la inversión bajo el ámbito de este código y su Reglamento.

Los contratos de inversión podrán otorgar estabilidad sobre los incentivos tributarios, en el tiempo de vigencia de los contratos, de acuerdo a las prerrogativas de este Código. De igual manera, detallarán los mecanismos de supervisión y regulación para el cumplimiento de los parámetros de inversión pre-

vistos en cada proyecto. El Consejo Sectorial de la Producción establecerá los parámetros que deberán cumplir las inversiones que soliciten someterse a este régimen».

Por ende, en el Contrato de Inversión se pueden incluir incentivos de naturaleza tributaria y otros de naturaleza distinta a la tributaria. Sería posible, por ejemplo, incluir la estabilidad al Impuesto a la Renta, al 15% de participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, a los factores de corrección del contrato de explotación y otros derechos (no discriminación, no expropiación, libertad de enviar remesas, mantener cuentas en el exterior, etc.), todos éstos como incentivos específicos.

Dicho lo anterior, conviene analizar si en una discrepancia acerca del rompimiento del incentivo constante en Contrato de Inversión es una materia transigible y por tanto arbitrable.

Al respecto vale citar la norma del artículo 27 del CP que dice:

«Artículo 27.- Resolución de conflictos.- En los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presenten entre el Estado y los inversionistas. Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de 60 días. Si no se llegase a una solución directa entre las partes deberá existir una instancia obligatoria de mediación dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas.

Si luego de esta instancia de mediación la controversia subsiste, el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional, de conformidad con los Tratados vigentes, de los que Ecuador forma parte. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes.

Si luego del término de 6 meses de agotada la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni la hubieren sometido a jurisdicción arbitral para la solución de sus conflictos, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. **No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios**». (Resaltado añadido).

Si bien la medida soberana que en materia de tributos aplique el Estado solo puede ser, en sí misma, impugnada ante los jueces contenciosos administrativos, sí es posible someter a arbitraje tales decisiones en cuanto a sus efectos y a la reparación de los perjuicios consiguientes, en la medida en que infrinjan derechos reconocidos al inversionista en los contratos con el Estado (v.gr. contrato de explotación, contrato de inversión u otros), que usualmente protegen al inversionista contra el trato discriminatorio, el cambio de ley, las medidas confiscatorias o de efecto equivalente, entre otras. Esta conclusión está ampliamente soportada en jurisprudencia arbitral del CIADI, que consistentemente ha desechado las excepciones o defensas de los estados demandados fundadas en razones de soberanía o ejercicio de potestades públicas en la medida en que tales decisiones “soberanas” han desconocido derechos de los inversionistas.

Este razonamiento es incluso más claro porque en este caso hablamos de un Contrato de Inversión en el cual el Estado –autorizado debidamente por la Ley– y el inversionista privado, han decidido por mutuo acuerdo de las partes convertir a los incentivos (tributarios y no tributarios) en materia contractual y por ende arbitrable. Usando un razonamiento contrario, si los incentivos que constan en el Contrato de Inversión no fuesen materia arbitrable, qué sentido hubiese tenido establecer normas que permitan la arbitrabilidad de las controversias que provengan de Contratos de Inversión si los incentivos que son su objeto principal y razón de existir, no fuesen arbitrables.

## 7. REFLEXIÓN FINAL

A la pregunta planteada al inicio de este artículo acerca de si es posible someter a arbitraje el ejercicio de una potestad pública, la respuesta sigue siendo no; sin embargo, sí es posible discutir arbitrariamente los efectos que dicha decisión tenga sobre derechos emanados de contratos o tratados internacionales.

En lo particular, los efectos de la caducidad de una concesión minera podrían ser discutidos ante un tribunal arbitral pues afectarían de forma directa a los derechos del inversionista emanados del contrato de explotación minera.

Claro está que, en mi opinión, será indispensable que no exista exclusión contractual expresa para discutir los efectos contractuales de la caducidad de la concesión minera.

# La relación procesal entre órganos de Administración de Justicia y Tribunales de Arbitraje

*Edgar Neira Orellana (\*)*

## Sumario

1. Introducción. 2. REPSOL-SOCIETYSEG Cía. Ltda.: Un Caso Paradigmático sobre la Alternabilidad del Arbitraje. 3. Alternabilidad del arbitraje y derecho comparado. 3.1 La Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL. 3.2 La Ley de Arbitraje Española. 3.3 La nueva Ley Peruana de Arbitraje. 3.4 La Ley de Arbitraje de Colombia. 4. La alternabilidad del arbitraje en la legislación ecuatoriana. 4.1 Los árbitros no son órganos de la Función Judicial del Estado. 5. Antijuridicidad de los "anuncios de competencia" de un juez ordinario a un Tribunal de Arbitraje. 5.1 Casos en que un Juez puede entablar una relación procesal con un Tribunal de Arbitraje. 5.2 El caso HAMPTON COURT RESOURCES ECUADOR: un precedente peligroso para el sistema arbitral ecuatoriano. 5.2.1 Comentario a la sentencia del juicio de competencia planteado por HAMPTON COURT RESOURCES ECUADOR. 6. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente análisis se suma a la iniciativa del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, de rendir un homenaje al Dr. Carlos Larreátegui Mendieta, abogado y jurista que iluminó con sus reflexiones los primeros momentos del arbitraje comercial en el año 1963, y lo ha seguido haciendo hasta nuestros días en calidad de árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

El Dr. Carlos Larreátegui, a esa fecha Director Ejecutivo de la Cámara de Comercio, impulsó la publicación de los Cuadernos de Divulgación Comercial y contribuyó a difundir la Ley de la materia, mediante un esclarecedor análisis sobre las ventajas del arbitraje frente a los procesos ventilados ante la justicia ordinaria. Con citas pertinentes de Bernardo Cremades y de Nills Mangard, destacó que al sistema arbitral se le atribuye: 1) celeridad, 2) menor costo en función del tiempo de tramitación, 3) ausencia o atenuación de formalismo, 4) mayor acierto en los fallos, 5) mayor flexibilidad en el procedimiento, 6) eliminación de conflictos jurisdiccionales, 7) reserva y, 8) estabilidad de las relaciones comerciales.

No obstante que a esta fecha, la promoción del arbitraje viene auspiciada por la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, enriquecida por la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL, por el reconocimiento constitucional del sistema desde el año 1998 y el notable desempeño de varios Centros de Arbitraje que funcionan en el país, se ha vuelto indispensable reiterar en la invocación de tales ventajas que el Dr. Larreátegui Mendieta las señaló en los años 60, a partir de un examen sobre la característica más singular que distingue al arbitraje frente a la administración de justicia ordinaria: su alternabilidad y la consecuente restricción en la comunicación procesal entre árbitros y jueces, más aun cuando desafortunadas actuaciones de ciertos órganos jurisdiccionales a partir de agosto de 2011, pretenden desandar todo el camino que en esta materia ha recorrido el sistema arbitral del Ecuador, desde febrero de 2005.

## **2. REPSOL-SOCIETYSEG CÍA. LTDA.: UN CASO PARADIGMÁTICO SOBRE LA ALTERNABILIDAD DEL ARBITRAJE**

Este análisis tiene origen en las reflexiones que por primera vez me correspondieron plantear dentro del caso arbitral REPSOL-SOCIETYSEG que se tramitó ante el Centro de Arbitraje y

Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y a la decisión que, en calidad de árbitro único me correspondió adoptar con fecha 16 de febrero de 2005.

En condición de árbitro único declaré tener competencia para conocer de ese litigio, sobre la base de un convenio que habían suscrito las mencionadas partes<sup>1</sup>, en que habían acordado someter "cualquier" diferencia a la competencia "exclusiva" de un Tribunal de Arbitraje.

Frente a la declaratoria de competencia hecha en la audiencia de sustanciación, la parte insatisfecha con tal declaratoria planteó una acción inhibitoria ante los Jueces de lo Civil de Pichincha, al amparo del Art. 848 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. La parte argumentó incompetencia del árbitro para resolver la controversia arbitral y fue acogida por el Juez Suplente en un primer momento, con desconocimiento del carácter alternativo del arbitraje.

Radicada la causa por sorteo ante el Juez Décimo Primero de lo Civil éste acogió la demanda y remitió un oficio en que anunció su competencia y solicitó que me inhiba de conocer la causa arbitral. Después de la respuesta enviada al Juzgado en que en calidad de árbitro aclaré al Juez Civil que los conflictos de competencia regulados por el Código de Procedimiento Civil son aplicables entre órganos de la Función Judicial y que no se extienden a Tribunales de Arbitraje, que los casos en que se puede trabar una relación procesal entre jueces y árbitros son los expresamente establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación y que en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* solamente a los árbitros les corresponde pronunciarse sobre su propia competencia.

1. El Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece el principio *kompetenz-kompetenz* según el cual solamente a los árbitros corresponde declarar sobre su propia competencia, sin que ningún órgano jurisdiccional ni de otra naturaleza pueda interferir en tal declaratoria. En el señalado caso, la declaratoria de competencia se la había hecho mediante providencia de 19 de enero del 2005, fundamentado en un Contrato de Servicios Generales suscrito por las partes, cuya cláusula 19 señalaba con carácter "irrevocable" someter a la jurisdicción "exclusiva" de un Tribunal de Arbitraje "cualquier disputa, controversia o reclamo que derive del contrato o que tenga relación con él".

Sobre la base de esta respuesta, el Juez Civil acertó en revocar el anuncio de competencia que había realizado previamente y mediante auto de 4 de marzo de 2005 declaró la nulidad de todo lo actuado, porque consideró que al haberse declarado previamente la competencia por parte del árbitro, el juez no puede entrar a conocer de la demanda arbitral.

La parte accionante del juicio de competencia presentó un recurso de apelación el que fue conocido y resuelto por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia, integrada por los Ministros Jueces doctores Alberto Palacios Durango, Presidente de la Sala, Jorge Ortiz B. y Ramiro Suárez Almeida. La mencionada Sala, en un memorable fallo de 27 de enero de 2006, negó la apelación que se había propuesto contra la decisión del Juez inferior y con apropiados razonamientos sustentó su decisión en los principios que inspiran al arbitraje.

El fallo de la Corte Provincial se revistió de argumentos de derecho irrefutables y apeló a varios principios que inspiran al arbitraje en el Ecuador. Razonó sobre las "diferencias profundas" entre la jurisdicción de los jueces ordinarios cuyas atribuciones nacen de la ley, y el arbitraje cuya fuente inmediata de atribuciones es el acuerdo de las partes. En la opinión de los Ministros de la Sala, de ese hecho derivan varias consecuencias jurídicas, una de ellas la necesaria separabilidad de la cláusula de compromiso arbitral respecto del contrato en que está inserta; y el principio de competencia de la competencia, esto es, "la capacidad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando esta es cuestionada"<sup>2</sup>.

2. En el considerando TERCERO de la sentencia, la Sala de lo Civil y Mercantil, con relación al principio "kompetenz-kompetenz" motivó su decisión así: "Este principio está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que estipula que el Tribunal en la Audiencia de Sustanciación 'resolverá sobre su propia competencia' y esta norma tiene estrecha relación con la 'excepción del convenio arbitral' prescrita en el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación... En la especie se aprecia que la competencia ha sido resuelta por el Árbitro único designado, quien ya se declaró competente en la Audiencia de Sustanciación sin que esta pueda posteriormente ser disputada".

La decisión de la Corte Superior de Pichincha en el caso REP-SOL-SOCIETYSEG, aparentemente resolvió este debate y aclaró desde el año 2006 los fundamentos sobre los que se erige el sistema arbitral. Sin embargo, cinco años después, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, mediante un desafortunado fallo de 31 de agosto de 2011 expedido dentro del juicio de competencia seguido por la compañía HAMPTON COURT RESOURCES en contra de un Tribunal de Arbitraje, se apartó de la doctrina sentada por esa Corte desde el año 2006 y aceptó el anuncio de competencia del Juez Civil a un Tribunal de Arbitraje.

Al menos dos preguntas podrían formularse a partir de estos eventos procesales con decisiones contradictorias: la primera ¿Por qué es jurídicamente inadmisibles que un juez ordinario anuncie su competencia a un Tribunal de Arbitraje después de que éste ha declarado tenerla para conocer y resolver un determinado caso?, ¿Está autorizado un Tribunal de Arbitraje que ha declarado su competencia para resolver una controversia, suspender su tramitación para remitir el proceso a un órgano de la Función Judicial?

Para responder esas preguntas es necesario definir previamente la alternabilidad del arbitraje a partir del derecho comparado, de las normas del sistema legal vigente en Ecuador y, posteriormente, explicar las consecuencias jurídicas que derivan de ésta.

### **3. ALTERNABILIDAD DEL ARBITRAJE Y DERECHO COMPARADO**

Este acápite pretende describir brevemente cómo las legislaciones de España, Perú y Colombia, –que al igual que la ecuatoriana se inspiran en la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL–, regulan la relación de los árbitros con los órganos jurisdiccionales y, establecer si existe o no prohibición a que se produzcan interferencias judiciales en el trámite de los juicios arbitrales.

Según se analizará a continuación, el impedimento a la interferencia de los jueces sobre el arbitraje, constituye uno de los instrumentos procesales más idóneos para precautelar la alterabilidad del método compositivo frente al juez ordinario cuyo reconocimiento ha sido ampliamente regulado en todos los ordenamientos legales. La sentencia del caso REPSOL-SOCIETY-SEG confirmó esta posición.

Para una cabal comprensión de las leyes de España, Perú y Colombia, consideré pertinente introducir una referencia sumaria de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL, por ser la inspiradora de esas legislaciones y por el notable influjo que tuvo sobre el texto de la ley vigente en Ecuador.

### **3.1 La Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL**

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985, plasmó un consenso universal sobre los diversos principios que inspiran la práctica del arbitraje en el mundo. De este modo se constituyó en el resultado de un paulatino proceso de armonización de las leyes nacionales en esta materia, aún en países con distinta tradición jurídica.

La Ley de Arbitraje y Mediación que se expidió en Ecuador en 1997 basa la regulación de sus institutos en la mencionada Ley Modelo. Por ello, el análisis de cómo el derecho comparado trata la alternabilidad del método arbitral impone como primera referencia la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL que presenta reglas categóricas sobre esta materia, de cuyo contenido se desprende que el arbitraje es método alternativo y distinto de los procesos que tramitan los órganos jurisdiccionales ordinarios.

El Art. 5 introduce sobre este punto, una disposición de tajante contenido al prever que *"en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta*

*Ley así lo disponga*<sup>3</sup>. La norma del Art. 8 va más allá al prever el extremo de que cualquier órgano de la justicia ordinaria se abstendrá de tramitar una controversia si esta hubiere quedado sometida a un acuerdo de arbitraje, *"a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible"*<sup>4</sup>, en cuyo caso y aún cuando esta cuestión se hallare pendiente ante los jueces, nada impedirá que las actuaciones arbitrales inicien o continúen hasta la expedición de un laudo.

Estas normas marcaron una pauta legislativa en un sinnúmero de países, entre ellos el Ecuador. Fijaron una tendencia muy firme para limitar la intervención judicial en el arbitraje y estableció la tesis de que la comunicación procesal entre un órgano jurisdiccional y un Tribunal de Arbitraje solamente puede ocurrir en los casos en que la ley así lo disponga.

### 3.2 La Ley de Arbitraje Española

La Ley de Arbitraje que rige en España<sup>5</sup> prohíbe la intervención de tribunales y órganos jurisdiccionales en el trámite de un juicio arbitral, con excepción de los casos específicamente previstos en la ley. Esta disposición que trae la ley española de 2003 expresa el carácter alternativo del arbitraje.

De la mano con lo establecido en la Ley Modelo de la CNUDMI, el Art. 8 de la Ley española establece una enumeración

3. Art. 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I), aprobado el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
4. El texto íntegro del Art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL tiene el tenor siguiente: "*Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje consultará a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. 2) Si se ha establecido la ucción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal*".
5. Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, cuyo Art. 7 señala lo siguiente: "*Intervención judicial. En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga*".

taxativa de siete circunstancias procedimentales en que los órganos de administración de justicia pueden intervenir o están llamados a prestar apoyo en el trámite de un arbitraje: la remoción judicial de un árbitro; la asistencia para la práctica de pruebas, la adopción judicial de medidas cautelares, la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales, la anulación de laudos y el reconocimiento de laudos extranjeros.

### 3.3 La nueva Ley Peruana de Arbitraje

Tanto la Ley No. 26572 de Arbitraje que se expidió en 1996 como la nueva ley expedida en el 2008<sup>6</sup> abrazan los principios que en esta materia consagra la Ley Modelo *CNUDMI/UNCITRAL*. Al igual que la ley anterior, la ley vigente reconoce la alternabilidad del arbitraje y prohíbe a las autoridades jurisdiccionales intervenir en los procesos arbitrales, con excepción de los casos en que la norma de derecho así lo hubiere previsto. Ratifica la independencia de los árbitros con señalamiento de que estos no están sometidos a “orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones”.

El numeral 4 del Artículo 3 de la Ley manda que con excepción del recurso de anulación de un laudo, ninguna actuación ni mandato puede afectar, suspender o menoscabar las decisiones de un tribunal arbitral y que cualquier intervención judicial está sujeta a responsabilidad<sup>7</sup>. En otras palabras, el ordenamiento legal

6. Ley de Arbitraje contenida en el Decreto Legislativo No. 1071, publicada el 28 de junio de 2008, vigente en la República del Perú a partir del 1 de septiembre de ese año. Derogó la anterior Ley General de Arbitraje No. 26572 de 1996 pero la alternabilidad del medio arbitral venía reconocida a través de varias normas que precautaban la independencia de los árbitros y limitaba drásticamente a la intervención del poder judicial a casos específicos previstos en la Ley como son la designación de árbitros por parte de los jueces, en los casos en que hubiere acuerdo de las partes (Arts. 22 y 23); asistencia judicial para la práctica de pruebas (Art. 116) e impugnación de laudos (Art. 123).

Aunque la nueva Ley de Arbitraje contenga disposiciones mejor formuladas al respecto, no se puede desconocer el hecho de que la Ley derogada ya reconoció la plena alternabilidad del arbitraje en el Perú y que ese carácter vino auspiciado por el meritorio papel que desempeñó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que resolvió en varios casos la plena competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral y rechazó a la interferencia de autoridades judiciales o administrativas en el trámite de los juicios arbitrales.

7. El texto del Artículo 3° de la Ley de Arbitraje vigente en Perú señala lo siguiente: “Principios y derechos de la función arbitral 1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá

peruano ha establecido a favor de la alternabilidad del arbitraje una restricción a la intervención del poder judicial, limitándola al recurso de anulación de laudo y siempre *ex post* de las actuaciones arbitrales.

### 3.4 La Ley de Arbitraje de Colombia<sup>8</sup>

A diferencia de las leyes de arbitraje del Perú y España, la ley colombiana si califica al arbitraje como un mecanismo “alternativo” de solución de conflictos, pero al igual que todas las que armonizan su contenido con la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL, establece parámetros estrictos de comunicación entre árbitros y jueces, siempre supeditados a una expresa previsión en la Ley de Arbitraje.

El Art. 29 que trata sobre procesos sometidos a la justicia ordinaria, establece que el tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y que las decisiones que los árbitros adoptaren sobre esta materia, prevalecerán sobre cualquier otra expedida por juez ordinario o contencioso administrativo<sup>9</sup>.

*la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga. 2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones. 3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo. 4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad”.*

8. Ley 1563 publicada en el Diario Oficial de 12 de Julio de 2012 que contiene el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.
9. El Art. 29 de la Ley de Arbitraje vigente en la República de Colombia tiene el siguiente texto: “Artículo 29. Procesos sometidos a la justicia ordinaria o contencioso administrativa. El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación. Si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, y no se hubiere proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación, el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y éste deberá proceder en consecuencia. Si dicho arbitraje no concluyere con laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente. Las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral conservarán su validez”.

Otras normas de la ley fijan las circunstancias en que los árbitros pueden tratar con órganos jurisdiccionales: por ejemplo, el Art. 15 que se refiere a las objeciones a la imparcialidad de un árbitro único o de la mayoría de árbitros en un tribunal arbitral colegiado. En este supuesto, corresponderá al juez civil atender el incidente; el Art. 32 relativo a las medidas cautelares, autoriza a los árbitros a comisionar a los jueces civiles o a los jueces administrativos la práctica de tales cautelas; el Art. 42 que trata sobre el trámite del recurso de anulación que se plantee contra laudos arbitrales. Esta norma confirma la restricción impuesta a los órganos jurisdiccionales para interferir en un arbitraje, puesto que prohíbe a los jueces tramitar el recurso de anulación cuando fueren extemporáneos o cuando no se hubiere fundamentado en las causales taxativamente previstas en la ley.

A diferencia de la Ley española que contiene una norma que enumera los casos en que es posible la comunicación formal entre árbitros y jueces, la ley colombiana prevé esta situación en varias disposiciones, pero con un sentido restrictivo: la relación procesal de árbitros y jueces solamente puede verificarse en los casos previstos en la ley.

Como analizaré a continuación, el sistema arbitral que instituye la Ley de Arbitraje y Mediación vigente en Ecuador, no se aparta de estas previsiones que trae el derecho comparado.

#### **4. LA ALTERNABILIDAD DEL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

Al igual que la Constitución anterior, la que actualmente rige en Ecuador reconoce al arbitraje como un método de solución de conflictos "alternativo" (Art. 190). Esta calificación ya venía establecida en la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997. En ella se definió al sistema arbitral como "*un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción...*" (Art. 1).

Del sentido de estas normas queda claro que el carácter “alternativo” se predica del arbitraje como tal, esto es, del sistema arbitral en su conjunto, sin excluir a ninguno de los elementos que lo conforman: los árbitros, el procedimiento y el laudo que pone fin a la controversia, son los elementos sistémicos que integran el arbitraje y vienen investidos todos ellos de alternabilidad respecto de los jueces, cortes y tribunales, del procedimiento civil y del régimen de impugnación de los decretos, autos y sentencias que expiden los jueces.

La jurisdicción convencional que corresponde a los tribunales de arbitraje nace del acuerdo de voluntades denominado “convenio arbitral”, definido en el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Este carácter alternativo determina que, una vez que las partes hubieren convenido en un documento someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un árbitro, la jurisdicción convencional, distinta de la jurisdicción legal, deberá sustituir a esta última.

A partir de esta precisión se concluye que la alternabilidad del arbitraje le convierte en un sistema distinto del que corresponde a los procesos judiciales. Las normas que regulan al arbitraje son especiales y diversas, se rigen por un principio de especialidad, y por institutos y métodos de interpretación que le son propios como el de competencia de la competencia, separabilidad de la cláusula de compromiso arbitral, pro arbitraje etc., ya instituidos en la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL y en todas las legislaciones que se han inspirado en ella.

De la “alternabilidad” establecida en la Constitución de la República, derivan al menos tres consecuencias jurídicas: (i) los árbitros no son órganos de administración de justicia; (ii) las reglas del procedimiento arbitral son distintas de las del procedimiento judicial; y, (iii) Ningún órgano judicial ni de control de constitucionalidad puede pronunciarse sobre el fondo de una controversia decidida por árbitros.

#### **4.1 Los árbitros no son órganos de la Función Judicial del Estado**

Esta es la primera consecuencia de la alternabilidad del sistema. Los árbitros que resuelven controversias, bien fuere en derecho o bien fuere en equidad, no son órganos de la Función Judicial ni ejercen potestad pública jurisdiccional. Su atribución para juzgar y resolver una controversia comporta una jurisdicción de naturaleza convencional, esto es, que no obstante contar con reconocimiento legal, sus atribuciones nacen de la voluntad de las partes expresadas en un convenio arbitral. Y el ámbito de esa facultad para componer y decidir la controversia viene limitada por la voluntad de las partes.

En el auto que la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia expedido el 27 de enero de 2006, dentro del juicio de competencia REPSOL-SOCIETYSEG, los Ministros de esa Sala analizaron este tema y señalaron que, aunque la atribución de los árbitros tenga un antecedente mediato en la ley que delega la función de juzgar, el fundamento inmediato de su actuación es el acuerdo celebrado entre las partes.

Cuando el Código Orgánico de la Función Judicial señala que los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales “de conformidad con la Constitución y la ley” (Art. 7, inc. 4), no ha convertido por ello a los árbitros en jueces, ni a los laudos arbitrales en sentencias. El sentido de esa norma no es otro que reafirmar la facultad que corresponde a todo árbitro para juzgar controversias y que ésta encuentra cobertura legal en las previsiones de la Constitución y de la ley que reconocen el arbitraje. Tal disposición no desconoce que el ejercicio válido de la función de árbitro sea indispensable la existencia de un convenio arbitral, esto es, la voluntad coincidente de las partes para renunciar a la jurisdicción ordinaria y someter sus diferencias a la decisión de los árbitros.

Las reglas del procedimiento arbitral son distintas de las del procedimiento judicial.

Una segunda consecuencia de la alternabilidad del arbitraje y que mayor resistencia encuentra entre jueces y árbitros, es que el régimen procesal arbitral se sujeta a normas adjetivas específicas que son propias del arbitraje, diferentes de las aplicables a los juicios ordinarios.

Consecuencia de este carácter del arbitraje es el derecho de las partes para modificar las reglas de procedimiento, según su mejor conveniencia<sup>10</sup>. Esto significa que en el convenio arbitral los contratantes podrán acordar libremente las normas de sustanciación del juicio arbitral, sin más limitación que una observancia estricta del principio de igualdad procesal, contradicción, derecho de defensa y garantías del debido proceso<sup>11</sup>.

El Art. 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación ratifica esta conclusión con una previsión reiterativa de este trascendental punto de derecho: el arbitraje se sujetará a la Ley de la materia, a las normas de los centros de arbitraje, "al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan"<sup>12</sup>.

Si el Art. 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que las reglas del procedimiento civil son aplicables supletoriamente a los arbitrajes en derecho, no hace sino confirmar la especialidad y alternabilidad del arbitraje, porque tal aplicación es solamente "supletoria" y para los casos de silencio de la ley o silencio de la voluntad de las partes. De esta norma se infiere que el acuerdo

10. Según el análisis que consta a continuación, el Art. 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación prevé que las partes pueden escoger las reglas de procedimiento del arbitraje. Esta disposición de la ley ecuatoriana tiene como antecedente el Art. 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL que trae el siguiente texto: "Artículo 19. Determinación del procedimiento. Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones..."

11. El control de que las normas de procedimiento estipuladas en el convenio se ajusten a estos principios corresponderá exclusivamente al tribunal de arbitraje que declare tener competencia para dirimir un conflicto al amparo de esas normas.

12. El Art. 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación trata sobre el procedimiento con el siguiente texto: "Art. 38.- El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley; al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables". Es de subrayar que la norma no ha impuesto limitaciones al derecho de los contratantes de fijar las reglas de procedimiento que a bien tuvieren, desde luego, sin que esas normas puedan negar el principio de contradicción, la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa y las demás garantías del debido proceso.

expresado en el convenio arbitral o en otro momento procesal tiene prevalencia sobre las normas del Código de Procedimiento Civil, con lo cual se está frente a la más clara consecuencia jurídica del carácter alternativo del sistema.

La "alternabilidad" consagrada constitucionalmente está desarrollada en la Ley de Arbitraje y Mediación cuando establece que contra un laudo arbitral no es admisible ningún recurso que no sea el horizontal de aclaración o de ampliación, y la única acción establecida para impugnar la decisión de los árbitros sea la de nulidad del laudo (Art. 31). De ahí que la aceptación a trámite de recursos de apelación contra sentencias de los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia que ya han resuelto sobre la nulidad de un laudo arbitral, o de recursos de casación respecto de tales sentencias, comporte una grosera e inaceptable manipulación del sistema arbitral, una negación antijurídica de su carácter alternativo, en otras palabras, una violación del artículo 191 de la Constitución y del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Del carácter alternativo del arbitraje se desprende que los laudos que dictan los árbitros no sean sentencias de un juez ordinario sino solamente para los efectos de su ejecución, tal como prevé el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esta norma manda que las partes de un proceso arbitral cumplan lo decidido por los árbitros y que tal decisión pueda ser impuesta por las vías de apremio establecidas por la legislación procesal. Por ello, resulta contrario al carácter alternativo del sistema asimilar las vías de impugnación y de recursos procesales previstos en la justicia ordinaria como si un laudo arbitral fuere una sentencia del juez civil.

Ningún órgano judicial ni de control de constitucionalidad puede pronunciarse sobre el fondo de una controversia decidida por árbitros.

El carácter alternativo del sistema arbitral y el que las vías de impugnación de los laudos sean específicas y distintas de los pre-

vistos para sentencias, autos y decretos de los jueces, trae esta otra consecuencia, quizás la más importante para la efectividad del método compositivo al que denominamos arbitraje: que las decisiones adoptadas por un Tribunal de Arbitraje para poner fin a una determinada controversia, no pueden ser revisadas por el fondo, por ningún otro órgano.

En otras palabras, mediante la acción de nulidad de un laudo arbitral que prevé el Art. 31 de la Ley de la materia, los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia deberían limitar su pronunciamiento a establecer, sobre el mérito del expediente, si han ocurrido o no las causales previstas en esa norma y, consecuentemente, si el laudo pronunciado está o no viciado de nulidad. En este último caso, el Presidente de la Corte Provincial que encontrare mérito para anular un laudo, remitirá el expediente al Centro de Arbitraje de origen o al Tribunal Arbitral independiente para que corrija el señalado vicio. Lo que la alternabilidad del sistema y la letra del Art. 31 de la Ley de Arbitraje impiden a los Presidentes de las Cortes Provinciales es resolver sobre el objeto de la litis arbitral que ya fue materia de pronunciamiento de los árbitros.

Por otro lado, las providencias interlocutorias, declaratorias de competencia o incompetencia de un Tribunal Arbitral o laudos no son susceptibles de impugnación a través de las garantías jurisdiccionales que han previsto los Arts. 87, 88, 93 y 94 para la Constitución de la República, para la protección de derechos constitucionales. Es decir que la alternabilidad del arbitraje prevista constitucionalmente, determina que tampoco proceda la acción extraordinaria de protección ni medidas cautelares contra laudos, ni contra las decisiones adoptadas por un tribunal de arbitraje sobre su competencia, ni sobre las órdenes procesales para sustanciar el proceso arbitral, dado que esas decisiones adoptadas en un juicio arbitral no pueden ser revisadas por ningún órgano jurisdiccional ni de control de constitucionalidad que para estas materias, no existe.

No solamente el carácter alternativo del sistema arbitral lleva a esa conclusión<sup>13</sup>.

La historia de la aprobación del Art. 191 de la Constitución que consta en las Actas 78 –páginas 4 a 11– y 82 –página 25– de la Asamblea de Montecristi, deja en evidencia que el legislador constituyente discutió la inclusión del control de constitucionalidad respecto de las decisiones adoptadas en métodos alternativos de solución de conflictos y que finalmente, en el segundo debate, eliminó lo que habría sido una inaceptable contradicción: por un lado el Art. 191 habría establecido la alternabilidad del arbitraje y por otro habría previsto la impugnabilidad de las decisiones de los árbitros como si se tratase de sentencias o de autos firmes que expiden los jueces ordinarios.

Para evitar la contradicción, la Asamblea de Montecristi que aprobó el Art. 191, eliminó todo control de constitucionalidad en estas materias, de manera que para resolver un litigio sobre materia transigible, cualquier referencia o aplicación de normas constitucionales quedará sujeto exclusivamente a la facultad interpretativa y resolutoria de los árbitros y aún en el evento de error, esa decisión no podrá ser modificada ni revocada por la Corte Constitucional, dado que no existe jurídicamente ningún recurso ni acción contra las decisiones de los árbitros, que no sea la acción de nulidad del laudo.

13. En la Revista No. 3 del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje se publicó el artículo titulado *"La Constitución de 2008 y el Arbitraje según la ley ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación"*. En ese documento destaque cuatro argumentos de derecho que llevaban a la conclusión de que sobre un laudo o respecto de cualquier decisión que adoptan los árbitros no procede una acción extraordinaria de protección. En síntesis, estos argumentos son los siguientes: a) inexistencia de norma que hubiere contemplado que sobre laudos arbitrales exista control de constitucionalidad; b) la historia de la aprobación del Art. 191 de la Constitución en que se advierte que la Asamblea Constituyente eliminó del texto de ese artículo la frase relativa al control de constitucionalidad de las resoluciones adoptadas en métodos alternativos de solución de conflictos; c) la alternabilidad del arbitraje que impide aplicar sobre laudos el mismo régimen de impugnación que se ha previsto para sentencias; d) el objeto litigioso en un juicio arbitral se refiere a derechos transigibles y no a la declaración de derechos constitucionales.

## 5. ANTIJURIDICIDAD DE LOS “ANUNCIOS DE COMPETENCIA” DE UN JUEZ ORDINARIO A UN TRIBUNAL DE ARBITRAJE

Si partimos de las premisas expuestas en este análisis, de que por definición de la Constitución (Art. 191) y de la ley (Art. 1) el arbitraje es un sistema alternativo al de la Función Judicial, de que el procedimiento arbitral es específico y distinto del proceso judicial, de que los árbitros –aunque tengan atribuciones jurisdiccionales– no son órganos de la Función Judicial y de que ningún juez, tribunal, Sala o Corte de Justicia ni de control de constitucionalidad puede pronunciarse sobre el fondo de una controversia decidida por árbitros, podríamos plantear la siguiente interrogante: ¿La comunicación procesal que entre jueces y árbitros está limitada a los casos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación, autoriza a los jueces a promover conflictos de competencia en contra de tribunales de arbitraje?.

Esta pregunta quedó planteada y respondida en la comunicación que el árbitro único del juicio arbitral No. 052-04 planteado por la compañía SOCIETYSEG en contra de REPSOL, remitió al Juez Décimo Primero de lo Civil de Pichincha en febrero de 2005, que ha sido analizado anteriormente, cuya respuesta tuvo este sentido: la comunicación procesal entre órganos judiciales y tribunales arbitrales es limitada; está circunscrita a las previsiones establecidas en la norma de derecho, de ahí que cualquier anuncio de competencia del Juez Civil, de Trabajo, de Inquilinato, de contravenciones, de una Sala de la Corte Provincial o Nacional dirigido a un Tribunal de Arbitraje o a un Centro de Arbitraje, carecería de fundamento y resultaría manifiestamente antijurídico.

El procedimiento relativo al juicio especial de competencia que regula el Código de Procedimiento Civil (Arts. 848 a 855) está establecido para dirimir conflictos de competencia entre órganos de la Función Judicial, y de ninguna manera puede extenderse a los tribunales de arbitraje puesto que no forman parte de esa Función del Estado.

La aplicación del principio de “competencia de la competencia” establecido en el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, sustenta esta conclusión. Según la acepción “positiva” de ese principio, solamente a los árbitros corresponde la facultad de declarar sobre su propia competencia, en la Audiencia de Sustanciación; y en su acepción “negativa” se prohíbe o excluye a cualquier órgano de justicia interferir en esa declaratoria. Así es como la doctrina define al señalado principio que está consagrado en el Art. 22 de la ley ecuatoriana.

El principio de competencia de la competencia del Art. 22 es no solamente el reflejo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL. Se enmarca en una tendencia universal del derecho comparado y es la expresión de la alternabilidad del arbitraje que trae el Art. 191 de la Constitución.

La resolución que finalmente adoptó la Corte Superior de Justicia de Pichincha en el Juicio Especial de Competencia planteado ante el Juez Décimo Primero (caso REPSOL-SOCIETYSEG) dejó sentada esta conclusión, con un análisis pertinente respecto a la alternabilidad del arbitraje. Dicho fallo enfatizó sobre la “autonomía” del sistema arbitral frente a la jurisdicción legal de los jueces. A partir de este fallo quedó definido que los órganos judiciales no pueden dirigir anuncios de competencia a los árbitros y ratificó lo actuado por el árbitro que desatendió el anuncio de competencia del Juez Décimo Primero de lo Civil Suplente de Pichincha.

Es de destacar que el auto que la Corte Superior expidió en el caso REPSOL-SOCIETYSEG no se trataba de un pronunciamiento aislado. Se enmarcaba en una línea de precedentes que de manera consistente precautelaban los principios que sostienen el arbitraje, y que han acertado en definir el principio *kompetenz-kompetenz*, con razonamientos que dejaban entrever el cabal conocimiento que los jueces habían alcanzado respecto de las instituciones que proclama la Ley de Arbitraje de Ecuador.

Frente a este pronunciamiento de la Corte Provincial de Justicia es necesario subrayar los casos en los cuales los órganos de la Función Judicial del Estado podrían tener comunicación con tribunales de arbitraje, análisis que estaba inserto en la respuesta que en condición de árbitro único me correspondió remitir al comentado "anuncio de competencia" que recibí del Juez Décimo Primero (Suplente).

### **5.1 Casos en que un Juez puede entablar una relación procesal con un Tribunal de Arbitraje**

Si atendemos la Ley de Arbitraje y Mediación, que es especial y por mandato de la Constitución de la República (Art. 191) rige en esta materia, podemos establecer que en el sistema arbitral ecuatoriano existen cuatro casos en los que un árbitro puede mantener relación procesal con órganos de administración de justicia, y viceversa.

El primero es el del Art. 8: cuando se presenta una demanda ante cualquier órgano de la Función Judicial y el demandado plantea excepción de incompetencia por la existencia de convenio arbitral.

En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el juez deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

Por tanto, el sistema arbitral ecuatoriano no ha previsto el procedimiento de un anuncio de competencia entre árbitros y jueces, y ha ordenado en el Art. 8 de su ley especial, que el juez civil que conoce de una excepción de incompetencia, o bien archiva el proceso civil o bien continúa en el conocimiento del caso, sustanciándolo según las reglas generales. El árbitro no puede anunciar

su competencia al juez civil. Si la demanda arbitral se dirigiera contra una persona que no fue parte del convenio, el afectado podrá plantear el argumento de incompetencia como "excepción" dentro del juicio arbitral, y siempre tendrá franqueado su derecho para impugnar el laudo arbitral, mediante una acción de nulidad fundamentada en la letra d) del Art. 31 que establece que el laudo es nulo cuando resolviere cuestiones no sometidas al arbitraje. Sin embargo, si un Tribunal de Arbitraje ya hubiere declarado competencia (Art. 22), ningún órgano jurisdiccional puede pretender el conocimiento de la causa arbitral.

El segundo caso de una eventual relación procesal entre jueces y árbitros está señalado en el Art. 9, que trata de la ejecución de medidas cautelares. Aún a falta de acuerdo estipulado en el convenio arbitral, las medidas cautelares pueden ser dictadas por un Tribunal de Arbitraje. Sin embargo, su ejecución corresponderá a los jueces comunes sin que ello signifique renuncia al convenio ni alteración de la competencia que los árbitros hubieren declarado tener sobre el juicio de que se trate.

El tercer caso está relacionado con la acción de nulidad del laudo arbitral de que trata el Art. 31 de la misma Ley, acción que es conocida y resuelta por los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia, bajo un procedimiento especial y sumario según los términos de la norma referida, siempre que hubieren ocurrido cualquiera de las causales taxativamente establecidas en esa norma. Es de aclarar que el carácter alternativo del arbitraje inhibe a los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia formular ningún pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, debiendo limitar su pronunciamiento a si un determinado laudo es o no nulo según las causales de la ley.

El cuarto caso está previsto en el Art. 32 y se refiere a la ejecución de laudos arbitrales. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución del laudo, presentando una copia certificada del laudo con la razón de ejecutoria. En este caso el Juez Civil ejecutará el laudo como si se tratase

de una sentencia ejecutoriada, siguiendo la vía de apremio, sin que pueda aceptar excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.

Ninguna otra forma de comunicación procesal distinta de los cuatro eventos que quedan señalados por la Ley de Arbitraje y Mediación, puede establecerse entre árbitros y órganos de la Función Judicial, menos aún disputas o conflictos de competencia. Tal actuación sería ilegal y no prevista en ninguna norma de la Ley de Arbitraje y Mediación, infringiría el principio de alternabilidad del arbitraje y el de competencia de la competencia.

## **5.2 El caso HAMPTON COURT RESOURCES ECUADOR: un precedente peligroso para el sistema arbitral ecuatoriano**

Aunque la alternabilidad del arbitraje como fundamento del sistema y el principio *kompetenz-kompetenz* cuentan con protección constitucional, han sido definidos por la jurisprudencia desde hace varios años y, tales definiciones habían contribuido a la seguridad y certeza en el desenvolvimiento del arbitraje, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha decidió apartarse no solamente de la ley sino de una tendencia que los jueces ecuatorianos habían marcado de manera consistente desde el caso REPSOL-SOCIETY-SEG en mayo de 2005.

Este nuevo caso inició con la demanda arbitral planteada por los señores Lyle Smith y David Zondag en contra del Señor Glenn Allan Good, que habían suscrito un Acuerdo de Transferencia de acciones. Habían dirigido su acción arbitral equivocadamente, en contra de la compañía HAMPTON COURT RESOURCES ECUADOR S.A., que como tal persona jurídica no había suscrito el convenio arbitral inserto en ese Acuerdo. Un primer error, lamentable, por parte de los accionantes.

El Tribunal de Arbitraje, en la Audiencia de Sustanciación, declaró su competencia para conocer de esta demanda y señaló que *“resolverá posteriormente sobre su competencia para pronunciarse sobre los derechos u obligaciones de la compañía HAMPTON COURT RESOURCES S.A. a la cual también se demanda”*. Este fue en mi apreciación, un segundo error que aparece del expediente, en este caso cometido por el Tribunal Arbitral.

Con fecha 1 de octubre de 2009, la Jueza Vigésimo Tercera de Pichincha aceptó la acción inhibitoria de competencia que planteó la compañía *HAMPTON COURT RESOURCES ECUADOR* y decidió anunciar su competencia a un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, que ya había declarado tenerla para conocer del juicio arbitral signado con el número 087-08 SMITH, ZONDAG contra GLENN ALLAN GOOD y que había postergado su decisión respecto de la compañía *HAMPTON COURT RESOURCES S.A.*

Aunque tenga opinión discrepante con la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitraje, dado que el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que la declaratoria de competencia se hará en el momento procesal de la audiencia de sustanciación y no en otro posterior, es de destacar que solamente a los árbitros que integraron ese Tribunal correspondía resolver sobre su propia competencia. Este es la expresión del principio de *“competencia de la competencia”*.

Sin embargo, aquello que pudo haber sido un error del Tribunal Arbitral al momento de aplicar el Art. 22 de la Ley, no significaba aún que la decisión que habrían de adoptar en el laudo, necesariamente comprendería a la persona jurídica que no era parte del convenio y, bajo el supuesto de que así habría sido, correspondía a *HAMPTON COURT RESOURCES S.A.* defender ante el Tribunal Arbitral su excepción de incompetencia y, finalmente, plantear una acción de nulidad del laudo fundamentado en la causal de la letra d) del Art. 31 si es que el laudo arbitral hubiere comprendido a la persona jurídica que no era parte del convenio arbitral.

Elevado el juicio de competencia en virtud del sorteo legal, le correspondió su conocimiento a la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la hoy denominada Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Esa Sala estaba integrada por la Dra. Beatriz Suárez Armijos que actuó como Juez Ponente y por los Jueces doctores Alberto Palacios Durango y Juan Toscano Garzón.

La Sala por decisión de mayoría (Dra. Beatriz Suárez Armijos y Dr. Alberto Palacios Durango) resolvió pronunciarse sobre la competencia que ya habían declarado los árbitros en el juicio 087-08, restringiendo el ámbito respecto del cual debían pronunciarse en el laudo arbitral, para lo cual excluyeron del arbitraje a la compañía *HAMPTON COURT RESOURCES* y dejaron a salvo –menos mal– la atribución de los árbitros para “pronunciarse libremente en cuanto cobija al convenio arbitral”.

Esta decisión se fundamentó en lo siguiente: (i) que la postura del Tribunal Arbitral de desestimar el anuncio de competencia “pugna con el organigrama jurídico institucional vigente en el Ecuador”; (ii) que los Arts. 169 y 190 de la Constitución, 8, 17 y 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación no han otorgado a los Tribunales Arbitrales «la condición de Estado paralelo, exento de control de legalidad por parte de los Tribunales Ordinarios pues de acuerdo con las normas que se citan, todos los procedimientos y facultades son ‘de conformidad con la ley’»; (iii) que los árbitros no pueden desconocer, menos desatender los procesos correlativos a su ejercicio jurisdiccional y que entre esas normas está el juicio de competencia prevista en el libro II Título II sección 24 del Código de Procedimiento Civil<sup>14</sup>; (iv) que el Art. 22 de la Ley

14. Con relación a este tema, el considerando TERCERO de la sentencia comentada sustenta sus afirmaciones así: “que en función del principio dispositivo, opera como derecho ciudadano a cuyo impulso responde la Función Judicial a través de sus funcionarios. Por tanto, mal ha hecho el Tribunal demandado, en despreciar el requerimiento judicial, que merece todo el respeto, tanto más que no se trata de una actividad oficiosa de la señora Jueza, ni una pretensión suya (como dice el Tribunal provocado) sino una demanda formalmente presentada, a la que obligatoriamente la Judicatura debió tramitar”. Nótese el elemento emocional antes que jurídico, que consta en la afirmación de que el Tribunal de Arbitraje no debió “despreciar” el “requerimiento judicial” que “merece todo respeto”. Llama la atención que la Sala de la Corte Provincial confunda el “anuncio de competencia” de un juicio especial con el “requerimiento judicial” que es instituto distinto. Además, desestimar un anuncio de competencia ilegal como consideró el Tribunal Arbitral no comporta una falta de respeto a una Jueza que ya se irrespetó a sí misma actuando al margen del derecho.

de Arbitraje y Mediación no dice que los tribunales arbitrales estén exentos de sujetarse al procedimiento del juicio de competencia y que rige el mandato del Art. 8 del Código Civil, norma en virtud de la cual "A nadie puede impedirse una acción que no esté prohibida por la ley" y que si en la Ley de Arbitraje y Mediación no se ha previsto la forma de proceder con relación a juicios de competencia "la lógica jurídica determina que ha de procederse en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil". Asumir lo contrario significaría "colocar al sujeto procesal al margen de la ley"<sup>15</sup>.

A continuación analizaré algunos de los más importantes argumentos expuestos en el fallo de la Corte Provincial y que me he permitido calificarlos de inconsistentes, por las razones que dejo consignadas a continuación.

#### **5.2.1 Comentario a la sentencia del juicio de competencia planteado por HAMPTON COURT RESOURCES ECUADOR**

Aunque el desconocimiento de la ley no excusa a persona alguna, menos al Juez llamado a aplicarla, el error en que incurrió el Juez Ponente en la sentencia comentada, deja en evidencia un retroceso con relación al arbitraje, un profundo desconocimiento de los fundamentos en virtud de los cuales la Sala debió, en mi opinión, desestimar el juicio de competencia que se había planteado. El hecho resulta llamativo si se considera que desde la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación han transcurrido más

15. Uno de los extravíos más frecuentes sobre el principio de alternabilidad del sistema arbitral, es la asimilación del árbitro a la condición del juez. En el considerando SEGUNDO de la sentencia, los Jueces vaciaron de contenido al principio de competencia de la competencia y asimilaron al árbitro en el papel del juez civil con la siguiente afirmación: "Es necesario diferenciar la capacidad que tienen los tribunales arbitrales de resolver sobre su propia competencia de acuerdo con los artículos 8 y 22 de la Ley de la materia, en una práctica asimilable a la que tienen todos los jueces ordinarios para 'asegurar su competencia', como medio de cumplir con las solemnidades sustanciales en orden a preservar la validez del proceso; cuando aquella ha sido propuesta como excepción de incompetencia del juez". Esta afirmación de la Sala desconoce el significado que tiene en el orden jurídico el principio en virtud del cual los árbitros son los únicos autorizados por la ley para pronunciarse sobre su propia competencia, principio con el cual, el sistema jurídico apuntala la alternabilidad del sistema arbitral frente al orden jurisdiccional y excluye toda posibilidad de que se establezcan juicios de competencia entre jueces y árbitros.

de catorce años y que estos temas han merecido sentencias esclarecedoras de la misma Corte Superior de Justicia de Pichincha, como la del caso REPSOL-SOCIETYSEG de enero de 2006.

La postura del Tribunal Arbitral no pugna con el organigrama institucional vigente en el Ecuador, porque no es parte de ese organigrama. Más aún, el sistema arbitral como tal ha sido reconocido no solamente por las normas de una ley especial, sino por disposiciones constitucionales.

Los tribunales de arbitraje no son "Estado paralelo" por el hecho de defender aquello que la Constitución y la ley califican de "alternativo". Es decir, la jurisdicción convencional que ejercemos los árbitros tiene carácter paralelo, distinto, diferente, "alternativo" de los órganos de la Función Judicial. Defender este principio no es crear ningún Estado si es que la propia Constitución que rige en el Estado ecuatoriano, así lo ha establecido. No entender así la alternabilidad del arbitraje sería burlar el Art. 191 de la Constitución y asimilar a los tribunales de arbitraje en el organigrama de la función judicial como parecería sugerir la sentencia comentada.

Por otro lado, la afirmación de que todos los procedimientos que adopte un tribunal de arbitraje deben ser "de conformidad con la ley" no está en discusión. Sin embargo, esta premisa no autoriza a la interpretación de que los conflictos de competencia con árbitros deban quedar sujetos al juicio especial del Código de Procedimiento Civil, puesto que de conformidad con la Ley de Arbitraje son los árbitros los llamados a pronunciarse sobre su propia competencia (Art. 22); y si los árbitros violaren el convenio y comprendieren en su laudo a una persona que no firmó ese convenio, el afectado podrá demandar la nulidad del laudo arbitral. Estos son los eventos "conformes con la ley" que el fallo comentado no razonó con la suficiencia y acierto en que lo hizo el voto salvado del Dr. Juan Toscano Garzón.

Adicionalmente, la alternabilidad del arbitraje no significa que las actuaciones de los árbitros estén exentas de un control de legalidad como sugiere el primer considerando de la sentencia. El simplismo de esta apreciación de los jueces queda respondido por lo dispuesto en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que prevé que contra un laudo que hubiere incurrido en una de las causales de esa norma, procede una acción de nulidad ante los Presidentes de las Cortes Provinciales y ese es el único control que establece el sistema legal en el Ecuador. Por tanto, la ley especial si ha previsto un régimen de control de los laudos.

Sobre la sujeción al juicio de competencia que el Código de Procedimiento Civil ha establecido exclusivamente para órganos jurisdiccionales, queda como respuesta el análisis de este artículo. Se debe destacar que la sentencia ni por asomo analizó un punto de derecho que ha sido ampliamente debatido dentro y fuera del país respecto a la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias<sup>16</sup>. Habría sido muy útil conocer qué opinión jurídica tenían los señores jueces del voto de mayoría sobre un tema tan trascendente.

## 6. CONCLUSIÓN

En síntesis, este es un fallo apartado de los fundamentos constitucionales y legales que sustentan al arbitraje ecuatoriano, en la que los mencionados jueces –con excepción del Dr. Juan Toscano que salvó su voto– decidieron romper la alternabilidad del sistema arbitral, tergiversar el principio de competencia de la competencia y el significado que tienen estas instituciones no solamente para la Constitución y la ley, sino para la doctrina, la legislación comparada y los pronunciamientos que con más fundamento jurídico dictó la Corte Superior de Justicia de Pichincha en épocas pasadas.

16. Sobre esta materia recomiendo especialmente el artículo "*Extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje*" escrito con la pluma elegante y profunda que distinguió al gran jurista peruano Dr. Jorge Santiestevan de Noriega y que está publicado en la Revista Peruana de Arbitraje No. 8/2009, pp. 17-49.

Por otro lado, llama la atención que el Dr. Alberto Palacios, que presidió la Sala de lo Civil que resolvió el caso REPSOL-SOCIETYSEG en el año 2005-2006 y que había dado aquel pronunciamiento memorable en defensa de la alternabilidad del arbitraje, del principio *kompetenz-kompetenz* y de la separabilidad de la cláusula arbitral, haya modificado su acertada apreciación jurídica por una postura contradictoria, que desdice todos los fundamentos del fallo anterior y que no los consideró en esta sentencia para explicar por qué los principios que explicó en el fallo anterior los desestimó en este fallo más reciente.

Con relación al Dr. Juan Toscano Garzón, sin embargo de que no integró la Sala que conoció el juicio REPSOL-SOCIETYSEG, dio su voto salvado en el caso HAMPTON COURT RESOURCES ratificando aquel pronunciamiento y con un meritorio análisis enfocó las razones por las cuales se separaba del voto de mayoría. El Dr. Toscano defendió el sentido genuino del Art. 22 de la Ley de Arbitraje: decidió que habiéndose declarado competentes los árbitros para conocer de la causa, no correspondía a la justicia ordinaria interferir en el juicio arbitral, y que si en el laudo arbitral se incluyera a una persona jurídica que no firmó el convenio arbitral, la parte afectada podía plantear una acción de nulidad conforme la previsión del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Este voto salvado del Dr. Toscano ofrece una esperanza de que el arbitraje pueda encontrar en los jueces una reflexión jurídica apropiada para defender aquello que la Constitución y la Ley han establecido a favor de este método alternativo.

# La Mediación Independiente

*Juan Carlos Arízaga González*

## Sumario

1. Introducción. 2. La Mediación en el Ecuador. 3. Fin de la Nueva Mediación Independiente.

### 1. INTRODUCCIÓN

Una posibilidad poco explorada en el Ecuador; la verdad es que los sistemas alternativos de solución de conflictos, entre los que se encuentra la mediación, son poco conocidos en el país y rara vez aplicados en las relaciones comerciales.

Permanentemente las instituciones que llevan adelante este magnífico medio para solucionar diferendos, están realizando cursos, seminarios y charlas; buscando que la gente común conozca de esta posibilidad y que los empresarios y comerciantes entiendan los beneficios de este sistema. Continúan capacitando a mediadores, secretarios arbitrales y árbitros, para que presten un servicio calificado, con conocimientos y técnicas probadas, para lograr resultados altamente profesionales.

### 2. LA MEDIACIÓN EN EL ECUADOR

No es menos cierto que la penetración de los sistemas alternativos de solución de conflictos, apenas ha logrado un mínimo conocimiento en la población del Ecuador, a pesar de que en las

facultades de derecho de todas las universidades ecuatorianas se dicta esta asignatura y este debería ser un difuminador efectivo de este procedimiento.

En este orden de cosas, en estos últimos meses, se ha dictado un seminario, dirigido a estudiantes, público en general, jueces y abogados; sobre las bondades que tiene y que pudieran replicarse en Ecuador, de la mediación independiente. Miembros de la Fundación americana, JAMS; nos han contado de manera clara y contundente sobre como actúa este procedimiento; que es lo que están haciendo en los Estados Unidos de América y como llevarlo a cabo en Ecuador.

Nuestra legislación, a través de la Ley de arbitraje y mediación y su Reglamento, claramente se pronuncian sobre esta posibilidad, expresándose de la siguiente manera:

*Ley de Arbitraje y Mediación*

*Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.*

*Art. 44.- La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados. Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.*

*El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.*

En consecuencia, es perfectamente viable que practiquemos la mediación, fuera de los centros de Mediación y Arbitraje.

Este concepto no pretende echar abajo la actividad de los Centros de Mediación y Arbitraje, sino por el contrario convertirse en aliados de los Centros en la promoción y aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación.

¿Cómo operaría este mecanismo en el Ecuador bajo nuestra legislación? La respuesta es, como manda la Ley, obteniendo los mediadores una autorización para que determinada persona pueda ejercer como Mediador Independiente, autorizado por determinado Centro de Mediación y Arbitraje.

Toda la logística que implica llevar adelante una mediación, la absorberá el mediador independiente, asumiendo mucho del trabajo operativo que desarrollan los Centros en la actualidad.

Por ahora, el mediador desarrolla una postura bastante neutra e inflexible, frente a las partes de la mediación; según el modelo Harvaniano, el mediador no debería tomar parte en la mediación o sugerir tal o cual acción. Esto desde un punto de vista purista, significa que prácticamente el mediador se limitará a dar la palabra a uno y otro y tratar de mantener un diálogo en orden, entre las partes.

Personalmente, no comparto esta forma de llevar adelante una mediación y en mi práctica como mediador, difiero significativamente de este procedimiento. En mis mediaciones soy muy agresivo y busco siempre que las partes se mantengan en la mediación y que logren acuerdos; usando para ello las tácticas que me permite el Reglamento. Estas son usualmente en salas separadas o alternando primero una reunión con una parte y luego con otra; muchas veces evitando que las partes tengan contacto y llevando posiciones de uno a otro, hasta alcanzar el acuerdo esperado, pero interactuando y motivando, haciendo ver a las partes lo negativo de no llegar a acuerdos o lo impracticable de sus posiciones.

La habilidad con la que se desempeñe el mediador, puede conseguir que posiciones antagónicas concluyan encontrando puntos de arreglo o variantes que allanen el camino a una solución.

En la mediación independiente, partimos del hecho de que las partes han resuelto utilizar este camino y son ellos los que designan a un mediador, no con la intención de que se convierta en un perito dirimente, sino que los conduzca hacia un acuerdo práctico y ejecutable para las partes.

El procedimiento varía un poco de la forma tradicional, en el sentido de que el mediador designado por las partes, entrará en contacto con el proceso, antes de la primera reunión, es decir se inteligenciará de los elementos y contenidos de la disputa y posterior a ello podrá reunirse conjunta o individualmente con las partes.

El mediador, estudiará el caso, buscará todo el conocimiento posible sobre el tema de diferendo y con estos elementos, trabajará una fórmula de acuerdo con las partes.

A diferencia de la mediación tradicional o administrada, el mediador utilizará a los abogados de las partes para que sean ellos quienes aconsejen al cliente, la bondad de llegar a un acuerdo. La función de los abogados es primordial porque les permitirá a las partes encontrar todos los elementos de riesgo en sus posiciones y las ventajas de alcanzar un acuerdo.

Puede en este procedimiento adelantarse la entrega de pruebas de manera que las partes jueguen con las cartas echadas sobre la mesa; de esta manera arribar a un acuerdo se vuelve una tarea más gratificante pues no se trata de establecer la verdad del uno frente a la verdad del otro, sino lograr un acuerdo basado en la información de las partes.

Esto logra acuerdos duraderos y ejecutables, pues no existe peor acuerdo que aquel que no se logra cumplir o que trae nuevos problemas en su ejecución.

¿Por qué es importante para las partes este procedimiento? Es importante y los empresarios lo buscan, porque les ofrece la posibilidad de encontrar a la persona que consideren mejor para servir a sus intereses y en consecuencia buscarán al mediador que más éxito presente, a fin de que intente alcanzar un acuerdo con la contraparte beligerante.

El mediador más preparado y que mejores ejecutorias puede exhibir a sus clientes, será el mediador más demandado y como toda mercadería, ante una oferta escasa la demanda ofrecerá mejor remuneración a quien mejor se desempeñe; siendo este un gran atractivo para quien decida dedicar su esfuerzo a este tipo de actividad.

Actualmente la mediación es llevada a cabo por los Centros de Mediación y sus mediadores son profesionales de buena voluntad que en su mayoría no la ejecutan como un medio de vida, sino como una forma de servicio comunitario, que brinda prestigio y muchas satisfacciones personales y ocasionalmente un salario adecuado.

### **3. FIN DE LA NUEVA MEDIACIÓN INDEPENDIENTE**

Lo que busca la nueva mediación independiente, es que esto se convierta en una fuente de ingresos permanentes para los mediadores, fuente de ingresos que les permita una vida digna en función de su desarrollo profesional. Esto significa que el profesional estará destinando las ocho horas de trabajo diario a esta actividad, es decir todo su tiempo efectivo y las horas extras que demande el proceso, pero se verá debidamente remunerado por las partes, sin importar el resultado que se obtenga y previo a realizar el trabajo; lo cual obliga a las partes y al mediador a dar lo mejor de si en el tiempo contratado.

Los costos de mediación, no podrán ser los mismos, pero por otro lado, estos costos vistos desde la empresa, representarán de

manera exacta el costo por hora de un profesional que destina todo su tiempo, experiencia y energía a lograr solucionar sus problemas, sin tener una relación directa con la cuantía del caso que se trate.

Con este mecanismo, las partes que se presenten a mediación, estarán muy interesadas en aprovechar al máximo el tiempo previamente pagado, para llegar a un acuerdo, sin dilatorias y buscando ser lo más eficientes posibles en el tiempo y en la búsqueda del acuerdo.

Si la mediación se lleva a cabo por un mediador independiente autorizado por un centro de Arbitraje y Mediación, el acta que suscriban las partes y cuyo acuerdo lo avala el mediador independiente, tiene fuerza de sentencia ejecutoriada, de última instancia. Por tanto su cumplimiento es obligatorio para las partes.

Esto que parece poca cosa, es de singular importancia, pues quizá la duda mayor de los usuarios es como hacer efectiva la ejecución de un acuerdo de mediación y hay que reconocer, la justicia ecuatoriana ha sabido respetar y hacer cumplir, con celeridad, los acuerdos alcanzados por las partes. Resta decir que son muy pocos los casos en los que un acuerdo de mediación no se lo cumple y se hace necesario acudir a la justicia ordinaria para lograr su cumplimiento.

¿Podremos tener este servicio en Ecuador? Mucho depende de empresarios, abogados y mediadores; que comprendamos la necesidad de un sistema como el que se explica y la eficiencia en lograr los acuerdos que se requieran. Un nuevo reto muy atractivo para quienes estamos convencidos de la efectividad de los medios alternativos de solución de conflictos.

# Sobre el Artículo IV.1.B de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

*Francesco Campora Gatica<sup>1</sup>*

## Sumario

1. Introducción. 2. Interpretación estricta. 3. Interpretación teleológica. 4. Algunas aplicaciones específicas. 5. Conclusión.

### 1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la cuestión general relativa al rol del acuerdo arbitral en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros bajo el amparo de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras<sup>2</sup> (“Convención de Nueva York”), el presente artículo analiza la función y fin de aquel acuerdo a la luz del artículo IV.1.(b) de dicha convención. Este establece:

“1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

1. Abogado asociado en Philippi, Yrarrázaval, Palido & Brunner, Santiago, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. LL.M., Columbia University. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile.
2. Al respecto: KRÖLL, STEFAN. “The Arbitration Agreement in Enforcement Proceedings of Foreign Awards”. EN: KRÖLL, S., MISTELIS L., PERALES, y ROGERS V. *International Arbitration and International Commercial Law*. Kluwer Law International, 2011, p. 317.

- a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
- (b) El original del acuerdo a que se refiere el Artículo II<sup>3</sup>, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad".

La disposición puede interpretarse de diversas maneras. Por lo pronto, una interpretación estricta supone entenderla literalmente. Bajo ese criterio, la omisión de los documentos individualizados en su letra (b) supondría indefectiblemente el rechazo de la solicitud respectiva.

Por su parte, una interpretación teleológica autorizaría al tribunal a apartarse del rigor literal de la referida letra (b) en caso de constatar la satisfacción del *fin de la norma* en el caso concreto. Lógicamente, una interpretación de ese tipo supone la predeterminación de dicho fin.

A continuación se (i) revisará brevemente la tesis de interpretación estricta; (ii) analizará la alternativa teleológica; (iii) expondrán consecuencias de la adopción de ésta; y se (iv) recogerán algunas de sus aplicaciones específicas. Para estos efectos, atendido el valor de las decisiones de los distintos tribunales nacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros<sup>4</sup>, a fin de potenciar su carácter práctico el

- 3. Artículo II de la Convención de Nueva York:  
"1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.  
2. La expresión "acuerdo por escrito" designará una cláusula compromisaria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un correo de cartas o telegramas.  
3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".
- 4. Pese a que la jurisprudencia de países extranjeros no es vinculante, "It is generally accepted that the multilateral instrument that is the New York Convention should be applied in a uniform manner. While no signatory state is bound by the case law of another signatory state, courts should not apply the Convention without taking note of what other courts have decided in similar circumstances. Parties wishing to enforce or resist enforcement of an award are therefore well advised to search for New York Convention precedents in other jurisdictions that might support their case". SCHIEBER, Mathias y MOSS,

presente artículo contiene una marcada perspectiva jurisprudencial.

## 2. INTERPRETACIÓN ESTRICTA

Aunque muy minoritaria y obsoleta<sup>5, 6</sup>, algunos tribunales han sostenido una interpretación literal del artículo IV de la Convención de Nueva York<sup>7</sup>.

Sum. "Resisting Enforcement of a Foreign Arbitral Award under the New York Convention". En: *IPBA Journal*, Lalive, 2008, p. 18. Disponible en: [http://www.lalive.ch/files/misc\\_smo\\_Resisting\\_Enforcement\\_of\\_a\\_Foreign\\_Arbitral\\_Award\\_under\\_the\\_New\\_York\\_Convention.pdf](http://www.lalive.ch/files/misc_smo_Resisting_Enforcement_of_a_Foreign_Arbitral_Award_under_the_New_York_Convention.pdf), con cita a JAN VAN DEN BERG, Albert. *The Arbitration Conventions of 1958*. Kluwer, 1981, p. 1, y a PADOCCIO, Paolo. *International Arbitration in Switzerland: An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*. Kluwer, 2000.

5. "Some countries nevertheless take a rather strict view, although this position seems to be disappearing". OTTO, Dirk. "Article IV". En: KRONKE, Herbert, NACIMIENTO, Patricia, OTTO, Dirk y POKI, Nicola Christine. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A Global Commentary on the New York Convention*. Kluwer Law International, 2010, p. 182.
6. "The rather strict position of courts taken in the 1970s has been abandoned in many countries". Tras citar como ejemplo de criterio estricto a la sentencia referida en la letra a) de nota al pie número 7 de este artículo, el autor agrega: "where the Cologne Court of Appeal at that time insisted on authentication, although the conformity was not in dispute- Subsequent German court decision have given up this strict view". *Ibid.*
7. Por ejemplo:
  - a) "2. The Court of Appeal found, however, that the conditions for enforcement as required by the Convention had not been complied with. In the first place, the petitioner had not supplied all documents required by Art. IV, as he had not presented the duly authenticated original of the award or a copy of which the conformity with the original was duly certified (Art. IV, para 1 under a). The original had not been presented to the Court. Instead, a copy was presented which lacked the certification that the copy was in conformity with the original, since the official certification on the copy concerned only signatures". Sentencia de 10 de junio de 1976 - Oberlandesgericht de Colonia. En: SANDERS, Peter (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV, Kluwer Law International, 1979, pp. 258-260.
  - b) "[8] Petitioner failed to request enforcement of the partial award and to supply an original or a duly certified copy of the same at the moment of the application; hence, the request for enforcement must be denied according to Art. IV of the New York Convention". Sentencia de 4 de febrero de 1993 - Corte di Appello (Corte de Apelaciones), Bolonia. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XIX, Kluwer Law International, 1994, pp. 700-702.
  - c) "[3] Consequently, we must find ex officio that the request for enforcement of the first award, dated 11 June 1987, is inadmissible because only an informal photostatic copy of the document containing the award has been submitted in these proceedings, although together with the request, as it appears from a summary examination (the seal on the back of the last page is the translator's seal). [4] We reach a different conclusion as to the second award, dated 19 October 1987. The original award has been submitted in this case, together with a translation in Italian by a sworn translator. At the same time claimant also submitted the original contract, in Italian, containing the arbitration clause". Sentencia de 29 de Noviembre de 1991 - Corte di Appello (Corte de Apelaciones), Florencia. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXI, Kluwer Law International, 1996, pp. 587-589.

Por ejemplo, en 1981, la *Corte di Cassazione* italiana sostuvo que no era posible dar lugar a la ejecución de un laudo extranjero bajo la Convención de Nueva York si no se acompañaba el acuerdo arbitral en los términos de su artículo IV<sup>8,9</sup>.

En 1987, el mismo tribunal estimó (i) que la provisión del acuerdo arbitral o de una copia que reúna los requisitos del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York era presupuesto de inicio del procedimiento; (ii) que la ausencia de tales documentos autorizaría al tribunal a denegar la solicitud de oficio; y (iii) que la existencia de aquel acuerdo no podría inferirse de la existencia del laudo ni de ninguna otra circunstancia<sup>10</sup>.

d) "[19] Claimant's omission to seek enforcement of the partial award and submit the original or certified copy of the same at the time of initiating this action makes the request for enforcement of the final award inadmissible under Art. IV of the New York Convention. According to this provision, the party seeking recognition and enforcement of the foreign award must submit 'at the time of the application' the original or certified copy of the award and the written agreement (arbitral clause or arbitration agreement)". Sentencia de 4 de Febrero de 1993 - Corte di Appello (Corte de Apelaciones), Bolonia. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXI, Kluwer Law International, 1996, pp. 590-593.

e) "[1] [SODIME] objects that ... only two of the three signatures of the arbitrators are authenticated in the arbitral award submitted by [Schuurmans], and alleges that the award should not have been deemed duly certified according to Art. IV (1) (a) of the [New York Convention], as the original award contained three signatures and the copy, in order to be valid, should equally have contained three authenticated signatures. It also observes that, as this objection can be raised ex officio, it is irrelevant that it was not raised in [SODIME's] first statement after the award had been submitted. (...) [2] This ground for appeal is founded". Sentencia de 14 de Marzo de 1995 - Corte di Cassazione (Corte de Casación). En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXI, Kluwer Law International, 1996, pp. 607-609.

Aunque todas aquellas sentencias se refirieron al artículo IV.1.(a) de la Convención de Nueva York, todas denotan una interpretación estricta. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que se han establecido diferencias de tratamiento entre los requisitos de las letras (a) y (b) del Artículo IV de la Convención de Nueva York. En efecto: "In a recent decision, Austria's Supreme Court held that while submission of an unauthenticated copy of the arbitration agreement is sufficient as long as the authenticity of the copy is not disputed, the award must always be submitted as a legalized original or certified copy". KROBKE et al., Op. Cit., p. 182.

8. "In other words, a foreign award cannot be enforced under the New York Convention of 1958 if the claimant does not submit to the court, at the same time he makes his application for enforcement, the award and the arbitration agreement, as indicated in Art. IV". Sentencia de 26 de Mayo de 1981 - Corte di Cassazione (Corte de Casación). En: SANDERS, Peter (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. VII, Kluwer Law International, 1982, pp. 345-346.

9. En igual sentido, *Guang Dong Light Headgear Factory Co. v. ACI Int'l, Inc.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 8810 (D. Kan. 2005).

10. "[6] It ensues from the foregoing that, whereas the circumstances justifying refusal of enforcement under Art. V must be submitted (and proved) by the party against whom the arbitral award is invoked, the petitioner's failure to submit the original award or agreement, or a duly certified copy thereof, may prevent enforcement of the award, not only due to an objection by the other party, but also due to an objection by the court acting ex officio. In fact, there is no question here of proving anything. Hence, it is not relevant whether the other party has disclaimed and contested the uncertified photocopy, according to the national law relied upon by [Jassica]. [Submission of the documents under Art. IV] is

En 2001, una sentencia alemana dispuso que el solicitante, pese a haber acompañado el laudo original, no aportó prueba formal del acuerdo arbitral en los términos exigidos por el artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York<sup>11</sup>.

En 2003, el Tribunal Supremo español denegó la ejecución de un laudo por cuanto los faxes que darían cuenta de aquel acuerdo no eran originales ni copias autenticadas de éstos<sup>12</sup>.

### 3. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Pese a que la interpretación literal del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York no ha estado exenta de reconocimiento jurisprudencial, un esfuerzo de desarrollo dogmático del Arbitraje Comercial Internacional como disciplina jurídica autónoma exige identificar y considerar el fin de la norma en un contexto sistémico: permitir al tribunal dar por *legitimada* la jurisdicción arbitral extranjera cuyo resultado pretende hacerse operativo.

*a requirement for commencing the enforcement proceedings; it must be determined ex officio by the court examining whether there has been a legitimate derogation from Italian jurisdiction. To this end, the existence of the arbitral clause cannot be inferred from other circumstances or from the arbitral award..."* ("[7] From the foregoing it follows that, for enforcement proceedings to commence, it is necessary, as [the Court of Appeal] correctly held, that petitioner submit, together with the application, the original arbitral award and arbitral clause, or a duly certified copy thereof these documents may not be substituted". Sentencia de 12 de febrero de 1987 - Corte di Cassazione (Corte de Casación). JAN VAN DEN BERG, ALBERT (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XVII, Kluwer Law International, 1992, pp. 525-528.

11. "[3] The claimant did not fully meet these requirements. It did supply the original arbitral award signed by both arbitrators ... at the oral hearing before this court on 5 July 2001; however, contrary to Art. IV(1)(b), it did not supply formal evidence of the arbitration agreement as provided for in that provision". "[6] Since it is undisputed that the parties did not conclude a written arbitration agreement signed by both, the claimant cannot supply proof [of the arbitration agreement] by submitting either the original agreement or a duly certified copy thereof. If the arbitration agreement was concluded through an exchange of documents between the parties -a disputed fact that shall be discussed in detail below- the claimant must at least supply the original documents, in so far as they are in the claimant's possession (see *Milko/Goitwald*, *op. cit.*, no. 6 to Art. IV; similarly, *Stein-Jonas-Schlusser*, ZPO, 21st. ed., annex 3 1044 no. 52). The claimant supplied neither the original letter of 28 November 1997, nor a duly certified copy thereof... The Court has in its file only uncertified photocopies of the letters of 22 and 28 November 1997. The claimant failed to supply or file in the proceedings a (original) document from the defendant confirming the arbitration agreement". Sentencia de 22 de Noviembre de 2001 - Oberlandesgericht (Corte de Apelaciones), Rostock. En: JAN VAN DEN BERG, ALBERT (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXIX, KluwerLaw International, 2004, pp. 732-741.
12. Sentencia de 1 de abril de 2003, Tribunal Supremo, España. En: JAN VAN DEN BERG, ALBERT (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 582-590.

Después de todo, no es razonable exigir a un Estado prestar su facultad de imperio –derivada de la jurisdicción de sus tribunales domésticos– en auxilio de un mecanismo de resolución de disputas carente de todo sello estatal si ni siquiera puede invocarse una apariencia razonable de consentimiento por parte de los involucrados. La necesidad de acreditar *prima facie* el acuerdo arbitral se encuentra por tanto indiscutiblemente vinculada a la legitimación de la jurisdicción arbitral extranjera frente al Estado receptor de la solicitud respectiva.

Sin embargo, ese fin puede satisfacerse sin que sea menester acompañar necesariamente al proceso la versión original de aquel contrato o una copia que reúna las condiciones para su autenticidad. Más aún, hay ocasiones en que, existiendo acuerdo arbitral desde un punto de vista substantivo, no existe prueba documental alguna a su respecto<sup>13</sup>.

Considerando lo anterior, ¿hay razones que exijan preferir una interpretación literal del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York por sobre una teleológica? Tanto la jurisprudencia comparada<sup>14</sup> como la doctrina especializada<sup>15</sup> han sostenido que los tribunales deben *facilitar* el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros como principio inherente al sistema construido por la Convención de Nueva York. Lógicamente, ello supone interpretar la normativa aplicable a la luz de tal deber.

13. Un buen ejemplo es el caso de partes no signatarias.

14. "Article IV must be interpreted in accordance with the spirit of the Convention... The contracting States wished to reduce the obligations for the party seeking recognition and enforcement of a foreign arbitral award as much as possible". Sentencia de 15 Abril de 1999 - *Casa de Justice* (Corte de Apelaciones), Ginebra. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXVI, Kluwer Law International, 2001, pp. 863-868, citado por BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, Kluwer Law International, 2009, p. 2703.

15. "The New York Convention is considered to have a "pro-enforcement" bias". SCHERER, Mathias, and MOSS, Sam, *Op. Cit.*, p. 17; "As discussed in detail above, the enforceability of international arbitration agreements under national and international law has undergone important changes over the past century, evolving from a position of relative disfavour in some leading jurisdictions to one of essentially universal favor and affirmative encouragement. This pro-arbitration enforcement regime for international arbitration agreements is of fundamental importance to the efficacy of the international arbitration process, by ensuring that agreements to arbitrate can be enforced predictably and expeditiously in forums around the world". BORN, Gary, *Op. Cit.* Volume I, p. 564.

En consecuencia, si se tiene en cuenta que el fin del referido artículo IV.1.(b) es legitimar *prima facie* la jurisdicción arbitral en el caso concreto, y que es objetivo de la Convención de Nueva York simplificar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, es posible aseverar que: (i) la prueba de la existencia del acuerdo arbitral recae sobre el solicitante solo bajo estándar *prima facie*; (ii) dicha prueba puede satisfacerse mediante medios de convicción alternativos a los indicados en el artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York, incluyéndose presunciones según el mérito de las circunstancias y aplicaciones del principio *venire contra factum proprium non valet*<sup>16</sup>; y (iii) satisfecha la referida acreditación *prima facie*, la carga de la prueba de la inexistencia del pacto arbitral recaerá en el ejecutado, quien deberá plantearla, *a fortiori*<sup>17</sup>, bajo el alero del artículo V.1.(a) de esa convención<sup>18, 19</sup>.

Diversos argumentos defienden esta construcción del referido artículo IV.1.(b). En primer lugar, la historia de la redacción y propósitos de la Convención de Nueva York indican que su objetivo fue facilitar el sistema de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en reacción a las dificultades que, en materia de requisitos documentales, planteaba la Convención de

16. Tal como aparece de los casos referidos bajo el título 4 de este artículo, actos u omisiones previas que –expresamente o tácitamente– hayan reconocido la existencia de acuerdo arbitral, facilitarían la acreditación *prima facie* de la jurisdicción del tribunal arbitral a la luz del referido artículo IV.1. (b). Adicionalmente, aunque siempre dependiendo de las circunstancias, también podría perjudicar la posibilidad de objetar posteriormente la existencia de aquel acuerdo a la luz del artículo V de la Convención de Nueva York.
17. “*Arbitration agreement can be invalid under its applicable law either because it is not recognized by the law or because under that law there was no agreement between the parties*”. MERKON. *Arbitration Law*. Londres: Informa Plegal Publishing, 2004. En: KROLL, S., MISTELIS, L.A., PERALES VISCASILLAS, P y ROGERS, v. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Kluwer Law International, 2011, p. 328.
18. Artículo V de la Convención de Nueva York:  
“1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:  
a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el Artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; ...”
19. Las categorías de existencia y validez del acuerdo arbitral, propias del derecho de contratos, son recogidas claramente por la Convención de Nueva York en su artículo II.3. Esta disposición, con ocasión de la obligación de los tribunales nacionales de remitir a las partes a arbitraje, distingue claramente entre la conclusión del acuerdo arbitral y la nulidad del mismo.

## Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1927<sup>20, 21</sup>.

En segundo lugar, existiendo consenso acerca de la posibilidad de extender el pacto arbitral a partes no signatarias<sup>22</sup>, es evidente que quien quiera ejecutar un laudo en contra de un no signatario no podrá premunir al tribunal de un acuerdo arbitral por escrito. Ergo, no resta más al solicitante que acreditar *prima facie* la jurisdicción del tribunal arbitral sobre los no signatarios (asumiendo consentimiento implícito) a través de medios alternativos. Por consiguiente, rechazar la interpretación teleológica equivaldría a denegar a priori el acceso al reconocimiento y ejecución respecto de no signatarios, conclusión actualmente inaceptable.

En tercer lugar, si se entiende al artículo IV.1.(b) como una norma funcional de naturaleza *probatoria* (y no como una que establezca presupuestos materiales de viabilidad del procedimiento de reconocimiento y ejecución<sup>23</sup>), es lógico concluir que la norma es exclusivamente coadyuvante a la acreditación *prima facie* de un hecho fundamental para la operatividad del sistema, esto es, la existencia del acuerdo arbitral y la consecuente legitimación de la jurisdicción arbitral. Por lo tanto, a primera vista acreditado

20. "...the drafting history and the purpose of the New York Convention speak in favour of burdening the party trying to resist enforcement with the proof that the parties did not enter into an arbitration agreement". KROLL, Op. Cit., p. 329.
21. "Consistent with this objective, national courts have generally rejected efforts to complicate the proof requirements under Article IV, taking a partial and relatively flexible approach towards proof requirements". BORN, Gary, Op. Cit., p. 2703, nota 9, citando una serie de casos representativos en los que subyace una interpretación teleológica del artículo IV de la Convención de Nueva York. De un estudio directo de esos casos destacan los siguientes criterios: (1) aceptación de certificado del Presidente del Tribunal Arbitral como prueba de autenticidad del laudo. Sentencia de 17 de junio de 1983, United States Court of Appeals (Second Circuit), Estados Unidos. En: SANDERS, Pieter (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IX, Kluwer Law International, 1984, pp. 487-494; (2) el artículo IV puede darse por satisfecho aún sin copia del acuerdo arbitral. Sentencia de 17 de Noviembre de 1971, Oberster Gerichtshof. En: SANDERS, Pieter (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. I, Kluwer Law International, 1976, p. 183; y (3) la falta de autenticación de un documento no obsta a la satisfacción del artículo IV a menos que se discuta la autenticidad del documento de base (misma sentencia citada en nota al pie número 14 de este artículo).
22. Sobre la materia, BORN, Gary, Op. Cit. Volume I, pp. 1142 y ss.; MOSS, Margaret. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Second Edition, Cambridge University Press, 2012, pp. 34 y ss.; HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi-Issue and Class Actions*. Kluwer Law International, 2005 (en particular capítulos I y II).
23. "Furthermore, there is growing tendency to interpret Art. IV NYC as an evidentiary rule and not as a provision setting out material prerequisites for the recognition of awards". KROLL, S. et al, Op. Cit., p. 331.

ese hecho, o con mayor razón o si fuera indisputado, se configura el presupuesto relevante requerido por el sistema sin necesidad de satisfacer la letra de la disposición<sup>24, 25, 26</sup>.

En cuarto lugar, no debe olvidarse que las exigencias formales del artículo II de la Convención de Nueva York tampoco constituyen requisitos substantivos de existencia/validez del contrato arbitral. Su objetivo exclusivo es activar la obligación judicial de remisión al arbitraje. Por consiguiente, la ausencia documental del acuerdo arbitral no implica, a la luz de la esa convención, un obstáculo para la acreditación *prima facie* de su configuración substantiva<sup>27</sup>. Por supuesto, lo anterior no obsta a lo que disponga la ley que rija el acuerdo en cuanto a su régimen substantivo de formación y validez. Si aquella concibiera por ejemplo a la escrituración como formalidad por vía de *solemnidad*, un tribunal doméstico enfrentado a un acuerdo arbitral meramente consensual probablemente no remitiría a las partes al arbitraje, en virtud de las excepciones contenidas en el artículo II.3 de la Convención de

24. "One should not apply too strict standard to the formal requirements for the submission of documents... when...the conditions for recognition are undisputed and materially beyond doubt." BORSI, Gary, *Op. Cit.*, p. 2704, nota 10, citando un fallo de un tribunal suizo de 20 de abril de 1990 - *Handelsgericht (Corte Comercial)*, Zurich. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XVII, Kluwer Law International, 1992, pp. 584-586. Referencia adicional puede hacerse a la sentenciareforida en la nota al pie número 14 de este artículo, en la parte que establece: "Where as the Geneva Convention (Art. 4) requires that party seeking enforcement supply, together with the documents supporting his claim, several proofs, whose submission is sometimes so difficult that the award's enforcement becomes problematic. The New York Convention shows considerable progress on this point"; y "the court must show some flexibility when evaluating the manner in which these documents are supplied".
25. "The Court rejects Al Haddad's first argument and finds that it is unnecessary for Diakan to submit a certified copy of the parties' arbitration agreement in this situation. The purpose for requiring submission of the original agreement or a certified copy is to prove the existence of an agreement to arbitrate. Such proof already exists in this case because the Court had determined on several prior instances that the charter party between Al Haddad and Diakan contained a London arbitration provision. Those rulings form sufficient verification of the existence of an arbitration agreement to allow enforcement of the award here". Sentencia de 8 de mayo de 1986, United States District Court (District of Delaware), Estados Unidos. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XII, Kluwer Law International, 1987, pp. 549-552.
26. "The eighth and last defense of Overseas was that the petition did not comply with Art. IV of the Convention, since only copies rather than the originals or certified copies of the agreement and award were attached to the petition. The Court found, however, that the purposes of Art. IV had been met by Audi and that "the respondent may not assert such technical deficiencies to defeat or delay confirmation of a valid award". Sentencia de 15 de marzo de 1977, United States District Court, (Eastern District of Michigan, Southern Division), Estados Unidos. En: SANDERS, Pieter (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. III, Kluwer Law International, 1978, pp. 291-292.
27. En igual sentido GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. 3ª edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, p. 774.

Nueva York. Sin embargo, en el mismo caso pero en sede de ejecución, dependiendo del mérito de los antecedentes, el tribunal sí podría entender en principio acreditada la jurisdicción arbitral. En tal caso, cualquier reclamación de ausencia de formación o invalidez –como quiera que se plantee– derivada de la ausencia de escrituración será una cuestión perteneciente al ámbito del artículo V.1(a), no al del IV.1.(b).

Sin perjuicio de lo anterior, claramente la tendencia de las legislaciones nacionales desarrolladas es flexibilizar las exigencias de formación del pacto arbitral. Por ejemplo, aquellas que han adoptado la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Ley Modelo CNUDMI”) en su versión original de 1985, si bien formalmente conciben al acuerdo arbitral como un contrato solemne (escrituración como formalidad *ad solemnitatem*), construyeron un concepto de acuerdo arbitral “por escrito” eminentemente normativo. En efecto, hay hipótesis de escrituración presunta<sup>28</sup> y, yendo aún más lejos, la Ley Modelo CNUDMI en su versión 2006 admitió la derogación del carácter solemne de aquel pacto<sup>29</sup>.

Evidentemente, el impacto de legislaciones substantivamente flexibles en materia de formación del contrato arbitral es relevante para la Convención de Nueva York. Aún si se discrepase de la interpretación que este trabajo sostiene respecto de las exigencias formales de su artículo II (y se sostuviere en consecuencia que esa convención sí exigiría un acuerdo arbitral en todo caso escriturado para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros), debe tenerse presente que la recomendación interpretativa de los artículos II.2 y VII.1<sup>30</sup> de aquella convención, emitida por la CNUDMI en 2006, sugiere que el artículo VII.1 “se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los de-

28. Artículo 7.2) de la Ley Modelo CNUDMI de 1985.

29. Artículo 7, Opción II, de la Ley Modelo CNUDMI en su versión 2006.

30. “Las disposiciones de la presente convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitida por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”.

rechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje". Pese a que el texto no es especialmente lúcido, puede al menos sostenerse que la propia CNUDMI –organización en cuyo seno fue concebida la Convención de Nueva York– buscó despejar dudas interpretativas llamando a dar preeminencia a la ley doméstica más favorable a la hora de configurar la concurrencia de “acuerdo arbitral” en aras del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

#### 4. ALGUNAS APLICACIONES ESPECÍFICAS

Como es de esperar, la interpretación que se dé al artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York trasciende el ámbito de la disquisición teórica, teniendo efectos prácticos relevantes. A continuación se seleccionan algunas aplicaciones puntuales de una interpretación finalista:

a) Acta de misión como acuerdo arbitral: se ha sostenido que el hecho de haber consentido y firmado la *acta de misión* propia de cada arbitraje administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (actual art. 23 del Reglamento respectivo) equivale a haber celebrado un “acuerdo arbitral” a la luz de la Convención de Nueva York<sup>31, 32</sup>;

31. KRONKE et. al., *Op. Cit.*, p. 171, con referencia a un fallo brasileño de 2008 que en lo pertinente sostuvo: “It must be observed that when commencing arbitration the parties appointed their arbitrators [and] confirmed the norms applicable to the arbitration proceeding, that is, the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, and that ‘Paris is the seat of the arbitration’, in a document called by Art. 18 of the [ICC] Rules of Arbitration ‘Terms of Reference’, which is equivalent to a submission agreement [compromisso arbitral]. Further, it is proved and undisputed by the defendant that on 13 September 2000, in the course of the arbitration, the parties signed an ‘Addendum to the Terms of Reference of 31 May 2000’ where it was stated: ‘Inepar, successor of [SVIS] ... replaces [SVIS] in respect of all rights and obligations resulting from the Terms of Reference concluded on 31 May 2000’ (translation). How can Inepar now argue that there was a violation of the principle of adversary proceedings – which certainly would violate national sovereignty and public policy – when it is abundantly proved that it exercised fully its right to defend itself before the arbitral tribunal where, besides discussing the [issue of] jurisdiction, [it] eventually accepted [that jurisdiction] ... defended itself on the merits and thereby confirmed the arbitration clause”. Sentencia de 3 de octubre de 2007. Superior Tribunal de Justiça (Tribunal Superior de Justiça), Brazil. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXIII, Kluwer Law International, 2008, pp. 397-403.

b) Requisitos formales del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York pueden soslayarse si no ha habido controversia sobre la existencia del acuerdo arbitral: se ha sostenido asimismo que no habiéndose cuestionado la existencia del contrato arbitral en instancias previas, una interpretación estricta del artículo IV de la Convención de Nueva York es injustificada<sup>33,34</sup>; y

c) La excepción de incumplimiento de la exigencia documental del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York puede perjudicarse en aplicación de la teoría de los actos propios<sup>35</sup>: se ha fallado reiteradamente que quien nunca alegó la inexistencia de acuerdo arbitral se encontraría impedido de hacerlo por primera vez en sede de reconocimiento y ejecución<sup>36, 37, 38, 39</sup>.

32. Sin embargo, la invocación del acta de misión como acuerdo arbitral autónomo no tendrá dicho efecto si se ha objetado desde un comienzo la jurisdicción del tribunal arbitral.

33. "In the context of authentication/certification, a further question arises as to whether the requirements of Article IV have to be observed under all circumstances. The formal requirements of Articles IV ensure that there is a genuine arbitration award and a genuine arbitration agreement. Under the general rules of evidence, proof is required only if a certain fact is in dispute. If an applicant submits only unauthenticated copies of the award and arbitration agreement, or an original award without authentication, is that sufficient? Certainly not if the defendant disputes the conformity of the copies to the originals. Production of unauthenticated copies is also insufficient if the defendant is in default because it did not appear, as the enforcing court would be unable to ensure that there is a prima facie valid agreement and award as sufficient evidence. However, if the defendant does not dispute that a simply copy conforms to the original, then there is no reason to require an applicant to obtain an authentication and/or certification. It would be unreasonable to require an applicant to submit evidence for something that is not disputed". There is significant judicial support for this rather liberal interpretation of Article IV..." KRONKE et al., Op. Cit., p. 180.

34. "[17] As we said by way of introduction, the defendant does not argue in a substantiated manner that the arbitration agreement, which was taken as a fact by the arbitral tribunal, does not in fact exist; it merely contests the existence of the necessary certifications. Under these circumstances no justified doubts have been raised as to the existence of an arbitration agreement between the parties, and the court does not need to request submission thereof. Hence, it is unnecessary to ascertain whether the arbitration agreement is duly certified". Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Oberster Gerichtshof (Corte Suprema), Austria. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXXIV, Kluwer Law International, 2009, pp. 409-417.

35. "Although The New York Convention does not deal expressly with the prohibition of contradictory conduct, such a prohibition is considered to be inherent in the Convention as a result of the principle of good faith, and because contradictory conduct would violate the goal and purpose of the Convention, that is, the summary procedure to expedite recognition and enforcement of the arbitration process". SCHERER, Mathias y MOSS, Sam, Op. Cit., p. 20.

36. KRONKE et al., Op. Cit., p. 172. Se citan al respecto los siguientes fallos:  
a) 15 de noviembre de 1983 - United States District Court, Southern District of New York. En: SANTENS, Pieter (ed.), Yearbook Commercial Arbitration, Vol. X, Kluwer Law International, 1985, pp. 540-548;  
b) 6 de abril de 1995 - Supreme Court of Hong Kong, High Court. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.), Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXI, Kluwer Law International, 1996, pp. 546-551.  
c) 7 de octubre de 2003 - Tribunal Supremo. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.), Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXX, Kluwer Law International, 2005, pp. 617-622;

d) OLG Schleswig, RIW 2000, 706 (et 707) (Corte de Apelaciones Schleswig, Alemania); y e) 27 de marzo de 2001 - United States Court of Appeals, Seventh Circuit. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXVI, Kluwer Law International, 2001, pp. 1091-1102.

37. "[9] "From all the above we must conclude that the [defendant] showed an unequivocal intention to submit the settlement of disputes arising out of the relationships between the parties to arbitration. It is unacceptable that it [now] seeks to oppose recognition of the arbitral award which settled the dispute by alleging that the claimant did not supply an agreement in writing containing an arbitration clause as required by Art. IV of the New York Convention. As already noted, this provision only aims at providing the enforcement court with proof of the parties' agreement to arbitrate disputes under a certain contract. This proof can be given in different manners, one of them undoubtedly being the behavior in the [arbitral] proceedings (astoppel) of the party denying that there was an arbitration agreement, which behavior must have its effects in this enforcement proceeding (see Supreme Court, orders of 31 March 1998 and 1 December 1998 in enforcement case nos. 524/1997 and 3660/1996). [10] "Hence, this ground for opposition fails". Sentencia de 28 de Marzo de 2000, Tribunal Supremo, Sala Civil, España. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 518-524.

Dos años más tarde, el mismo tribunal sostuvo "[13] "In sum, we can reasonably conclude that the defendant expressed its intention to submit to arbitration for the settlement of disputes arising from the relationship between the parties. We cannot accept that it now seeks to oppose recognition of the arbitral award which settled the dispute by alleging that the claimant did not supply an agreement in writing containing the arbitration clause as required by Art. IV of the New York Convention. As already noted, this provision only aims at providing the enforcement court with proof of the parties' agreement to arbitrate disputes under a certain contract. In no way can this proof be affected by the fact that the claimant could have sought an interim measure. In the case at issue, this proof is in the whole of the communications between the parties' brokers, whose activity as such is undisputed by either party". Sentencia de 26 de febrero de 2002 - Tribunal Supremo, Sala Civil, España. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 550-554.

38. Otros ejemplos:

a) "[15] "Reference is made first to Art. IV(1)(b) of the Convention, because C did not supply the original document containing the arbitration clause for the third contract and added in the other two contracts a clause which allowed C to proceed [with arbitration] in Beijing. [16] "The formal requirements under the above provision of the Convention, to be examined by the court seized, should not be too demanding (Pacchetti/Geisinger, DIP Annoté, p. 799). The Supreme Court held in the field of public law that even an interpretation 'contra legem' is allowed when the strict application of the law is unreasonable and contrary to the meaning of the provision it applies (SJ 1984 p. 41), (4) and added that the Convention allows, apart from written and signed acts, those acts which have a less strict form but are accepted by the trade usages of the parties. [17] "In the present case, G SA did not dispute the jurisdiction of the Chinese arbitrators and never supplied the original contracts, which it should have kept as there were two originals, so that its arguments are consequently weakened and are more allegations. [18] "The arbitration clause in the two original contracts supplied in the proceedings allows for two possible fora, either Beijing or the place of residence of the defendant. This formulation, unlucky as it may be, did not prevent C from seizing the Chinese authorities as it did. [19] "As far as the third contract is concerned, which is of a later date and lesser importance, we must consider that its formulation was overall identical to the formulation of the two earlier contracts and that apparently it was not the object of any discussion. Hence, the General Conditions to which they said contract referred were the same which governed the first two contracts and, consequently, there was a clause for [CIE-TAC] arbitration. The objection of G SA must therefore be denied. We would indeed show an excessive formalism if we were to grant this objection when G SA has accepted the arbitration and has done nothing to prove its thesis when it had the means to do so". Sentencia de 11 de diciembre de 1997 - Cour de Justice (Corte de Apelaciones), Ginebra. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXIII, Kluwer Law International, 1998, pp. 764-769.

(b) "[5] "From an examination of the above documents we should conclude that the parties did not clearly and indisputably intend to include the arbitration agreement in FOSEA Rules 11 referred to in

the 22 January 1999 confirmation in their contract, even if these same documents prove that there had been previous commercial relations between the parties. However, when ascertaining whether the requirement at issue is met, we cannot ignore the defendant's behavior in the arbitration: it appeared before the arbitral tribunal and not only it did not object to the tribunal's jurisdiction, it also discussed the merits of the claim and filed a counterclaim. It must be concluded from these acts that the defendant was aware of and accepted the referral to arbitration". Sentencia de 4 de marzo de 2003 – Tribunal Supremo, Sala Civil, Sesión de Plenaria, España. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 571-581.

c) "It appears from the interpretation of Art. II [of the] Convention that the prohibition of contradictory behavior is a legal principle implied in the Convention (see for the prevailing view, e.g., *OLG Schleswig RfW* 2000, 706/708 and references therein). Where, in violation of good faith, the formal invalidity of the arbitration agreement is raised [by a party who has] participated in the arbitration without raising any objection, this objection is not to be examined (Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 6th ed., p. 466)". Sentencia de 23 de septiembre de 2004 – Bayerisches Oberstes Landesgericht (Corte Superior de Apelaciones), Bavaria. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXX, Kluwer Law International, 2005, pp. 568-573.

d) [9] "In accordance with the criteria set forth above, the ground for opposition based on the failure to comply with the requirement of Art. IV (1) (b) [of the] Convention must be rejected. Although it would be hard to conclude that the document supplied [by SPMHP] together with its request for enforcement meets this condition for enforcement, since it does not even identify the parties thereto, *Olepesa* appeared and was duly represented in the arbitral proceedings, took part in the appointment of the arbitrators, raised arguments and supplied the evidence that it deemed relevant apparently without objecting to the jurisdiction of the arbitral tribunal or either explicitly or implicitly declaring that it did not agree to arbitration". Sentencia de 7 de octubre de 2003 – Tribunal Supremo. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXX, Kluwer Law International, 2005, pp. 617-622. Nótese que esta sentencia llega incluso a soslayar la falta de identificación de las partes en el documento que según el demandante habría contenida el acuerdo arbitral.

e) "[9] "On the other hand, the defendant is also estopped on grounds of good faith (Sect. 242 Civil Code), (4) because of its contradictory behavior from invoking the lack of a valid arbitration agreement in the enforcement proceedings. After the Hamburg court of first instance dismissed the claim, the defendant commenced arbitration in Finland by letter of 14 November 2005, expressly relying on clause 13 of the License Agreement of 30 October 2002, and suggested an arbitrator for the proceedings. After the claimant also commenced arbitration, on 28 November 2005, the parties could not at first agree on a sole arbitrator and, as stated in the arbitral award, agreed to appoint Mr. R as arbitrator at a meeting with the Mediation Committee of the Finnish Central Chamber of Commerce on 2 February 2006.... Nor did the parties subsequently raise objections against the procedure to establish the arbitral body and appoint the arbitrator... When the defendant commences arbitration proceedings relying on the arbitration clause, agrees on the arbitrator and raises no objection to the work of the arbitral tribunal in the proceedings, it cannot rely on the invalidity of the arbitration agreement in the subsequent enforcement proceedings. [10] "The Federal Supreme Court too has held that there is a violation of good faith when a party at the pre-trial stage relies expressly and unconditionally on an arbitration agreement and then argues in the arbitration and in the subsequent court proceedings for enforcement that there was no valid arbitration agreement (*NJW-RR* 1987, 1194)". Sentencia de 31 de mayo de 2007 – Oberlandesgericht (Corte de Apelaciones), Alemania. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXIII, Kluwer Law International, 2008, pp. 524-533. En este caso, también se dio lugar a la ejecución pese a que el peticionario no pudo acompañar el acuerdo arbitral.

f) "[4] We believe that the doctrine of equitable estoppel applies here. Equitable estoppel precludes a party from asserting rights "he otherwise would have had against another" when his own conduct renders assertion of those rights contrary to equity; *First Union Commercial Corp. v. Nelson, Mullins, Riley & Scarborough (In re Varat Enters., Inc.)* 81 F.3d 1310, 1317 (4th Cir. 1996); see also *Lowery v. Stovall*, 92 F.3d 219, 223 (4th Cir. 1996). In the arbitration context, the doctrine recognizes that a party may be estopped from asserting that the lack of his signature on a written contract precludes enforcement of the contract's arbitration clause when he has consistently maintained that other provisions of the same contract should be enforced to benefit him. "To allow [a plaintiff] to claim the benefit of

## 5. CONCLUSIÓN

Pese a su extraordinaria importancia y probado funcionamiento, la Convención de Nueva York no ha estado exenta de dificultades interpretativas. Entre ellas, las exigencias documentales de su artículo IV.1.(b) han dado lugar a entendimientos incluso antagónicos. Opiniones minoritarias lo han leído en clave estricta, concluyendo que la no provisión del acuerdo arbitral o de una copia que reúna las condiciones para su autenticidad frustrará cualquier solicitud de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. De otro lado, la tendencia moderna y mayoritaria entiende que se trata de una norma probatoria que debe interpretarse teleológicamente.

Este artículo se sitúa en la segunda línea de pensamiento bajo la idea de que el fin del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York es la legitimación *prima facie* la jurisdicción arbitral en el caso particular. Desde un punto de vista dogmático, ello equivale a acreditar una apariencia razonable de la existencia del acuerdo arbitral según el derecho de contratos aplicable.

En virtud de lo anterior, este artículo concluye que: (i) el solicitante debe probar la existencia del acuerdo arbitral solo bajo estándar *prima facie*; (ii) dicha prueba puede concretarse mediante medios de convicción diversos a los indicados en el artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York, incluyéndose tanto presunciones como los efectos de la aplicación del principio *venire contra factum proprium non valet*, si así lo justificaren los antecedentes del caso; (iii) a *contrario sensu*, la alegación de incumplimiento de las exigencias documentales del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York podría recobrar plausibilidad si es coherente

---

*the contract and simultaneously avoid its burdens would both disregard equity and contravene the purposes underlying enactment of the Arbitration Act.* *Avila Group, Inc. v Norma J. of California*, 426 F. Supp. 337, 342 (S.D.N.Y. 1977)". Sentencia de 14 de marzo de 2000 - United States Court of Appeals (Fourth Circuit). En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXV, Kluwer Law International, 2000, pp. 641-1164.

39. A *contrario sensu*, la excepción en cuestión recobraría plausibilidad si se hubiese venido sosteniendo previamente la ausencia de acuerdo arbitral. Empero, es imposible prever un resultado a priori sin atender *in concreto* al mérito de los antecedentes.

con una alegación previa y consistente de ausencia de pacto arbitral, lo que deberá determinarse *in concreto*; y (iv) acreditada la apariencia razonable de existencia del acuerdo arbitral, el peso de la prueba de su inexistencia recae en el ejecutado, quien deberá plantear dicha alegación, *a fortiori*<sup>40</sup>, al amparo del artículo V.1.(a) de esa convención.

40. Ver *supra*, nota 17.

# El Arbitraje Tributario Interno

*Mario Alejandro Flor y Juan Carlos Peñafiel*

## Sumario

1. Introducción. 2. El arbitraje y otros medios de resolución de conflictos en materia tributaria en el Ecuador. 2.1 Convenios tributarios. 2.2 Sistemas de estimación objetiva global. 2.3 Facilidades de pago. 3. Aspectos a superar para la aplicación del arbitraje tributario como mecanismo para la solución de conflictos internos. 3.1 Principio de legalidad y de reserva de ley. 3.2 Indisponibilidad de la obligación tributaria. 3.3 Exclusividad jurisdiccional. 4. Conclusión y reflexión.

## 1. INTRODUCCIÓN

La existencia del conflicto es natural a toda sociedad e inevitable desde que éste supone pretensiones contrapuestas respecto de bienes limitados. El objetivo perseguido para alcanzar un mayor grado de orden social no es la eliminación total del conflicto, sino la búsqueda de formas de controlarlo para lograr un grado razonable de equilibrio en las relaciones entre los miembros de una comunidad.<sup>1</sup>

Bajo esa realidad, la administración de justicia aparece como una pieza necesaria para dirimir los conflictos dentro de una sociedad y permitir la convivencia de quienes la conforman. No obstante, a mediados del siglo pasado una nueva realidad política económica ha irrumpido generando necesidades sociales que no

1. CAIVANO, Roque J., *Arbitraje, Ad-Hoc*, Buenos Aires, p. 21.

encuentran respuestas satisfactorias en la ya clásica administración de justicia.

En los tiempos modernos, el problema de mantener la paz social se agrava: la creciente concentración de población en grandes ciudades, el incesante avance en la tecnología, un profundo incremento en las relaciones comerciales internacionales y la generación de nuevas necesidades sociales han provocado un aumento de los conflictos que ha desbordado las estructuras que el Estado provee para dirimirlos.

Como reacción natural, los países han comenzado a admitir y hasta fomentar la utilización de medios alternativos de solución de conflictos como herramienta que permite descomprimir la congestión en el sistema judicial y a su vez asegurar a los ciudadanos el acceso a una justicia eficiente, administrada por las mismas partes dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos disponibles.

En el escenario ecuatoriano hemos sido testigos como el contencioso - tributario ha aumentado de una manera significativa la cantidad de casos que debe conocer y resolver; una parte por el constante avance del derecho tributario y financiero pero otra muy importante por el desempeño de las administraciones tributarias que, si bien es cierto, han elevado sus niveles de recaudación y eficiencia en el cobro de las obligaciones tributarias de los contribuyentes, también, es preciso advertirlo, ha aumentado los litigios en un número importante, sin que la función judicial haya podido reaccionar en cumplimiento de los principios de celeridad y eficiencia.

El arbitraje es, en una primera aproximación, un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a los particulares sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales<sup>2</sup>. Es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales.<sup>3</sup>

Con el objetivo de establecer la naturaleza jurídica del arbitraje se han alzado diferentes voces que, a modo de síntesis, pueden ser agrupadas en tres teorías:

1. Por un lado, los que sostienen la naturaleza contractual del arbitraje ponen el acento en el carácter privado del instituto, tanto con relación a su origen como a la calidad de los árbitros. Esta tesis encuentra su principal argumento en la autonomía de la voluntad de las partes; por eso es que la relación entre éstas y el árbitro es eminentemente contractual. Su actividad se fundamenta en que siendo las cuestiones que se someten a arbitraje originadas en derechos disponibles por las partes, el Estado no puede privarlos de la facultad de escoger el mejor método para resolverlas.

Pero a su vez niegan que los árbitros ejerzan una función jurisdiccional, porque atento a su falta de *imperium*, la efectividad de sus decisiones arbitrales proviene del compromiso que ambas partes asumieron de acatarla, y no tiene, por ello, las características propias de una sentencia.<sup>4</sup>

Por último, señalan que el laudo arbitral obliga a las partes en la misma forma que lo haría un contrato, gozando de la protección jurídica inherente a este último, razón por la cual se ha llegado a sostener que el árbitro es un agente de las partes y a asimilar su actuación a la de un mandatario.

2. Por otro lado, se encuentran los seguidores de la tesis procesal, quienes sostienen que los árbitros ejercen una verdadera función jurisdiccional, la cual no solo es atribuida por un acuerdo entre las partes, sino que es el pro-

2. FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sam - LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El arbitraje*, cit., p. 1

3. CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 47.

4. CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 95.

pio Estado que a través de su ordenamiento jurídico reconoce a los árbitros su potestad jurisdiccional. De ello resulta que el arbitraje es un verdadero juicio y que el laudo tiene autoridad de una sentencia de última instancia.

3. Finalmente, con la intención de armonizar ambas concepciones, hay quienes reconocen en el arbitraje una fuente inmediata, el acuerdo de la voluntad de las partes (teoría contractual), y que a su vez los inviste con una función jurisdiccional. Caivano sostiene que estamos frente a una jurisdicción instituida por un negocio particular.<sup>5</sup>

Veamos entonces cómo la figura del arbitraje puede aprovecharse –o no– en el marco del derecho tributario bajo el contexto de la legislación ecuatoriana.

## 2. EL ARBITRAJE Y OTROS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA TRIBUTARIA EN EL ECUADOR

Si bien no existe en la historia ecuatoriana una aplicación directa del arbitraje en materia tributaria en los términos concebidos para el arbitraje comercial, sí existieron en nuestra legislación ciertos institutos en donde se aplicaba una negociación entre Estado y contribuyentes (generalmente con delegados de una industria o profesión específica) para definir tributos. Repasemos brevemente estos capítulos de la historia tributaria ecuatoriana:

### 2.1 Convenios Tributarios

El convenio tributario tuvo su aplicación en el Ecuador en dos etapas: una primera con el Código Fiscal publicado en el Re-

5. CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 97.

gistro Oficial 400 de 25 de junio de 1963, con vigencia hasta el año 1975, año en el que el Código Tributario lo reemplazó; y una segunda en 1993, incorporado en la Ley de Régimen Tributario Interno.

Las características del primer convenio de los mencionados precedentemente, fueron las siguientes:

- Consistía en un acto administrativo que exigía para su eficacia la adhesión del contribuyente.
- Tenía un carácter transaccional diferente de la transacción prevista en el Código Civil.
- Debía versar exclusivamente sobre cuestiones de hecho de las que dependía la medida de la obligación tributaria; no podía referirse a asuntos de derecho.
- Servía para fijar la base de la liquidación de los impuestos y tenía lugar cuando no se podía establecer en forma cierta y determinada la obligación tributaria.
- Tenía una duración de tres años, a menos que se hubiere convenido por un tiempo menor.
- Era aplicable a todos los impuestos directos e indirectos, tanto nacionales como seccionales, excepto a los aduaneros.
- Podía celebrarse en cualquier tiempo antes de que el Tribunal Fiscal dictase sentencia, si es que la obligación era discutida.

De otra parte, la naturaleza del convenio tributario instaurado en su segunda etapa, a partir del año 1993, era de una determinación mixta de obligaciones tributarias, pues la determinación la realizaba el fisco una vez que el contribuyente

presentaba información financiera, contable y empresarial, con la que se podía establecer las bases de imposición y la cuantía del tributo.

Una vez que se establecía las bases de imposición el contribuyente debía "adherirse" a efectos de perfeccionar el convenio, toda vez que uno de los requisitos establecidos por la normativa legal que regía este tipo de convenios, determinaba el cumplimiento de todos los requisitos y la adhesión del contribuyente como elementos condicionantes para su validez.

Las características del segundo convenio tributario que rigió en el Ecuador, fueron las siguientes:

- Consistía en una modalidad de la determinación mixta.
- Tenía carácter transaccional diferente de la transacción prevista en el Código Civil y para su eficacia debía cumplir los requisitos previstos en la ley y en los reglamentos.
- Se requería de la adhesión del sujeto pasivo.
- Era aplicable al Impuesto sobre la Renta, al IVA y al Impuesto a los Consumos Especiales, es decir a la porción medular de la imposición interna.
- Tenía una duración de hasta tres años, pudiéndose renovar por periodos iguales.
- Podía, durante su vigencia, modificarse o denunciarse de mutuo acuerdo cuando surgían nuevos elementos de juicio.
- Se preveía expresamente que se suscribirían previa negociación entre la administración y los contribuyentes y ante el incumplimiento de estos últimos se darían por terminados.

- Para el Impuesto a la Renta se tomaría en cuenta las declaraciones de los tres años anteriores; las determinaciones efectuadas por la administración vía control; el capital utilizado y las ventas de los tres ejercicios inmediatamente anteriores; la rentabilidad existente en otras actividades similares; y otros elementos a juicio de la administración.
- La determinación que surgía del convenio se tenía por definitiva y la administración no podrá efectuar fiscalización alguna.

Vemos como este instituto –en su primera y segunda etapas–, requería la “adhesión” del contribuyente para cumplir con todos los requisitos que la ley de aquella época establecía, especialmente para determinar, en la segunda etapa de su vigencia en el Ecuador –en forma mixta, con el Estado– el impuesto a la renta, impuesto al valor agregado e impuesto a los consumos especiales.

Es necesario indicar que la aplicación del convenio tributario, en su segunda etapa, no fue de todo feliz y dio lugar a abusos, que de a poco fueron detenidos mediante sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia. Su vigencia fue breve y se lo derogó en el año 1996.

## 2.2 Sistemas de Estimación Objetiva Global

Otro de los institutos que tuvo vida jurídica en el Ecuador, en donde de alguna forma requería la concurrencia de la “negociación” de las partes de la relación jurídica tributaria, era el régimen denominado “Sistema de Estimación Objetiva Global”.

El sistema de estimación objetiva global se implantó en Ecuador a fines de 1993 y luego de una duración efímera fue derogado en 1995. Fue aplicable a las personas naturales que ejercen activi-

dades empresariales o profesionales y que por el capital empleado o por el monto de ventas anuales no están obligadas a llevar formalmente contabilidad, pero sí un registro de ingresos y egresos debidamente sustentado. Se preveía la formación de juntas mixtas integradas en forma paritaria por representantes de la administración y de los diferentes grupos de contribuyentes, las cuales tenían por finalidad establecer el importe global que por Impuesto a la Renta y por Impuesto al Valor Agregado debían satisfacer cada grupo y por repartición cada individuo.

Se trataba de una verdadera negociación entre los representantes de la administración tributaria y de los contribuyentes que mediante acuerdos, en forma aproximativa, efectuaban las determinaciones de las obligaciones tributarias. El representante de la administración que presidía la junta mixta respectiva tenía voto dirimente. En caso de discrepancia sobre los hechos cabía acudir a la comisión tributaria integrada de modo similar a las juntas, la cual en instancia única, así mismo con el voto dirimente del representante de la administración que la presidía, resolvía el diferendo<sup>6</sup>.

El sistema de estimación objetiva global no era obligatorio. Los contribuyentes podían presentar sus resultados anuales sobre la base de los registros que debían llevar. Inclusive, como es obvio, podían demostrar haber incurrido en pérdidas, lo cual no era factible si se acogían al sistema indicado. Lo que no cabía era en unos ejercicios declarar resultados y en otros acogerse a la estimación objetiva global. Una vez que el contribuyente se integraba al sistema de estimación objetiva global, debía continuar en él.

6. El sistema de estimación objetiva global no constituyó una solución para ampliar la masa de contribuyentes y sobre todo para incorporar a la tributación a grupos que integran la economía informal, a pequeños empresarios que calificados de artesanos se acostumbraron a no pagar contribuciones y a los profesionales en libre ejercicio que tampoco lo han hecho. Hubo poca colaboración de las asociaciones gremiales y falta de una metodología cierta para que en cada rama de las actividades empresariales se efectuaran los estudios apropiados a fin de sentar las bases de la estimación. Además, fue muy discutible el que se extendiera el sistema al IVA. El tema de los contribuyentes menores continúa insoluto.

La naturaleza de la estimación objetiva global no llegó a discernirse. No se definió si se trataba de acuerdo de carácter privado o un acto administrativo de adhesión. Hay más razones para pensar lo segundo por la preeminencia definitoria que se confirió a los presidentes de las juntas y de la comisión, los cuales debían ser representantes de la administración. En tal caso habría sido posible impugnar los resultados de la estimación objetiva global en sede contenciosa, distorsionándose de esa manera los objetivos que se tuvieron en mente al instaurarla. Respecto de la obligatoriedad de incorporarse al sistema, la jurisprudencia de casación se ha pronunciado en el sentido de que el hecho de integrarse o no al respectivo grupo era voluntario y que en caso de no hacerlo debía presentarse las declaraciones individuales.

### **2.3 Facilidades de Pago**

Actualmente, si bien no existe una verdadera negociación de la cuantía de la obligación tributaria, el contribuyente puede proponer las fechas de pago en las que podría satisfacer la obligación tributaria determinada, interviniendo con su voluntad en uno de los elementos de negociación de cualquier método alternativo para la solución de conflictos: la oportunidad.

En efecto, en la fase recaudatoria, al tenor del Código Tributario, los deudores de obligaciones tributarias tienen el derecho a que se les conceda facilidades de pago. Al intento dirigirán a la administración la correspondiente petición con la oferta de satisfacer una parte de la deuda (que no puede ser inferior al 20%), de someterse a un plan de pagos (regularmente con un plan máximo de seis meses y extraordinariamente con un plan máximo de dos años) y de garantizar el crédito fiscal hasta su cabal solución. La administración, cumplidos los requisitos, mediante la emisión de la respectiva resolución está obligada a conceder las facilidades solicitadas. La jurisprudencia ha reconocido este derecho de los deudores tributarios de diferir los pagos, así como el derecho de petición, inclusive en sede contenciosa, de las resoluciones que

nieguen ese derecho. Es un caso claro de que la voluntad de los contribuyentes, puede incidir en la indisponibilidad de la obligación tributaria, al menos respecto de la oportunidad en que deba efectuarse la recaudación.

### **3. ASPECTOS A SUPERAR PARA LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE TRIBUTARIO COMO MECANISMO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERNOS**

La aplicación del arbitraje en materia tributaria supone la superación de ciertos paradigmas en relación con importantes principios de la tributación como son el principio de legalidad y de reserva de ley, que en su clásica acepción podrían ser obstáculos para la implementación del arbitraje tributario; también cabe pronunciarse sobre la indisponibilidad de la obligación tributaria y su vinculación con el principio de actividad reglada, a través del cual se entiende tradicionalmente que es vetado para la administración disponer de los créditos fiscales, salvo –como lo veremos– que se conceptualice a este último principio, y se le otorgue flexibilidad frente a las necesidades del mundo contemporáneo; y, finalmente, merece también análisis la facultad exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado, cuya naturaleza de irrenunciable en materia de impuestos –por ser de orden estrictamente público–, será una característica que la corriente para establecer el arbitraje tributario debería vencer para integrarlo al sistema jurídico ecuatoriano.

#### **3.1 Principio de Legalidad y de Reserva de Ley**

La creación de tributos y de sus exoneraciones solo puede hacerse mediante ley, es decir, a través de un acto legislativo en la forma prevista en la Constitución. En materia tributaria, el principio de legalidad es la facultad de establecer, modificar o extinguir tributos, facultad que recae sobre el Estado de forma exclusiva.

El principio de legalidad forma parte esencial de la normativa tributaria y guarda directa relación con el principio de reserva de ley. La concepción tradicional de este principio es que determinadas materias se deben obligatoria y únicamente establecer a través de una ley:

- el objeto imponible,
- los sujetos activo y pasivo,
- la cuantía del tributo o la forma de establecerla,
- las exenciones y deducciones,
- los reclamos y recursos.

Este principio, para los fines de aplicación del arbitraje tributario como mecanismo para solución de controversias a nivel local, puede concebirse desde un punto de vista riguroso o desde un punto de vista que ofrezca cierta flexibilidad, este último punto que favorecería la implementación del arbitraje motivo del presente artículo. Veamos lo que la doctrina reseña sobre estos principios:

Dietrich Jesch<sup>7</sup> señala: "...la reserva de la ley sólo significa, originaria y fundamentalmente, que ciertos ámbitos sustantivos no pueden ser regulados de modo general sin el asenso y la colaboración del Parlamento. ...La historia de la reserva legal es la historia del creciente estrechamiento de la libre actividad de la Administración; el ámbito de acción del cual dispone, en especial el ámbito jurídicamente vacío, se reduce continuamente." En el mismo sentido, Miguel Carbonell, indica que "la reserva de ley puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea una ley y no otra norma jurídica la que regule determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico."<sup>8</sup>

7. JESCH, Dietrich, *Ley y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, 1ª ed., trad. de Manuel Heredero, Madrid, España, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, pp. 133-137.

8. CARBONELL, Miguel, "Sobre la reserva de ley y su problemática actual", *Pínculo Jurídico. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas*, México, No. 42, Abril - Junio 2000, p. 33.

Alvarado Esquivel afirma que a su juicio *“la reserva de ley no se agota en la aprobación del hecho imponible, sino que –por su carácter absoluto– dicha reserva debe también cubrir los elementos determinantes o configuradores de ese hecho, ya que de ellos depende que la obligación tributaria que surja de su realización, respete el principio constitucional de legalidad tributaria. Los elementos que integran el hecho imponible, tanto subjetivo como objetivo, y en relación con este último, a todos sus aspectos (temporal, espacial, material y cuantitativo), deben ser materia de reserva de ley...”*

El Art. 301 de la Constitución del Ecuador señala:

*Art. 301.- Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.*

No vamos ahora a determinar si las disposiciones constitucionales vigentes en el Ecuador permiten interpretar al principio de legalidad de un modo riguroso o flexible, tan solo queremos describir un aspecto importante a superar para que la figura del arbitraje tributario pueda aplicarse en el Ecuador. Varios académicos consideran que tal como está contemplado el principio de legalidad en la Constitución se podría interpretar que nos encontramos dentro de un régimen de legalidad flexible o relativo, que admitiría los medios alternativos y el arbitraje tributario sin que ello implique violentar las normas constitucionales que tutelan el régimen tributario.

Existen elementos de los tributos que *ab origine* no se consideran regidos por el principio de reserva de ley, de allí que quepa afirmar que en el orden tributario no todo se encuentra establecido por ley y que solo algunos aspectos forzosamente si lo deben estar. En todo caso, una norma tributaria no es un proceso automático, pues una misma situación podrá apreciarse e interpretarse de diversas maneras.

El Dr. Pablo Egas, en las Memorias de las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario considera –refiriéndose a la Constitución Política de 1998, que sobre la reserva de ley no ha variado con la actual Constitución–, que en el Ecuador existe una reserva de ley relativa, en donde la adopción de métodos alternativos de solución de conflictos no miran a la potestad de creación sino a la potestad de aplicación de los tributos.

### **3.2 Indisponibilidad de la Obligación Tributaria**

A través del principio de indisponibilidad de crédito tributario o de obligación tributaria, se establece que los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios entre particulares.

Esta regulación sobre la indisponibilidad del crédito tributario a que hace referencia el precepto anterior deja bien a las claras para todos los que intervienen en la relación jurídico-tributaria que los actos que formalicen con otras personas para nada pueden afectar a la Administración y, por tanto, ésta debe en todo caso atender exclusivamente a los elementos que configuran el tributo, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, sin que haya de tener en cuenta las variaciones que se hayan producido en esos elementos como consecuencia de los pactos celebrados por los contribuyentes con terceras personas.

Este principio de indisponibilidad de la obligación tributaria debe ser superado para la aplicación del arbitraje tributario en la medida que se considera al arbitraje como una decisión de particulares que afectan un orden público restringido a la Administración Tributaria en virtud del principio de actividad reglada.

Admitir la existencia de los medios alternativos de solución de conflictos y del arbitraje en particular es al menos aceptar que este principio no es absoluto y puede entenderse en forma fle-

xible. Los tradicionalistas encuentran en este principio el óbice más grande para la aplicación de un arbitraje tributario; en tanto que nuevas corrientes vienen tomando fuerza en esta última década, como lo señala el autor Mauricio Piñeros Perdomo<sup>9</sup> quien considera que el tributo indisponible es aquel que ha sido liquidado por el contribuyente o por la Administración Tributaria a través de los distintos mecanismos establecidos por la ley lo cual le da un carácter de definitivo al no ser susceptible de acción o recurso alguno. Por lo tanto, frente a un conflicto entre la Administración Tributaria y el sujeto pasivo en razón a una duda razonable sobre la aplicación de la normativa vigente, una errónea interpretación de las pruebas disponibles o cualquier otra controversia donde esté en duda la legitimidad del acto administrativo, el arbitraje puede constituirse en una alternativa para resolver esos conflictos.

En definitiva, según lo concluye la Dra. Ángeles García Frías "la indisponibilidad es un instrumento de seguridad jurídica pero también es importante tomar en cuenta que el proceso aplicativo de la norma tributaria es un germen permanente de inseguridad y es por eso que no existe una sólida razón para postular una exclusión razonable de las fórmulas arbitrales en el ámbito tributario"<sup>10</sup>

Antes de cerrar este apartado sobre la indisponibilidad del crédito tributario, creemos conveniente revisar muy brevemente un nuevo criterio sobre este principio, defendido por el profesor García Novoa y López quien sostiene que este principio debe reformularse como un principio de disponibilidad legal del crédito tributario, convirtiéndose esta disponibilidad en objeto de la ley, correspondiéndole a esta decidir si se puede o no disponer del crédito y en que supuestos.

9. PIÑEROS, Perdomo Mauricio, *Memorias de las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Tomo II, p. 84.

10. GARCÍA, Frías Ángeles, *Memorias de las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Tomo II, p. 138.

### 3.3 Exclusividad Jurisdiccional

Otro factor a superar es sin duda el de la exclusividad jurisdiccional como principio constitucional. Repasemos lo que nuestra Constitución señala sobre la función judicial dentro del capítulo de Participación y Organización del Poder:

*Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.*

Según la norma constitucional citada, la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales, al tiempo que consagra expresamente lo que se ha venido a denominar aspecto positivo de la exclusividad, esto es, la atribución exclusiva de la jurisdicción a los únicos órganos estatales investidos de potestad para esto.

La potestad jurisdiccional, según lo sostiene Ana María Chocrón<sup>11</sup> está constitucionalmente reservada al Poder Judicial o, si se prefiere, solo los jueces y tribunales pueden ejercer la potestad jurisdiccional en el sentido que ha sido desarrollado, lo que se explica sobre la idea de que “determinados actos de soberanía sólo pueden ser declarados por los tribunales o autorizados por los tribunales<sup>12</sup>”. Ahora bien, esto no ha impedido que puedan encontrarse casos que contraríen el principio de exclusividad conforme a la formulación expuesta. Esto es algo que abiertamente ha reconocido la doctrina que no ha dudado a continuación en ofrecer ejemplos de esa circunstancia. Las palabras de Montero Aroca son clarificadoras a este respecto cuando dice que “teóricamente la exclusividad expresa algo de tal modo arraigado en la esencia del estado moderno que las Constituciones no podrían negarlo, pero prácticamente las negaciones han sido constantes<sup>13</sup>”. La circunstancia apuntada ha requerido entonces una con-

11. CHOCRÓN, Ana María, *La Exclusividad y la Unidad Jurisdiccionales como Principios Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico Español*.

12. SERRANO ALBERCA, José Manuel y Arnaldo Alcubilla, Enrique, *Comentarios*, cit., nota 12, p. 1879.

13. MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional I*, cit., nota 24, p. 81; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, *Instituciones de derecho*, cit., nota 1, p. 49, entre otros.

formidad del privilegio del que goza la administración con la mencionada reserva de jurisdicción que, sin embargo, y a decir de la doctrina, se muestra insuficiente para discernir qué tipo de intervención administrativa en el ámbito jurisdiccional resultaría permitida y cuál por el contrario debiera ser erradicada.

Para atender qué posibilidades tienen el arbitraje tributario de introducirse en el sistema debemos primero establecer qué tipo de sistema jurídico impera en el Ecuador: Aquel sistema como el defendido por el argentino de Casás, en el que existe una irrenunciabilidad de la jurisdicción federal, siempre que se encuentre comprometido la soberanía, el interés y orden público o actos estatales emitidos en ejercicio del *iure imperii* –otros autores que participan de este criterio determinan, en resumen, que el ejercicio de la función jurisdiccional es de la reserva del Poder Público, siendo inconciliable la delegación de esta facultad en particulares–; o, un sistema jurídico flexible, en el que las disposiciones constitucionales y legales aceptan al arbitraje como legítimo mecanismo de solución de controversias. A este efecto, repasemos lo que señala el Art. 190 de la Constitución ecuatoriana:

*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..."*

De su parte, el Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación menciona:

*"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."*

Lo cierto es que el ingente número de asuntos tributarios sujetos a la resolución de la administración interna, municipal y

aduanera, sin contar con las administraciones de excepción, que pueden adoptar posiciones apegadas a la recaudación y no al derecho, ocasionan que la administración de justicia se vea sometida en igual medida a una enorme cantidad de casos que deben resolver, convirtiendo la atención de esos casos en asuntos de prolongada duración.

Las corrientes modernas y las mismas necesidades de la comunidad advierten que en el campo tributario, al igual que en otros, es menester el uso de los medios alternativos de solución de conflictos, particularmente del arbitraje, como opera por ejemplo la República de Venezuela, la que teniendo similares garantías constitucionales, ha dado un paso adelante en la resolución de conflictos tributarios.

La Constitución venezolana de 1999 señala que "la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos" y que "los medios alternativos de justicia", así como "los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley", forman parte del sistema de justicia en Venezuela (artículo 253 de la Constitución).

Por aplicación de estas disposiciones constitucionales, el arbitraje, como medio alternativo de resolución de conflictos y los ciudadanos que actúan como árbitros, forman parte del sistema de administración de justicia en Venezuela. Esto fue un cambio fundamental con respecto a la Constitución de 1961, según la cual el Poder Judicial se ejercía únicamente a través de los Tribunales.

#### **4. CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN**

En conclusión, la demora excesiva en las decisiones de los tribunales contencioso-tributarios es un problema que afecta el interés de la Administración y del contribuyente. La incertidumbre del contribuyente ante la falta de decisión y el diferimiento indefinido del cobro del tributo ocasiona perjuicios al administrado y

a la Administración. En el Presupuesto del Estado aparecen, año tras año, considerables cantidades de dinero por supuestos créditos tributarios pendientes de decisión en los tribunales, muchos de los cuales no podrán ser cobrados, bien porque la decisión favorezca finalmente al contribuyente o si favorece a la Administración, la posibilidad de ejecutar la decisión está disminuida. En situación similar se encuentra el contribuyente, quien tarda años en lograr una decisión sobre sus reclamaciones tributarias. Existe, por tanto, una necesidad de innovación, de búsqueda de nuevas fórmulas para la solución de controversias. La jurisdicción arbitral podría responder a esta necesidad de justicia, al permitir decidir con rapidez y eficacia las controversias tributarias.

La doctrina que aboga por permitir el arbitraje en materia tributaria ha señalado como requisitos para su procedencia, los siguientes, los cuales podrían implementarse en el Ecuador realizando reformas legales que viabilicen una importante opción para destrabar los asuntos tributarios controvertidos:

- que el arbitraje tributario esté previsto en la ley,
- que se establezca claramente lo que puede ser sometido a arbitraje,
- que se prevean las condiciones precisas de integración del tribunal arbitral,
- que se establezcan los efectos del laudo arbitral y su ejecución,
- y que sea un arbitraje de derecho.

La evolución del derecho tributario y la importante cantidad de conflictos en esta materia, hacen que el Ecuador deba plantearse la necesidad de adherirse a la línea de aceptar los medios alternativos de solución de controversias y particularmente el arbitraje, para resolver los conflictos tributarios que más se adecuen a la naturaleza de la intervención arbitral, para lo cual será necesario realizar las reformas legales pertinentes.

# Nulidades en el proceso y en el laudo arbitral

*Rómulo García Sosa*

## Sumario

1. Introducción. 2. Convenio Arbitral. 3. ¿Es posible convenir arbitraje, en medio de un juicio seguido ante la Justicia Ordinaria? 4. La decisión sobre la competencia del Tribunal, ¿Podrá ser revisada por el mismo Tribunal arbitral, después de que la asumió? 5. Acción de Nulidad del Laudo Arbitral. 6. ¿Procede aplicar otras causales de nulidad, como las que establece el artículo 355 del CPC? 7. ¿Por qué interviene el Estado, a través de las Cortes Provinciales, como contralor legal de los laudos arbitrales? 8. ¿Cabe el recurso de casación de la sentencia que emita la Corte Provincial respecto de la acción de nulidad de laudo arbitral?

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley de Arbitraje y Mediación es relativamente nueva, rigió inicialmente a partir de su publicación en el Registro Oficial del 4 de octubre de 1997<sup>1</sup>, tras un importante esfuerzo por expedirla. Fue codificada luego en el 2006, la cual rige actualmente. No obstante, aún hay inconvenientes o reparos en su aplicación, por eso es importante analizar los casos de nulidad del laudo arbitral.

1. Registro Oficial No. 145. Reformado mediante Codificación 2006-014 publicada en el R.O. No. 17 de 14 de diciembre del 2006.

La Constitución de la República reconoce en su artículo 190, al arbitraje como uno de los procedimientos alternativos para la solución de conflictos, que "...se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. ...". El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación preceptúa que "El sistema arbitral, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, expresamente y por escrito, sus controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean tratadas por los Tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias."

La condición constitucional y legal para que proceda el arbitraje es, consecuentemente, la de que exista expresamente y por escrito, un acuerdo mutuo y previo entre dos partes para solucionar sus controversias actuales o futuras, y de que éstas sean susceptibles de transacción.

## 2. CONVENIO ARBITRAL

En general, los convenios o contratos deben reunir los requisitos que impone la ley, para su existencia, o para su validez. El artículo 1453 del Código Civil prescribe que: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones;...". El arbitraje no nace de la ley, ni de normas generales o actos administrativos, ni de la voluntad unilateral de una parte, como el testamento o la donación.

El artículo 1454 del mismo Código prescribe que: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas." Nuestra legislación no hace diferencia entre convenio y contrato, no obstante que se sostiene en la doctrina y prevén legislaciones como la francesa, que el primero es la especie y el segundo el género.<sup>2</sup>

2. Ramón Sánchez Meda: "De los contratos Cíviles".

Lo importante es que el contrato o convenio es la fuente de Derechos y obligaciones, que permite a las partes expresar su voluntad libre de dar, hacer o no hacer algo, de manera que sean exigibles entre ellas las obligaciones recíprocas estipuladas, bajo el principio de *pacta sunt servanda* que recoge el artículo 1561 del Código Civil: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales." De ahí que la interpretación de la voluntad de las partes contractuales solo procede en los términos del Título XIII del Libro IV del Código Civil, y de puntuales normas exorbitantes de aquellas, pertenecientes al campo administrativo. Al juez o al árbitro no le corresponde modificar la voluntad de las partes, sino aplicar los principios del Derecho a los hechos motivo de la controversia generada en la ejecución de ese contrato o convenio.

Los contratos existen, cuando entre las partes se ha dado la expresión de su voluntad libre de producir o transferir Derechos u obligaciones. Los elementos para que una persona pueda obligarse con otra por acto o declaración de voluntad son, capacidad, consentimiento, objeto lícito, causa lícita<sup>3</sup> a lo que debemos añadir, para el caso del Estado, la competencia del funcionario que interviene a nombre del Estado, y desde luego el cumplimiento de las solemnidades previstas por la ley para cada especie de contrato, como el contrato de compraventa o de promesa de compraventa de un inmueble, que debe ser elevado a escritura pública.

Cuando tales actos o declaraciones están afectados de un vicio previsto por la ley, no existe el convenio o contrato, como cuando una parte o ambas carecen de capacidad; si vio afectado su consentimiento, carece el acto de causa y objeto lícitos, o cuando no cumplen las formalidades establecidas en la ley. No es suficiente, entonces, que se invoque irrestrictamente la libertad de contratar que garantiza el artículo 66 numeral 16 de la Consti-

3. Art. 1461 Código Civil: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: - "1o.- Que sea legalmente capaz; - "2o.- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; - "3o.- Que recaiga sobre un objeto lícito; y; - "4o.- Que tenga una causa lícita. - "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra."

tución de la República<sup>4</sup> y el artículo 8 del Código Civil<sup>5</sup>, pues para la existencia y validez de los contratos debe observarse las condiciones, los requisitos y las formalidades previstos por la propia ley.

No obstante ser de todos conocido, es preciso recordar el texto del artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación: *"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. – El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la expresión inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En 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. ..."*

El Art. 6 de la misma LAM complementa: *"Se entenderá que existe un convenio arbitral no solo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje."*

Se puede convenir arbitraje, entonces, solamente por acuerdo escrito, de cualquiera de las formas previstas por la ley, que exprese la voluntad de las partes de someter al arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, por una relación jurídica, contractual o extracontractual, siempre que sean susceptibles de transacción.

Prescribe el Art. 2348 del Código Civil que: *"Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio*

4. Constitución de la República: *"Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas: ... "16. El Derecho a la libertad de contratación."*

5. Código Civil: *"Art. 8- A nadie puede imputarse la acción que no esté prohibida por la ley."*

*pendiente, o precaven un litigio eventual. ...* La transacción es, necesariamente, un contrato bilateral. El mismo artículo sigue que: *"No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un Derecho que no se disputa."* La naturaleza de la transacción, es la terminación entre las partes de un litigio en curso, o evitar uno eventual.

Precaver significa "Prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo." (DRAE).

Es inexistente el convenio arbitral si las partes han acordado someterse al arbitraje respecto de un Derecho o de un objeto no sujeto a transacción; como cuando, según el Código Civil, el objeto es el estado civil de las personas, la condición de hijo, por ejemplo. Sobre Derechos ajenos, o que no existen. O cuando el acuerdo arbitral, está afectado de error, fuerza o dolo. Por la naturaleza de la transacción, tampoco procede pactar arbitraje sobre un litigio entre las partes que hubiera sido previamente sometido por ellas a la justicia ordinaria o que haya terminado con decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

No es admisible un convenio arbitral que no contenga los elementos sustanciales para su existencia, como aquellos en los que aparecen determinadas cláusulas patológicas que, por obscuridad o imprecisión, afectarían a la naturaleza misma del arbitraje e impedirían su ejecución, como cuando se refieren a una ley derogada o, en el caso de arbitraje administrado, a una entidad que no es un Centro Arbitral existente legalmente, pues hay sin duda error sustancial que impide que el arbitraje sea entendido como la expresión de la libre voluntad de las partes, y de que lo hubieran acordado con su pleno conocimiento de someterse a ese trámite, conforme las vigentes normas aplicables al arbitraje.

Entonces, si el convenio arbitral no existe, no produce efecto alguno, el arbitraje no procede y el Tribunal no puede conocer del juicio arbitral y deberá declararse incompetente.

Las partes pueden renunciar al acuerdo compromisorio. El artículo 8 de la LAM prevé que las partes pueden renunciar de mutuo acuerdo y por escrito (se deshace como se hizo) al convenio arbitral, de manera que así se entienda cuando cualquiera de ellas acuda con su demanda ante los jueces ordinarios, y en cuanto la otra, al contestar la demanda, no oponga la excepción de existencia del convenio arbitral. El juez será entonces competente para conocer y resolver la controversia conforme a las leyes adjetivas comunes.

Si la parte demandada opone la excepción de existencia del convenio arbitral, le corresponde al Juez "...sustanciarla y resolverla corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones, dentro de tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el juez, se sustanciará la causa según las reglas generales."

En el evento de que el Juez acepte la excepción y decline su competencia en razón de la existencia del convenio arbitral<sup>6</sup>, deberá proceder como manda el artículo 129, ordinal 9, del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>7</sup>, a homologar el acuerdo de las partes y a ordenar la remisión del proceso al Tribunal competente, es decir, al Centro de Arbitraje convenido por las partes, para que conozca y resuelva la causa el Tribunal Arbitral que se conforme ajustado al convenio, al Reglamento Interno del Centro y a la LAM.

6. Artículo 7 de la LAM: "El 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 al arbitraje sus controversias, los jueces deberán abstenerse de conocer cualquier demanda que surja sobre las relaciones jurídicas que les 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. ..."
7. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 129: "FACULTADES Y DEBERES GENÉRICOS DE LAS JUEZAS Y JUECES.- A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según correspondan, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos: ... "9. En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma ... - "Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al Tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del Derecho o la acción."

### 3. ¿ES POSIBLE CONVENIR ARBITRAJE, EN MEDIO DE UN JUICIO SEGUIDO ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA?

Si las partes lo deciden de mutuo acuerdo, expresamente y por escrito, bajo las condiciones del artículo 4 de la LAM, es procedente, y el Juez, en consecuencia, deberá declinar su competencia y remitir el proceso al Centro Arbitral o a los árbitros, como hayan convenido por las partes.

Tampoco procede el arbitraje cuando se trata del ejercicio de una potestad pública, como los actos políticos, de poder, de gobierno como de defensa nacional, tributarios, o punitivos de Derecho Público, éstos, en el ejercicio de una ley administrativa o penal. Es decir, cuando el Estado, como tal, ejerce potestades públicas, y se expresa mediante los actos administrativos unilaterales que le atribuye la Constitución y la Ley. Así procede cuando se trata de la prestación de servicios públicos por el propio Estado o mediante delegación a concesionarios, para atender las necesidades colectivas. El trámite será, a tal propósito, el de reclamos, quejas, denuncias y se seguirá el proceso en sede administrativa o judicial, con la presentación de los recursos o las acciones previstos en las leyes administrativas.

Las controversias entre el Estado y sus contratistas que se generen como consecuencia de la ejecución de un contrato administrativo<sup>8</sup>, como las multas convenidas en los contratos con el Estado, que son parte de la naturaleza y de las estipulaciones del contrato en su integridad y de su ejecución, son esencialmente transigibles y, por ende, sujetas al arbitraje; pues siendo el contrato una entidad, sus cláusulas deben interpretarse unas con otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad<sup>9</sup>.

8. Artículos 60, 113, 114 y 115 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contestación Pública.

9. Artículo 1580 del Código Civil: "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. - Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. - O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra."

Aún más, le corresponde al árbitro o Tribunal, de ser el caso, medir el exceso en la aplicación de multas<sup>10</sup> cuando hubieran sido impuestas en exceso de los límites previstos por la Ley Contractual y el contrato, para lo cual la propia ley manda que el contratante debe optar por otras acciones, que no la imposición de multas por encima de esos límites, la ejecución de las garantías del cinco por ciento del valor del contrato por fiel cumplimiento, por ejemplo<sup>11</sup>; o su terminación unilateral y anticipada en los casos de incumplimiento de contratista, es previamente a cumplir las condiciones exigidas por la ley<sup>12</sup>.

La nulidad, por su parte, es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que la ley prevé para la validez de los actos jurídicos, o de los procesos, que debe ser declarada por el juzgador.

Cuando el convenio arbitral se ha celebrado con prescindencia de una de las condiciones para su validez, es nulo.<sup>13</sup>

Respecto del Estado, la norma constitucional prevé que: *"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."*

Si bien no procede el arbitraje para los actos administrativos, queda en claro que en los contratos en que intervenga el Estado como parte, procede estipular el arbitraje para resolver las controversias que se generen entre las partes como consecuencia de su ejecución e interpretación y que ellas no las hubieren podido solucionar de mutuo acuerdo<sup>14</sup>. Si no se hubiera pactado arbitraje,

10. Artículo 1560 del Código Civil, primer inciso: *"Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que excede al duplo de aquella; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada..."*

11. Artículo 70, último inciso, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

12. Artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

13. Artículo 1512.- Los actos o contratos que la Ley declare inválidos, no dejan de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad.

14. Artículo 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Arts. 162 y 163 del Reglamento General de la misma Ley.

las controversias de los contratos administrativos y decidan acudir a sede judicial, el procedimiento, en esos casos queda en claro, se tramitará ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo<sup>15</sup>, conforme a la Ley de la materia y al artículo 38 de la Ley de Modernización, etc.

No hay en la Constitución limitación alguna al respecto, salvo las condiciones que impone, que se tramite el arbitraje en Derecho, y que, previamente, el Procurador General del Estado emita pronunciamiento favorable, pero en los casos previstos en la Ley<sup>16</sup>.

El Código Civil prescribe en su artículo 8, que: *"A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley."* Y previene las limitaciones a ese principio: artículo 9: *"Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención."* Y, artículo 10: *"En ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo."*

La inexistencia puede alegarse como excepción, no puede ser convalidada ni ratificada por las partes; la nulidad puede alegarse como acción o como excepción y puede ser convalidada por las partes en los casos determinados por la ley<sup>17</sup>.

Recibida una demanda arbitral, el Director del Centro de Arbitraje verificará el cumplimiento de los requisitos formales de la demanda y de la existencia del convenio que someta la controversia entre las partes al procedimiento arbitral, conforme a la ley y a los reglamentos; y, si fuera preciso, pedirá que el demandante la complete o aclare. No la admitirá a trámite si no se cumplen tales requisitos, o si no se cubre el valor de los costos arbitrales. Una vez que los considere cumplidos, sin pronunciarse sobre su contenido, mandará citar legalmente a la parte demandada, con-

15. Artículo 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

16. El Dr. Edgar Neira Orellana lo explica en profundidad en su artículo "La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que el texto constitucional, de su equivocada aplicación" publicado en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, año 2011, p. 33.

17. "Curso de Derecho Civil", Arturo Alessandri y Manuel Semariva, 1991, p. 313.

forme prescribe el artículo 11 de la LAM. De la misma manera verificará que la contestación a la demanda cumpla los requisitos legales y reglamentarios y, de haber reconvención mandará citarla a la parte contraria. En ambos casos exigirá previamente el pago de los costos establecidos. La omisión de citar en legal forma, genera la nulidad del proceso arbitral conforme al lit. a) del artículo 31 de la misma ley.

Al Centro de Arbitraje le corresponde designar y posesionar a los árbitros en la forma prevista en la ley, en el reglamento interno y en el convenio arbitral, condición esencial para que el Tribunal o el árbitro asuma el conocimiento y decisión del juicio arbitral. Si las partes han establecido la forma cómo designar a los árbitros, se procederá en consecuencia. De otra forma, el Director del Centro les pedirá ponerse de acuerdo y designarlos de entre los que constan en la Lista Oficial o de fuera de ella. Si las partes no se ponen de acuerdo o se han remitido al Reglamento del Centro, se sortearán de entre los que consten en la lista de dicha entidad. Todo este procedimiento deberá constar en autos.

Posesionado el Tribunal o el árbitro único, la primera decisión que se debe adoptar es la resolución sobre su propia competencia, como manda el Art. 22 de la LAM. Deberá hacerlo en la Audiencia de Sustanciación, motivadamente, explicando la pertinencia de su decisión, sobre la base de la ley y del convenio. La consecuencia de no ajustar tal decisión a la ley, acarrea la nulidad. El laudo debe dejar en evidencia el cumplimiento de esta actuación conforme a la ley.

#### **4. LA DECISIÓN SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL, ¿PODRÁ SER REVISADA POR EL MISMO TRIBUNAL ARBITRAL, DESPUÉS DE QUE LA ASUMIÓ?**

La respuesta es negativa porque es una decisión que la ley impone tomar *ab initio* del proceso, en la Audiencia de Sustanciación, y que causa ejecutoria una vez adoptada. Desde luego, esto

ocurrirá a menos que sea impugnada, dentro del término de tres días, por cualquiera de las partes<sup>18</sup>, mediante petición de revocatoria o de reconsideración, que deberá resolver el Tribunal o árbitro único antes de dar inicio al proceso arbitral. Si se plantea como excepción, igualmente debe resolverla el Tribunal al momento de decidir sobre su competencia. El laudo deberá dejar constancia del cumplimiento de este requisito procesal.

Solamente podría revisarse la decisión sobre la competencia de un Tribunal Arbitral, ya resuelta anteriormente y de acuerdo con la ley, en el evento de que el mismo hubiere encontrado, con posterioridad y durante el proceso, una causa o elemento probatorio que no existió o no pudo analizar al momento de resolver sobre su competencia, como fraude, falsedad o engaño, mediante decisión debidamente motivada, previamente a la expedición del laudo o al expedirlo, sin resolver sobre el motivo de la controversia.

Procesalmente, el juicio arbitral en Derecho se somete a la LAM, desde luego a la jurisprudencia y a la doctrina y, subsidiariamente, al Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio u otras leyes conexas, como prescribe el artículo 37 de la LAM. Si es en Equidad, al leal saber y entender de los árbitros, lo que no significa que no se respeten los principios universales del Derecho.

En todo caso, debe cumplirse el trámite previsto en la ley, además de las normas del Reglamento Interno del Centro y, por cierto, las estipulaciones del convenio arbitral, que podría contener algunas de las formalidades del procedimiento arbitral pactadas por las partes, tales como forma de designar el Tribunal; si los Árbitros serían uno o tres; el plazo para duración del Arbitraje; reservas o determinadas hubieran pactado, como forma de designar el Tribunal, o si será árbitro único, el plazo, reservas o determinadas condiciones, como establece el artículo 38 LAM. Obviamente deben observarse los Derechos garantizados por la Constitución y la Ley, en cuanto corresponda.

18. Arts. 281 y 289 del Código de Procedimiento Civil.

La notificación oportuna y adecuada de las actuaciones del Tribunal arbitral, en el domicilio señalado por cada una de las partes, es elemento sustancial para la validez del procedimiento arbitral; no hacerlo, impide o limita el real ejercicio del Derecho de defensa de alguna de ellas, que puede verse afectado gravemente por la omisión, al igual que incidirá en la decisión arbitral que ponga fin al proceso, por lo que es causa de nulidad.

Lo mismo corresponde a la práctica de pruebas solicitadas por las partes, o dispuestas por el Tribunal en los casos que le permite la ley. La prueba debe ser debidamente pedida y actuada<sup>19</sup> en los términos que señala la ley y conforme determine el Tribunal. Debe ser pertinente, concretarse al asunto que se litiga y a los hechos controvertidos en el juicio<sup>20</sup>, por lo que el Tribunal o el árbitro están obligados a rechazar la prueba impertinente o inoficiosa. La notificación de la prueba a las partes es elemento esencial para la validez del proceso<sup>21</sup>. Lo es igualmente que la prueba sea una de las admitidas por la ley, pues el artículo 76, numeral 4, de la propia Constitución advierte la nulidad como castigo para la prueba ilegalmente obtenida o actuada.

## 5. ACCIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL

Cerrado el silogismo del proceso, debe expedirse el laudo arbitral que contendrá las consideraciones sobre los hechos y sobre el Derecho, y la decisión debidamente motivada del Tribunal, el cual es, por esencia, inapelable. Ciertamente, deberá resolver sobre los puntos de la controversia entre las partes. Debe analizar las posiciones de cada una, valorar la prueba producida y confrontar los hechos alegados con la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Dentro de ese marco, no puede dejar de decidir sobre las

19. Art. 117 CPC: "Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la Ley, hace fe en juicio."

20. Artículo 116 CPC: "Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio."

21. Art. 119 CPC: "El juez, dentro del término respectivo mandará que todas las pruebas presentadas o pedidas en el mismo término, se practiquen previa notificación a la parte contraria."

pretensiones de las partes, ni resolver más allá de lo que ellas pretendieron.

Como prescriben el artículo 76, ordinal 7, literal l) de la Constitución, 130, numeral 4, del Código Orgánico de la Función Judicial y 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil, normas supletorias de la LAM, el laudo arbitral debe expresar con claridad lo que se resuelve, la motivación comporta la exposición de los antecedentes de hecho confrontándolos con las normas y principios jurídicos en que funda su decisión.

El Tribunal Arbitral, en el evento de encontrar una nulidad procesal conforme al artículo 31 de la LAM, de oficio o a petición de parte, debe declarar la nulidad de lo actuado a partir de la causa que la originó, siempre que la omisión pueda influir en la decisión de la causa, siguiendo las reglas que al efecto prevé el CPC en los artículos 349, 351, 352, 355.

El mismo artículo 31 de la LAM prevé que cualquiera de las partes puede interponer Acción de Nulidad del laudo arbitral. No prescribe que tal acción lo sea del proceso arbitral, porque no significa instancia ni cabe apelación del laudo.

La atribución legal del presidente de la Corte Provincial, competente para conocer y resolver sobre la acción de nulidad del laudo arbitral, está limitada por la ley a examinar la decisión del Tribunal. Deberá verificar si el Tribunal, ha incurrido en alguna de las causas de nulidad del artículo 31 de la LAM, 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 refiere 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."*

El trámite de la acción de nulidad, debe ser presentado ante el propio Tribunal Arbitral, para ante el presidente de la Corte Provincial de la correspondiente jurisdicción, para que sea resuelto en el término de 3 días. Conforme al mismo artículo 31 citado, si la parte accionante pretende suspender los efectos del laudo, deberá rendir la caución suficiente sobre los perjuicios estimados a la otra parte en la demora en la ejecución de laudo.

Rendida la caución, se suspenden tales efectos, si no, el laudo puede ser ejecutado por la parte interesada, para lo cual debe acudir a un juez ordinario de lo civil, y solicitarle que dicte mandamiento de ejecución. No hay más trámite que seguir, se procede como la ejecución de cualquier sentencia ejecutoriada. El juez debe ordenar que el ejecutado pague o dimita bienes en 24 horas. Si no lo hace, dispondrá el embargo de bienes y su consiguiente remate. A menos que fuere preciso liquidar el adeudo mediante perito<sup>22</sup>.

## **6. ¿PROCEDE APLICAR OTRAS CAUSALES DE NULIDAD, COMO LAS QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 355 DEL CPC?**

Mi posición es que no. El artículo 226 de la Constitución de la República preceptúa que el Estado y sus servidores, "...ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas por la Constitución y la Ley..." Las instituciones del Estado y sus ser-

22. Artículos 438 y 439 del CPC.

vidores, entre ellos los órganos y los jueces de la Función Judicial, deben limitarse a aplicar la ley. No pueden interpretarla a pretexto de consultar su espíritu, cuando su tenor literal es claro, les está prohibido hacerlo (artículo 18, regla 1 del CC)<sup>23</sup> más cuando hay ley expresa y taxativa que establece las causales en la ley especial, la LAM, por lo que no cabe acudir a otras leyes que suplan lo que está prescrito, menos a casos análogos de otras leyes (artículo 18, regla 7 del CC)<sup>24</sup>; solo al legislador le corresponde interpretar la ley de manera generalmente obligatoria, como prevén el artículo 120, ordinal 6, de la Constitución de la República<sup>25</sup>, y el artículo 3 del Código Civil<sup>26</sup>.

El artículo 37 de la LAM<sup>27</sup> se remite a las normas del CPC, como supletorias, es decir que substituyen la falta de alguna norma expresa en la LAM, por lo que las causales taxativas, expresamente previstas en el artículo 31 de la LAM, son las únicas que procede aplicar, no es procedente añadir otras, o substituir las por otras, en interpretación extensiva, cuando ya constan prescritas en la LAM.

El presidente o la Sala de la Corte Provincial, en su caso, deben concretarse a examinar en el laudo, la existencia de una o varias de las causales del artículo 31 de la LAM, invocadas por el accionante y a declarar consecuentemente la nulidad del laudo arbitral o a desestimar la acción, según corresponda.

**La Acción de Nulidad, insistimos, NO CONSTITUYE APELACIÓN NI INSTANCIA, por lo que no es procedente que los**

23. Código Civil, Artículo 18: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: -"1a.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desviará su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu."

24. "7a.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del Derecho universal."

25. CPR, Artículo 120: "La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: -"6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio."

26. CC, Artículo 3: "Solo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio."

27. LAM, Artículo 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."

jueces ordinarios analicen el contenido del proceso arbitral, y modifiquen como consecuencia su contenido resolutivo. Les corresponde puntualmente examinar y resolver sobre la existencia de la causa de nulidad invocada por el accionante.

En varias sentencias de la Presidencia de la Corte Superior se ha examinado la interioridad del proceso, bajo el argumento de que el artículo 37 de la LAM, al tratar de "normas supletorias", dicho Juez puede examinar el proceso en su interioridad y aplicar todas las normas que respecto de la nulidad contienen otras normas adjetivas, no obstante que en varias sentencias, la Justicia Ordinaria ha establecido que la Acción de Nulidad "...es un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral mas no vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo, por lo que las causales para acudir a la acción de nulidad son restrictivas si se las compara con las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación, o cualquiera otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia, por ello se considera como una limitación que impide al juzgador entrar a revisar el fondo del asunto..."<sup>28</sup>

En cuanto al trámite que debe darse a la Acción de Nulidad, la LAM no lo determina de manera expresa. La Corte Constitucional ha resuelto el 5 de mayo del 2009, "...Desechar la declaratoria de inconstitucionalidad como consecuencia de la declaratoria de inaplicabilidad del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, emitida por el ... Presidente de la ex Corte Superior de Justicia de Quito;..." por lo que, según esta resolución, el trámite que debiera darse a la acción de nulidad, es el de juicio ordinario, porque así lo prevé el artículo 59 del CPC, pero contraído al término de treinta días desde que avoque conocimiento el presidente de la Corte Provincial, como dispone el artículo 31 de la LAM.

28. Sentencia del Presidente de la Corte Provincial No. 97-000 de 9 de abril del 2010, cit. Sentencia No. 04-2012 del mismo Juez.

## 7. ¿POR QUÉ INTERVIENE EL ESTADO, A TRAVÉS DE LAS CORTES PROVINCIALES, COMO CONTRALOR LEGAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES?

El Dr. Ernesto Salcedo Verduga en su obra "El Arbitraje - la Justicia Alternativa"; dice: *"En definitiva pienso que debe observarse y analizarse el sistema arbitral ecuatoriano desde una perspectiva que, aún reconociendo su naturaleza eminentemente procesal, no soslaye o menoscabe sus complejas características de institución que, si bien es convencional, en su origen, tiene como propósito esencial y público el de administrar una justicia efectiva y sin dilaciones, satisfaciendo de esta manera el interés individual que busca tal seguridad jurídica y al mismo tiempo, el interés de la sociedad al garantizar a ésta que el proceso arbitral es un medio idóneo para conseguir la efectiva tutela del Derecho; es decir, que nos encontramos ante un sistema cuyos efectos jurídicos tienen un alcance que va más allá de la sola voluntad de las partes y de la simple actividad procesal, y, que por lo mismo, reclama un análisis conjunto de la pluralidad de sus elementos para ubicarlo en el lugar exacto que le corresponde a nuestro ordenamiento legal"*.

Procede apelación de la decisión del presidente de la Corte Provincial? Según el artículo 76, numeral 7, lit. m) de la vigente Constitución de la República, en todo proceso en el que se determinen Derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegura el Derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: *"7. El Derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) Recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus Derechos."* Entonces, si la Constitución, que preceptúa en su artículo 424 que es la norma suprema que prevalece por sobre cualquiera otra del ordenamiento jurídico, permite y garantiza recurrir del fallo sobre la acción de nulidad del laudo arbitral que dicte el presidente de la Corte Provincial, y así se ha procedido.

**8. ¿CABE EL RECURSO DE CASACIÓN DE LA SENTENCIA QUE EMITA LA CORTE PROVINCIAL RESPECTO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL?**

Tal recurso se contrae a las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las cortes superiores y los Tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo (artículo 2 Ley de Casación). Si someramente entenderíamos que el juicio ordinario es de conocimiento, podría concluirse que procede tal recurso para la sentencia que resuelva la Acción de Nulidad. Pero tal posición pugna con la naturaleza consensual y autónoma del arbitraje, que esencialmente busca en la alternativa de este procedimiento, una solución más inmediata y efectiva de la controversia entre las partes que buscan evitar los procedimientos previstos para la justicia ordinaria. La Corte Suprema, hoy Nacional, ha decidido en los dos sentidos, de que siendo juicio de conocimiento, procede el recurso de casación; y como la LAM no prevé tal recurso, resulta improcedente, posición con la cual coincidimos.

Finalmente, declarada la nulidad del laudo arbitral, la consecuencia jurídica es que se repondrá el proceso al estado en que estuvo antes de la declaratoria de nulidad (artículo 355 CPC). Como se trata de la nulidad del LAUDO arbitral, el proceso deberá reiniciarse, a efecto de lo que el Centro de Arbitraje deberá nombrar nuevos árbitros para que conozcan y resuelvan la causa, sin que por eso pierdan validez las pruebas aportadas durante el proceso (artículo 363 CPC).

Por todo lo dicho, destacando el valor de la Ley de Arbitraje y Mediación y de su importante aporte a la utilización de los procedimientos de arbitraje y de mediación en el País, concluimos que, actualmente, por la experiencia que hemos logrado acumular, es preciso promover reformas a la ley vigente para que se ajusten los tiempos y a los términos del procedimiento de la acción de nulidad ante la justicia ordinaria, de manera que se delimite la actuación del Estado de constituirse en garante

del mecanismo arbitral, sin cambiar su naturaleza, y sin que se produzca lo que las partes procesales quisieron evitar, un juicio ordinario con todas las dilaciones y falencias que el arbitraje que han convenido de mutuo acuerdo, busca superar de manera ágil y previsible.

# Ciclismo: deporte de estrategia (arbitral) en casos de dopaje

Juan Francisco González

## Sumario

1. Introducción. 2. El Manejo del Dopaje en los Deportes Profesionales 2.1 Historia 2.2 El Código Antidopaje 3. El Tribunal de Arbitraje Deportivo 3.1 Historia del TAS 3.2 Procedimientos arbitrales ante el TAS 4. Casos Relevantes 4.1 Floyd Landis:<sup>1</sup> la estrategia de echar la culpa al laboratorio que analizó las muestras 4.2 Alejandro Valverde:<sup>2</sup> la estrategia de buscar un foro más amigable 4.3 Alberto Contador:<sup>3</sup> la estrategia del solomillo dopado 4.4 Jan Ullrich: la estrategia procesalista 4.5 Lance Armstrong:<sup>4</sup> el cambio radical de estrategia 5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

El ciclismo de ruta a nivel profesional es un deporte altamente exigente. Los deportistas requieren largas sesiones de entrenamiento, una alimentación especializada, participar en eventos oficiales durante la gran mayoría del año y una desarrollada capacidad personal para trabajar en equipo.<sup>5</sup>

1. TAS 2007/A/1294 Floyd Landis c. USADA (laudo de 30 de junio de 2008).
2. TAS 2007/A/1396&1402 WADA y UCI c. Alejandro Valverde & RFEC (laudo de 31 de mayo de 2010).
3. CAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador Velasco & RFEC; CAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC (laudo de 6 de febrero de 2012).
4. TAS 2010/A/2083 UCI c. Jan Ullrich & Swiss Olympic (laudo de 9 de febrero de 2012).
5. Rick Scob. *The Life of a Pro Cyclist*. <http://www.amgentoursofcalifornia.com/Peloton/TNT-cooper/life-of-a-pro.html>

Hay varios tipos de carreras en cuanto a distancia, duración e intensidad. En la carrera de un solo día más famosa del mundo, la Paris-Roubaix, también conocida como el "Infierno del Norte", los ciclistas recorren 257.5 kilómetros en un tiempo aproximado de 6 horas. Durante la edición 2012 de la Paris-Roubaix, de los 248 corredores que tomaron la partida, solamente 86 corredores llegaron a la meta.<sup>6</sup>

Sin lugar a duda la carrera ciclística más famosa del mundo es el Tour de Francia. Durante la edición 2012, los ciclistas recorrieron un total de 3497 kilómetros durante 23 etapas; el ganador de esa edición, el británico Bradley Wiggins, tardó 87 horas, 24 minutos y 47 segundos en llegar a la meta.<sup>7</sup>

Existen 28 carreras oficiales en el año entre enero y octubre, eso sin contar con las competencias no oficiales o los juegos olímpicos.<sup>8</sup> Ningún corredor profesional está en capacidad de competir en todas. Las carreras se corren por equipos y en cada uno existe un líder que recorre todo el trayecto protegido por sus gregarios y velocistas con el fin de maximizar sus posibilidades de llegar al final con una ventaja física y mental por sobre los miembros de los otros equipos. Dependiendo de la estrategia, existen equipos que recorren el trayecto colocados al final del pelotón para que sean otros los equipos que luchen contra el efecto del viento mientras que otros equipos prefieren ir adelante del pelotón para controlar el ritmo de carrera y evitar caídas por falta de visibilidad.

La estrategia es la clave del deporte y no existe un solo corredor que pueda confiar en su sola capacidad física para ganar una competencia sin tener la estrategia adecuada. La ambición de ganar las competencias, contratos publicitarios, fama mundial y dinero, entre otras razones, lleva a los atletas a adoptar estrategias a veces reñidas con la ética y, en algunas ocasiones, a optar por

6. Página oficial de la carrera Paris-Roubaix:  
<http://www.letour.fr/2012/PRX/LIVE/us/100/classement/index.html>

7. Página oficial del Tour de Francia: [www.letour.fr](http://www.letour.fr)

8. Página oficial de la Unión Internacional de Ciclistas (UCI): [www.uci.ch](http://www.uci.ch)

tácticas opuestas a las reglas del deporte. En este artículo, se analizan dos tipos distintos de estrategias muy cuestionables y que son utilizadas con frecuencia en el ciclismo profesional: 1) el uso de sustancias y métodos prohibidos para mejorar el rendimiento deportivo (dopaje), y 2) el uso de estrategias legales creativas y cuestionables para impedir la imposición de sanciones cuando los ciclistas son acusados de dopaje.

Mientras el dopaje sirve para lograr resultados deportivos, las estrategias legales empleadas por los atletas sirven para preservar resultados en un elaborado sistema alternativo de administración de justicia (arbitraje) que existe a nivel mundial para juzgar casos de indisciplina entre los que está el uso de sustancias prohibidas para mejorar el rendimiento deportivo.

Para hacer más práctica esta explicación sobre dopaje y arbitraje deportivo, en este artículo se mencionan algunos casos conocidos de dopaje en el ciclismo profesional y la estrategia legal usada por cada ciclista para defenderse en los arbitrajes. Es difícil argumentar que el ciclismo no sea uno de los deportes profesionales con mayores problemas respecto a uso de sustancias prohibidas pero tampoco se debe dejar de observar que el dopaje es un problema de todos los deportes, más aún, cuando hay importantes intereses económicos detrás.

## **2. EL MANEJO DEL DOPAJE EN LOS DEPORTES PROFESIONALES**

### **2.1 Historia**

El uso de sustancias para mejorar el rendimiento físico y mental no es nuevo. La palabra "dopaje" viene de la palabra holandesa "dop" que es una bebida hecha de cáscara de uva que tomaban los guerreros de la tribu Zulú en Sudáfrica para mejorar su rendimiento en batalla. El término tomó un sentido más con-

temporáneo durante el siglo 20 cuando se lo utilizó para hacer referencia al uso de drogas para mejorar el rendimiento de los caballos de carreras.<sup>9</sup>

Es imposible saber con certeza cuándo fue la primera vez que un deportista profesional mejoró su rendimiento de forma artificial; en el caso del ciclismo de manera particular, pero también en otros deportes de resistencia, se conoce que durante el siglo 19 los atletas utilizaron estricnina, cafeína, cocaína y alcohol para mejorar su rendimiento en competencia.

En 1928, la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (IAAF, por sus siglas en inglés) prohibió a los atletas el uso de algunas sustancias; sin embargo no se dieron resultados positivos porque no se les practicaba exámenes a los deportistas. Durante los Juegos Olímpicos de Roma en 1960 murió el ciclista Knud Enemark durante la competencia; la autopsia reveló la presencia de anfetaminas. Solamente en 1966 la Unión Ciclista Internacional (UCI) y la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) empezaron a practicar exámenes de sangre a sus atletas. Aun así, en 1967 otro ciclista, Tom Simpson, murió mientras competía en el Tour de Francia.<sup>10</sup>

El uso de distintas sustancias y métodos de dopaje continuaron desarrollándose con el avance de la ciencia, lo cual hasta esta fecha es uno de los mayores problemas: el uso de sustancias y métodos dopantes siempre está por delante de su detección y control.<sup>11</sup>

Uno de los momentos más delicados respecto al dopaje en el ciclismo fue el Tour de Francia de 1998, bautizado como el "Tour de la Vergüenza". Una redada de la policía francesa a los hoteles de los ciclistas sirvió para encontrar que varios equipos estaban en posesión de sustancias prohibidas y controladas

9. Página oficial de la Agencia Mundial Antidopaje (AMA): <http://www.wada-ama.org/en/About-WADA/History/A-Brief-History-of-Anti-Doping/>

10. AMA: <http://www.wada-ama.org/en/About-WADA/History/A-Brief-History-of-Anti-Doping/>

11. *Ibidem*.

como eritropoyetina (EPO), hormonas de crecimiento, testosterona, y anfetaminas. Luego de tensas negociaciones entre la policía, la organización del Tour y los equipos, solamente 98 corredores terminaron la competencia.<sup>12</sup>

El incidente del Tour de Francia del 98 dio lugar a que el Comité Olímpico Internacional convocara a la primera Conferencia Mundial sobre Dopaje en Lausana, Suiza en febrero de 1999. Como resultado de la Conferencia, el 10 de noviembre de 1999, se creó la Agencia Mundial Antidopaje (AMA o WADA por sus siglas en inglés).<sup>13</sup>

Actualmente la AMA opera conjuntamente con atletas, gobiernos, federaciones deportivas internacionales y nacionales, organizaciones antidopaje, laboratorios, entre otros. Mientras que la función de las organizaciones antidopaje es perseguir la violación de las reglas antidopaje, el papel de las federaciones internacionales y nacionales, entre otras actividades, es establecer paneles de primera instancia para el juzgamiento de potenciales violaciones.

## 2.2 El Código Antidopaje

La Agencia Mundial Antidopaje redactó y puso en vigencia el Código Mundial Antidopaje (también conocido como el "Código AMA" o "Código Antidopaje") el 1º de enero de 2004. En el año 2006 el Código fue revisado y reformado; esas reformas entraron en vigencia en el año 2009 para darle más fuerza y uniformidad en los procedimientos, de tal manera que cumpla mejor con los objetivos de la AMA: 1) proteger el derecho fundamental de los atletas a participar en deportes libres de dopaje, de tal manera que se proteja la salud, la justicia y la igualdad de los atletas; y 2) asegurar programas antidopaje armonizados, coordinados y

12. CBS News: [http://www.cbsnews.com/2316-100\\_162-3693937-11.html](http://www.cbsnews.com/2316-100_162-3693937-11.html); y *Samuel Abt, Angered by Police Raids, Riders Suggest Slowdown: Tour de France Crawls Toward the Finish Line* (The New York Times), <http://www.nytimes.com/1998/07/30/news/30iht-bike.1.12.html>

13. AMA: <http://www.wada-ama.org/en/About-WADA/History/A-Brief-History-of-Anti-Doping/>

efectivos a nivel internacional y nacional en cuanto a detección, disuasión y prevención.<sup>14</sup>

Actualmente el Código rige para las organizaciones deportivas internacionales más importantes: el Comité Olímpico Internacional, las federaciones internacionales de 33 deportes entre los que está la FIFA y los comités olímpicos de 204 países del mundo.<sup>15</sup> En consecuencia, los deportistas que participan en los eventos organizados o controlados por esas federaciones o los comités internacionales, también están regidos por el Código Antidopaje. El Comité de Administración de la UCI incorporó el Código Antidopaje a sus propias reglas el 13 de agosto de 2004.

Son pocos los deportes para los cuales el Código Antidopaje no rige (por ejemplo, béisbol y fútbol americano) pero a cada organización deportiva que está fuera de la AMA le rige algún tipo de sistema de juzgamiento de este tipo de conductas.

A continuación se explican brevemente algunas disposiciones del Código AMA que han tenido especial relevancia en los casos de dopaje de ciclistas profesionales:

- **Violaciones a las reglas antidopaje:** El artículo 2 del Código AMA determina los actos que constituyen violaciones a las reglas antidopaje en términos muy amplios. Estas violaciones incluyen el uso, posesión o intento de uso de sustancias prohibidas y controladas; el uso o intento de uso de métodos prohibidos; el rehusarse a la práctica o entregar muestras; la violación de reglas de disponibilidad para la práctica de muestras; la alteración de resultados de las muestras y el tráfico de sustancias y métodos prohibidos, entre otras actividades también incluidas como violaciones a reglas antidopaje.<sup>16</sup>

14. AMA: <http://www.wada-ama.org/en/World-Anti-Doping-Program/Sports-and-Anti-Doping-Organizations/The-Code/>

15. AMA: <http://www.wada-ama.org/en/World-Anti-Doping-Program/Sports-and-Anti-Doping-Organizations/The-Code/Code-Acceptance-Olympic-Movement/>

16. Artículo 2 del Código Antidopaje.

- **Obligación de los deportistas:** Es obligación de todo atleta asegurarse que ninguna sustancia prohibida, método prohibido, metabolitos o marcadores aparezcan en sus muestras. Adicionalmente, y aquí un tema muy relevante en los procesos arbitrales que se mencionarán más adelante, no es necesario que el atleta tenga la intención, incurra en culpa o negligencia o que tenga conocimiento de su uso de sustancias o métodos prohibidos para que éste incurra en una violación a reglas antidopaje.<sup>17</sup> La sola presencia de una sustancia prohibida, metabolitos o marcadores, o la detección de un método prohibido es "prueba suficiente de una violación antidopaje".<sup>18</sup>
- **Criterios ("estándares") para la determinación de violaciones y carga de la prueba:** Cada organización antidopaje tiene la carga de la prueba para demostrar que se ha producido una violación a una regla antidopaje. Para esto, un panel de cada organización debe analizar cada caso para llegar a la "cómoda satisfacción"<sup>19</sup> de que se ha producido una violación a una regla antidopaje. El estándar de cómoda satisfacción se replica en las Reglas de Resolución de disputas de la UCI y por tanto también aplica (o debería aplicar) a las federaciones nacionales de ciclismo que juzgan a sus deportistas en primera instancia. Tanto en el Código Antidopaje como en las reglas UCI se establece que cuando la carga de la prueba se transfiere al atleta (u otro acusado), el criterio para la determinación de responsabilidad es el de "balance de probabilidad".<sup>20</sup> La carga de la prueba se transfiere al atleta cuando éste alega que el laboratorio ha incumplido con los estándares internacionales de toma y manejo de muestras<sup>21</sup> o cuando alega que la sustancia fue ingerida sin intención de obtener un mejor rendimiento deportivo<sup>22</sup>.

17. Artículo 2.1.1 del Código Antidopaje.

18. Artículo 2.1.2 del Código Antidopaje.

19. Según el artículo 3.1 del Código, el criterio de cómoda satisfacción es mayor al de "micro balance de probabilidad" de que se haya producido una violación pero menor al criterio de "más allá de la duda razonable".

20. Artículo 3.1 del Código Antidopaje y Artículo 22 de las Reglas Antidopaje de la UCI.

- **Lista de sustancias y métodos prohibidos:** Todas las sustancias y métodos que constituyen violaciones a reglas antidopajes aparecen en una lista. El Código habilita a la AMA para actualizar la lista de sustancias y métodos que están prohibidos en general o para un deporte en particular, durante y fuera de competición.<sup>23</sup> La lista de sustancias y métodos prohibidos se puede encontrar en la página web de la AMA<sup>24</sup> y en la página web de la UCI para el caso específico del ciclismo.<sup>25</sup>
- **Utilización restringida de sustancias prohibidas:** Bajo ciertas circunstancias y requisitos se permite el uso de sustancias prohibidas con fines terapéuticos.<sup>26</sup>
- **Derecho a tomar muestras:** Salvo limitaciones durante competencias, las organizaciones antidopaje nacionales tienen la capacidad para realizar exámenes a los atletas que sean nacionales, residentes, tengan carnet o que sean miembros de organizaciones deportivas de ese país. Cada federación internacional (como la UCI) tiene la capacidad para realizar exámenes a los atletas afiliados a las federaciones nacionales que forman parte de esa federación internacional o a los atletas que participan en los eventos organizados por éstas (por ejemplo, la Federación Ecuatoriana de Ciclismo).<sup>27</sup> Las muestras pueden ser tomadas en cualquier momento, aun cuando los atletas no estén en competencia.
- **Derecho a audiencias justas:** El Código establece el derecho a que el deportista que haya dado positivo tenga audiencias justas, lo que incluye el derecho a audiencias oportunas, paneles justos e imparciales, derecho a contar

21. Artículo 3.2.1 del Código Antidopaje.

22. Artículo 10.4 del Código Antidopaje.

23. Artículo 4.2.1 del Código Antidopaje.

24. AMA: <http://list.wada-ama.org/cs/>

25. UCI: <http://www.uci.ch/templates/UCI/UCI5/layout.asp?Memul6=MjI0NQ&LangId=1>

26. Artículo 4.4 del Código Antidopaje.

27. Artículo 5.1 del Código Antidopaje.

con un abogado, derecho a ser informado justa y oportunamente sobre la violación de la que se le acusa, derecho a réplica, derecho a presentar pruebas, derecho a un intérprete y el derecho a decisiones oportunas, escritas y razonadas.<sup>28</sup>

- **Sanciones:** Las sanciones por violaciones a reglas antidopaje se resumen en:
  - » **Descalificación:** El atleta que de positivo durante una competencia, independientemente de si existe culpa, es automáticamente descalificado y pierde todas las medallas, puntos y premios que haya recibido.<sup>29</sup> Adicionalmente, como regla general, el atleta que incurra en una violación antidopaje durante un evento deportivo será sancionado con descalificación de todas las competencias realizadas durante ese evento<sup>30</sup>; y,
  - » **Inhabilitación:** Los atletas y otras personas que incurran en violaciones a reglas antidopaje también quedan inhabilitados de participar en eventos oficiales durante un tiempo determinado. Dependiendo del tipo de violación que se haya cometido de acuerdo al artículo 2 del Código, el periodo de inhabilitación puede variar. La sanción común por primera violación es de 2 años<sup>31</sup> para la mayoría de tipos de violaciones y de 4 años para tráfico de sustancias prohibidas y para la administración o intento de administración de sustancias prohibidas en competencia.<sup>32</sup> El periodo de inhabilitación puede variar en razón de agravantes y atenuantes, número de violaciones cometidas y/o reincidencia. Por regla gene-

28. Artículo 8 del Código Antidopaje.

29. Artículo 9 del Código Antidopaje.

30. Mientras una "competencia" en el sentido del Art. 9 se refiere a una única competencia, "evento" en el sentido del Art. 10 se refiere a un grupo de competencias organizadas dentro de un periodo (por ejemplo, un evento Mundial o las Olimpiadas).

31. Artículos 10.2 y 10.3.1 del Código Antidopaje.

32. Artículo 10.3.2 del Código Antidopaje.

ral, la tercera violación antidopaje resulta en la inhabilitación de por vida.<sup>33</sup>

- **Eliminación y reducción de sanciones:** El Código prevé la posibilidad de eliminación o reducción de las sanciones en casos de uso de sustancias específicas en circunstancias específicas<sup>34</sup> o por la existencia de circunstancias excepcionales<sup>35</sup>. Estas circunstancias de eliminación o reducción de las sanciones son particularmente importantes en los arbitrajes porque una vez que las muestras arrojan resultados positivos, las estrategias más utilizadas apuntan a buscar circunstancias que sirvan para eliminar o, por lo menos, reducir las sanciones.
- **Apelación de las sanciones impuestas:** Todas las decisiones emitidas por federaciones nacionales o internacionales son susceptibles de apelación.<sup>36</sup> Cuando esa decisión tiene relación con eventos o atletas internacionales, la apelación debe ser planteada de manera exclusiva, ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (en adelante "TAS" por sus siglas en francés, "Tribunal Arbitral du Sport"). La AMA tiene el derecho para apelar de todas las decisiones tomadas por las federaciones en primera instancia respecto a violaciones a reglas antidopaje. La UCI, al haber incorporado el Código Antidopaje a sus reglas, también puede apelar de las decisiones de primera instancia.<sup>37</sup>

33. Artículo 10.7.2 del Código Antidopaje.

34. Artículo 10.4 del Código Antidopaje.

35. Artículo 10.5 del Código Antidopaje.

36. Artículo 13 del Código Antidopaje.

37. Artículo 330 de las Reglas Antidopaje de la UCI.

### 3. EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO

#### 3.1 Historia del TAS

El Tribunal de Arbitraje Deportivo<sup>38</sup> es el más importante organismo para la resolución de disputas relacionadas con actividades deportivas profesionales a nivel internacional. El TAS fue creado en 1983 como una rama del Comité Olímpico Internacional para brindar un método "*flexible, rápido y económico*" para resolver disputas deportivas.<sup>39</sup>

De esa fecha hasta hoy, el TAS ha tenido algunos cambios importantes, pero para efectos de desarrollar el tema que aquí se trata, es necesario mencionar dos hechos relevantes. En 1991 el TAS promulgó una Guía para el arbitraje, en la que incluyó varias cláusulas arbitrales modelo. Entre estas cláusulas, se insertó una para que fuese implementada en los estatutos y reglamentos de las federaciones deportivas y clubes.<sup>40</sup> Esta cláusula abrió la puerta para que las resoluciones dictadas por las federaciones deportivas fueran revisadas en apelación por un tribunal arbitral TAS (en adelante "paneles"). Posteriormente, en noviembre de 1994 se emitió el Código de Arbitraje Deportivo que creó tres procedimientos arbitrales distintos que son los que se usan actualmente: a) el arbitraje ordinario, b) el arbitraje de apelaciones, y c) el arbitraje ad-hoc.<sup>41</sup>

El TAS tiene como sede Lausana, Suiza. En consecuencia, los procesos arbitrales están sujetos a la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado que establece que los laudos de los paneles TAS son definitivos y además establece las causas particulares por las que los laudos pueden ser anulables por la Corte Suprema de Suiza.<sup>42</sup>

38. Página oficial del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS): [www.tas-cas.org](http://www.tas-cas.org)

39. TAS: <http://www.tas-cas.org/history>

40. TAS: <http://www.tas-cas.org/en/arbitrage.asp#4-3-285-1021-4-1-1/5-0-1021-3-0-0/>

41. TAS: <http://www.tas-cas.org/en/infogenerales.asp#4-3-236-1011-4-1-1/5-0-1011-3-0-0/>

42. William McAuliffe, Antonio Rigozzi y Lévy Kaufmann-Kobler. *Global Arbitration Review, Sports Arbitration* (The European & Middle Eastern Arbitration Review 2012).

### 3.2 Procedimientos arbitrales ante el TAS

En esencia, el primer tipo de procedimiento, conocido como **procedimiento ordinario**, sirve para resolver disputas contractuales (usualmente comerciales) siempre dentro del ámbito deportivo profesional y el tercer tipo de procedimiento el **arbitraje ad-hoc** sirve para resolver asuntos disciplinarios en determinados eventos deportivos que requieren de una resolución inmediata (por ejemplo, durante los Juegos Olímpicos). En este artículo se desarrolla el segundo tipo de arbitraje, conocido como **procedimiento de apelaciones** que convierte al TAS en una entidad de apelación de decisiones disciplinarias entre las que están los procesos que llevan adelante los órganos antidopaje por violaciones a las reglas aplicables a la materia.

El procedimiento de apelaciones, que representa aproximadamente el 90% de la carga de casos del TAS<sup>43</sup>, brinda un foro independiente a las organizaciones antidopaje (como la UCI) y a los atletas investigados cuando existe insatisfacción de cualquiera de las partes involucradas con la decisión adoptada en primera instancia. Los paneles de apelación, conformados por 1 o 3 árbitros, tienen amplias atribuciones para revisar los hechos y las normas aplicables para así dictar una decisión nueva que se sobrepone a la adoptada en la instancia anterior.<sup>44</sup>

De manera particular, las decisiones de órganos antidopaje contra o a favor de ciclistas que participan en eventos oficiales de la UCI son únicamente apelables ante el TAS.<sup>45</sup>

Las apelaciones pueden ser presentadas por el deportista o por la persona acusada de violaciones antidopaje, por las federaciones nacionales o internacionales y también por la Agencia Mundial Antidopaje.<sup>46</sup> Como se verá a continuación, es usual que

43. *Ibidem*.

44. Artículo R57 del Código Antidopaje.

45. Artículo 330 de las Reglas Antidopaje de la UCI.

46. William McAuliffe, Antonio Rigozzi y Lévy Kaufmann-Kobler *Global Arbitration Review, Sports Arbitration* (The European & Middle Eastern Arbitration Review 2012).

en un mismo caso existan múltiples apelantes y/o múltiples partes que deben responder en apelación.

#### 4. CASOS RELEVANTES

Son muchos los ciclistas profesionales involucrados en casos de dopaje que han llegado al TAS. A continuación se presentan cuatro casos arbitrales que involucraron a ciclistas que pueden ser reconocibles por personas no relacionadas con el deporte. Aquí no se abarcan todos los puntos discutidos en cada uno de los casos, de hecho, quedan fuera de este análisis muchos temas muy importantes pero que, por alejarse del tema central de este documento, deberán ser revisados en otro momento. El enfoque de este artículo es revisar las varias estrategias legales usadas por estos ciclistas (y otras partes involucradas) para intentar eliminar o reducir sus sanciones por dopaje.

Finalmente se presenta el caso de otro ciclista, éste sí, reconocible aun por quienes nunca se han subido a una bicicleta, que aun cuando no llegó a un arbitraje, es sumamente importante revisarlo en este artículo porque justamente, la estrategia de este ciclista fue no llegar al arbitraje para evitar ciertas consecuencias.

##### 4.1 Floyd Landis:<sup>47</sup> la estrategia de echar la culpa al laboratorio que analizó las muestras

El ganador del Tour de Francia del 2006 fue el estadounidense Floyd Landis. Al final de la etapa 17 del Tour, a Landis se le solicitó una muestra que luego de los exámenes practicados, de acuerdo a la UCI, resultó positivo por testosterona exógena.<sup>48</sup>

Landis pidió a un Panel de revisión de la United States Anti-

47. TAS 2007/A/1294 Floyd Landis c. USADA (luido de 30 de junio de 2008).

48. La testosterona exógena es una sustancia que consta en la Lista de Prohibidos de 2006 como un tipo de esteroide anabólico.

Doping Agency (USADA), la organización antidopaje de los Estados Unidos, que desechara el caso alegando que los exámenes realizados a las muestras no cumplían con los estándares aceptados y que se había producido un rompimiento en la cadena de custodia de las muestras, lo que las invalidaba. Como el panel rechazó el pedido del ciclista, inició la primera instancia ante un panel arbitral que, de acuerdo a las reglas de la USADA, lo conforma un tribunal de la American Arbitration Association (AAA).

El panel AAA resolvió, en septiembre de 2007, y por mayoría, que las muestras habían sido tomadas de acuerdo a las regulaciones de la UCI y que, por tanto, correspondía sancionar a Floyd Landis con la descalificación de su resultado del Tour de France 2007 y la inhabilitación de competir por 2 años.

En octubre del 2007, Floyd Landis apeló de la decisión del panel AAA ante el TAS alegando nuevamente que la toma de muestras había sido realizada sin observar los estándares internacionales para laboratorios acreditados y que además se había violado la cadena de custodia de las muestras.

Como el ciclista alegó que las muestras no se apegaban a los estándares internacionales, la carga de la prueba se transfirió del panel de la AAA a Landis quien debía demostrar que, haciendo un balance de probabilidades, las muestras habían sido mal practicadas y mal manejadas. En el caso de que el ciclista hubiese logrado demostrar esto, la carga de la prueba hubiese retornado a la AAA quien habría tenido que dar la cómoda satisfacción al Panel TAS, que esa mala práctica y manejo de muestras no habrían sido la causa del resultado positivo de los exámenes.

El 30 de junio del 2008 el panel CAS resolvió en contra de Floyd Landis. Ese panel, conformado por tres juristas muy bien conocidos y reputados en el mundo del arbitraje internacional (David Williams, David Rivkin y Jan Paulsson), no encontró en los alegatos de Landis, argumentos suficientes para determinar con "cómoda satisfacción" que los métodos empleados para el es-

tudio de las muestras o que la manera en que fueron manejadas las muestras ponía en duda la presencia de testosterona exógena en la orina del atleta ni tampoco que estuviera en duda que las muestras tomadas fueran suyas.

#### 4.2 Alejandro Valverde:<sup>49</sup> la estrategia de buscar un foro más amigable

Se conoce como "Operación Puerto" a uno de los operativos policiales/judiciales más importantes a nivel mundial en temas de dopaje. La Operación Puerto inició en España luego de que la Guardia Civil recibiera información sobre una red de suministro de sustancias dopantes a deportistas profesionales. El 23 de mayo de 2006 la Guardia Civil detuvo a cinco personas en Madrid y Zaragoza y registró varias propiedades en las que encontró 200 bolsas congeladas de plasma y glóbulos rojos, documentos relacionados con dopaje, EPO, anabolizantes, hormonas de crecimiento y esteroides.<sup>50</sup> Todas las bolsas congeladas contaban con códigos que, relacionándolos con otras piezas probatorias, sirvieron para determinar los nombres de los atletas profesionales que se estaban beneficiando de esa red de dopaje.

La bolsa de sangre No. 18, de acuerdo a las investigaciones de la Operación Puerto, pertenecía al ciclista español Alejandro Valverde. El 29 de agosto del 2007 la UCI solicitó a la Real Federación Española de Ciclismo (RFEC) que inicie acciones disciplinarias en contra de Valverde. En septiembre de ese año, el Comité Nacional de Competición y Disciplina Deportiva (CNCDD) y el Presidente de la RFEC se negaron a abrir el proceso disciplinario solicitado. Las razones por las que la CNCDD y la RFEC se negaron a iniciar procedimientos disciplinarios en contra del ciclista fueron 1) que los documentos con los que contaban no daban indicaciones de que Valverde estuviera involucrado en asuntos de dopaje; 2) que la investigación de la Guardia Civil no identificaba

49. TAS 2007/A/1396&1402 WADA y UCI c. Alejandro Valverde & RFEC (ludio de 31 de mayo de 2010).

50. *La "operación Puerto", paso a paso (EL MUNDO)*.

<http://www.elmundo.es/elmundodeporte/2006/06/27/ciclismo/1151402208.html>

a Valverde como un sospechoso; 3) que Valverde había demostrado ser inocente; y 4) porque una corte española (No. 31) había prohibido que se usen las pruebas obtenidas en los procedimientos penales relacionados con la Operación Puerto. Paradójicamente, el 30 de enero de 2009, las cortes españolas archivaron la investigación penal en contra de todos los implicados en el caso.

Sin embargo en Italia, tanto las cortes ordinarias como los organismos antidopaje iniciaron y continuaron investigaciones por el presunto cometimiento de delitos y violaciones a reglas antidopaje en ese país. El 11 de mayo de 2009 el Tribunale Nazionale Antidoping (TNA) encontró que Alejandro Valverde había violado el Art. 2.2 de Código AMA que se refiere al uso o intento de uso de sustancias y métodos prohibidos y, por tanto, se prohibió la participación de Valverde en eventos ciclisticos en Italia. Valverde apeló de esta decisión ante un TAS y el 16 de marzo del 2010 el Panel TAS ratificó la decisión del TNA.

Como la RFEC se negó a iniciar un proceso disciplinario en contra del ciclista, AMA y UCI, conjuntamente, plantearon una apelación ante un panel TAS. En esencia, las apelantes alegaron que Valverde había cometido violaciones a reglas antidopaje al usar y tratar de usar sustancias y/o métodos prohibidos. Valverde respondió que: 1) el Panel TAS no tenía competencia para resolver sobre su inocencia o culpabilidad y que cualquier decisión del panel debía limitarse a ordenar que la RFEC inicie un proceso disciplinario de primera instancia. Adicionalmente el ciclista alegó que el Panel TAS no tenía la capacidad para utilizar las pruebas obtenidas en la Operación Puerto para juzgarlo.

Uno de los temas centrales de este caso es si los paneles TAS, como tribunal de apelación de decisiones disciplinarias de primera instancia, tienen la competencia para resolver que existe una violación a reglas antidopaje aun cuando en la primera instancia, el organismo antidopaje haya decidido no iniciar un procedimiento disciplinario.

El Panel TAS consideró que la decisión de la RFEC de no

abrir el expediente disciplinario en contra de Alejandro Valverde en efecto era una decisión apelable ante el TAS porque las Reglas Antidopaje de la UCI vigentes en el 2004<sup>51</sup> le daban la capacidad para recibir en apelación todas las "decisiones" de federaciones nacionales y que las decisiones de la RFEC establecían sin duda una posición legal sustancial respecto a la situación del ciclista.

El segundo tema que resolvió el Panel TAS es respecto a si tenía la capacidad de resolver sobre la inocencia o culpabilidad de Valverde o si debía redirigir el caso a la RFEC para que sea ésta quien juzgue al atleta. El Panel se declaró competente para emitir una nueva decisión sobre la responsabilidad de Valverde sobre la base del artículo R57 del Código TAS, que le otorga a todo panel TAS "completo poder para revisar los hechos y el derecho para ya sea emitir una nueva decisión y reemplazar la decisión apelada o anular la decisión apelada y referir el caso a la instancia previa"<sup>52</sup>.

Si es que la posición de Valverde hubiera prevalecido, el Panel TAS debía ordenar que la RFEC abra un proceso disciplinario en contra del corredor pero, con buenas probabilidades, la RFEC habría abierto el proceso pero se habría negado a utilizar las pruebas de la Operación Puerto por la orden judicial que ya se mencionó. Es decir que la estrategia de Valverde era redireccionar el caso a un órgano antidopaje que, por convicción o preferencia, no tendría elementos de prueba suficiente para juzgarlo.

Respecto al argumento planteado por Valverde de que se le estaba negando el derecho a la primera instancia, el Panel TAS encontró que el artículo R57 del Código TAS era suficientemente claro respecto al poder para revisar *de novo* el caso, más aún cuando las decisiones de la RFEC sí se pronunciaron sobre la inocencia o culpabilidad del ciclista.

51. Artículo 280, literal a) de las Reglas Antidopaje de la UCI (2004).

52. Traducción informal.

Del Artículo R57 del Código CAS y de su desarrollo jurisprudencial queda claro que los paneles TAS tienen toda la capacidad para juzgar de novo si existió una violación a una regla antidopaje y que los atletas que han intentado limitar la capacidad de un panel TAS para resolver sobre el fondo no han tenido resultados favorables.

A pesar de los incidentes procesales planteados por la defensa de Alejandro Valverde, el Panel TAS analizó si el atleta había cometido una violación a reglas antidopaje. En primer lugar, el Panel hizo notar que bajo la ley aplicable de Suiza, que rige a los procesos del TAS, aun si las pruebas recabadas durante la Operación Puerto hubiesen sido tomadas en violación de ciertos derechos humanos, sí tienen validez cuando existe un interés de orden público y que la lucha internacional en contra del dopaje es uno de esos intereses de orden público.

Aceptada la prueba recabada en la Operación Puerto, las apelantes demostraron científicamente que la Bolsa No. 18 contenía EPO y que las pruebas de ADN demostraban que esa misma bolsa contenía sangre de Alejandro Valverde. Consecuentemente el ciclista fue sancionado con una suspensión de dos años.

A manera de comentario, se debe notar que la RFEC nunca disputó esta evidencia científica mientras que el ciclista se limitó a desarrollar una teoría de por qué su sangre estaba en la Bolsa No. 18 y de cómo fue que las muestras no fueron adecuadamente tomadas para efectos de control antidopaje. Bajo riesgo de caer en redundancias, nótese que en este caso, el ciclista en cuestión tampoco negó haberse dopado.

La conclusión en este caso es que la estrategia planteada por el ciclista y por la RFEC de regresar el caso a primera instancia no funcionó. De la lectura de los documentos del caso queda claro que si el Panel TAS habría ordenando que la RFEC juzgue en primera instancia a Valverde, el ciclista habría sido declarado inocente. Pero esta estrategia a la larga también habría fracasado

porque con toda seguridad la AMA y la UCI habrían apelado de esa eventual decisión del RFEC y que los apelantes habrían tenido más elementos en base a las pruebas brindadas por la Operación Puerto para que un nuevo panel TAS sancione al corredor.

#### 4.3 Alberto Contador:<sup>53</sup> la estrategia del solomillo dopado

En el 2007 Alberto Contador se convirtió en el ciclista español más joven en ganar el Tour de Francia. Luego volvió a ganar el Tour en el 2009 y de nuevo en el 2010 (o eso pensó). Además en el 2008 ganó las otras dos grandes carreras, el Giro de Italia y la Vuelta a España. Sin lugar a dudas es el corredor español más exitoso de los últimos tiempos.

El 21 de julio del 2010, en un día de descanso del Tour de Francia, Contador se realizó un control antidopaje solicitado por la UCI. El resultado de ese control determinó que la muestra del corredor contenía clenbuterol que es una sustancia prohibida de acuerdo a la lista de la AMA del año 2010.

Un mes después de que Contador "ganó" el Tour de Francia, fue notificado que su control había dado positivo. Desde el inicio el ciclista justificó el positivo diciendo que se había comido un solomillo de ternera que un amigo le había comprado en el pueblo de Irún, España y que él y otros miembros de su equipo se lo comieron entre el 20 y el 21 de julio durante la competencia. Como parte de la explicación el hambriento ciclista desarrolló una elaborada teoría de cómo fue que solo él dio positivo mientras que sus otros compañeros pasaron todos los controles que se les practicaron durante el Tour.<sup>54</sup>

En primera instancia el ciclista fue completamente absuelto. Esto a pesar de que un informe preliminar de la CNCDD deter-

53. CAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador Velasco & RFEC, CAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC (laudo de 6 de febrero de 2012).

54. *Tras la pista de un solomillo de Irún* (El País).  
[http://deportes.elpais.com/deportes/2010/09/30/actualidad/1285831233\\_850215.html](http://deportes.elpais.com/deportes/2010/09/30/actualidad/1285831233_850215.html)

minó que "sin culpa o negligencia significativa", Contador había cometido una violación a reglas antidopaje por lo que sugería la imposición de una suspensión de un año. En la decisión de primera instancia la RFEC consideró que luego de hacer un balance justo de los documentos existía una "gran probabilidad"<sup>55</sup> de que Alberto Contador, en un ejercicio de "máxima prudencia" habría ingerido clenbuterol sin su conocimiento a través de la ingesta del solomillo más famoso del ciclismo mundial.<sup>56</sup>

Sin entrar a analizar el fondo de la decisión de primera instancia, hay que mencionar que esa decisión habría permitido a Contador participar en los Juegos Olímpicos de Londres 2012. Sin embargo, AMA y UCI apelaron de la decisión de la RFEC ante el TAS en marzo del 2011<sup>57</sup> (posteriormente las dos apelaciones fueron consolidadas) lo que a la larga resultó en una descalificación tanto del Tour de Francia como de las Olimpiadas del 2012.

AMA y UCI fundamentaron su apelación en que no estaba en disputa que las muestras de Contador habían dado positivo y que el corredor no había demostrado que la ingesta de la sustancia prohibida se había producido sin su culpa o negligencia para efectos de una absolución o una reducción de la sanción. Adicionalmente las apelantes desarrollaron toda una estrategia sobre la base del criterio de balance de probabilidades para presentar teorías alternativas a la teoría del solomillo dopado que habrían sido más verosímiles. Según las apelantes, era más probable que el ciclista habría ingerido clenbuterol a través de: a) transfusiones de plasma que además lograban explicar la presencia de residuos plásticos en las muestras del corredor dado que ciertas bolsas de suero usadas para transfusiones se desprenden esos residuos; o b) suplementos alimenticios. Los apelantes también alegaron que era menos probable la teoría del solomillo porque el uso de clenbuterol para engorde de animales en Europa es una actividad penalizada y que no existían bases para pensar que los animales de

55. "Gran probabilidad" no es un criterio que exista en el juzgamiento disciplinario de deportistas para determinar si se cometió o no una violación a reglas de dopaje.

56. Párrafo 28 del laudo.

57. Las apelaciones fueron presentadas por separado pero luego fueron consolidadas para que sea un mismo Panel TAS quien resuelva.

Irún (el pueblo donde se compró el solomillo en cuestión) podrían estar contaminados con clenbuterol.

Los argumentos de defensa de Contador se pueden resumir en que era más probable que improbable que la ingesta de clenbuterol hubiese sido causada por haber comido solomillo porque dar clenbuterol a los animales es una práctica común en España.

Para el Panel TAS, no era posible descartar ni la teoría del solomillo, ni tampoco las teorías de la transfusión de sangre o la de los suplementos alimenticios; de hecho para el Panel la teoría de los suplementos era la que con mayor probabilidad explicaba el clenbuterol en las muestras del corredor. Según el Panel, la mera posibilidad de que el solomillo habría podido estar contaminado con clenbuterol no era prueba suficiente para exculpar a Contador. Consecuentemente, el Panel TAS encontró que el corredor era culpable de dopaje. La sanción que le correspondió a Contador fue la revocatoria de su título de ganador del Tour de Francia 2012 y la suspensión por dos años.

En este caso, la UCI y la AMA como apelantes de la decisión de primera instancia fueron tremendamente efectivos en valerse del estándar de prueba de "balance de probabilidades" (establecido para la reducción de sanciones) para demostrar que Contador no había superado ese estándar. Ante la alegación del ciclista de que lo más probable era que el solomillo que comió fue el causante de la contaminación, los apelantes plantearon teorías alternativas de cómo Alberto Contador habría consumido clenbuterol. Al presentar teorías alternativas, lograron que el Panel TAS llegase a la conclusión de que habían teorías más probables para el dopaje que un extrañamente simple y poco demostrable consumo de carne.

Del caso Contador y también del caso Valverde se puede hacer la crítica a la Real Federación de Ciclismo de España que en primera instancia, o no encontraron razones para sancionar al atleta, o no tuvieron suficientes elementos de juicio para iniciar

el expediente. Estas decisiones de la RFEC sientan un muy mal precedente respecto a la indulgencia e irregularidad con la que los funcionarios manejan los expedientes disciplinarios de sus atletas. Pero aun más reprochable es la injerencia política del Presidente de España, José Luis Rodríguez Zapatero quien, antes de que RFEC se pronuncie sobre el caso Contador, salió a luz pública a defender al ciclista.<sup>58</sup> La injerencia política en el deporte es censurable a todo nivel y mucho más cuando la intención es defender a un deportista que, a la postre, se demostró que cometió una irregularidad.

#### 4.4 Jan Ullrich:<sup>59</sup> la estrategia procesalista

En la lista de deportistas implicados en la Operación Puerto apareció el nombre de Jan Ullrich, ganador del Tour de Francia de 1997 y de la medalla de oro de la carrera de ruta de las Olimpiadas de Sidney 2000. En junio de 2006, Ullrich fue suspendido por su equipo y retirado del Tour de Francia que iniciaba pocos días después y en julio de ese mismo año su equipo lo despidió.

En agosto de 2006 la UCI solicitó a la Federación de Ciclismo de Suiza (FCS) la apertura de un proceso disciplinario en contra del ciclista<sup>60</sup> y él, parecería que para evitar ese proceso, renunció a la membresía de la FCS el 19 de octubre de 2006.

En primera instancia (mayo del 2009), la Cámara Disciplinaria del organismo olímpico de Suiza resolvió, sin entrar a analizar el fondo, que el estatuto olímpico suizo vigente en el 2006, no le permitía iniciar procesos en contra de atletas que habían renunciado a su membresía. Ante esta decisión, la UCI planteó apelación ante el TAS en marzo del 2010 en la que solicitó que se desestime la decisión de la Cámara Disciplinaria y que se declare

58. Zapatero: "No hay razón jurídica para sancionar a Contador" (Diario Marca). <http://www.marca.com/2011/02/10/ciclismo/1297370794.html>

59. TAS 2010/A/2083 UCI c. Jan Ullrich & Swiss Olympic (laudo de 9 de febrero de 2012).

60. Jan Ullrich vivía en ese entonces en Suiza por lo que estaba afiliado a la Federación de Ciclismo de Suiza a pesar de ser alemán.

que Jan Ullrich había cometido violaciones a reglas antidopaje de acuerdo a las reglas de la misma UCI.

Al igual que sucede en arbitrajes no deportivos, el panel TAS resolvió bifurcar el proceso en una etapa de jurisdicción y en otra etapa de fondo. En marzo de 2011, el Panel TAS emitió un laudo parcial en el que se declaró competente para resolver la disputa en razón del acuerdo arbitral firmado por Ullrich con la UCI.

Un primer tema saliente respecto a la etapa de fondo, es que el Panel TAS tomó nota que las pruebas presentadas en el proceso no fueron obtenidas por un organismo antidopaje sino por la Guardia Civil española.<sup>61</sup> Dado que el Art. 9 (ii) de las Reglas de la UCI le otorgan capacidad para revisar casos en los que se analicen muestras obtenidas por entidades que no sean organizaciones antidopaje, el Panel consideró que las Reglas de la UCI eran aplicables al caso.

Para la etapa de fondo, la defensa de Ullrich se fundamentó en aspectos que atacaban la legitimación activa de la UCI para presentar una apelación ante el TAS sobre la base de las Reglas de la UCI. Específicamente el atleta alegó que:

- La carta que la UCI envió a la FCS solicitando que se iniciara el proceso disciplinario era ambigua y que no afirmaba que existiera una violación a reglas antidopaje lo cual violaba las Reglas de la UCI;<sup>62</sup>
- Que con la carta de la UCI, la FCS debía convocarlo dentro de dos días y que la FCS no lo había hecho lo que violaba también las Reglas de la UCI;<sup>63</sup>

El Panel TAS determinó que la carta de la UCI era suficientemente clara respecto a las violaciones que se le imputaban al deportista. Respecto a la falta de citación, el Panel resolvió que no se le había causado un perjuicio a Ullrich y que el deportista

61. Párrafo 26 del laudo definitivo.

62. Párrafo 32 a) del laudo definitivo.

63. Párrafo 32 b) del laudo definitivo.

no podía alegar que no conocía del proceso, dado que incluso había sido despedido de su equipo a raíz de la Operación Puerto y la investigación de la UCI; adicionalmente el Panel se fundamentó en que su capacidad de revisar *de novo* lo actuado en primera instancia le permitía subsanar cualquier defecto procesal que se hubiera producido.

Ullrich alegó además que la UCI había cometido un error al plantear la apelación en contra del organismo olímpico suizo y no en contra de la FCS; según el ciclista, esta omisión violaba el Código Civil Suizo. El Panel TAS encontró que tal alegación carecía de mérito dado que las Reglas de la UCI eran claras respecto a que la apelación debía plantearse en contra del deportista de la "federación" responsable de la primera instancia y/o el organismo que actuó en su representación.

Adicionalmente Ullrich arguyó que la UCI no tenía capacidad para apelar de la decisión de primera instancia puesto que él había renunciado a su membresía a la FCS lo que lo descartaba como un "tenedor de licencia" de acuerdo a las Reglas de la UCI. Sin embargo, nuevamente, el Panel TAS encontró que tal afirmación no tenía fundamento dado que las Reglas de la UCI consideran tenedores de licencia también a aquellos atletas que dejen de ser miembros durante la marcha de un proceso disciplinario.

Respecto a las pruebas presentadas durante el proceso, el Panel tomó en consideración que la evidencia demostraba que: 1) Jan Ullrich estuvo en Madrid múltiples veces en fechas que no tenían que ver con el calendario ciclista; 2) que Ullrich pagó importantes sumas de dinero al principal acusado de la Operación Puerto (Dr. Fuentes); y 3) exámenes de ADN realizados a Ullrich demostraron que el perfil genético del ciclista empataba con las bolsas de sangre encontradas en poder del Dr. Fuentes.<sup>64</sup>

Por todo lo anterior, el Panel TAS encontró más allá de la cómodo satisfacción, que Jan Ullrich era culpable de violaciones a

64. Párrafo 65 del laudo definitivo.

reglas antidopaje de acuerdo a las Reglas de la UCI. La sanción que se le aplicó al ciclista fue la descalificación de todos los resultados obtenidos desde el 1 mayo del 2005 y la prohibición de participar en eventos por dos años.

Un dato interesante de este caso es que la defensa de Ullrich prefirió no participar de la audiencia ante el panel TAS. Si es que existe algún caso particular en el que el acusado se benefició de no comparecer a ejercer su derecho de defensa, habrá que buscarlo en otro lado.

En su laudo, el panel TAS encontró "notable y sorprendente" que Ullrich nunca atacó la veracidad de las pruebas aportadas al proceso y que, más bien, su defensa se centró en asuntos procesales.<sup>65</sup> Más allá del fracaso de su estrategia legal de buscar la absolución por aspectos meramente procesales, es tremendamente llamativo que Ullrich nunca disputó su culpabilidad.

#### 4.5 Lance Armstrong: el cambio radical de estrategia

El estadounidense Lance Armstrong es el ciclista profesional más famoso y reconocido de esta generación. Este atleta se volvió una leyenda por ser un sobreviviente del cáncer y por ser el ciclista que más veces ha ganado el Tour de Francia (7 veces).

A los 25 años se le detectó un cáncer de testículo con metástasis a los pulmones y cerebro. Armstrong logró sobrevivir y su historia de superación, conjuntamente con sus logros deportivos, dieron lugar a la fundación Livestrong<sup>66</sup> que ayuda a los enfermos en la lucha contra el cáncer y por la cual se encuentra a tantas personas por todo el mundo con pulseras amarillas de caucho.

Armstrong es el único ciclista profesional que ha "ganado" el Tour de Francia en 7 ocasiones (1999 a 2005). Durante toda su

65. Párrafo 66 del laudo definitivo.

66. Página oficial de la Fundación Livestrong: <http://www.livestrong.org>

vida se ha caracterizado por tener un carácter extremadamente fuerte y una competitividad intimidante.

Durante toda la carrera deportiva de Lance Armstrong, el corredor fue el blanco de acusaciones de dopaje. Durante 14 años de carrera se le practicaron cientos de controles antidopaje y oficialmente superó todos. El ciclista siempre se defendió de las imputaciones de dopaje atacando a sus acusadores a través de acciones legales y otras formas de intimidación.

En el 2005 el diario francés *L'Equipe* reportó que existían 6 muestras tomadas al ciclista durante el Tour de Francia de 1999 que, supuestamente, contenían EPO; sin embargo en el 2006 se desestimó esa acusación.<sup>67</sup> En el 2010, Floyd Landis, ex compañero de equipo de Armstrong, dijo públicamente que él, Armstrong y otros miembros del mismo equipo habían usado sustancias prohibidas para mejorar su rendimiento. Desde ese momento en adelante, varios ex compañeros y personas relacionadas al ciclista comenzaron a contar su verdad. Armstrong se retiró definitivamente en febrero del 2011 manteniendo enérgicamente que todas las acusaciones en su contra eran únicamente una "cacería de brujas".<sup>68</sup>

En junio del 2012 la USADA inició una investigación oficial en contra de Lance Armstrong por dopaje y tráfico de drogas. En un último intento desesperado por esconder la verdad, el ciclista planteó una acción judicial ante un juez federal de Texas para intentar suspender el proceso ante la USADA. El juez federal a cargo desechó esta solicitud. En agosto de 2012 el ciclista anunció que no llevaría el caso a arbitraje de la AAA<sup>69</sup> y el 22 de octubre la USADA le retiró todas las victorias del Tour de Francia y ordenó la devolución de todos los premios y dinero ganado durante toda su carrera, así como la suspensión de por vida.<sup>70</sup> Armstrong

67. *Lance Armstrong time line* (USA Today): <http://usatoday30.usatoday.com/sports/cycling/story/2012-08-23/lance-armstrong-timeline/57258518/1>

68. *Ibidem*.

69. *Lance Armstrong Statement on Declining Arbitration With the U.S. Anti-Doping Agency* (ABC News): [http://abcnews.go.com/US/lance-armstrong-statement-declining-arbitration-us-anti-doping/story?id=17069913&UNJFBsVVz\\_E](http://abcnews.go.com/US/lance-armstrong-statement-declining-arbitration-us-anti-doping/story?id=17069913&UNJFBsVVz_E)

tenía hasta el 27 de diciembre del 2012 para apelar ante el TAS y definitivamente no lo hizo.<sup>71</sup>

El caso que involucra a Armstrong y a muchos de sus compañeros de equipo ha sido llamado por la USADA como "el programa de dopaje más sofisticado, profesional y exitoso que el deporte jamás haya visto."<sup>72</sup>

¿Por qué Armstrong nunca apeló? Después de tantos años de lucha contra sus detractores, ¿por qué callar? A menos de que el propio ciclista cuente su verdad, cosa que hasta ahora no lo hace, no existirán respuestas claras a estas preguntas. Sin embargo sí cabe pensar que la evidencia con la que se terminó de sancionar al texano fue tan contundente que Armstrong sintió que sería fútil y hasta vergonzoso que un panel TAS conozca su caso. Pero al final de todo, la verdad debía surgir de alguna manera.

Ese final a la historia y leyenda de Lance Armstrong llegó en enero del 2013 con su admisión de que se dopó durante casi toda su carrera y que ganó sus siete Tours de Francia con la ayuda de sustancias prohibidas.<sup>73</sup> El desprestigio de este atleta es total y existe la posibilidad de que varias empresas que lo auspiciaron y que varias personas a las que él atacó legalmente por hablar del dopaje de Armstrong ahora lo demanden por los daños causados. Más aun, la excelente labor de la Fundación Livestrong ahora se verá fuertemente afectada porque muchas personas dejarán de hacerle donaciones.

70. *Lance Armstrong: Timeline* (NDTV Sports).

<http://sports.ndtv.com/other/sports/cycling/items/198214-lance-armstrong-timeline>

71. *Lance Armstrong Will Not Appeal Lifetime Cycling Ban* (Bicycling).

<http://www.bicycling.com/news/pro-cycling/lance-armstrong-will-not-appeal-lifetime-cycling-ban>

72. *Lance Armstrong's fall from grace: a complete timeline* (NY Daily News).

<http://www.nydailynews.com/sports/i-teams/cycle-deceit-timeline-fall-lance-armstrong-article-1.1179861>

73. *Armstrong Admits Doping, and Says He Will Testify* (The New York Times)

[http://www.nytimes.com/2013/01/15/sports/cycling/lance-armstrong-admits-doping-and-says-he-will-testify-against-cycling-officials.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2013/01/15/sports/cycling/lance-armstrong-admits-doping-and-says-he-will-testify-against-cycling-officials.html?_r=0)

## 5. CONCLUSIONES

Como se analizó, todos los ciclistas que han admitido ante el TAS haberse dopado pero que han tratado de justificar sus actos en errores de terceros, su involuntariedad, errores procesales y hasta en animales comestibles, fallaron en su intento de evitar una sanción. ¿Qué habría podido decir o hacer Lance Armstrong ante un panel TAS para preservar sus siete Tours de Francia? La respuesta es un contundente NADA y, al parecer, eso fue lo que entendieron el ciclista y sus abogados.

No es posible afirmar que los arbitrajes TAS en particular o el sistema de juzgamiento de violaciones a reglas antidopaje tengan un efecto inmediato para disminuir el uso de sustancias prohibidas en el ciclismo mundial. En cambio sí es posible afirmar que los paneles TAS han sido estrictos cuando los ciclistas han ingerido sustancias prohibidas.

Las estrategias planteadas por los atletas que aquí se han mencionado han sido variadas, creativas y tienen una importante similitud, todas fracasaron. Merece comentar que ningún ciclista trató de alegar frontal y demostradamente que no se hubiera dopado sino que, más bien, trataron de dar explicaciones de como las sustancias prohibidas llegaron a sus muestras sin su responsabilidad. La gran conclusión es que los ciclistas que han planteado una defensa de "sí me dopé pero soy inocente" no tienen éxito.

Otra conclusión es que las federaciones nacionales que han tratado de proteger a sus ciclistas dopados también fracasan rotundamente. En mi opinión es más reprochable la actitud de esas federaciones que la de los mismos ciclistas porque es el papel de las instituciones deportivas locales perseguir a los tramposos y porque proteger a esos mismos deportistas a la larga evidencia la corrupción que existe en ciertos órganos de justicia deportiva local.

La tercera gran conclusión es que la próxima vez que un ciclista mundialmente famoso sea acusado de dopaje, deberá pensarlo mucho más que los arriba mencionados antes de derrochar tanta energía ante la prensa reclamando su inocencia, gastar importantísimas sumas de dinero en abogados, causar bochornos y perjuicios económicos a sus equipos y patrocinadores, pero sobre todo, acabar como mentirosos ante un mundo que en algún momento los admiró.